בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ _____

העותרים:

1. מוחמד אחמד אמירים (מוחזק במשמורת)
מס' עצור 1496024 (מספר עמוד קודם 9090026)
2. המוקד לפליטים ולמהגרים, ע"ר 580333094
ע"י עוה"ד טל שטיינר ו/או סתיו פס-חי
ו/או עלא ח'אטר ו/או ענבר בראל ו/או
ד"ר איילת עוז
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5602530 ; פקס: 03-6844812
דוא"ל: tal@hotline.org.il

נ ג ד

המשיבים:

1. רשות האוכלוסין וההגירה
2. בית הדין לביקורת משמורת
באמצעות מחלקת בג"צים בפרקליטות המדינה
רחוב צלאח א-דין 31, ירושלים 9711054
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011
דוא"ל: HCJ-dep@justice.gov.il

עתירה בהולה

ובקשה לקביעת דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה דחופה כנגד החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 18.3.2020 לקבל את עמדת רשות האוכלוסין וההגירה, ולהורות על המשך החזקתו במעצר הגירתי ("משמורת") של העותר 1, אזרח סודן השוהה בישראל תחת מדיניות אי-הרחקה זמנית, ומוחזק כעת במשמורת במתקן המעצר "גבעון" בהתאם ל"מתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה".

החלטת בית הדין לביקורת משמורת (כב' הדיינת לירון קריספין-בוקר) מיום 18.3.2020 מצ"ב ומסומן א

יצוין מיד כי עתירה זו מוגשת לבית משפט נכבד זה ולא כמקובל, כערעור לבית המשפט המחוזי מרכז, בשל הודעת מנהל בתי המשפט מיום 15.3.2020 בעניין סוגי עניינים שידונו בבתי המשפט השונים עקב התיקון לתקנות בתי המשפט ולשכות הוצאה לפועל (סדרי דין במצב חירום מיוחד), התשנ"א-1991. הודעה זו מחריגה מתחום העניינים שיידונו תחת מצב החירום את כלל ההליכים המשפטיים בענייני הגירה ובכללם ערעורים על החלטות בית הדין לביקורת משמורת, עניין שבגינו כבר יצאה פניה דחופה מטעם המוקד לפליטים ולמהגרים (העותר 2) וארגון היא"ס ישראל, אשר טרם נענתה. משכך, לא נותרה בידי העותרים ברירה אלא להגיש עתירה דחופה זו לביתה משפט הנכבד שידון בה לפי סמכותו השיורית מכוח סעיף 15ג לחוק-יסוד: השפיטה.

הודעת מנהל בתי המשפט מיום 15.3.2020 מצ"ב ומסומן ב;

פניית המוקד לפליטים ולמהגרים וארגון היא"ס ישראל בעניין דיון בהליכים דחופים בבית המשפט לעניינים מינהליים בתקופת תקנות החירום מיום 16.3.2020 מצ"ב ומסומן ג.

העותרים יטענו כי עמדת רשות האוכלוסין בעניין שחרורו של העותר 1 וכן החלטת בית הדין לביקורת משמורת שהתקבלה בעקבותיה, שגויות ובלתי סבירות, שכן הן אינן מביאות בחשבון את הסיכון הממשי לבריאותו של העותר 1 עקב התפרצות נגיף הקורונה; אינן שוקלות כיאות את מאזן הנוחות הנוטה לטובת שחרורו של מי שאינו מהווה סכנה לציבור, ומאידך אין באפשרותו להעמיד ערב שילין אותו בביתו וישגיח עליו בכל שעות היממה, בייחוד לנוכח משבר התעסוקה החמור שפוקד את קהילת מבקשי המקלט בישראל בימים אלה; וסותרות את הוראות סעיף 1(1) לתקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020 לפיו על שופט הדן במעצר בטרם הגשת כתב אישום וכן במעצר עד תום ההליכים, לשקול "את חיוניות המעצר, בין השאר בהתחשב בפגיעה בעצור הנובעת מקיומו של הדיון לפי הוראות סעיף 16א ,שלא בנוכחותו, הסיכון להידבקות העצור בנגיף הקורונה Coronavirus Novel nCoV-2019 (להלן - נגיף הקורונה) בעת שהותו במעצר ומצב הכליאה באותה עת", הוראה אשר לשיטת העותרים מקל וחומר שעליה להנחות גם את שיקול דעתם של דייני בית הדין לביקורת משמורת.

משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את החלטת בית הדין לביקורת משמורת, ולהורות על שחרורו של העותר ממשמורת לאלתר.

לנוכח הצורך הדחוף בשחרורו של העותר 1, בשל התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה, אשר כבר חדר לשני מתקני כליאה בישראל – בית המעצר מגרש הרוסים ובית המעצר ניצן, אשר מצוי בסמוך למתקן גבעון – והסכנה המיידית לבריאות העותר המוחזק שם בשל הצפיפות ותנאי ההיגיינה המוגבלים במתקן, המעודדים הדבקה מהירה והמונית של עצורים ואנשי סגל כאחד, **מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע עתירה זו לדיון דחוף בפניו.**

הצדדים

1. העותר 1 (להלן: **העותר**) מבקש מקלט יליד סודן, שוהה בישראל מכוח מדיניות אי ההרחקה הזמנית שמפעילה ממשלת ישראל בעניין אזרחי סודן.
2. העותר 2, המוקד לפליטים ולמהגרים (להלן: **המוקד**) הינו עמותה ללא מטרות רווח אשר הוקמה כדי להגן על זכויות האדם של פליטים ומהגרי עבודה ולמנוע סחר בבני אדם בישראל. במסגרת פעילותו מבקרים נציגי המוקד במתקני מעצר בהם מוחזקים מהגרים ומבקשי מקלט ופועלים לשחרורם.
3. המשיבה 1, רשות האוכלוסין וההגירה, היא אורגן של משרד הפנים. כחלק מסמכויותיה אחראית המשיבה 1 על פעולתם של ממוני ביקורת גבולות, העורכים שימועים ומקבלים החלטות בעניין השמה במעצר הגירתי ("משמורת") של מבקשי מקלט בישראל שהיו מעורבים בפלילים, וכן טוענים בפני בית הדין לביקורת משמורת המבקר החלטות אלה.
4. המשיב 2, בית הדין לביקורת משמורת, הוקם מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ותפקידו לערוך ביקורת שיפוטית להחלטות ממוני ביקורת הגבולות להחזיק מהגרים ומבקשי מקלט במעצר הגירתי, ואם ראה לנכון – לבטל החלטות אלה ולהורות על שחרורם ממעצר.

רקע עובדתי

5. העותר הוא מבקש מקלט מסודן השוהה בישראל תחת מדיניות אי-הרחקה זמנית, הורשע במסגרת ת"פ ~~41167-09-19~~ ביום 25.11.2019 בעבירה של סחר בסם מסוכן, לאחר שמכר לשוטר סמוי ארבע שקיות של סם מסוג "נייס גיא" תמרת 200 ₪. ביום 26.11.2019 גזר בית המשפט השלום בתל אביב את דינו של העותר למאסר בפועל למשך 5 חודשים בניכוי ימי מעצרו, וכן למאסר על תנאי. זאת, במסגרת הסדר טיעון, ותוך שבית המשפט מציין בשיקוליו את "הודאת הנאשם בהזדמנות הראשונה, שיש בה משום קבלת אחריות וחיסכון בזמן שיפוטי, וכן בהתחשב בעברו הפלילי הנקי".

כתב האישום בו הורשע העותר מצ"ב ומסומן ז;

גזר הדין מיום 26.11.2019 מצ"ב ומסומן ח

6. לקראת תום מאסרו הפלילי, ביום 18.12.2019 הובא העותר לשימוע בפני ממונה ביקורת גבולות, וזאת בהתאם ל"מתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה".

העתק "מתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה" שעודכן לאחרונה בשנת 2014 (להלן: הנוהל הפלילי) מצ"ב ומסומן ו.

7. וכך קבע הממונה בתום השימוע שנערך לעותר (טיעוני העותר בנוגע להחלטה זו יפורטו להלן בחלק המשפטי):

החלטה:
מדובר בנתין סודני שהסתנן לארץ דרך מצרים בשנת 2008,לאחרונה הסתבך בפלילים,והורשע ע"פ הודאתו,בגין עבירה של סחר בסמם מסוכן,אין צורך להכביר במילים על עבירת סחר בסמים הנחשבת כאחת מהעבירות החמורות שיש בספר החוקים,אין צורך להכביר במילים על הנזק שיכול להיגרם לציבור תמים,והעלולה לדרדר אותו להתמכרות לסמים,יש לציין שהזמן שחלף מיום ביצוע העבירה הוא סה"כ שלושה חודשים,הנתין לא עבר הליך שיקומי לטיפול בהתמכרותו לסמים,המוחזק עבר עבירת משמעת בעת ריצוי מאסרו בכך שסירב לאכול,יש לציין שע"פ החלטת ביהמ"ש המחוזי בת"א (עמ"ת--53028-1019) שדנה בערעור של המדינה לעצור את המוחזק עד תום ההליכים ,נאמר בין היתר,שאין הצדקה לשחרור בתנאים מגבילים כאשר מדובר בעבירה של סחר בסמים,ובעיקר בנוסף למסוכנות העולה בשל המעשה יש קשיים בעניינו העושה ככל שמדובר ביכולת להבטיח את התייצבותולהמשך משפטו,כאמור בית משפט זה ביטל את החלטת ביהמ"ש השלום לשחרר את המוחזק בתנאים מגבילים עד הכרע בעניינו,לפיכך בעת הזאת התרשמתי שטרם פגה המסוכנות הנשקפת מהמוחזק,ולכן החלטתי להשאירו במשמורת עד להחלטה אחרת.

העתק פרוטוקול שימוע מיום 18.12.2019 וצווי הרחקה ומשמורת שהוצאו בעקבותיו מצ"ב ומסומנים ז'.

8. על פי המסמכים המצויים בידי המוקד, ביום 22.1.2020 וביום 17.2.2020 נערכו דיוני ביקורת משמורת בעניין העותר בבית הדין במתקן סהרונים בו הוחזק, בפני כב' הדיינת קריספין-בוקר. על פי פרוטוקול הדיון, בית הדין הורה לעותר למצוא אדם שיערוב לשחרורו והעותר אישר כי ימצא ערב מתאים ויעביר את פרטיו לבית הדין שיבחן את התאמתו. אלא שלדברי העותר, הוא הסביר לביה"ד כי אין לו משפחה בארץ ואין אדם שמוכן לערוב עבורו, ורק התחייב כי אם יימצא אדם כזה – הוא יבקש ממנו לפנות לבית

הדין.

העתק פרוטוקול דיון מיום 22.1.2020 ומיום 17.2.2020 מצ"ב ומסומנים ח

9. זה המקום לציין כי בחינה שערך העותר 2, המוקד לפליטים ולמהגרים (להלן: **המוקד**), המייצג מדי שנה עשרות מבקשי מקלט ומהגרים המוחזקים במשמורת, לימדה כי במהלך שנת 2019 כב' הדיינת קריספין-בוקר דרשה "ערב" לשחרורו של **כל** עצור המוחזק במשמורת מכוח הנוהל הפלילי, וככלל אף **דרשה כי אותו ערב ישמש הלכה למעשה כמשמורן המלווה את המשוחרר ממשמורת 24 שעות ביממה, מלין אותו בביתו, מגיע איתו לעבודתו ומשגיח עליו ללא הפסקה** – בדומה למוסד המשמורנים המוכר מהליכי שחרור ממעצר בהליכים פליליים רגילים. מכאן, כי אין המדובר בתנאי שחרור שנקבעו באופן פרטני לאחר בחינת נסיבותיו הייחודיות של העותר, אלא כחלק מן הנוהג הכללי העולה מהחלטותיה של הדיינת קריספין-בוקר.

10. לעניין זה, ראו לדוגמא החלטת כב' הדיינת מיום 24.2.2020 בעניין עצור אחר המוחזק במשמורת מכוח נוהל פלילי, מר א.מ.ע המאשר את שחרורו להשגחת ערב אשר אישר לבית הדין כי הוא ילין את העצור בביתו וידאג להעסקתו באותו מקום עבודה שלו, כך שיוכל להשגיח עלי במשך 24 שעות ביממה. כאמור, זהו הנוהג לגבי כל עצור ועצור המוחזק מכוח הנוהל הפלילי המובא בפני כב' הדיינת קריספין-בוקר, וזאת בניגוד להחלטות מותבים אחרים של בית הדין לביקורת משמורת, המאפשרים שחרור בתנאים שאינם כוללים ערב מסוג זה.

פרוטוקול דיון והחלטה מיום 24.2.2020 בעניין העצור א.מ.ע מצ"ב ומסומן ט

11. לא זה המקום לפרוש את כל טענותיו של המוקד כנגד נוהג זה של בית הדין, אשר לשיטתו מהווה אנומליה ומטיל על המוחזקים במשמורת מכוח הנוהל הפלילי נטל מוגזם ובלתי סביר, והלכה למעשה מעכב את שחרורם ממשמורת של רבים במשך חודשים ארוכים, לעתים ארוכים יותר מימי מאסרם הפלילי; טענות המוקד בעניין זה, כמו גם באשר למתווה הפלילי כולו, נטענו במסגרת שורת הליכים לבתי המשפט, כולל בית משפט נכבד זה, ומתוארים בדוח המוקד "מִשְׁפָּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם" – על מעצרם המנהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים" שפורסם ביום 7.10.2017.[1]

12. במסגרת דיון זה, יצוין רק כי התנאים הנוקשים והמחמירים שמציב בית הדין, מקשים על עצורים רבים למצוא אדם המסוגל ומוכן לשמש להם ערב בהתאם לדרישות בית הדין. אשר על כן, אין זה פלא כי בחינה שערך המוקד מלמדת כי בממוצע, מוחזקים שהוחזקו במשמורת בהתאם לנוהל הפלילי ונידונו בפני הדיינת קריספין-בוקר השתחררו ממשמורת לאחר תקופה ממוצעת של 84 ימים, **שהיא ארוכה כמעט פי שניים** מן התקופה הממוצעת עד לשחרור בתיקים בהם דן דיין בית הדין הנוסף הדן בתיקים ממין אלה, הדיין רג'א מרזוק (ממוצע של 37 ימים). זהו דינו גם של העותר, אשר למרות ניסיונות רבים לא הצליח לאתר אדם שיסכים לשמש לו ערב.

13. כידוע, מזה מספר שבועות פושה נגיף הקורונה באוכלוסיה בישראל וברחבי העולם, ומפיל חללים רבים. כיתר מדינות העולם, גם ישראל נוקטת באמצעים מחמירים והולכים להתמודדות עם הנגיף ומניעת התפשטותו, ובהם (נכון לכתיבת שורות אלה) בידוד ביתי של קבוצות אנשים שיש לגבים חשש כי נדבקו, צמצום ההגעה למקומות העבודה, סגירת כלל מסגרות החינוך והחלת מדיניות של "ריחוק חברתי".

[1] הדוח זמין לצפיה בקישור https://hotline.org.il/publication/criminal_procedure_heb_2017/

לעניין זה ראו הנחיותיו החדשות של משרד הבריאות מיום 17.3.2020 לפיהן על כלל האוכלוסייה להסתגר בבתים ולצאת מהם רק במקרים המחייבים זאת, לא לבוא במגע עם אנשים שאינם בני משפחה המתגוררים בבית, ולשמור על היגיינה אישית גבוהה כולל רחיצת ידיים תכופה.

הנחיות משרד הבריאות מיום 17.3.2020 מצ"ב ומסומן י.

14. מטבע הדברים, נמצאים אסירים, עצורים וסגל בבתי המעצר ובתי הכלא בסיכון מוגבר להדבקות בנגיף הקורונה. זאת, עקב הצפיפות בה מוחזקים עצורים ואסירים, תנאי היגיינה לא אופטימליים בחלק ממתקני הכליאה, ונגישותם המוגבלת של המוחזקים בהם למים זורמים ולסבון ויתר האמצעים הדרושים לשמירה על היגיינה אישית ברמה המומלצת על ידי משרד הבריאות. ארגון "רופאים לזכויות אדם" פנה לשירות בתי הסוהר ופירט את החששות הממשיים בעניין זה, במכתב מיום 17.3.2020 לד"ר לאיס גולדשטיין, קרפ"ר שב"ס, בו התריע הארגון בין היתר כי – "לאור תנאי הצפיפות הקשים השוררים בבתי הכלא, נהיר, כי לא ניתן לקיים את הנחיות משרד הבריאות בדבר הצורך בשמירה על מרחק שני מטרים בין אדם לאדם. בנסיבות אלו אנו סבורים כי אוכלוסיית הכלואים ובני משפחותיהם זכאים לקבל הבהרות באשר לצעדים שנעשים ומתוכננים על מנת למנוע הדבקה, במיוחד של קבוצות בסיכון".

מכתב מטעם ארגון רופאים לזכויות אדם לקרפ"ר שב"ס מיום 17.3.2020 מצ"ב ומסומן יא'.

15. חשש זה כבר התממש, כאשר מקרים של הדבקות בקורונה הביאו להשמת בית המעצר "מגרש הרוסים" בירושלים תחת הסגר מוחלט ביום 12.3.2020; ועוד קודם לכן, להשמת עצורים ואנשי סגל בבידוד, עקב חשש להדבקה בבתי הסוהר "ניצן" ו"שקמה", עליה דווח ביום 11.3.2020. בהמשך לאירועים אלה, ביום 11.3.2020 פונה מתקן "סהרונים" בו הוחזקו מבקשי ומקלט ומהגרים במשמורת, בהם העותר, על מנת לשמש כמתקן בידוד עבור עצירים ואסירים שיעלה חשש כי נדבקו בנגיף.

16. יצוין כי עקב פינוי מתקן סהרונים והעברת העצורים בו למתקן "גבעון", עלתה מאוד הצפיפות במתקן גבעון, ועל פי מידע שנמסר למוקד מפי עצורים המוחזקים במתקן, הם מוחזקים 8 עצורים בכל תא – צפיפות שיא אשר מגבירה ביתר את החשש מפני הדבקה המונית.

17. על רקע זה, ביום 16.3.2020 הגיש המוקד בקשה לשחרורו של העותר ממשמורת. בבקשה נטען כי מצב החירום שהוכרז והסכנה הגוברת לבריאותו של העותר מעצם ההחזקה הממושכת במתקן גבעון, מצדיקה את שחרורו ממשמורת בהתאם לסעיף 13ו(א)(3) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב- 1952, המאפשר שחרור ממשמורת מטעמים הומניטריים ו/או חשש לפגיעה בבריאותו של העצור. עוד צוין בבקשת השחרור כי לעותר עבר פלילי נקי, וכי מצב החירום שהביא לפיטוריהם של רבים מקרב אוכלוסיית מבקשי המקלט, אך מרחיק את האפשרות כי העותר יצליח לאתר אדם שיערוב לו בתנאים אותם מציב בית הדין. משכך, אין אופק להרחקתו מישראל בהיותו אזרח סודן, ומאידך אין אופק לשחרורו ממשמורת לנוכח אי יכולתו לעמוד בתנאי השחרור שהושתו – ועל כן מן הראוי להקל בתנאי שחרור אלה, ולאפשר לעותר להשתחרר בתנאים אחרים, שאינם כוללים מציאת ערב שישגיח עליו בכל שעות היממה.

בקשת השחרור מיום 15.3.2020 מצ"ב ומסומן יב'.

18. ביום 16.3.2020 נערך דיון דחוף בבקשת השחרור, יחד עם שורת דיונים שערך בית הדין בעניינם של העצורים הרבים שגדשו את מתקן גבעון עם פינויו של מתקן סהרונים. בדיון, שנערך בפני כב' הדיין מיכאל זילברשמיד, טענה ב"כ העותר בנוסף כי תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020,

שפורסמו ערב קודם לכן, מנחות שופטים הדנים בענייני מעצר בהליך פלילי – קודם ולאחר הגשת כתב אישום – לשקול גם את הסיכון הצפוי לבריאותו של העצור בהיותו מוחזק במתקני הכליאה, עקב התפרצות נגיף הקורונה; ואם יש מקום לשיקול זה במסגרת הליכים פליליים, למרות האינטרסים הנוגדים של הגנה על הציבור, מניעת שיבוש הליכי משפט והימלטות מאימת הדין – מקל וחומר שיש מקום לשקול אותו בהקשר של מעצר מנהלי מכוח "הנוהל הפלילי", שהכפופים לו כבר ריצו את עונשם במסגרת ההליך הפלילי והסכנה הנשקפת מהם פחותה ביותר, וזאת בייחוד בעניינו של העותר שעברו הפלילי נקי והעבירה שהורשע בה אינה מן החמורות.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 16.3.2020 מצ"ב ומסומן יב'.

19. והנה, למחרת היום התקבלה החלטה בית הדין לביקורת משמורת – ודוק: לא על ידי הדיין ששמע את טענות העותר בדיון, אלא על ידי כב' הדיינת קריספין-בוקר, שלא נכחה בדיון. בהחלטתה, שצורפה לעיל, קבעה הדיינת כי מתגובת משרד הפנים לבקשת השחרור של העותר, שלא הועברה למוקד, עולה כי "כי אין כל חשש כי ישנה סכנת הדבקות שכזו". עוד ציינה הדיינת כי על פי הפסיקה, על שירות בתי הסוהר מוטלת החובה לשמור על בריאותם של העצורים והאסירים שתחת השגחתו (ומכאן – כך משתמע – כי ביכולתו לעשות כן בכל מצב, לרבות מצב החירום חסר התקדים שלפנינו; ועוד על כך בהמשך).

20. כאמור, תגובת המשיבה לבקשת השחרור בעניינו של העותר לא הועברה לידי המוקד, אך מתגובתה לבקשת שחרור שהוגשה בעניינו של מוחזק אחר, מר א.מ.ע שהוזכר לעיל, נטען כי -

לעדכן כי, **בכל הקשור למשבר התפרצות הקורונה מערך הרפואה בשב"ס מספק שירותי רפואי ראשוניים שניוניים ואף דחופים לכלואים בכל שעות היממה.**

כמו כן ניתנים במתקני הכליאה שירותים של רפואת מומחים, רפואת שיניים וכדומה.

מערך הרפואה כולל גם את המרכז הרפואי של שב"ס (להלן-מר"ש) שהוא מתקן כליאה המשמש מסגרת רפואית אשפוזית לכלואים מכל מתקני הכליאה ,

למעשה בעת שהותו של המוחזק במשמורת הוא יקבל מענה לצרכיו הרפואיים ככל שיהיו ושב"ס לא יחזיק ברשותו אדם שהמשמורת מסכנת את בריאותו במיוחד בתקופה זו.

העתק תגובת המשיבה לבקשת השחרור בעניינו של א.מ.ע מיום 17.3.2020 מצ"ב ומסומן יד'.

21. קודם שנפנה לטיעון המשפטי ולכשלים השונים בהחלטה זו, יצוין כי ערב קודם למתן ההחלטה, נמסרה הודעה מטעם דוברות שירות בתי הסוהר, לפיה עד החלטה חדשה נאסרה הכניסה לבתי הסוהר באופן גורף, כולל ביקורי עורכי דין המייצגים את הכלואים וכן ביקורי משפחה, וכן שורת הגבלות נוספות.

הודעת דוברות שירות בתי הסוהר מיום 17.3.2020 מצ"ב ומסומן טו'.

22. מכאן העתירה.

הטיעון המשפטי

<u>הנוהל הפלילי – רקע קצר</u>

23. ביום 24 בספטמבר 2012 פורסם נוהל מספר 10.1.0010 של רשות האוכלוסין וההגירה שכותרתו: "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי". הנוהל עודכן פעמיים נוספות, ביום 4 באפריל 2014 וביום 1 ביולי 2013. בגלגוליו השונים, קבע הנוהל שניתן לשלול את חירותם של מי שנכנסו לישראל ללא היתר, על רקע "מעורבות בפלילים".

24. גרסתו הראשונה של הנוהל, מחודש ספטמבר 2012, נסמכה על הוראות החוק למניעת הסתננות וקבעה כי המשטרה ושירות בתי הסוהר יעבירו לרשות האוכלוסין בקשה להעביר אדם למעצר הגירתי בשל מעורבותו בפלילים. על הנוהל נמתחה ביקורת חריפה, בין היתר במכתבה של נציבות האו"ם לפליטים מיום 24 באפריל 2013, בו הובהר שמבחינת הנציבות מדובר ב"נוהל דרקוני".

25. מספר הליכים שעסקו בקשיים החוקתיים והחוקיים שעורר הנוהל הגיעו לבית המשפט העליון, הן בתקיפה ישירה והן בתקיפה עקיפה במסגרת ההליכים לשחרורו של אדם. באף אחד מאותם הליכים לא הכריע בית המשפט בשאלה העקרונית ובטענות שהעלה המוקד. בענין עע"מ 8642/12 <u>טספהונה נ' משרד הפנים</u> (4 בפברואר 2013, פורסם בנבו), אליו ביקשו האגודה לזכויות האזרח והמוקד להצטרף במעמד "ידידי בית משפט", סבר הרכב השופטים שהטענה "כי הנוהל אינו חוקתי משום שהוא יוצר מערכת ענישה נפרדת למסתננים, שלא על פי כללי המשפט הפלילי... מעלה אמנם שאלות חוקתיות נכבדות" (פסקה 3 לפסק דינו של השופט דנציגר), אולם מצא שלא להכריע בה בהנחה, כי "הדיון העקרוני בבית משפט זה בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק בדבר חוקיות הנוהל קבוע לדיון בתקופה הקרובה" (פסק דינו של השופט הנדל).

26. גם לאחר מכן ניתנו מספר החלטות נוספות שהשאירו ללא הכרעה את השאלה העקרונית (ראו למשל פסקה יג לפסק דינו של השופט רובינשטיין בעע"מ 4496/13 <u>הבטום נ' משרד הפנים</u> (12 בנובמבר 2013, להלן: **ענין הבטום**); פסקה יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינה של השופטת ברק ארז בעע"מ 4326/13 <u>הלהלו נ' משרד הפנים</u> (פסק דין מיום 3 בנובמבר 2013, פורסם באר"ש); בג"ץ 5156/13 <u>באביקר נ' שר הפנים</u> (21ביולי 2013). לחלק מהליכים אלו הצטרפה אף הסניגוריה הציבורית במעמד של "ידידת בית המשפט", ותמכה בעמדת המוקד כי הנוהל אינו חוקתי.

27. בעניין הבטום נקבע כי -

> "המחוקק קבע, בסעיף 13ו(א)(4) לחוק הכניסה לישראל, כי – ככלל – יש להורות על שחרור ממשמורת של שוהה בלתי חוקי, המיועד לגירוש, בחלוף 60 יום. עם זאת, הניח המחוקק (בסעיף 13ו(ב)), כי יתכנו מקרים, שבהם – מן השיקולים המפורטים בסעיף זה, וביניהם הגנה על שלום הציבור ובטחונו – יהא צורך, או שמא הכרח, להאריך את פרק הזמן האמור. דבר זה מתיישב, כמובן, עם השכל הישר ונסיון החיים. והרי משמעותה האפשרית של התוצאה הבינארית היא, כי בהיעדר אפשרות גירוש לעת הזאת מטעם כזה או אחר, לא יוכלו הרשויות ובתי המשפט למלא תפקידם וחובתם בהגנה על שלום הציבור ובטחונו. משמעות זו אינה סבירה. אמנם על הרשויות להקפיד בזכויות האדם, ובית המשפט הוא מגינן; זכויות – ובוודאי הזכות לחירות. עם זאת יש לזכור, כי לצד זכותו של אדם – כל אדם, ושוהים בלתי חוקיים בכלל זאת – לחירות, ניצבים גם אינטרסים ציבוריים כבדי משקל, למשל שלום הציבור וביטחונו, שגם עליהם מצווים הרשויות ובתי המשפט להגן. קיים קושי להלום טענה לפיה על המדינה ועל בתי המשפט להתעלם מן האינטרס הציבורי,

ולהניח לאותם שוהים בלתי חוקיים המהוים סכנה לשלום הציבור – וכמובן לא כולם כאלה – אשר קיימת מניעה עכשוית להרחיקם מישראל, להתהלך חופשיים ברחובות. לגורמי הממשל והמשפט אחריות לשלום הציבור כמו לזכויות היחיד. ואשר לזכויות הפרט, מן העבר השני, קיים קושי להלום גם את החזקתו של שוהה בלתי חוקי, בשל המסוכנות לציבור, במשמורת – סוג של מעצר מינהלי במינוח מכובס קמעא – מבלי להביאו למשפט פלילי, עד קץ הימים. הגם שכאמור אין עסקינן במהות בעתירה חוקתית, ניב המפתח, גם בהקשר הספציפי, היא איזון מידתי בין כלל השיקולים. בגדרי איזון זה יש לשקול את מכלול הנסיבות, ובתוך כך את חומרת העבירות המיוחסות לשוהה במשמורת והראיות הקיימות להוכחתן מזה, ואת משך הזמן בו מוחזק השוהה במשמורת וההיתכנות המעשית להרחקת השוהה אל מחוץ לישראל, מזה, וכמובן את האפשרות לשחרור לחלופת משמורת. הואיל ובענייני מידה ואיזונים עסקינן, אין ניתן לומר מראש, כי בהעדר אפשרות עכשוית לגירוש, החלטה המורה על משמורת היא בלתי סבירה, כפי שאין ניתן לומר מראש שמדובר בהכרח בהחלטה סבירה".

28. ביום 16 בספטמבר 2013, בזמן שחלק מההליכים ביחס לנוהל היו תלוים ועומדים, ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בענין בג"ץ 7146/12 <u>אדם נ' הכנסת</u> (16 בספטמבר 2013, פורסם באר"ש). פסק הדין ביטל את תיקון מספר 3 לחוק למניעת הסתננות, תוך שבית המשפט הדגיש את הכלל לפיו לא ניתן לעצור אדם במעצר הגירתי בהיעדר הליך הרחקה אפקטיבי (פסקה 2 לפסק דינה של המשנה לנשיא נאור, כתוארה דאז; פסקאות 5, 19, 32-35 לפסק דינו של השופט פוגלמן; ופסקה 2 לפסק דינה של השופטת חיות). השופטת ארבל עמדה בפסקאות 71-76 לפסק דינה על חשיבותה של הזכות לחירות במשפט הישראלי בהבהירה כי "לא בכדי נקבעו בהוראות החוק הישראלי סייגים ומגבלות רבים על שלילת חירותו של אדם, וזאת גם אם מדובר באדם שכבר הורשע בדין פלילי... ההקפדה והזהירות היתרה במשפט הפלילי בטרם שלילת חירותו של אדם באה לידי ביטוי מקל וחומר בתחומי משפט אחרים. יש לזכור כי מעצר ללא קביעת אחריות פלילית צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים" (סעיף 75 לפסק דינה של השופטת ארבל בענין אדם).

29. לאור תוצאות העתירה החוקתית, ביום 23 בספטמבר 2013 הודיע היועץ המשפטי לממשלה, כי החליט "להקפיא לעת עתה את הפעלת הנוהל עד לאחר שהנושא ייבחן בכללותו".

30. ביום 29 בינואר 2014 הסתיימה תקופת ההקפאה ונולד המתווה לתיאום הטיפול במסתננים המעורבים בהליך הפלילי, שצורף לעיל. יישומו של המתווה העדכני על מי שנכנס ללא היתר והוא "מעורב בהליך הפלילי" מוביל לביטול רישיון ישיבה שניתן לפי חוק הכניסה לישראל ולהוצאת צווי הרחקה ומשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל.

31. סעיף 2א למתווה שניתן להעביר למשמורת אדם שנעצר על-ידי משטרת ישראל ובלבד שמתקיימים בעניינו התנאים הבאים:

א. ישנה כוונה למצות את החקירה לשם הגשת כתב אישום או שישנה כוונה לסגור את תיקו בעילה של חוסר ראיות בלבד, אך קיימות די ראיות מנהליות שהן ברורות, חד משמעיות ומשכנעות לביצוע העבירה. על אף האמור, במקרים חריגים בהם לא נפתחה חקירה, אך נעשו ניסיונות למיצויה, ניתן יהיה לשקול אף העברת מידע מודיעיני.

ב. מדובר בעבירה שיש בה לסכן את ביטחון המדינה או שלום הציבור, בהתאם לאמות המידה כמפורט בנספח א' להלן, או בנסיבות חריגות אחרות בהן הישנות המעשה, חומרת המעשה וחומרת הנסיבות מעידים על קיומה של סכנה לשלום הציבור וביטחונו ובאישור גורמי אח"מ.

ג. ואלו העבירות המפורטות בנספח א' למתווה:

1) עבירות בטחון

2) עבירות שוד

3) עבירות אלימות

4) החזקת סכין למטרה לא כשרה

5) עבירות מין

6) עבירות התפרצות

7) עבירות זיוף ורישיונות בנסיבות מחמירות (זיוף תעודות זהות ורישיון נהיגה)

8) נהיגה בשכרות ונהיגה ללא רישיון

9) עבירות סמים, למעט החזקת סם לצריכה עצמית

32. בנוסף, ניתן להעביר למשמורת אדם "שהועמד לדין בגין עבירה פלילית, הורשע ועומד לסיים לרצות את עונשו", וזאת בהתאם להוראות סעיף 1ב שהאחריות לביצועו הוטלה על שירות בתי הסוהר.

33. מספר הליכים שעסקו בחוקיות המתווה הגיעו לפתחו של בית המשפט העליון, אולם בדומה לפסיקה ביחס לנוהל שקדם לו, השאלות העקרוניות נותרו תמיד ללא הכרעה (ראו למשל פסקה 27 והסיפא לפסקה 28 להחלטה בבר"ם 298/14 מדינת ישראל נ' מוחמד איסמעיל (17 במרץ 2014), בג"ץ 8662/15 המוקד לפליטים ולמהגרים נ' היועץ המשפטי לממשלה (5 בינואר 2016) ובר"ם 4334/16 Weldemrim נ' מדינת ישראל (6 באוקטובר 2016).

34. ביום 4 בינואר 2017 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבר"ם 7696/16 טומזגי אריא נ' מדינת ישראל. ההליך שם עסק באזרח אריתריאה שהורשע בביצוען של עבירות מין ונשפט לעונש מאסר. לאחר שסיים לרצות את עונשו הועבר למשמורת מכוח הוראות המתווה. בית הדין לביקורת משמורת הורה בשלב מסויים לשחררו וערעור המדינה על כך התקבל בבית המשפט המחוזי. בקשת רשות הערעור אשר הוגשה לבית המשפט העליון באמצעות עוה"ד מיכל פומרנץ שייצגה את המערער מטעם הסיוע המשפטי עסקה בהרחבה בחוקיותו של המתווה והמוקד לפליטים ולמהגרים הגיש בקשה להצטרף כידיד בית המשפט, תוך הבהרת החשיבות שבקביעת ההלכה בענין חוקיותו של המתווה ואופן השימוש בו.

35. בפסק הדין עמדה השופטת ברק-ארז (אליה הצטרפו בהסמכה השופטים דנציגר וזילברטל), על כך ש"שאלת פרשנותו של סעיף 13ו(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל התעוררה בבית משפט זה מספר פעמים אך לא נדונה והוכרעה עד כה באופן ישיר ומחייב" ואף לא זכתה "לדיון מקיף" (פסקה 31 לפסק הדין). בה בעת, מצאה ברק-ארז כי גם במקרה הנוכחי ניתן להשאיר ב"צריך עיון" את השאלות שמעורר המתווה תוך החרגתם של עברייני מין מורשעים מהוראותיו (פסקה 40 לפסק הדין).

<u>שחרור מטעמים הומניטריים ובשל חשש לפגיעה בבריאותו של עצור</u>

36. על אף הוראות הנוהל הפלילי, לא נסתרה החזקה העקרונית שנקבעה בפסיקה, לפיה תכלית המשמורת היא אינה עונשית, אלא היא נועדה להבטיח את הרחקתו של אדם מישראל. החזקה של אדם שלא לצורך קידום הרחקתו לובשת גוון עונשי ושרירותי והופכת את החזקתו לבלתי חוקית (ר' בג"ץ 1468/90 <u>בן ישראל נ' שר הפנים</u>, פ"ד מד(4) 149, 151 וגם גם עע"מ 8101/15 <u>אלמסגד גריוסוס צגטה ואח' נ' שר הפנים ואח'</u> (פורסם בנבו, 28.8.2017).

37. יתרה מזאת, גם כאשר המשמורת דרושה לשם הרחקתו של אדם – וכאמור בענייננו, אין היתכנות להרחקתו של העותר מישראל, אף אין ציפייה לכך - קיימים בחוק הכניסה לישראל חריגים המאפשרים את שחרורו של אדם ממשמורת, הן על פי החלטת ממונה ביקורת הגבולות והן בהחלטת בית הדין לביקורת משמורת. בין טעמים אלה מונה סעיף 13ו.(א)(3) המוזכר לעיל כי "מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה".

38. בענייננו, סבורים העותרים כי המשך החזקתו של העותר במעצר, לנוכח משבר הקורונה והסיכוי הממשי להתפרצותו במתקני הכליאה הצפופים, עלולה בהחלט לגרום נזק לבריאותו, ומצב החירום הבריאותי השורר בימים אלה בישראל, שהוא אירוע חריג וחסר תקדים בקנה מידה עולמי, מהווה טעם הומניטרי מיוחד המצדיק אף הוא את שחרורו.

39. ולא רק העותרים סבורים כי מצב חירום זה מן הראוי שיהווה שיקול בענייני מעצר – כפי שהוזכר במבוא לעתירה זו, ביום 15.3.2020 חתם ראש הממשלה על תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020, הקובעות בסעיף הוראות סעיף 1(1) שעל שופט הדן במעצר בטרם הגשת כתב אישום וכן במעצר עד תום ההליכים, לשקול "את חיוניות המעצר, בין השאר בהתחשב בפגיעה בעצור הנובעת מקיומו של הדיון לפי הוראות סעיף 16א ,שלא בנוכחותו, הסיכון להידבקות העצור בנגיף הקורונה Coronavirus Novel nCoV-2019 (להלן - נגיף הקורונה) בעת שהותו במעצר ומצב הכליאה באותה עת".

העתק תקנות שעת חירום (דיוני מעצרים), התש"ף-2020 מצ"ב ומסומן טז'.

40. ואם כך אמור בענייני מעצר פלילי, בהם מנגד לשיקול ההגנה על בריאותו של העצור קיימים שיקולים כבדי משקל הנוגעים למיצוי הדין עם הנאשם, הגנה על הציבור מפני אדם החשוד בפלילים, מניעת שיבוש הליכי חקירה ומשפט והמלטות נאשמים מאימת הדין – קל וחומר כי מן הראוי לשקול שיקול זה במסגרת הליכים לפי חוק הכניסה לישראל (על אף שתקנות אלה אינן חלות במישרין על הליכים אלה), ובפרט כאשר מדובר בעצורים מכוח הנוהל הפלילי, הפוגע פגיעה חריגה בזכות המוחזקים לחרות ולהליך הוגן, ואשר ממילא לא יביאו להרחקתם של העצורים מכוחו החוסים תחת הגנה קבוצתית זמנית, וכידוע היבט לכל – במוקדם או במאוחר ישתחררו ממעצר זה וישובו לחיים בקהילה.

41. בהקשר זה יצוין כי החלטת בית הידן לביקורת משמורת, לפיו תגובת המשיב מוכיחה כי אין חשש להדבקות בנגיף הקורונה במתקני המעצר אין לה על מה שתסמוך. ככל שתגובת המשיבה זהה לזו שהוגשה בעניינו של א.מ.ע (וסביר שכך הוא, שכן המדובר בתגובה גנרית אשר לפי בית הדין הוגשה בעשרות תיקי מעצר בימים האחרונים), הרי שמהתגובה כלל לא עולה כי בידי שב"ס למנוע הדבקות של עצורים בנגיף הקורונה, אלא רק שהוא ערוך לתת להם טיפול במידה ויחלו במחלה שהנגיף גורם לה; אין

בתגובת המשיבה כל התייחסות לאמצעים הננקטים למניעת הדבקה, לא כל שכן התייחסות לחששות המשמעותיים שהובאו בין היתר בפניית ארגון רופאים לזכויות אדם לשב"ס בהקשר זה, ולעובדה כי הנגיף כבר חדר ל-3 מתקני כליאה וכי מתקן מעצר שלם (מגרש הרוסים בירושלים) כבר הושם בבידוד עקב כך.

42. יתרה מזו, הפניית בית הדין לפסיקה הקובעת את חובתו של שב"ס לדאוג לבריאות הכלואים, כהוכחה לכך ששב"ס אכן מסוגל לעשות זאת במצב החירום החריג הנוכחי – כבר הינה בגדר כשל לוגי של הנחת המבוקש. ברור לחלוטין שעצם זה שהפסיקה קבעה כי ראוי ששב"ס ישמור על בריאות הכלואים, אינה ערובה לכך ששב"ס אכן יהיה מסוגל לעשות זאת, וקביעת בית הדין בעניין זה היא חסרת בסיס.

<u>היעדר מסוכנות הנשקפת מצד העותר</u>

43. אמנם, לחריג המתיר שחרור עצורים מטעמים הומניטריים, קיים חריג האוסר על שחרורם בנסיבות שונות, שהרלוונטית שבהן לענייננו היא אם "יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור" (סעיף 13ו(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל).

44. אלא שבענייננו, יטען העותר כי מנסיבותיו עולה כי לא מתקיים סיכון כזה לשלום הציבור, ולכל היותר – הוא מתקיים ברמה הנמוכה ביותר, אשר במאזן השיקולים אינה גוברת על השיקולים לשחררו: המדובר בעבירה ראשונה של העותר, אשר עבר הפלילי נקי; מדובר בעבירה קלה יחסית, של מכירת כמות מוגבלת של סם רחוב מסוג "נייס גאי" בעלות 200 ₪, הקרובה מאוד לעבירה של החזקת סם לצריכה עצמית, שבגינה כאמור אין כלל סמכות להפעיל את הנוהל הפלילי; העותר כבר ריצה עונש מאסר לא קצר בגין עבירה זו, והורתע היטב מלעבור שנית על החוק; המדובר באדם נורמטיבי, אשר חי בקהילה ועד למעצרו עבד לפרנסתו (ראה דברי ב"כ העותר בדיון קודם לגזירת דינו בהליך הפלילי, בפרוטוקול הדיון שצורף לעיל).

45. ממילא, בניגוד לאמור בהחלטת ממונה ביקורת הגבולות בעניינו של העותר מיום 18.12.2019, הסיבה לכך שהעותר לא עבר הליך שיקומי בכלא היא משום שהליכים כאלה כלל אינם זמינים לחסרי מעמד בישראל, וממילא לא היו ניתנים למי שנשפט לתקופת מאסר כה קצרה כמו העותר; הוא לא שוחרר בערבות ממעצרו הפלילי בשל חסרון כיס ולא מסיבה אחרת, כאמור בפרוטוקול גזר הדין שצורף לעיל; ועבירת המשמעת שעבר בכלא (סירוב לאכול) בוודאי אינה מבססת סכנה לשלום הציבור, היא הוסברה על ידו בצורה סבירה במהלך השימוע, ולא היו לו עבירות משמעת נוספות במהלל מאסרו או במשך המעצר המנהלי.

46. מעל הכול, הסיפא לסעיף סעיף 13ו(ב)(2) קובע כי החריג ההומניטרי המצדיק שחרור, גובר על החשש מסכנה לשלום ציבור כאשר "אין דרך אחרת למנוע את הנזק לבריאותו" של העצור; וכאמור לעיל, העותרים סבורים כי במצב הנוכחי, הסיכון הבריאותי המשמעותי הנובע מהדבקות בנגיף הקורונה מתקיים כל זמן שהעותר מוחזק במעצר, שכן עצם המעצר הוא גורם הסיכון העיקרי בהקשר זה.

התנאים שהציב בית הדין מסכלים את שחרורו של העותר

47. בהחלטתו, קבע בית הדין כי שהעותר יוותר במעצר "עד למציאת חלופת משמורת הולמת בנסיבות הקיימות", כאשר מהחלטות בית הדין הקודמות בעניינו, ברור כי חלופה כזו בעיני בית הדין היא אך ורק ערב שיסכים לשמש כמשמורן עבור העותר.

48. כפי שהעותר הסביר לבית הדין וכפי שנכתב גם בבקשת השחרור, העותר לא הצליח לאתר אדם שיערוב עבורו, ושיסכים להלין אותו בביתו ולדאוג לשילובו במקום העבודה שלו – תנאים מחמירים וקשים עבור כל אדם, ובפרט נוכח המשבר הכלכלי הקשה שפוקד בימים אלה את אוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל. משכך, עמידתו של בית הדין על כך שללא ערב, לא ישקול את שחרורו של העותר, מציבה את העותר בפני שוקת שבורה, והלכה למעשה מסכלת את האפשרות לשחרורו. המדובר בתוצאה קשה בכל מקרה, ובפרט עקב מצב החירום הקיים כיום והחשש הגובר לבריאותו של העותר.

49. כבר נפסק כי אין להותיר אדם במשמורת ולשלול את זכויות היסוד שלו לחירות רק מחמת היעדר יכולתו לעמוד בתנאי שחרור שנקבעו בעניינו, יהיו אשר יהיו. המערער יבקש להפנות לבר"מ 629/11 גברה נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, פסק דין מיום 2.3.2011), שם בית המשפט העליון קבע כי:

> "בתנאים שנקבעו על ידי בית המשפט המחוזי הנכבד בבאר-שבע, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, ואף באלה שהוצעו על ידי המדינה "לפנים משורת הדין" **יש כדי לסכל בפועל את אפשרות שחרורה הממשית של המבקשת ממשמורת, רק בשל העובדה שאין היא יכולה לעמוד בתנאים שהושתו**... לתפיסתנו זהו אחד מן המקרים שבהם ראוי להשית תנאי שחרור מתונים הרבה יותר, בשים לב לעובדה שהמבקשת שהתה עד כה במשמורת למשך תקופה ממושכת ביותר, ונוכח זאת – סביר כי לא צברה סכומי כסף משמעותיים בתקופה זו, שיאפשרו לה לעמוד בתנאים הכספיים שהושתו עליה בפסק הדין" (הדגשות הוספו, ט.ש.).

50. בנוסף נפסק כי עקרון המידתיות והזכות לחירות מחייבים, כי אדם לא יישאר כלוא אך בשל חוסר יכולתו לעמוד בערבות שנקבעה לשחרורו. והדברים יפים ביתר שאת לעניינו של המערער:

> "...לא תיקבע ערובה לשחרור שלא יהיה בכוחו של הנאשם לעמוד בה כך שבדרך עקיפין יישאר במעצר שדינו להשתחרר ממנו. **גם תחושת הצדק אינה סובלת שאדם שאין ידו משגת להפקיד ערובה שהושתה עליו כתנאי לשחרורו מן המעצר יישאר במעצר רק מטעם זה. הדבר נובע גם מעקרון המידתיות שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, שמכוחו יש להקפיד שלא להטיל ערובה בסכום מופרז כתנאי לשחרור** (בש"פ 9694/02 רביזדה נ' מדינת ישראל, פ"ד נז(1) 176 (" (ההדגשות הוספו, ט.ש.).

ר' גם: בר"מ 2767/09 עבדולאי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 21.12.2009); רע"ב 10430/08 שושן נ' נציב בתי הסוהר (פורסם בנבו, 1.2.2009); בש"פ 7277/09 מדינת ישראל נ' בן-דוד (פורסם בנבו, 11.10.2009)).

51. עוד יצוין כי קיים טעם ממשי לפגם, בכך שההחלטה בעניין אי-שחרור העותר התקבלה על יד מותב שונה מזה שפגש בו ביום 17.3.2020 ובפניו התקיים הדיון בנוכחות באת כוחו הח"מ, ואשר בפניו נטענו הטענות הייחודיות בהקשר מצב החירום הנוכחי, אשר מן הראוי היה כי יטו את הכף לטובת קביעת תנאי שחרור נוחים יותר. בהקשר זה כבר נקבע בעניין בג"ץ 3520/95 אליעזר צוברה נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, נ(5) 050 (1996):

> "גם החלטה על-ידי הרכב אחר, שונה מזה ששמע ונכח במהלך הדיונים, הינה החלטה שיש בה פגם (ראה י' זמיר, "הרכב חסר בבתי דין מינהליים" משפטים ד (תשל"ב-ל"ג) 585, 608). הצדק ואף מראית פני הצדק עלולים להיפגע מקום בו פסק הדין ניתן על-ידי

הרכב שונה מזה שהתרשם מחומר הראיות שבתיק".

52. ובעניין עש"מ 1168/02 פאטמה פלאח נ' שירות המדינה, נו(6) 197 (2002) נקבע:

> "אין ספק שהכלל הוא שכל הדיונים בערכאות צריכים להתקיים בפני הרכב זהה, אם וככל שהדבר ניתן. כבר נאמר לא אחת בבית-משפט זה כי הכלל הוא שההרכב ששמע את הראיות הוא שייתן את פסק-הדין. בלשונו של הנשיא ברק: "הצדק ואף מראית פני הצדק עלולים להיפגע מקום בו פסק הדין ניתן על-ידי הרכב שונה מזה שהתרשם מחומר הראיות שבתיק" (בג"ץ 3520/95 צוברה נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים [1], בעמ' 54). כלל זה כפוף לחריג: כאשר נבצר מחבר במותב לסיים את הדיון, הרי ניתן להחליפו בחבר אחר, והמותב החדש רשאי להמשיך בדיון מן השלב שבו הופסק (ראו: סעיפים 233-234 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; תקנה 177 לתקנות סדר הדין האזרחי, תשמ"ד-1984). עם זאת יש לפרש חריג זה בצמצום, ויפים לעניין זה דברי השופט זמיר בבג"ץ 6334/96 אליהו נ' בית-הדין הרבני האזורי בתל-אביב [2], בעמ' 169: "אולם, הוראות אלה, בשל הסטייה שלהן מן העיקרון המחייב את ניהולו הרצוף של המשפט בפני אותו מותב, טעונות פירוש מצמצם"."

סיכום

53. חוסנה של חברה נמדד ביחסה לחלשים שבתוכה. בימים טרופים אלה, כאשר מדינת ישראל והעולם כולו מתמודדים עם משבר בריאותי חסר תקדים, אל לנו לשכוח את גורלם של האנשים החיים בשולי-השוליים של החברה – חסרי מעמד המוחזקים במתקני הכליאה, שם נשקפת לבריאותם סכנה גדולה שאין בכוחם להתגונן מפניה.

54. ענייננו של העותר – המוחזק תקופה ארוכה מכוח הנוהל הפלילי הפוגעני, על אף שברור לכל כי לא נשקפת ממנו סכנה ממשית לשלום הציבור, ומאידך סכנה גדולה נשקפת לבריאותו כל זמן שהוא מוחזק במעצר חסר תכלית ותוחלת – מחייב הגנה על ערכים אלה, ושחרורו המהיר ממשמורת בתנאים סבירים ומתונים אשר ישקפו הן את נסיבותיו האישיות, הן את חומרת המצב השורר בימים אלה וחריגותו הגדולה.

55. מכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לפעול במסגרת סמכותו הקבועה בסעיף 15ג לחוק יסוד: השפיטה, לבטל את החלטת בית הדין לביקורת משמורת ולהורות על שחרורו של העותר לאלתר.

56. יפוי כוח מטעם העותר 1 **מצ"ב ומסומן יז'**; בשל הודעת שב"ס על איסור כניסה של עו"ד למתקני הכליאה, לא ניתן לצרף תצהיר מטעם העותר 1, ולעתירה זו מצורפת "הודעה במקום תצהיר", **מצ"ב ומסומן יח'**, בהתאם להוראות ועדת האתיקה של לשכת עורכי דין, והח"מ מתחייבת לצרף תצהיר לתיק בית המשפט לאחר עריכת דיון במעמד העותר 1. יפוי כוח ותצהיר מטעם העותר 2 **מצ"ב ומסומן יט'**.

19.3.2020 **טל שטיינר, עו"ד**

ב"כ העותרים