בבית המשפט המחוזי מרכז **עמ"נ _____**
בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

המערער: **[redacted] (מוחזק במשמורת)**
מס' עצור 1496024 (מספר עצור קודם 9090026)
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

המשיבה: **רשות האוכלוסין וההגירה**
באמצעות פרקליטות מחוז מרכז (אזרחי)
דרך מנחם בגין 154 בית קרדן תל אביב 6492107
טלפון: 073-3736262 פקס: 02-6468017

ערעור דחוף ובקשה לקביעת דיון בהקדם

מוגש בזאת ערעור דחוף כנגד החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 18.3.2020 לקבל את עמדת רשות האוכלוסין וההגירה, ולהורות על המשך החזקתו במעצר הגירתי ("משמורת") של המערער, 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'.

המערער יטען כי החלטת בית הדין לביקורת משמורת שלא לשחרר את המערער, שגויה ובלתי סבירה, שכן היא אינה מביאה בחשבון את הסיכון הממשי לבריאותו של המערער עקב התפרצות נגיף הקורונה; אינה שוקלת 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; וסותרת 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... [ב]סיכון להידבקות העצור בנגיף הקורונה Coronavirus Novel nCoV-2019 (להלן - נגיף הקורונה) בעת שהותו במעצר ומצב הכליאה באותה עת", הוראה אשר לשיטת המערערים מקל וחומר שעליה להנחות גם את שיקול דעתם של דייני בית הדין לביקורת משמורת – **בייחוד נוכח התקבלותה הרחבה של הוראה זו על ידי בתי המשפט השלום ומהחוזי הדנים בענייני מעצרים בימים אלה, אשר הורו על שחרור עצורים רבים לנוכח הסיכון לבריאותם – זאת בניגוד חריף להחלטת בית הדין נשואת ערעור זה.**

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

המערער ממשמורת לאלתר.

יצוין כי ערעור זה הוגש בתחילה כעתירה לבג"ץ, בבקשה שידון בה מכוח סמכותו השיורית מכוח סעיף 15ג לחוק-יסוד: השפיטה. זאת, 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 (להלן: **התקנות**), אשר החריגה 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 (המערער 2) וארגון היא"ס ישראל, אשר טרם נענתה).

ביום 19.3.2020 דחה בית המשפט (כב' הש' סולברג) את העתירה על הסף והורה לעותרים לפנות לבית משפט נכבד זה, וזאת בהתאם לסעיף 3(ד) לתקנות, לפיו "על אף האמור בתקנת משנה (א)(1) עד (5), רשאי נשיא בית משפט, מטעמים שיירשמו, לקבוע כי הליך מסויים הנמנה עם העניינים המפורטים בתקנת משנה (א)(1) עד (5) לא יידון, או שהליך מסויים שאינו נמנה עמהם – יידון". בכך למעשה הותיר בית המשפט העליון את בית המשפט הנכבד הזה כאפיק היחידי בו יכול המערער להשיג על החלטת בית הדין בענייננו, בהיעדר סעד חלופי כלשהו.

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'.

פסק הדין בבג"ץ 2164/20 אברהים נ' רשות האוכלוסין וההגירה (19.3.2020, פורסם באתר בית המשפט העליון) מצ"ב ומסומן ד'.

<u>המערער סבור כי מתקיימים טעמים מיוחדים לדון בערעור זה, אף על פי שאינו מנוי בהודעת מנהל בתי המשפט, שכן עניינו בליבת זכויות היסוד של המערער – זכותו לחירות וזכותו לשלמות גופנית</u>; ויוזכר כי הודעת המנהל מורה כי דיונים בעניין מעצרים בהליך הפלילי ימשיכו להתקיים בתקופת החירום, ואילו כאן עסקינן במעצר מינהלי של מי שסיים מכבר לרצות את עונשו הפלילי ואינו מהווה סכנה לציבור – ומשכך הפגיעה בזכויותיו אף מתעצמת, ואיתה החשיבות בעריכת ביקורת שיפוטית בעניין המשך מעצרו, המציב סיכון לבריאותו, ושעה שהחלטה בית הדין בעניינו מסכלת הלכה למעשה את שחרורו לזמן בלתי מוגבל. כאמור לעיל, **אם יחליט בית המשפט הנכבד שלא לדון בערעור, הרי שלנוכח החלטת בית המשפט העליון בענייננו, ייוותר המערער ללא כל גישה לערכאות בפניהן יוכל להביא את טענותיו כנגד המשך מעצרו.**

ועוד, לנוכח הצורך הדחוף בשחרורו של המערער, בשל התפשטותו המהירה של נגיף הקורונה, אשר כבר חדר לשלושה מתקני כליאה בישראל – בית המעצר מגרש הרוסים, בית המעצר בפתח תקווה ובית המעצר ניצן, אשר מצוי בסמוך למתקן גבעון – והסכנה המיידית לבריאות המערער המוחזק שם בשל הצפיפות ותנאי ההיגיינה המוגבלים במתקן, המעודדים הדבקה מהירה והמונית של עצורים ואנשי סגל כאחד, **מתבקש בית המשפט הנכבד <u>לקבוע ערעור זה לדיון דחוף בפניו.</u>**

<u>רקע עובדתי</u>

1. המערער הוא מבקש מקלט מסודן השוהה בישראל תחת מדיניות אי-הרחקה זמנית, הורשע במסגרת ת"פ 44167-09-19 ביום 25.11.2019 בעבירה של סחר בסם מסוכן, לאחר שמכר לשוטר סמוי ארבע שקיות של

סם מסוג "נייס גאי" תמורת 200 ₪. ביום 26.11.2019 גזר בית המשפט השלום בתל אביב את דינו של המערער 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 המערער מצ"ב ומסומן ה';

גזר הדין מיום 26.11.2019 מצ"ב ומסומן ו'.

2. לקראת תום מאסרו הפלילי, ביום 18.12.2019 הובא המערער 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 ז'.

3. וכך קבע הממונה בתום השימוע שנערך לעותר (טיעוני המערער 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 ח'.

4. על פי המסמכים המצויים בידי המוקד לפליטים ולמהגרים, המייצד את המערער (להלן: **המוקד**) ביום 22.1.2020 וביום 17.2.2020 נערכו דיוני ביקורת משמורת בעניין המערער בבית הדין במתקן סהרונים בו הוחזק, בפני כב' הדיינת קריספין-בוקר. על פי פרוטוקול הדיון, בית הדין הורה לעותר למצוא אדם שיערוב לשחרורו והמערער אישר כי ימצא ערב מתאים ויעביר את פרטיו לבית הדין שיבחן את התאמתו. אלא שלדברי המערער, 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 ט'.

5. זה המקום לציין כי בחינה שערך 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 המערער, אלא כחלק מן הנוהג הכללי העולה מהחלטותיה של הדיינת קריספין-בוקר.

6. 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 י'.

7. 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, ומתוארים בדוח המוקד "מִשְׁפַּט אֶחָד יִהְיֶה לָכֶם" – על מעצרם המנהלי של מבקשי מקלט מעורבים בפלילים" שפורסם ביום 7.10.2017.[1]

8. 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 המערער, אשר למרות ניסיונות רבים לא הצליח לאתר אדם שיסכים לשמש לו ערב.

9. 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". 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 יא'.

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

10. 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.

11. חשש זה כבר התממש, כאשר מקרים של הדבקות בקורונה הביאו להשמת בית המעצר "מגרש הרוסים" בירושלים תחת הסגר מוחלט ביום 12.3.2020; להטלת הסגר על בית המעצר בפתח תקווה ביום 19.3.2020; 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 המערער, על מנת לשמש כמתקן בידוד עבור עצירים ואסירים שיעלה חשש כי נדבקו בנגיף.

12. 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.

13. על רקע זה, ביום 16.3.2020 הגיש המוקד בקשה לשחרורו של המערער ממשמורת. בבקשה נטען כי מצב החירום שהוכרז והסכנה הגוברת לבריאותו של המערער 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 המערער 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'.

14. 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 המערער 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 המערער שעברו הפלילי נקי והעבירה שהורשע בה אינה מן החמורות.

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

15. והנה, למחרת היום התקבלה החלטה בית הדין לביקורת משמורת – ודוק: לא על ידי הדיין ששמע את

טענות המערער בדיון, אלא על ידי כב' הדיינת קריספין-בוקר, שלא נכחה בדיון. בהחלטתה, שצורפה לעיל, קבעה הדיינת כי מתגובת משרד הפנים לבקשת השחרור של המערער, 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).

16. כאמור, תגובת המשיבה לבקשת השחרור בעניינו של המערער 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'.

17. 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'.

18. במקביל, ביום 19.3.2020 פנה ארגון "רופאים לזכויות אדם", יחד עם שורת ארגונים ובהם המוקד, אל היועמ"ש והשר לבטחון פנים, בדרישה לנקוט בשורת אמצעים על מנת לצמצם את מספר הכלואים בישראל בימים אלה. בפניה נטען כי –

> "בשל תנאי הכליאה המהווים סביבת חיים ייחודית, לא ניתן לקיים בבתי הכלא את הנחיות משרד הבריאות שנועדו למנוע הדבקה. הצפיפות בתאים ובשטחים הציבוריים אינה מאפשרת שמירה על מרחק של שני מטרים בין אנשים, לא בכל התאים קיימת נגישות למים חמים, תנאי האוורור לקויים ברבים מתאי הכליאה ומהווים סיבה לתלונות רבות גם בימי שגרה".

בפניה הוסבר כי קיים סיכון ייחודי ומוגבר להדבקה המונית בתוך תחומי בתי הכלא, המחייבת נקיטת אמצעים לשחרור כלואים רבים ככל הניתן, שכן –

> "על פי מומחים לבריאות הציבור, לכמות הנגיפים אליהם אדם נחשף יש השפעה ישירה על חומרת המחלה (המחלה עלולה להיות חמורה יותר ככל שכמות הנגיפים גדלה), על מהירות ההפצה ועל הסכנה להדבקה חוזרת. לכן על השחרורים להתבצע בהקדם האפשרי, כאשר המחלה עדין לא התפרצה בכלא".

מכתב מטעם ארגון רופאים לזכויות אדם ליועמ"ש ולשר לבטחון פנים מיום 19.3.2020 מצ"ב ומסומן טז'.

19. עוד יצוין כי ביום 20.3.2020 נמסרה הודעה נוספת מטעם דוברות שב"ס, לפיה כ-500 אסירים העומדים בפני סיום מאסרם יוצאו לחופשה בתנאי מאסר בית, וזאת על פי ההודעה "בהמשך לפעולות להקטנת סכנת התפשטות נגיף הקורונה בתוך מתקני הכליאה ולשם שמירה על בריאותם ושלומם של הכלואים ואנשי סגל שב"ס".

הודעת דוברות שירות בתי הסוהר מיום 20.3.2020 מצ"ב ומסומן יז'.

20. מכאן הערעור.

הטיעון המשפטי

הנוהל הפלילי – רקע קצר

21. 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".

22. 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".

23. 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 טספהונה נ' משרד הפנים (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).

24. 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 הבטום נ' משרד הפנים (12 בנובמבר 2013, להלן: **ענין הבטום**); פסקה יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין ופסק דינה של השופטת ברק ארז בעע"מ 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 3 בנובמבר 2013, פורסם באר"ש); בג"ץ 5156/13 באביקר נ' שר הפנים (21ביולי 2013). לחלק מהליכים אלו הצטרפה אף הסניגוריה הציבורית במעמד של "ידידת בית המשפט", ותמכה בעמדת המוקד כי הנוהל אינו חוקתי.

25. 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 המהווים 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".

26. 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).

27. 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".

28. 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.

29. 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

30. 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.

31. 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).

32. 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.

33. 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>המשגים בהחלטת בית הדין קמא</u>

34. המערער יטען כי בהחלטת בית הדין קמא נפלה שורת משגים, המצדיקים את ביטול החלטתו והוראה של שחרור המערער לאלתר. ביתה דין קמא לא שקל כיאות את השיקולים ההומניטריים התומכים בשחרור המערער, בראשם הסיכון הממשי לבריאותו – ובכך סטה משורת החלטות שניתו לאחרונה על ידי בתי המשפט הדנים במעצרים פליליים; בית הדין שגה כאשר קבע כי נשקפת מצד המערער מסוכנות כלשהי לציבור, בוודאי ברמה המצדיקה המשך החזקתו במעצר מינהלי ללא מגבלת זמן; ולבסוף, ביתה דין שגה בכך שהציב תנאים בלתי אפשריים לשחרורו של המערער, אשר הלכה למעשה מסכלים את שחרורו מהכלא, וזאת בייחוד על רקע מצב החירום והמשבר הכלכלי הכבד הפוקד את כלל האוכלוסיה בישראל, ובתוכה קהילת מבקשי המקלט.

א. שגה בית הדין קמא כאשר קבע כי לא מתקיימים טעמים לשחרור המערער מטעמים הומניטריים ובשל חשש לפגיעה בבריאותו של עצור

35. על אף הוראות הנוהל הפלילי, לא נסתרה החזקה העקרונית שנקבעה בפסיקה, לפיה תכלית המשמורת אינה עונשית, אלא 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).

36. יתרה מזאת, גם כאשר המשמורת דרושה לשם הרחקתו של אדם – וכאמור בענייננו, אין היתכנות להרחקתו של המערער 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".

37. בענייננו, סבור המערער כי המשך החזקתו של המערער 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.

38. ולא רק המערער סבורים כי מצב חירום זה מן הראוי שיהווה שיקול בענייני מעצר – כפי שהוזכר במבוא לערעור זה, 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 יח'.

39. יצוין כי בתי המשפט הדנים במעצרים במסגרת ההליך הפלילי כבר החלו ליישם הוראה זו באופן גורף, והורו על שחרורם בתנאים מקלים ביותר של עצורים לפני ואחרי הגשת כתב אישום. ראו למשל החלטת בית המשפט השלום בתל אביב לשחרר ממעצר אדם שנחשד בעבירות גניבת רכב וכניסה לישראל שלא כחוק (מ"ת 11046-03-20 מדינת ישראל נ' עמלי, החלטה מיום 17.3.2020), אשר קבע:

> "הימים הנוכחיים אינם ימים כתיקונם. **מדינת ישראל מתמודדת עם אירוע חסר תקדים בהיקפו שאת סופו לא ניתן לדעת. המאמץ הלאומי, שהוא מאמץ כלל אנושי, למניעת התפשטות מגפת הקורונה מצדיק שינוי תפיסתי של ממש בכל הנוגע להשמת עצורים בבתי מעצר או לשחרורם משם.** מדובר בשיקול אחד מכלל השיקולים אשר משקלו יקבע בהתאם למכלול נסיבות העניין. במקרה זה מצאתי לנכון לקבוע לו משמעות של ממש. אציין כי תקנות שעת החירום שהוצאו אתמול קבעו שינויו של חוק המעצרים בדרך של תיקון סעיפים 13 ו-21 לחוק (...). אציין כי הדיון נערך, גם כן על פי תקנות שעת החירום, שלא בנוכחות המשיבים. **ברור כי שהותם של אנשים בכלא בעת הנוכחית מסכנת אותם אף יותר משהותם שלא במסגרת מעצר. עוד יש לציין כי האמור בבג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים ואח', המכונה "בג"ץ הצפיפות", מקבל כמובן משנה תוקף בימים אלו**, כאשר לא ניתן לצפות את סיומו של מצב החירום בו נתונה מדינת ישראל כעת" (ההדגשות הוספו, ט.ש.).

40. בית המשפט המחוזי בתל אביב אישר קביעה זו ודחה את ערעור המדינה כנגדה (עמ"ת 37301-03-20 מדינת ישראל נ' עמלי, החלטה מיום 18.3.2020), בקובעו:

> "**בימים כתיקונם אפשר שהייתי מקבל את הערר** (...) נוכח מצב החירום המיוחד השורר כעת במדינת ישראל וגם בתחום הרשות הפלסטינית, ולמעשה בכל מקום, **יש לצמצם ככל האפשר את האפשרות להידבקות מנגיף הקורונה. זה השיקול אשר התווסף מימים אלה ממש כאמור בתקנות שעת החירום**" (ההדגשות הוספו, ט.ש.).

41. בדומה לכך, הורה בית משפט השלום בבאר שבע – נוכח מצב החירום – על שחרור של שישה נאשמים בעבירות שב"ח, בעלי עבר פלילי וביטחוני, ושתלויים נגדם מאסרים מותנים – וזאת בתנאי התייצבות בלבד. ששת העררים שהגישה המדינה על החלטות שחרור אלה נדחו בהחלטת בית המשפט המחוזי (עמ"ת 39410-03-20 מדינת ישראל נ' גברין ואח', החלטה מיום 19.3.2020), תוך שנקבע כי:

> "**בימים כתיקונם ראוי לעמוד על ערבויות צד ג', לרבות הפקדה כספית**, גם אם המשמעות היא המשך המעצר לעוד מספר ימים. **אולם, לעת הזאת, בתקופת החירום**, כאשר עילת המעצר המרכזית הינה חשש להימלטות מן הדין בעבירה שאינה חמורה – האיזון שערך בית משפט השלום הוא הנכון. על כן, מורה על דחיית הערר" (ההדגשות הוספו, ט.ש.).

42. עוד ראו בעניין זה שורת החלטות של בתי המשפט בבקשות למעצר עד תום ההליכים בעבירות כניסה לישראל שלא כדין ועבירות נלוות: עמ"ת 33927-03-20 חמדאן נ' מדינת ישראל, בית המשפט המחוזי באר שבע, החלטה מיום 17.3.2020; מ"ת 25582-03-20 מדינת ישראל נ' ביתאלו ואח', בית משפט השלום ראשון לציון, החלטה מיום 18.3.2020; מ"ת 16336-03-20 מדינת ישראל נ' הוארין, בית משפט השלום באר שבע, החלטה מיום 17.3.2020; מ"ת 22030-03-20 מדינת ישראל נ' עטאונה, בית משפט השלום אשקלון, החלטה מיום 17.3.2020; מ"ת 27403-03-20 מדינת ישראל נ' גראדאת, בית משפט השלום באר

שבע, החלטה מיום 17.3.2020.

43. **<u>ואם כך נאמר – פעם אחר פעם באופן גורף - 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</u>** (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.

44. בהקשר זה יצוין כי החלטת בית הדין 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.

45. 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.

ב. שגה בית הדין קמא כאשר קבע כי קיימת מסוכנות הנשקפת מצד המערער

46. אמנם, לחריג בחוק הכניסה לישראל 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).

47. אלא שבענייננו, יטען המערער 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 המערער, 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; המערער 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 המערער בדיון קודם לגזירת דינו בהליך הפלילי, בפרוטוקול הדיון שצורף לעיל).

48. ממילא, בניגוד לאמור בהחלטת ממונה ביקורת הגבולות בעניינו של המערער מיום 18.12.2019, הסיבה לכך שהמערער 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 המערער; 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.

49. **<u>עוד בעניין המסוכנות, מופנה בית המשפט הנכבד שנית לשורת ההחלטות שהובאה לעיל בעניין מעצרם של חשודים בפלילים, שעל אף המסוכנות הנשקפת מהם, ובאיזון בין הגנה על הציבור לשמירה על בריאותם, ומניעת התפשטות מגיפת הקורונה (שאף היא אינטרס ציבורי!) – הורו בתי המשפט בכל רחבי הארץ ובכל הערכאות על שחרורם ממעצרם</u>**.

50. 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, המערערים סבורים כי במצב הנוכחי, הסיכון הבריאותי המשמעותי הנובע מהדבקות בנגיף הקורונה מתקיים כל זמן שהמערער מוחזק במעצר, שכן עצם המעצר הוא גורם הסיכון העיקרי בהקשר זה.

ג. התנאים שהציב בית הדין מסכלים את שחרורו של המערער

51. בהחלטתו, קבע בית הדין כי שהמערער 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 המערער.

52. כפי שהמערער הסביר לבית הדין וכפי שנכתב גם בבקשת השחרור, המערער 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 המערער, מציבה את המערער בפני שוקת שבורה, והלכה למעשה מסכלת את האפשרות לשחרורו. המדובר בתוצאה קשה בכל מקרה, ובפרט עקב מצב החירום הקיים כיום והחשש הגובר לבריאותו של המערער.

53. 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"ם 629/11 <u>גברה נ' מדינת ישראל</u> (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.).

54. 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"ם 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)).

55. **לעניין החובה להקל בתנאי השחרור בתקופת חירום זו, ואף לוותר על תנאי שחרור שמן הראוי היה לקבוע בימים כתיקונם – מופנה בית המשפט הנכבד שנית לשורת ההחלטות שהובאה לעיל בתיקי מעצר חשודים בהליך הפלילי, ובפרט להחלטת בית המשפט המחוזי בעניין עמ"ת 39410-03-20 מדינת ישראל נ' גברין ואח', שם אישר בית המשפט את ההחלטה לוותר על ערבויות צד ג' כתנאי לשחרורם של העצורים.**

56. בשולי הדברים יצוין בנוסף כי קיים טעם ממשי לפגם, בכך שההחלטה בעניין אי-שחרור המערער 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".

57. 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

58. 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.

59. עניינו של המערער – 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.

60. מכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את החלטת בית הדין לביקורת משמורת ולהורות על שחרורו של המערער לאלתר.

61. יפוי כוח מטעם המערער והמוקד מצ"ב ומסומנים **יט'**.

22.3.2020

טל שטיינר, עו"ד

ב"כ המערערים