

מען אבו חאפיז – יליד _____ 1994
מס' אסיר _____

ע"י ב"כ עוה"ד נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או אהרון מייסל קורמן (מ"ר 78484)

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

המערער

- נ ג ד -

מדינת ישראל – רשות ההגירה

ממונה ביקורת הגבולות

המשיב

ערעור מינהלי

במקום בו קיים צו הרחקה, אך הוא אינו מבוצע וגם אין מועד להרחקה, מסיבות שונות- מה יש בה, במשמורת, כדי לשרת את תכלית החוק?

(עמ"ן (ת"א) 304/06 משרד הפנים נגד פיסל מדדל (פורסם בנבו)

1. מוגש בזאת ערעור מינהלי על החלטת בית הדין לביקורת משמורת בכלא גבעון (להלן: **בית הדין**) של כבוד הדיין רג'א מרזוק מיום 27.8.2018, שהתקבל אצל המערער ביום 28.8.2018, אשר דחתה את בקשת המערער לשחררו ממשמורת. העתק מהחלטת בית הדין נושאת הערעור מצורף ומסומן **ע/1**.
2. עניינו של ערעור זה הוא בהמשך החזקתו במשמורת של המערער לעת עתה, כעשרים חודשים, על ידי המשיב שעושה שימוש בלתי סביר ובלתי מידתי בכוח ובסמכות, תוך פגיעה בזכות המערער לחירות, ובית הדין המשיך להכשיר התנהלות זו, על אף שהנתונים המצדיקים את שחרורו עמדו בפניו.
3. המערער יטען כי שגה בית הדין, כאשר קבע, כי החלטת המשיב הייתה כדין. בית הדין שגה גם בקובעו את האמור ללא שהורה למשיב ליתן התייחסות עניינית לטענות המערער, לפיהן מתקיים הליך הסדרת מעמד בעניינו שטרם הושלם.

4. לאחרונה התווספו עוד הוכחות על כך שהליך הסדרת המעמד מתקיים מזה יותר מ-11 שנה ואינו מטופל כיאות על ידי הגורמים הרלוונטיים, וכי בשל התנהלות קלוקלת זו נשללת חירותו של המערער מזה עשרים חודשים.

5. בית הדין שגה עת קבע כי המערער אינו בעל מעמד ברשות הפלסטינית המעניק לו זכות להיות משוחרר אליה. על פי סעיף 1 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, תושב אזור הוא מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי. לאורך כל התקופה בה הוחזק המערער במשמורת לא הייתה מחלוקת על כך שהנ"ל התגורר כל חייו במחנה הפליטים גינין וגדל בו.

6. המערער עוד יטען כי טעה בית הדין עת קבע כי התקיים הסייג של אי שיתוף פעולה בהליכי הרחקה על פי סעיף 13(ב)(1), ולא טרח להתייחס לנסיבות המיוחדות של מקרה זה, שאינן מאפשרות החלה פורמלית של סייג זה.

7. **החלטת בית הדין, בכל הכבוד, בלתי סבירה ועל כן יש להתערב בה, באשר אינו פועל בהתאם להלכת אדם ועל פי הוראות הלכת אלקנוב, כאשר בהיעדר אפשרות סבירה להרחקה אין טעם במשמורת.**

הסעד המבוקש

8. לאור הפגמים המתוארים בהתנהלות המשיבים, בית המשפט יתבקש להורות על ביטול החלטת בית הדין מיום 27.8.2018, כך שהמערער ישוחרר ממשמורת לאלתר, וכן להשית על המשיבים הוצאות המערער לרבות שכ"ט עו"ד.

בקשה לקיום דיון דחוף בערעור

9. המערער שוהה במשמורת קרוב ל-20 חודשים!

10. המערער מנותק, קרוב ל-20 חודשים, באופן מוחלט מבני משפחתו שאינם יכולים להגיע לבקרו, בשל העובדה שאין בידם תעודות זהות פלסטיניות שבהן מכירה המשיבה, בדיוק מאותן סיבות שבעקבותיהן המערער מוחזק במשמורת, דבר שמונע את כניסתם לישראל לצורך ביקור יקרים בכלא.

11. המשיב הכניס את המערער למשמורת בהליך בלתי הוגן ותוך פגיעה בלתי מידתית בזכויות היסוד של המערער.

12. כיום, ולאחר שהתברר כי קיים הליך הסדרת מעמד עבור המערער ואשר המשיב ידע עליו והתכחש לו תוך שהוא טועה ומטעה את בית הדין וכל הערכאות השונות שבפניהן נידון עניין זה, יש לתקן את העוול באופן מיידי ולשחרר את המערער לאלתר.

רקע עובדתי

13. המערער נולד בברזיל ביום ____ 1994. לאב פלסטיני ואם תושבת ברזיל אזרחית אורוגוואי. המערער נכנס לישראל ביום 6.6.1997 דרך נתב"ג באמצעות אשרת תייר **פקטין** (היה אז בן שנתיים ימים!) יחד עם בני משפחתו, ומיד עבר יחד עם בני משפחתו למחנה פליטים גינין ושם התגורר עד ערב מעצרו.

14. בחלוף מספר חודשים מהגעתם למחנה הפליטים בגינין, אבי המערער, עזב את משפחתו וחזר לברזיל, והותיר אחריו אישה וארבעה ילדים, מחוסרי מעמד. האב ניתק עימם כל קשר.

15. לא למותר לציין כי עם נישואיה, אם המערער, הגב' איריס אבו חאפז, שהינה ממוצא ברזילאי, ניתקו עמה בני משפחתה בברזיל כל קשר, ואיימו עליה בשל המרת דתה לדת המוסלמית בשל נישואיה. בשל כך, עם עזיבת בן זוגה לברזיל, הגב' אבו חאפז לא יכלה לחזור לחיק משפחתה הברזילאית ונשארה יחד עם ילדיה במחנה פליטים ג'נין, שם תמכה בה משפחת אבי המערער.

16. המערער ויתר אחיו גדלו במחנה פליטים ג'נין ולמדו בבתי הספר השונים שם. חלקם אף התחתן והקים משפחות. המערער **אינו דובר השפה הפורטוגזית** כלל ואף אינו זוכר את ילדותו בה שכן, כאמור, היה קטין בן פחות משלוש שנים כשהגיע לג'נין.

העתק ממסמכים המעידים על מרכז חיים מצורפים ומסומנים **ע/2**

17. מעבר לנדרש, המערער אינו מחזיק במסמכים ברי תוקף המעידים על אזרחותו הברזילאית, וככל שיתבקש לחזור לברזיל אין ברשותו דרכון בתוקף. בידי המערער מסמך מהשגרירות הברזילאית המעיד על כך שאין בכוונת ברזיל לקבלו ללא הסכמתו, וכי ככל שירצה להנפיק מסמכים מכוח אזרחותו הברזילאית הנתענת, יהיה עליו להצטייד במסמכים המוכיחים את זכאותו לכך.

אישור השגרירות הברזילאית מצורף ומסומן **ע/3**.

18. ביני לבני, המערער, ויתר בני משפחתו, ניסו להסדיר את מעמדם בגדה המערבית, וזאת על אף הקפאת הטיפול על ידי ישראל בבקשות לאיחוד משפחות וקבלת מעמד בגדה המערבית מאז שנת 2000. מכיוון שאביהם, קרוב המשפחה היחיד מדרגה ראשונה שיכול לבקש להעניק לבני משפחתו מעמד מכוח הקירבה אליו, אינו נמצא בגדה ואינו בקשר איתם, נאלצו הנ"ל לבקש מעמד באמצעות דודם, אחי אביהם, מר מוחמד חסן מוסטפא אבו חאפז, ת"ז . ביום 26.11.2007 הגיש הדוד עבור המערער ויתר אחיו את הבקשות האמורות במשרד הפנים הפלסטיני. יודגש, כי בקשותיהם של בני המשפחה **לא סורבו** עד עצם הרגע הזה. כאמור, הבקשה "מוקפאת" על ידי הצד הישראלי, כמוה כמו עוד עשרות אלפי בקשות אחרות לאיחוד משפחות בגדה המערבית.

העתק הקבלה על הגשת בקשה מיום 26.11.2007 מצורף ומסומן **ע/4**.

19. כאן המקום להבהיר, כי למרות שהסכמי אוסלו העבירו באופן פורמאלי את סמכויות ניהול מרשם האוכלוסין בשטחים לרשות הפלסטינית, בפועל, למעט במקרים חריגים, מונעת ישראל איחוד משפחות בשטחים על ידי אי קבלת בקשות חדשות או אי טיפול בבקשות תלויות ועומדות. כתוצאה מהאמור מעמדו של המערער, ועשרות אלפים אחרים במצבו, לא הוסדר עד עצם היום הזה.

20. ביום 20.2.2017, כשהמערער נסע ברכב יחד עם עוד אנשים באזור טולכרם, בשטחי הגדה המערבית, הגיעו למחסום פתע ושם נבדקו יחד עם כל הרכבים שחלפו במקום. מאחר שלמערער לא היה מסמך מזהה כלשהו להציג בפני החיילים, החליטו האחרונים לעצרו, ומשם הועבר לטיפול המשטרה. כפי שעולה מהאמור, מעצרו לא היה יזום, אלא הוא נעצר בעקבות בדיקה שגרתית שבסיומה לא נמצאו עליו מסמכים מזהים.

21. ביום 22.2.2017 המשטרה הורתה על שחרורו, ובאותו יום הועבר לטיפול המשיבה בגין "שהייה שלא כדין". באותו יום נערך לנ"ל שימוע ובהמשך המשיבה החליטה להותירו במשמורת עד הרחקתו לברזיל. ביום 23.2.2017 הוצא נגדו צו הרחקה מישראל ע"י הממונה על ביקורת הגבולות בכלא גבעון.

22. מאז הוא מוחזק במשמורת, **כשנה ושמונה חודשים**, כאשר המערער מסרב להיות מורחק לברזיל שכן מרכז חייו בג'נין, ואין לו כל זיקה לברזיל מלבד העובדה שהוא נולד בה.

23. מעבר לכך, יודגש כי הנ"ל מתגורר במחנה פליטים שהינו תחת אחריות אונר"א. אישור מעיריית גנין החתום על ידי ראש העירייה, מאשר כי המערער הנושא מספר תעודת פליט _____, מתגורר עם אימו במחנה פליטים ג'נין בשכונת אלסבאג'. כמו כן, קיים מסמך רשמי של אונר"א על פרטי המשפחה של המערער ובו מופיע מספר הרישום שלו:

העתק מאישור עיריית ג'נין מצורף ומסומן ע/5. העתק ממסמך רשמי של אונר"א מצורף ומסומן ע/6.

24. יודגש, כי בהמשך לבקשה לרישום שהגיש המערער במשרד הפנים הפלסטיני בשנת 2007 באמצעות דודו, ולאחר ניסיונות חוזרים ונשנים, הצליח האחרון להעביר את הבקשה לגורמים הרלוונטיים בצד הישראלי ונמסר לו טלפונית כי הבקשה כיום נושאת מספר 3839 לפי הגורמים הישראליים. בשלב מאוחר יותר קיבל המערער אישור מטעם הרשות הפלסטינית המעיד על כך כי הוגשה בקשה בשמו, אשר הועברה להמשך טיפול בצד הישראלי וטרם קיבלה מענה.

העתק מאישור הרשות הפלסטינית על הגשת בקשה לאיחוד משפחות מצורף ומסומן ע/7.

25. מסמך זה הובא בפני בית הדין והמשיב, שעד עצם הרגע הזה ממשיכים להתכחש לעובדה שהמערער הגיש בקשה וכי בקשתו תלויה ועומדת זה יותר מעשר שנים! בתגובת המשיב מיום 21.8.2018 לא ניתנה כל התייחסות לעניין המסמך, ונראה כי המשיב אף לא טרח לבדוק את הדברים המובאים בו.

26. על אף התעלמות המשיב מהמסמך האמור, בית הדין אישר בשנית את צו המשמורת מבלי לדרוש התייחסות לדבר ולא נתן כל נימוק להחלטתו לפיה לא מצא במסמך זה כדי להוכיח קיומו של הליך הסדרת מעמד.

27. כמו כן, ובמקביל לדברים הנ"ל פנה המערער ביום 5.8.2018 לקצין פניות הציבור במתפ"ש, על מנת לברר מהו סטטוס הטיפול בבקשה.

העתק מפניית המערער מיום 5.8.2018 מצורף ומסומן ע/8.

28. בחלוף שבועות ספורים ממתן החלטה נשוא ערעור זה, ביום 7.10.2018 התקבל במשרד הח"מ מכתב מטעם קצין פניות הציבור במתפ"ש ובו מצויין כי "פנייתך בנושא אישור לצורך השלמת הליך הסדרת מעמד והנפקת תעודת זהות פלסטינית במסגרת הליך לאיחוד משפחות עבור מוחמד חסן אבו חאפז _____, **עודנה בטיפול**" (ההדגשות שלי, נ.ד.). כך ובניגוד לעמדת המשיבה והחלטת בית הדין בהמשך, הגורם המטפל בבקשה להסדרת מעמדו של המערער מאשר כי הליך כזה קיים ועודנו בטיפול.

העתק ממכתב קצין פניות הציבור במתפ"ש הנושא את התאריך 3.10.2018 מצורף ומסומן ע/9.

הטיעון המשפטי

29. הערעור דכאן מוגש כנגד החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 27.8.2018, שהיא ההחלטה העיקרית לעניין חוקיות וחוקתיות המשך החזקתו במשמורת של המערער.

30. אין לראות החלטה זו במנותק מתקופת החזקתו הארוכה במשמורת, ומהחלטותיו המאוחרות של בית הדין לביקורת משמורת בגבעון, שכן חוסר מידתיות החזקתו במשמורת תוך סטיית המשיב מהלכת **אלקנוב** הלכה והתעצמה עם הזמן, כאשר עצם ההחלטה השגויה להחזיקו במשמורת התקבלה בעקבות כך שהמשיב בחר לזרות חול בעיני בית הדין וטען טענות בעלמא לעניין הליך הסדרת מעמדו של המערער תוך שהוא מסתיר או לכל הפחות מתעלם מהעובדה שהליך זה קיים והגורם הרלוונטי, במקרה דנן הצבא, מאשר זאת.

החזקה במשמורת ללא אופק גירוש

31. בית המשפט העליון קבע ואישר, לא אחת, את האיסור בדבר החזקת אדם במשמורת ללא אופק לגירוש, כאשר לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים (בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נגד שר הפנים**, פ"ד מד(4) 149 (1990); בג"ץ 4702/94 **טאיי נגד שר הפנים**, פ"ד מט(3) 83 (1995); בר"ם 696/06 **אלקנוב נגד בית הדין לביקורת משמורת** (18.12.2006); ע"א 9656/08 **מדינת ישראל נגד סעידי** (15.12.2011)).
32. נוכח חוסר היכולת לגרש את המוחזק וחשיבות הזכות החוקתית לחירות הנפגעת קשות מעצם החזקתו במשמורת זמן רב, ובשים לב לעובדה כי בית הדין לא חלק בעבר על העובדה שהמערער גדל כל חייו בגדה המערבית וכי אין לו זיקה לברזיל מלבד לידתו בה, נראה שמתקיימים כאן טעמים הומניטריים מיוחדים המצדיקים את שחרורו ממשמורת, בהתאם לסעיף 13(א)(3) לחוק הכניסה לישראל (להלן: **החוק**).
33. כמו כן, ונוכח העובדה שהמערער התחיל זה למעלה מעשור הליך לצורך הסדרת מעמדו, שאף בימים האחרונים, הצליח דודו להבטיח העברתו לגורמים הרלוונטיים בצד הישראלי, נופל תחת סעיף 13(א)(1) לחוק, שכן שהייתו הבלתי חוקית הנטענת יסודה בתקלה שאינה קשורה אליו ואינה בשליטתו.
34. אף על פי שבהחלטת בית הדין לעררים מיום 8.3.2017 נאמר כי ככל שמאמציו של המערער להשיג מעמד פלסטיני יישאו פרי יהיה ניתן לאפשר לו לשוב ולהיכנס לשטחים הכבושים, הרי להחלטה זו אין משמעות מעשית, כל עוד ישראל חוסמת בפועל את האפשרות הזו וכן מאחר שאין כל אפשרות להשלים הליך כזה כאשר המערער אינו שוהה באזור.
35. מעבר לנדרש. סעיף 13(א)(4) לחוק קובע כי שהייה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות מהווה עילה לשחרור בערובה. סעיף 13(א) מסתפק בהתקיימן של אחת מהעילות לשחרור ובמקרה דנן נראה שמתקיימות לפחות שלוש.
36. לבית הדין לביקורת משמורת ניתנת, כאמור, סמכות לשחרר בערובה אדם המוחזק במשמורת מכוח סעיף 13(א)(3) הקובע כי "בית הדין רשאי לבטל את צו המשמורת ולהורות על שחרורו בערובה של המערער, אם שוכנע כי התקיימו בו התנאים לשחרור לפי סעיף 13, וכפוף לסייגים הקבועים בו".
37. למרות כל זאת, בחר בית הדין להותיר את המערער במשמורת, ובכך חטא לסמכותו ושגה.

הלכת אלקנוב ונפקותה בענייננו

38. חוק הכניסה לישראל קובע בסעיף 13(ב), כי שוהה שלא כדין בישראל יוחזק במשמורת עד להרחקתו, אלא אם כן שוחרר בערובה. כמו כן קובע החוק בסעיף 13(א)(4), כי ממונה ביקורת גבולות רשאי לשחרר בערובה ממשמורת מי ששוהה במשמורת משך למעלה מ-60 ימים.
39. על פי החלטת בית הדין נשוא הערעור, נקבע כי הסייג לשחרור ממשמורת בשל אי שיתוף פעולה התקיים ועל כן הוחלט להותיר את המערער במשמורת.
40. בפסק הדין בבר"ם 696/06 **אלקנוב נ' בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין** (פורסם בנבו (18.12.2006), להלן: **הלכת אלקנוב**), הבהיר בית המשפט את תכלית ההחזקה במשמורת:

מטרת משמורת לצורך הרחקה נועדה לא למטרת כפייה, ולא למטרה עונשית; היא מכוונת, כל כולה, להגשים את תכלית המדיניות לפקח על

הנכנסים והשוהים בישראל שלא כדון, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם. (פיסקה 16 לפסק הדין)

34. בית המשפט המשיך ובחן את מידתיות הקביעה, לפיה אין לשחרר אדם ממשמורת אם הרחקתו נמנעת או מתעכבת בשל היעדר שיתוף פעולה מצדו. בית המשפט קבע כי הוראת החוק הרלוונטית צולחת את המבחן החוקתי, אולם "מסקנה זו אינה מייצרת את הצורך להקפיד הקפדה יתירה על אופן השימוש בסמכות הארכת המעצר מטעמים של התנהגות המוחזק במשמורת, ולבחון בחינה מתמדת, מעת לעת, האם עדיין מתקיימים התנאים המצדיקים את המשך המעצר".

35. באשר לכך נקבע:

בצד בחינת חוקתיותו של הסדר הארכת המשמורת לגבי מוחזק המונע את הרחקתו מן הארץ, נדרשת ביקורת מינהלית קפדנית, רצופה ועיקבית על אופן הפעלת הסמכות האמורה. מאחר שהארכת המשמורת של מי שמונע את הרחקתו משמעותה פגיעה מתמשכת בחירותו של אדם, נדרש פיקוח ומעקב מתמידים על מידת ההצדקה שבהמשך משמורת זו בנתונים הפרטניים של המקרה. אחריות זו מוטלת בעיקרה על הממונה על ביקורת הגבולות, ועל בית הדין למשמורת. במסגרת ביקורת זו יש לבחון מעת לעת האם אמנם התנהגותו של המוחזק במשמורת עדיין מונעת או מעכבת את הרחקתו; ומצד השני – האם המדינה עושה מצידה את כל הנדרש והניתן כדי לבצע את ההרחקה, והאם ניתן לבצע גם בלא שיתוף הפעולה של המוחזק במשמורת. מקום שלא מתקיים אחד מתנאים אלה, על הגורם המוסמך לשקול את שחרור המוחזק בערובה, תוך התניית השחרור בתנאים ראויים שיגשימו את מטרת השחרור תוך פגיעה פחותה ככל הניתן בחירותו האישית, ותוך התחשבות במדיניות העומדת ברקע הסדר המשמורת – להביא להרחקת השוהה שלא כדון מגבולות הארץ בהקדם ככל הניתן (שם, פיסקה 22, ההדגשה הוספה, נ.ד.)

36. בפסק הדין בבג"ץ 7146/12 אדם נ' הכנסת (פורסם בנבו (16.9.2013), להלן: עניין אדם), הרחיב בית המשפט בעניין השמה במשמורת ופגיעתה בחירות. כך, למשל, נאמר בפסק דינה של כב' השופטת בדימוס ע' ארבל: "ברי כי הפגיעה בזכות לחירות באמצעות השמה במשמורת הינה פגיעה קשה וקיצונית" (פיסקה 76 לפסק דינה).

37. וכן: "כליאת המסתננים ושליחת חירותם לתקופה ארוכה הינה פגיעה אנושה ולא מידתית בזכויותיהם, בגופם ובנפשם" (פיסקה 110 לפסק דינה).

38. בהמשך, בפסק הדין בבג"ץ 7385/13 גברסילאסי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו (23.9.2014), להלן: עניין גברסילאסי) הודגש כי:

הליך ההחזקה במשמורת אינו הליך עונשי. אין הוא נועד להעניש פרטים על כך שנכנסו לישראל שלא כדון. זהו הליך מינהלי, בעל תכלית נקודתית ומעשית – בירור זהותו של מי שנכנס לישראל בצורה בלתי מוסדרת ומימוש הליכי גירושו מן הארץ" (פיסקה 52 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

39. גם הדירקטיבה האירופית המנחה בעניין החזקה במשמורת של שוהים שלא כדון לצורך הרחקה קובעת כי "כאשר מתברר כי אין סיכוי סביר להרחקה מטעמים משפטיים או משיקולים אחרים [...] המעצר אינו מוצדק עוד, והעציר ישוחרר על אתר" (סעיף 15(4) לדירקטיבה EC/2008/115).

40. בנוסף, הדירקטיבה מנחה כי יש להעדיף חלופה פוגענית פחות להחזקה במשמורת, ובכל מקרה, זמן ההחזקה המקסימאלי למעצר הוא שישה חודשים, אשר ניתן

להאריכס בשנה נוספת במקרים בהם ההרחקה מתעכבת בשל היעדר שיתוף פעולה מצד המוחזק או בשל עיכוב בקבלת מסמכים נדרשים ממדינת מוצאו.

41. הנה כי כן, חיזוק נוסף – מן המשפט הישראלי ומן המשפט המשווה – לחובת המדינה לעמוד בתנאי המשפט החוקתי והמינהלי באופן קפדני ומדוקדק, כאשר היא מחליטה לפגוע בחירותו של אדם באופן כה קיצוני של השמה במשמורת.

42. נפקותה של הלכת אלקנוב, וכן האמירות בפסקי הדין אדם וגברסילאסי לעניינינו כפולה. ראשית, עולה מהלכה זו כי המשיב כלל לא עמד בחובותיו המינהליות לעשות כל שלא ידיו בכדי להרחיק את המערער, בכדי להצדיק את השמתו במשמורת.

43. שנית, ובהמשך לאמור, נראה שהמשיב לא פעל באופן קפדני ומדוקדק, עת החליט לפגוע בחירותו של המערער ולא התייחס לנסיבות המקרה הספיציפיות, שאילו היו נבחנות היטב, המערער לא היה מוחזק במשמורת משך תקופה ארוכה זו. לכן, שגה בית הדין שהתעלם מכל אלה והחליט להותיר את המערער במשמורת.

44. וכאן שוב יסכם ויטען המערער לעניין המשך השמתו במשמורת ויביא פרק זה להלכת **אלקנוב** :

במסגרת ביקורת זו (הביקורת של בית הדין לביקורת משמורת, נ.ד.) יש לבחון מעת לעת האם אמנם התנהגותו של המוחזק במשמורת עדיין מונעת או מעכבת את הרחקתו; ומצד השני – האם המדינה עושה מצידה את כל הנדרש והניתן כדי לבצע את ההרחקה, והאם ניתן לבצע גם בלא שיתוף הפעולה של המוחזק במשמורת. מקום שלא מתקיים אחד מתנאים אלה, על הגורם המוסמך לשקול את שחרור המוחזק בערובה, תוך התניית השחרור בתנאים ראויים שיגשימו את מטרת השחרור תוך פגיעה פחותה ככל הניתן בחירותו האישית, ותוך התחשבות במדיניות העומדת ברקע הסדר המשמורת – להביא להרחקת השוהה שלא כדין מגבולות הארץ בהקדם ככל הניתן.

אי בחינת חלופות למשמורת

45. כפי שפורט לעיל, החזקה במשמורת היא צעד קיצוני, אשר דורשת הצדקה כבדת משקל. בעניינינו, בית הדין לא בחן חלופות פוגעניות פחות למשמורת, וגם בכך טעה :

אכן, יתכן שהאמצעי שנבחר הינו האמצעי הזול יותר עבור המדינה או האמצעי הפשוט ביותר ליישום, אך כידוע לא זו אמת המידה של מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (ראו עניין קו לעובד הראשון, בעמ' 396). כפי שנעשה גם במסגרת הסדרים אחרים של שלילת חירותו של הפרט, מחויבת המדינה לשקול בכובד ראש אפשרויות חלופיות למעצר שחומרת הפגיעה בהם פחותה, כך הוא בתחום הפלילי וכך הוא בתחום המנהלי (ראו למשל עניין פדרמן, בעמ' 188; ס' 21(ב)1) (לחוק המעצרים).

(מתוך פיסקה 104 לפסק דינה של השופטת ארבל בעניין אדם)

46. כך, למשל, ניתן היה לשחרר את המערער ולקבוע תנאי שיבטיחו את התייצבותו להמשך הליכי ההרחקה, ככל שמעמדו לא יוסדר. לא כך נעשה, ולמרות זאת אישר בית הדין את המשך החזקתו של המערער במשמורת, ובכך שגה.

תושבות בשטחים הכבושים

47. כיון שמדובר במקרה שונה מהמקרים הרגילים המובאים בפני בית הדין לביקורת משמורת, וכן מערעורים על החלטותיו, מובא כאן רקע על מצב איחוד המשפחות והסדרת המעמד בשטחים הכבושים.

48. עם כיבוש השטחים בשנת 1967 ערכה ישראל מפקד אוכלוסין בגדה המערבית וברצועת עזה. מאז, מי שאינו רשום במרשם האוכלוסין, יכול – לכאורה – להירשם כתושב רק באמצעות בקשה לאיחוד משפחות.

49. למרות שהסכמי אוסלו העבירו באופן פורמאלי את סמכויות ניהול מרשם האוכלוסין בשטחים לרשות הפלסטינית, בפועל, למעט במקרים חריגים, מונעת ישראל איחוד משפחות בשטחים. לפי סעיף 28 להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, נספח 3, אישור בקשות לאיחוד משפחות והנפקת רישיונות הביקור לזרים נשארים בסמכותה של ישראל.

50. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, בשנת 2000, הקפיאה ישראל כליל את הטיפול ברישיונות ביקור ובבקשות לאיחוד משפחות. המפקד הצבאי מסרב לקבל בקשות מהרשות הפלסטינית ונמנע מלטפל בבקשות שכבר היו בידיו. בקשות שאושרו קודם לכן אינן ניתנות למימוש.

51. בבסיס מדיניותה של ישראל עומדת הגישה כי לתושבי השטחים לא קיימת זכות לאיחוד משפחות, ואישורים שבכל זאת ניתנים, אינם אלא מחווה של חסד מצד ישראל.

52. מדיניות ההקפאה של ישראל נובעת משיקולים זרים, נעשית בניגוד לחובות המוטלות על הכובש על פי המשפט הבינלאומי, וגורמת לפגיעה מהותית בזכויותיהם של עשרות אלפי פלסטינים, המבקשים לחיות עם משפחתם בגדה המערבית, ובין היתר זכויותיו של המערער, אשר משך למעלה מ-20 שנה לא מצליח לקבל מעמד במקום בו הוא גדל והתגורר.

53. דברים אלו נאמרים ביתר שאת, נוכח העובדה שאביו, הנושא מעמד בשטחים, ניתק קשר עם בני משפחתו בטרם הגיש בקשה עבור ילדיו וביקש לרשום אותם, דבר שסירבל את העניין מעבר למצב הרגיל. לא ניתן לטפול על המערער, שהיה קטין חסר ישע בעת שאביו נטש אותו, את עובדת היעדר המעמד – הרי זה בגדר הוספת חטא על פשע. האב נטש, וכעת ישראל מסרבת לבקש להסדיר מעמדו.

54. המערער ויתר אחיו, היו זכאים לקבל מעמד באמצעות אביהם, אילו האחרון נשאר איתם והיה מבקש לעשות כן עבורם, באמצעות רישום בהליך של רישום ילדים רגיל, ומשעזב אותם נאלצו לפנות להליך של איחוד משפחות באמצעות הדוד. זה נעשה כבר בשנת 2007.

55. בקשת המערער לא טופלה משך למעלה מ-10 שנים, ועם מעצרו לא טרח המשיב לבדוק מה עלה בגורל בקשתו ולא עשה כל מאמץ על מנת להימנע מפגיעה בחירותו. נראה שבחר בדרך הנוחה תוך רמיסת זכויותיו של המערער.

56. מעבר לנדרש! המערער טען לאורך הזמן כי הוא ניסה להסדיר את מעמדו וכי הטיפול בדבר טרם הסתיים. המשיב לא רק שלא טרח לבדוק את העניין אלא התכחש לטענה זו תוך שהוא מטעה את בית הדין והעלה טענות שאינן מחזיקות מים ואין על מה שתתבססנה לפיהן **פעוט בן שנתיים הפר את הדין ברגל גסה עת שהחליט להישאר במחנה פליטים ג'נין יחד עם אמו ואחיו!**

57. התנהלות המשיב בעניינו של המערער נגועה בחוסר תום לב משווע, ממנו התעלם בית הדין. השלכות התנהלות זו הינן המשך רמיסת זכויות המערער, ואין פוצה פה ומצפצף.

41. המערער יטען כי בנסיבות העניין, מן הדין לשחררו לגדה המערבית שכן מרכז חייו בה וכי יש לכבד את רצונו לחזור לשם, בין היתר נוכח העובדה שאין מניעה מהרשויות הפלסטיניות לקבל אותו. היבט הסכמי הדדי זה הוא רלוונטי ככל שבית המשפט הנכבד רואה לנכון להתייחס לשטחים הכבושים כאל מדינה שלישית, על אף השליטה הצבאית של ישראל בהם.

42. לחילופין, ובניגוד לטענת המשיב, לפיה אינו יכול להחזירו לשטחים הכבושים, שכן אין לו סמכות לכך, שכן המערער אינו תושב בהם, יטען המערער כי עצם מעצרו על ידי כוחות הצבא הישראלי מהשטחים הכבושים נעשה מכוח שליטת המדינה בהם ובאותו אופן הוא בעל הסמכות להחזירו לשם.

43. מעבר לנדרש, המערער יטען כי עומדת לו הזכות להיות מוחזר למחנה פליטים אונר"א בשל היותו פליט מוכר על פי הגדרת פליט לפי הארגון, שכן האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים (1951) מחריגה את הפלסטינים בשל היותם תחת חסות אונר"א. כאמור לעיל המערער הוכר כפליט בהיותו צאצא של פליט ומחזיק בתעודת פליט. הנ"ל טוען כי זכותו לשוב למקום שבשליטת אונר"א ממנו הוא יצא וכי על אף אי השלמת הליך הסדרת המעמד כתושב פלסטיני, כתוצאה מההקפאה שתוארה לעיל, אינה גורעת מהגנה זו שהוא זכאי לה מכוח היותו בן של פליט.

44. לצורך העניין, יטען המערער כי הרחקתו לברזיל, בה לא שהה למעשה אלא בהיותו פעוט, ואשר את שפתה אינו דובר, כאשר אין לו בני משפחה או מכרים שאיתם הוא בקשר או זיקה כלשהי, הינה קשה ומכבידה. דברים אלה אף בית הדין לעררים קבע אותם בהחלטה מיום 8.3.2017.

45. מלבד העובדה שאין זה צודק להרחיק את הנ"ל לברזיל, הדבר גם אינו אפשרי, כיוון שברזיל אינה מוכנה לקבל אותו בלא הסכמתו, **מה שמוביל למצב של משמורת נצחית.**

ההגדרה של "תושב אזור" על פי החוק הישראלי

46. עוד יטען המערער כי על פי המשפט הישראלי הוא אמור להיות מוגדר כתושב האזור. על פי סעיף 1 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, תושב אזור הוא מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי.

47. לשון הסעיף ברורה והיא מציבה שתי חלופות ברורות להגדרת "תושב אזור" לצורכי החלת חוק הוראת השעה, האחת מתייחסת למי שרשום במרשם האוכלוסין של "האזור" והשני מתייחס למי שאינו רשום במרשם האוכלוסין אך מתגורר "באזור" בפועל.

48. דברים אלה הובהרו על ידי כבוד השופטת (בדימוס) בייניש בע"מ 1621/08 **משרד הפנים נ' זיאד חטיב** (פורסם בנבו (30.1.2011)):

"תושב אזור" הינו אחד משניים – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולעניין זה אין חשיבות בבחינת זיקותיו לאזור בפועל, או מי שנמצא באזור אך אינו רשום בו. לעניין אחרון זה תידרש, מטבע הדברים, בחינה מהותית – בהתאם למבחן מירב הזיקות – באשר לתושבותו בפועל.. (פיסקה 12 לפסק דינה)

49. לא אחת נקבע בפסיקה, ובהקשרים שונים, כי מגוריו של אדם במקום מסוים אין לפרשו בפירוש מצמצם של שהייה פיזית בלבד, ויש לפרשו כמי שבוחן זיקה מהותית למקום מגורים, שביטוי אינו פיזי בלבד.

50. בכל ההחלטות שניתנו בעניינו של המערער, לא חלקו הערכאות המשפטיות על כך שמרכז חייו בגדה המערבית ושם התגורר במשך 20 שנה. במקרה זה אף אין צורך לבחון את מירב זיקותיו של המערער, שכן **כל זיקותיו הן לגדה המערבית**, בה גדל מאז היה בן שנתיים, למד בבתי הספר השונים ועבד עד ערב מעצרו.

51. משכך, ועל פי ההגדרה בהוראת השעה, נראה שהמערער עונה להגדרת "תושב אזור" כפי שהובאה לעיל. על אף זאת המשיבה מנסה לעשות שימוש סלקטיבי בהגדרה זו ופוסחת על שתי הסעיפים. מקום בו הגדרה זו משרתת את האינטרס שלה בלמנוע הענקת מעמד לפלסטינים בישראל היא מסתמכת עליה. אילו המערער היה מבקש מעמד בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות, אין חולק כי המשיבה הייתה רואה בו כ"תושב אזור".

52. כיום המשיבה בוחרת בחוסר תום לב, להתעלם מהגדרה זו ו"עוצמת עיניים" כלפי מבחן מירב הזיקות של המערער וממשיכה לפגוע בחירותו ללא הרף. טענה זו מתווספת לטענות הקודמות שגם לפיהן העמימות שבחוק ובהסכמי הביניים, יצרה וואקום בעניין התושבות הפלסטינית בשטחים הכבושים, המהווה פוטנציאל עצום לפגיעה קשה בזכויותיהם של אלפי פלסטינים, מבלי שהמערכת המשפטית טורחת לבחון את הדבר באופן מהותי, כפי שעשה בית הדין במקרה דנן, ובכך שגה.

סוף דבר

53. בניגוד לעמדת המשיבה, המערער יטען שאין הוא שווה בלתי חוקי, שעשה דין עצמי ונשאר בשטחים הכבושים בניגוד לדין, אלא באדם שנסיבותיו נכפו עליו, ושהייתו הבלתי חוקית הנטענת היא תוצר של כמה נסיבות הקשורות לכמה גורמים, החל מאביו ועד לרשויות הישראליות שהקפידו את הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות. המערער הוא קורבן של אותן נסיבות שהביאו אותו עד הלום.

54. מהמסמכים המצורפים ומהאמור לעיל ניתן להבין שמרכז חייו זה כשני עשורים הם בשטחי הרשות הפלסטינית, ושליחת המערער למדינת ברזיל היא משום שליחתו ללא נודע, למקום זר ללא כל זיקה עברו, מקום שאף אינו מוכן לקבלו.

55. נוכח העובדה שמרכז חייו הם בשטחי הרשות הפלסטינית, במחנה פליטים של אונר"א, יטען המערער כי אף על פי החוק הישראלי הוא נופל תחת ההגדרה של תושב אזור וכי יש להחיל עליו הגדרה זו.

56. עוד יטען המערער כי בשל קיומו של הליך הסדרת מעמד בעניינו שעודנו תלוי ועומד, אין כל הצדקה להמשיך את החזקתו במשמורת.

57. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את ההחלטה של בית הדין מיום 27.8.2018, והמאחרות יותר בעניינו של המערער, ולהורות על שחרורו ממשמורת לאלתר.

ירושלים, 11 באוקטובר 2018

נדיה דקה, עו"ד

ב"כ המערער

(ת.ש. 103400)