

בעניין:

_____ חדרי, ת"ז _____ ואח'

ע"י ב"כ עו"ד נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ואח'

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים ואח'

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיבים

השלמת טיעונים במסגרת בקשה לביטול פסק דין

כידוע, ביום 28.11.2011 הוגשה בקשה לביטול פסק הדין בעתירה שבכותרת. ביום 29.11.2011 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד, אשר מאפשרת לעותרים להתייחס לתגובת המשיבים מיום 22.11.2011 (להלן: **התגובה**). העותרים מתכבדים להגיש התייחסותם כאמור, כדלהלן:

גירוש העותר בזמן שבקשתו לאיחוד משפחות תלויה ועומדת

1. בפתח דבריו טוען המשיב כי בקשתו של העותר להיכנס לגדרי הליך איחוד משפחות **"נדחתה"** (הדגשה במקור, נ.ד.). בחודש מאי 2008. ואולם, כמתואר בעתירה בסעיפים 16-17, לא כך הדבר. **בקשתו** של העותר לא "נדחתה", אלא **הכרעה** בבקשה נדחתה. ההבדל בין "דחיית בקשה" ל"דחיית הכרעה בבקשה" אינו סמנטי, אלא מהותי: משמעות הביטוי של "דחיית הכרעה" הינה שפעולת הכרעה נדחתה בזמן למועד מאוחר יותר (כאשר יסגור העותר את התיקים הפליליים המתנהלים בעניינו). לטובת העותרים עומדות מספר עובדות אשר תומכות בטענה, כי בקשת העותר לא נדחתה במאי 2008:

א. **תיאור המשיב 1 עצמו את המצב העובדתי**: העותרים מפנים את בית המשפט לנספח ע/5 –מכתב המשיב מיום 16.8.2011, אשר נכתב בתשובה לבקשה להחזרת העותר לארץ, ובו נכתב כי "ביום 27.5.2008 נדחתה **ההכרעה בבקשה עד** לסיום ההליכים הפליליים אשר התנהלו בעניינו של מר חדרי" (ההדגשות הוספו, נ.ד.). זאת ועוד: לשון התשובה מיום 16.8.2011 היא לשון הווה, לפיה "בקשתו של מר חדרי למתן מעמד בישראל במסגרת בקשת איחוד המשפחות שבנדון **מסורבת**" (ההדגשה הוספה). ודוק: "מסורבת" (כעת) ולא "סורבה" (במאי 2008).

- ב. **תגובת המשיבים:** גם בתגובתם המקדמית מיום 26.10.2011, קבעו המשיבים כי "בהתאם להחלטת המשיב מיום 8.9.2011, הבקשה סורבה, והוצע לעותרים להגיש השגה על דחיית הבקשה" (ההדגשה הוספה, נ.ד.).
- ג. **המשיב לא הודיע לעותרים על סירוב לבקשה במאי 2008:** כמפורט בעתירה, המשיב 1 לא הודיע לעותרים, לא בכתב ולא בעל פה, כי בקשתם לאיחוד משפחות סורבה במאי 2008. כל שנמסר לעותר הוא, כי עליו לסגור את התיק הפלילי המתנהל נגדו. לא נמסר לו כי בקשתו מסורבת.
- ד. יוער, כי בנוסף לעובדה כי העותרים לא קיבלו מכתב סירוב לבקשה במאי 2008, אף ההיגיון תומך בטענת העותרים, שהבקשה לא סורבה במאי 2008. יוזכר, כי ביום 27.5.2008, התנהל בעניינו של העותר הליך פלילי אחד בלבד, אשר נסגר בסופו של יום, בשל חוסר עניין לציבור. על פניו, לא מדובר במקרה המצדיק סירוב לבקשה לאחמ"ש, אלא לכל היותר את דחיית ההכרעה בבקשה, החלטה אשר צריכה להיות תוצר של שיקול דעת (ר' סעיפים 59-62 לעתירה).
2. הנה כי כן, טענת המשיבים לפיה הבקשה לאחמ"ש נדחתה במאי 2008, נטענת לראשונה בתגובתם מיום 22.11.2011. נראה, כי מדובר בעריכת "מקצה שיפורים", בכדי שיתאפשר למשיבים לטעון, כי העותר שהה בישראל שלא כדין, שכן לא התנהלה בקשת אחמ"ש בעניינו, ועל כן מותר היה לגרשו לעזה. התנהלות כזו אין לקבל. **העובדה, העומדת ביסוד עתירה זו, הינה שבקשת האחמ"ש לא סורבה עד לתשובת המשיב 1 מיום 16.8.2011. על כן, הרחקתו מישראל בוצעה בעוד תלויה ועומדת בקשה בעניינו אצל המשיב 1.**
3. על כן, טענת המשיב בסעיף 3 לתגובתו, לפיה העותר המשיך לשהות בישראל ולעשות דין לעצמו, אינה נכונה עובדתית ואינה יכולה לעמוד.
- נוהל המשיב 5.1.0001**
4. המשיבים טוענים, בסעיף 4 לתגובתם, כי "גם לו הייתה בקשה תלויה ועומדת, הרי שהגשת בקשה אינה מקנה חסינות מוחלטת מפני הרחקה מישראל, מכל טעם שהוא. כל שקובע נוהל המשיב 1 בעניין הוא שכאשר ישנה בקשה תלויה ועומדת שהוגשה למשיב 1 וטרם ניתנה בה החלטה כלשהי (ואין זה המצב בעניינו), לא ינקוט המשיב 1 מיוזמתו הליך להרחקת המבקש".
5. טענה זו של המשיבים הופכת את הנוהל לאבסורד. האם באמת יתכן, שקבלת החלטה **כלשהי, במסגרת** הבקשה, מבטלת את החסינות בפני גירוש המעוגנת בנוהל? נזכיר, כי חסינות זו מבוססת על רציונאלים כבדי משקל, אליהם התייחסו העותרים בתגובתם מיום 1.11.11 (סעיפים 10-15). על פי היגיון המשיבים, החלטה במסגרת בקשה לאחמ"ש, לפיה על המבקש להמציא חשבון חשמל מן השנה החולפת, מהווה החלטה "כלשהי" שניתנת "במסגרת" הבקשה, ולכן המבקש הופך לבר-גירוש.

6. לא ברור כלל כיצד ניתן ליישב את פרשנות המשיבים לנוהל המשיב 1, עם הניסוח של הנוהל עצמו, והוא: "עד לקבלת החלטה **לגבי** בקשה/ערעור/השגה שהוגשה, אין לבצע פעילות אכיפה כלפי המבקשים" (ההדגשה הוספה, נ.ד.). יושם אל לב: בנוהל לא מצוין המונח "החלטה **כלשהי**" וגם לא כתוב שהחלטה תינתן **במסגרת** הבקשה, אלה **לגביה**. כמו כן, לא כתוב בנוהל שהמשיב 1 הוא זה שיימנע מייזום הליך הרחקה של המבקש (כפי שמתואר בתגובת המשיבים), אלא כי באופן כללי, **אין לבצע פעילות אכיפה כלפי המבקשים**.
7. ודוק: הוראת הנוהל לפיה אין לבצע פעילות אכיפה כלפי המבקשים, אינה חלה רק על המשיב 1, אלא על כלל גורמי האכיפה. כך, למשל, בעניין **אבו זהים**, לא היה מדובר במקרה בו המשיב 1 ביצע פעולת אכיפה כלפי המבקש, אלא משטרת ישראל. בית המשפט קבע באותו עניין, כי **משטרת ישראל** פעלה בניגוד לנוהל המשיב, האוסר על הרחקה בזמן בקשה מתנהלת, **וכן** בניגוד להוראות חוק הכניסה לישראל, בדבר אופן ההרחקה.
8. הנה כי כן, נראה כי שוב, גם בהתייחסות המשיבים לנוהל המשיב 1, מנסים המשיבים "לשפר" את הנוהל לטובתם, על ידי צמצומו להוראה חסרת משמעות ומעוותת, בכדי לתמוך בטענותיהם בתגובה.

החלטת הממשלה 3598

9. עמדת המשיב היא, כי לאור החלטת הממשלה 3598, "אין כל אפשרות חוקית או מעשית לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות של העותר, תושב רצועת עזה". עמדת העותרים היא, כי מדובר באמירה גורפת וכללית, אשר אינה מדויקת במקרה דכאן, ואף סותרת החלטות אחרות של המשיב.
10. ראשית, כפי שנטען בערר העותרים מיום 21.8.201 (נספח 6/ לעתירה), סירוב לבקשת איחוד משפחות הניתן על בסיס 3598 חייב לינוק מסעיף 3ד להוראת השעה. סמכות שר הפנים לסרב לבקשה לאחמ"ש על פי סעיף 3ד, הינה **סמכות שבשיקול הדעת**. עובדה זו נסמכת הן על נוסח הסעיף ("**רשאי** שר הפנים לקבוע...") והן על האמור בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, אשר קבע במפורש כי למרות שהחוק קובע קטגורית כי "לא יינתן היתר" במקרה של מניעה ביטחונית, השימוש בסמכות כרוך בשיקול דעת. הנה כי כן, אין זה מדויק, בלשון המעטה, לטעון כי "אין כל אפשרות חוקית או מעשית" לאשר את הבקשה לאחמ"ש.
11. שנית, כמפורט בערר (נספח 6/ האמור), בעת גירוש, "מקום מגורו" או "אזור מגוריו" של העותר לא היה בעזה. גם עתה, מדובר במקום מגורים שנכפה על העותר, בשל גירושו לשם. סעיף 3ד להוראת השעה, עליו מבוססת החלטת הממשלה, קובע כי ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות רק "על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או מבקש אחר** מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" (ההדגשה הוספה, נ.ד.). כפי שנטען בערר, ההוראה המצויה בהחלטת הממשלה, לפיה די בכך שאדם רשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה, כדי

לסרב לבקשת בן זוגו לאיחוד משפחות עימו, הינה בלתי חוקית, בהיותה חורגת מהסמכות שהוקנתה לממשלה בחוק בעניין זה.

12. שלישית, כידוע, בקשת העותרים לאיחוד משפחות הוגשה ביום 2.1.2008 – מספר חודשים לפני החלטת הממשלה. לכן, החלטת החלטת הממשלה על עניינם היא בבחינת החלה רטרואקטיבית, אשר אין לה כל הצדקה בנסיבות העניין ואף מנוגדת לסיפא של אותה החלטת ממשלה גופא. שהרי, בסיפא של סעיף ג' להחלטת הממשלה 3598 נאמר:

מובהר בזאת כי סעיף זה **יחול מכאן ולהבא** ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה (ההדגשה הוספה, נ.ד.).

13. הנה כי כן, לאור העובדה כי בקשת העותרים לאיחוד משפחות הוגשה לפני החלטת הממשלה, ובקשתם **לא סורבה** טרם החלטת הממשלה (אלא רק נדחתה בה ההכרעה, כאמור לעיל), הרי כי **אין להחיל את הסעיף על בקשתם**, שכן הוא אמור לחול מיום 15.6.2008 – יום קבלת החלטת הממשלה – ולא לפני כן.

14. בשולי הדברים יוער, כי טענת המשיבים לפיה אין אפשרות חוקית או מעשית ליתן היתר שהייה בישראל לאדם, אשר המשיב מגדירו "תושב עזה", אינה מדויקת גם במישור העובדתי. העותרים יבקשו להפנות את המשיבים ואת בית המשפט הנכבד לעניין אחר שנמצא בטיפול העותרת 6, עניינה של הגב' _____ עבדאלבארי, ת"ז _____, אשר עניינה נדון בוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים, אשר הוקמה על פי סעיף 1א3 להוראת השעה (להלן: **הוועדה ההומניטארית**), וכן במסגרת עתירה לבג"ץ. גב' עבדאלבארי נולדה ברצועת עזה ונרשמה בתעודת הזהות הפלסטינית שלה כתושבת חאן יונס. היא נישאה לתושב קבע בישראל, _____ עבדאלבארי, ועברה להתגורר עמו בירושלים. בספטמבר 2008, לקראת הגיעה של גב' עבדאלבארי לגיל 25, הגיש מר עבדאלבארי בקשה לאיחוד משפחות עמה. בקשה זו סורבה בהתאם להחלטת הממשלה 3598, שנתקבלה מספר חודשים לפני הגשת הבקשה.

15. בעניינה של גב' עבדאלבארי הוגשה בקשה לוועדה ההומניטארית, בה נטען כי סירוב לבקשה לאחמ"ש בשל היותה של גב' עבדאלבארי רשומה במרשם האוכלוסין כתושבת עזה בלבד, מבוסס על החלטת ממשלה שניתנה בחוסר סמכות. כמו כן נטען כי גב' עבדאלבארי הגיעה לירושלים בגיל צעיר מאוד, וגרה בה במשך 9 שנים עובר להגשת הבקשה לוועדה ההומניטארית.

16. באין מענה לבקשה ההומניטארית הוגשה ביום 19.5.2011 עתירה לבג"ץ, בדרישה להורות למשרד הפנים ליתן מענה לבקשה (בג"ץ 3830/11).

17. ביום 4.9.2011 הודיעה ב"כ המשיב בעתירה, עו"ד ורד חלאוה, כי שר הפנים החליט ביום 31.8.2011 **ליתן לעותרת היתר שהייה בישראל**. לאחר שקיבלה העותרת היתר שהייה, הסכימו הצדדים למחיקת העתירה.

העתק הודעת המשיב בבג"ץ 3830/11 מצ"ב ומסומן ע/11.

מכתב המשיב מיום 11.9.11 המזמן את גב' עבדאלבארי לקבלת הפנייה למת"ק מצ"ב ומסומן ע/12.

18. הנה כי כן, ברי כי ההוראה המעוגנת בסעיף 3ד להוראת השעה אינה הוראה מוחלטת, והמשיב בעצמו מאפשר קיומם של מקרים חריגים, לאחר הפעלת שיקול דעתו.

19. עוד יודגש, כי המקרה של העותר דכאן אף מובהק מהמקרה של גב' עבדאלבארי, שכן הבקשה לאיחוד משפחות דכאן הוגשה לפני החלטת הממשלה, ואילו הבקשה לאיחוד משפחות של בני הזוג עבדאלבארי הוגשה אחרי החלטת הממשלה (ועל כן, לא עלתה סוגיית ההחלה הרטרופקטיבית). **ובכל זאת, המשיב 1 החליט ליתן לגב' עבדאלבארי היתר לשהייה בישראל.**

20. יודגש, כי כלל טענותיו של העותר בעניין החלת החלטת הממשלה 3598 בעניינו, וכן טענות הומניטאריות נוספות, נפרסו בבקשתו לקבלת היתר שהייה בישראל אשר הוגשה לוועדה ההומניטארית עוד ביום 11.10.2011.

הפניית העותרים לוועדת ההשגה

21. המשיבים חוזרים על טענתם שהועלתה בתגובה המקדמית מיום 26.10.2011, לפיה היה על העותרים להגיש השגה בגין סירוב לבקשה לאחמ"ש. אולם המשיבים נמנעים מלציין את העובדה, כי בהחלטתו לסרב את בקשת האחמ"ש הפנה המשיב 1 את העותרים להגשת בקשה לוועדה ההומניטארית. זה המסלול שהתווה המשיב עבור העותרים, כשלצדו עומדת להם, כמובן, הזכות הרגילה לתקוף את ההחלטה (לרבות ההפניה לוועדה ההומניטארית) באמצעות השגה.

22. בכדי לא לנהל הליכים במקביל, פנו העותרים ביום 2.10.2011 לוועדת ההשגה, בבקשה לשמור על טענותיהם כנגד הסירוב לערר, בזמן פנייתם לוועדה ההומניטארית. ביום 4.10.2011 ניתנה החלטת יו"ר ועדת ההשגה, לפיה "למשיגים ניתנת ארכה בת 15 ימים מיום שימצו ההליך מול הוועדה ההומניטארית להגיש השגה בעניין החלטת הסירוב מיום 8.9.2011".

העתק בקשת העותרים מיום 2.10.2011 לשמירת טענותיהם מצ"ב ומסומן ע/13.

העתק החלטת יו"ר ועדת ההשגה מיום 4.10.2011 מצ"ב ומסומן ע/14.

23. בהתאם לכך, ביום 11.10.2011 הוגשה בקשה הומניטארית בשם העותרת, עבור העותר.

24. כעת, טוענים המשיבים כי על העותרים לפנות לוועדת ההשגה. המשיבים מוסיפים, כי "כידוע הוועדה (הכוונת לוועדת ההשגה, נ.ד.) אף מוסמכת ליתן סעדי ביניים", וחזקה עליהם שכוונתם לסעד ביניים רלוונטי לענייננו, דהיינו צו להכנסת העותר לישראל. בכך יש חידוש חשוב, שכן יו"ר ועדת ההשגה חזרה וקבעה שאין לוועדה סמכות להורות על מתן צו עשה, המשנה את המצב העובדתי עובר להגשת השגה. קביעה זו ניתנה במסגרת החלטה

של יו"ר הוועדה בהשגה 215/11 מיום 16.6.2011, וכן במסגרת החלטה של יו"ר הוועדה בהשגה 563/11 מיום 6.11.2011.

העתק החלטת הנציבה מיום 16.6.2011 בהשגה 215/11 מצ"ב ומסומן ע/15.

העתק החלטת הנציבה מיום 6.11.2011 בהשגה 563/11 מצ"ב ומסומן ע/16.

25. העותרים מברכים על תפנית חשובה זו בעמדת המשיב, אולם אין בכך כדי להועיל בענייננו.

ודוק: נראה שעמדת המשיב איננה שוועדת ההשגות יכולה לדון בהשגה על הסירוב להכניס את העותר לישראל, אלא רק שהיא יכולה לתת סעד ביניים בעניין זה במסגרת השגה על הסירוב לבקשת האחמ"ש – נושא המצוי כעת בטיפול הוועדה ההומניטארית בהתאם להפניית המשיב עצמו!

26. זאת ועוד: בעת פניית העותרים למשיב להחזרת העותר לישראל, בקשת האחמ"ש בענייננו עדיין היתה תלויה ועומדת, כפי שהוכח לעיל. באותו מועד, בהיעדר סירוב לבקשת האחמ"ש, לא קנתה ועדת ההשגות סמכות לדון בעניין כלשהו של העותרים. דומה, שגם לגישת המשיב, בהתאם לנסיבות אותה עת, הסמכות הבלעדית היא של בית-המשפט הנכבד. העובדה שלצד ההחלטה בבקשה לכניסת העותר לישראל ניתנה גם החלטה – נפרדת – לסרב לבקשת האחמ"ש בענייננו, אינה שוללת את סמכות בית-המשפט.

27. גם לגישת המשיב עצמו, אם כן, בפני העותרים דרך ישירה אחת ויחידה לתקוף את החלטת המשיב 1 לקבע את הרחקתו, שלא כדין, של העותר לעזה בידי המשיב 2. דרך זו היא עתירה לבית-המשפט הנכבד. לכל היותר, המשיב מצביע על אפשרות תיאורטית להשיג סעד זה כסעד ביניים בהליך היפותטי, שהעותרים נמנעו מלנקוט משום שהלכו בדרך שהמשיב עצמו סלל להם. בנסיבות אלו, אין לומר שהעותרים לא מיצו הליכים או שקיים בידיהם סעד חלופי.

28. לסיכום חלק זה: העותרים פנו אל המשיב 1 עוד ביום 14.8.2011, בדרישה **לאפשר לעותר להיכנס לישראל** (ר' סעיף 14 לנספח 4/ לעתירה). גם בערר מיום 21.8.2011 דרשו העותרים **את החזרתו המיידית של העותר לישראל** (ר' סעיף 38 לנספח 6/ לעתירה). הדרישה להחזרתו לישראל לא התבססה על סירוב המשיב 1 לבקשת האחמ"ש (שניתן כאמור רק ב-16.8.2011) אלא גירוש שנועשה בניגוד לנוהל המשיב, באופן המנוגד להוראות הדין. הנה כי כן, פנייה לוועדת ההשגה לא הייתה רלוונטית במקרה דנן, בשל הסעד המבוקש, שלא נמצא בסמכות הוועדה. גם אם היו בוחרים העותרים לפנות לוועדת ההשגה בעניין **הסירוב לבקשת האחמ"ש** (ולא לוועדה ההומניטארית), הרי שפנייה לוועדת ההשגה אינה מהווה שלב במיצוי הליכים בעניין כניסת העותר לישראל.

הסעד המבוקש בעתירה אינו תיאורטי והוא נמצא בסמכות בית המשפט הנכבד

29. המשיבים מתארים את העתירה ככזו אשר מבוקש בה סעד תיאורטי, שכן שחרורו של העותר לעזה הוא "מעשה עשוי". עמדת העותרים היא כי טענה זו של המשיבים היא אבסורדית. משמעה הוא שלא ניתן לדון בשום עתירה בדבר החלטה מינהלית הפיכה משזו

בוצעה בפועל. שהרי, טענת העותרים הינה כי גירוש העותר נעשה שלא כדין, והדרך לתקן את העוול אשר נגרם לעותר, הינה החזרת העותר לארץ. **בעל הסמכות להחזיר את העותר לארץ הינו המשיב 1, הממונה על ביצוע חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.** גם אם המשיב 2 (שירות בתי הסוהר) הוא הגורם אשר יצר את אותו "מעשה עשוי", הרי שהמשיב **1 הוא בעל הסמכות להשיב את המצב לקדמותו.**

30. כמתואר לעיל, דרישת העותר מהמשיב 1 להתיר את כניסתו חזרה לארץ הינה דרישה מבוססת על טענות מהותיות: גירושו בניגוד לנוהל המשיב; החובה לאפשר לעותר לשהות בארץ עם משפחתו בעת מיצוי ההליכים בעניינו, לאור פס"ד סטמקה; קיומה של בקשה בעניינו בטיפול הוועדה ההומניטארית, אליה הפנה את העותר המשיב בעצמו; העובדה כי עד אוגוסט 2011, מעולם לא קיבל העותר סירוב לבקשתו לאיחוד משפחות. כלומר, למשיב 1 חובות מוגברות כלפי העותר, לעניין בקשתו להיכנס לארץ.

31. הנה כי כן, הסעד המבוקש בעתירה זו, נמצא בסמכות בית משפט נכבד זה, שכן הוא מבוקש על פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

32. במאמר מוסגר יוסף, כי טענת המשיבים לפיה המשיב 2 פעל "כמקובל במקרים של אסירים תושבי הרשות הפלסטינית – ובמועד שחרורו של העותר ממאסר, בחן את מקום תושבותו של העותר כפי שמופיע במרשם האוכלוסין, והחזיר את העותר לביתו בעזה", לא יכולה להכשיר את פעולת המשיב 2 ואת סירוב המשיב 1 לתקנו. העובדה, כי המשיב 2 אינו בודק את שאלת מעמדם של אסירים תושבי השטחים בארץ טרם שחרורם למקום כתובתם הרשומה, חמורה כשלעצמה. ברי כי העובדה, שההתנהלות במקרה של העותר הייתה התנהלות "כמקובל", אין משמעותה כי פעולת המשיב 2 הייתה כדין. נשוב ונדגיש:

סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל קובע הסדר מיוחד לעניין הרחקתם מישראל של תושבי הרשות הפלסטינית או תושבי "האזור", השוהים בישראל שלא כדין, או בניגוד לתנאי ההיתר שניתן להם. המדובר בהסדר שנקבע בחוק, ולא בהוראות נוהל או בתקנות. על פי הסדר זה, **רק קצין משטרה בדרגת פקד, שהסמיכו המפקח הכללי של משטרת ישראל לצורך זה, או ממונה ביקורת גבולות, רשאים להורות על הוצאתו מישראל של אדם כאמור.** ההוראה צריכה להינתן בכתב, ועל נותנה לערוך שימוע, ולתעד את דבריו של התושב ואת נימוקי החלטה.

(עניין **אבו זהים**, סעיף 10 לפסק הדין, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

33. עינינו הרואות: ההתנהלות ה"מקובלת" של המשיב 2, אשר מרחיק אסירים לשטחים רק בשל רישומם שם וללא בדיקת מעמדם בישראל, מנוגדת לדין. בית המשפט המחוזי (חיפה) בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים הכיר בכך באופן ברור, כאשר קבע בעתירת אסיר אשר ביקש כי בעת שחרורו יועבר לקלקיליה שבגדה, ולא לעזה:

לא ברור מהעתירה מתי עתיד העותר להשתחרר מהכלא. **בכל מקרה החלטה בעניין הרחקתו לעזה או לשומרון אינה במסגרת סמכויות**

שב"ס. לא ברור כי נעשתה פניה לגורם מנהלי מתאים ובכל מקרה אין בפני החלטה מנהלית שבעניינה ניתן להגיש עתירה.

(עת"א 39106-07-10 מצרי נ' שירות בתי הסוהר- מחלקת האסיר, החלטה מיום 29.7.2010, פורסם בתקדין. ההדגשות הוספו, נ.ד.).

34. סיכומם של דברים : אמנם, טענת העותרים הינה כי הרחקת העותר נעשתה בחוסר סמכות ובניגוד לדין. אולם כעת, כאשר ההרחקה כבר בוצעה, הגורם היחיד שבסמכותו לתקן את העוול הינו המשיב 1. שהרי, התרת כניסת העותר חזרה לארץ, הינה תמונת הראי של ביטול הרחקתו. זהו הסעד המבוקש בעתירה. אין מדובר בסעד תיאורטי כלל, והוא נמצא בסמכותו המובהקת של בית משפט נכבד זה.

סיכום טענות העותרים

35. בסוף תגובתם, טוענים המשיבים כי "החלטה אחרת מלבד דחיית העתירה, משמעותה שכל אדם שבקשתו מסורבת בשל תיקי מב"ד...או אפילו מניעה ביטחונית – רשאי להישאר בישראל ללא היתר עד להסרת המניעה הפלילית או הביטחונית, או לחלופין כל אדם המתעתד להגיש בקשה חדשה למעמד בישראל, רשאי להישאר בישראל עד שיעלה בידו להגיש בקשה כאמור".

36. עמדת העותרים הינה, כי תיאור זה של תוצאות קבלת העתירה הינו עיוות העובדות וטענות העותרים בעתירה. נסביר.

37. העותרים אינם טוענים כי מי שבקשתו מסורבת בשל מניעה ביטחונית או פלילית, רשאי להישאר בישראל ללא היתר. אולם, ראשית, בקשת העותרים זכאן לא סורבה, אלא ההכרעה בה "נדחתה". כלומר, היא נשארה תלויה ועומדת. שנית, גם במקרה של מניעה פלילית או ביטחונית, זכאי המבקש להעלות את טענותיו לעניין המניעה במסגרת "שימוע בכתב". כן רשאי הוא לערור, להשיג ולעתור במקרה של סירוב. ואכן, על פי נוהל המשיב, כל עוד מצוי המבקש בעיצומם של מיצוי הליכים בעניינו – אין לבצע כנגדו פעולות אכיפה. רק במקרה של סירוב סופי, או לחלופין ויתור המבקש על מיצוי ההליכים העומדים לרשותו, ניתן לקבוע כי המבקש שוהה בישראל שלא כדין ולבצע כנגדו פעולות אכיפה. כל פרשנות אחרת של נוהל המשיב יהפכו לריק מתוכן, ויעמוד בניגוד לפסק דין סטמקה.

38. בעניינו של העותר הייתה תלויה בקשה לאחמ"ש אצל המשיב 1. העותר גורש שלא כדין על ידי המשיב 2. גירושו היה שלא כדין, הן בהיעדר סמכות המשיב 2 לגרושו, והן לאור העובדה, כי בקשתו לאחמ"ש לא סורבה בעת גירושו. טענת המשיבים, לפיה בקשת העותרים לאיחוד משפחות הייתה מסורבת ממילא ביוני 2008 לאור החלטת הממשלה, אינה יכולה לעמוד בשל כלליותה וכן בשל כך, כי העובדות בפועל מוכיחות אחרת.

39. העותרים תקפו את הסירוב לבקשת איחוד המשפחות במסגרת בקשה אשר הוגשה לוועדה ההומניטארית. הם אינם תוקפים סירוב זה בעתירה דכאן. יוער, כי לעותרים טענות כבדות משקל בעניין הסירוב לבקשת האחמ"ש על יסוד החלטת הממשלה 3598, טענות אשר פורטו

בהרחבה בבקשתם ההומניטארית. בין היתר, טוענים העותרים כי החלטת הממשלה לא יכולה לחול על בקשתם לאחמ"ש רטרופקטיבית.

40. העתירה דכאן תוקפת את סירובו של המשיב 1, להתיר את כניסתו של העותר חזרה לישראל. תקיפת סירוב זה אינה נמצאת בסמכות ועדת ההשגה. יתרה מכך – לו היו מגישים העותרים השגה על הסירוב לבקשת איחוד המשפחות, לא היו יכולים העותרים לקבל את הסעד המבוקש כאן מוועדת ההשגה, בשל היעדר סמכותה.

41. הנה כי כן, ובניגוד לטענות המשיבים, מיצו העותרים הליכים כראוי ובידם עילה טובה לעתירתם. לאור כל המתואר לעיל, דין העתירה להתקבל, כך שיתאפשר לעותר לשוב לישראל, בזמן שבקשתו לקבלת היתר לשהייה בישראל מתנהלת אצל המשיב 1.

בקשת הביטול

42. כידוע, המועד להגשת תגובת המשיב לעתירה נקבע ליום 22.11.2011. תגובת המשיבים לא התקבלה אצל ב"כ העותרים במועד זה. ב"כ העותרים המתינה יומיים בטרם יצירת קשר עם ב"כ המשיבים בעניין, שכן כידוע, על פי הנחיות כבוד נשיאת בית המשפט העליון, בקשה להארכת מועד יכולה להיות מוגשת לבית המשפט אף ללא תגובות יתר בעלי הדין, ובלבד שהאורכה המבוקשת לא עולה על יומיים. כאשר חלפו יומיים אלו, ביום 24.11.2011, יצרה הח"מ קשר עם ב"כ המשיבים, בשעות הצהריים. רק כעבור מספר שעות, בסביבות השעה 16:00, התברר לב"כ כי התגובה נשלחה בדואר, ולא תישלח בפקס. בשעה זו לא הייתה קיימת אפשרות לגשת לבית המשפט ולעניין בתגובה בתיק בית המשפט. ביום ראשון, 27.11.2011, כבר ניתן פסק הדין.

43. בשולי הדברים יצוין, כי תגובת המשיבים מיום 22.11.2011 התקבלה אצל ב"כ העותרים ביום 29.11.2011. התגובה הגיעה במעטפה ללא מדבקת "דואר רשום עם אישור מסירה", ועם חותמת המלמדת שהסכום ששולם לחברת הדואר הוא הסכום הנדרש במשלוח מכתב רגיל. נראה, כי התגובה לא הוגשה כנדרש על פי דיני ההמצאה.

44. לאור זאת, חוזרים העותרים על טענותיהם בבקשת הביטול: חרף חשיבות ההמצאה כדין, לא הומצאה לעותרים תגובת המשיבים כנדרש על פי חוק. תוצאת אי-ההמצאה כדין לעותרים הייתה כי מהעותרים נמנעה האפשרות לבקש להגיב לתגובת המשיבים, טרם מתן פסק הדין. הנה כי כן, פסק הדין הסתמך על אמירות, טענות והסברים של צד אחד, אשר לא הובאו לידיעת הצד השני כלל. מדובר בפגם אשר יורד לשורשו של עניין, אשר על מנת לתקנו, לא נותרת ברירה אלא לבטל את פסק הדין.

45. מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

ירושלים, 6 דצמבר, 2011