

- בעניין: 1. אלחארוף, חסר מעמד בעולם (במשמורת בגבעון, ט
(
2. נופל, ת.ז.
3. אלחארוף, ת.ז., ילידת 18.8.17.
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016) ו/או הגר
שחטר (מ.ר. 71140)
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

המבקשים

- נגד -

משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
צלחה אלדין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

המשיבבקשת רשות ערעור מנהלי

מוגשת בזאת בקשת רשות ערעור על פסק דינו מיום 3.4.19 של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים, ניתן על ידי, כבוד השופט אלי אברבנאל, בעמ"נ 67609-02-19 אלחארוף ואח' נ' משרד הפנים, אשר דחה את הערעור על פסק דין מיום 24.2.19 של בית הדין לעררים, ערר (י-ם) 1246-19 אלחארוף נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין.

• ברמ/1 פסק דין עמ"נ 67609-02-19

• ברמ/2 פסק דין ערר 1246-19

מתבקש לדון בבקשה בדחיפות וזאת בשל היות המבקש 1 (להלן: "המבקש") במעצר בגבעון.

וְכִכָּה אָדָם מִתְפַּשֵּׁט מְגוּפוֹ -

וְהוּא עֲצֻמוֹת מְהֻלְכוֹת בְּרָחוֹב

אוּ צֶל

אוּ רוּחַ שֶׁל מִי

נְעוּלָה נְעֻלִים כְּבָדוֹת.

(אברהם חלפי, מתוך בצל כל מקום, ישן וגם חדש, עמ' 70, הוצאת הקיבוץ המאוחד)

א. עניינה של הבקשה – מעצר מנהלי של עיתונאי ירושלמי חסר מעמד בכסות חוק הכניסה לישראל

1. המבקש חסר מעמד בעולם, צלם עיתונות במקצועו, בן למשפחה ירושלמית המתגורר כאן מאז היה ילד בן 12 ופועל להסדיר את מעמדו לצד משפחתו, אשתו ובתו הירושלמיות וכן אמו, אביו, אחיו ואחיותיו. המשיב מסרב להסדיר את מעמד המבקש בטענה, כי המבקש מהווה סיכון בטחוני. לפיכך אף עצר את המבקש והעבירו למשמורת החל מיום 22.1.19, בעת שהיה תלוי ועומד ערר בעניינו, אך מאז, נראה כי לא פעל פעולה של ממש להרחיקו מישראל, ואין גם מקום שאליו ניתן להרחיקו.

2. בקשת רשות ערעור זו מעלה ומצריכה דיון במספר שאלות עקרוניות של מיטב ידיעת הח"מ, טרם הוכרעו בפסיקת בית משפט נכבד זה. הראשונה ביניהן הינה, האם מוסד המשמורת לפי

חוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 יכול להוות תחליף לאורך זמן למוסד המעצר המנהלי או הליכים פליליים כנגד אנשים, שנטען בהתבסס על חומר חסוי, שהם מהווים סכנה בטחונות. גם אם ניתן לעכב שחרור ממעצר על פי חוק הכניסה לישראל על בסיס מניעה בטחונות מודיעינית עלומה (בהינתן הליך אפקטיבי והתכנות קרובה להרחקה), עולה השאלה, האם ניתן לעשות זאת לתקופה בלתי מוגבלת או מוגדרת, או שמא ככל שלאחר 60 הימים המצויינים בחוק לא נרקמת אפשרות הרחקה, ובהעדר פעולה במישור הפלילי או המנהלי, יש לשחררו.

3. כן עולה השאלה, האם ניתן לעצור אדם מלכתחילה על פי חוק הכניסה לישראל בשל מידע בטחוני מודיעיני. (כפי שנאמר בפסקה 10 לפסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא כי המעצר נעשה גם "על רקע הסיכון הביטחוני..."). עובר למעצרו של המבקש לא ננקטו נגדו הליכים במישור הפלילי או במישור של מעצר מנהלי בשל הטענות הבטחונות כנגדו, והוא אף לא נחקר. שאלת חוקיות המעצר מתחדדת לאור העובדה, שבעת המעצר היה הליך תלוי ועומד וסוגיית איחוד המשפחות לא לובנה ולפיכך עולות גם שאלות של "אכיפה בררנית" וסבירות המעצר.

4. בקשת רשות הערעור מעלה את הסוגייה העקרונית הנוגעת, כפי שהגדיר אותה גם בית המשפט הנכבד קמא ל"יקו הגבול שבין סיקור עיתונאי לבין הושטת סיוע לארגוני טרור..." (פסקה 8 לפסה"ד) והאופן בו על המשיב לבחון ולהתוות את קו הגבול הזה.

5. בהמשך לכך, בקשת רשות הערעור מעלה את הצורך להצביע על נקודת האיזון הראויה שעל המשיב לפעול לאורה, בין חופש הביטוי, חופש העיתונות הנגזר ממנו¹ הנחשב על ידי רבים כזכות חוקתית בפני עצמה², זכויות החיוניות לקיום משטר דמוקרטי, בנוסף לזכות החוקתית לחירות, לחיי משפחה והמחויבות להגן על טובתם של ילדים - לבין שלילה או סירוב למתן מעמד וזאת גם בהתחשב בכך שמדובר באדם חסר מעמד שהוריו ירושלמים ואשר היה זכאי עוד מילדותו כי מעמדו כאן יוסדר.

6. בנוסף, עולה סוגיית התייחסות ומחויבות המשיב לחסרי מעמד בישראל שהם צאצאים של ירושלמים שגדלו כאן, נקודת האיזון בהקשר זה במקרה של טענה למניעה ביטחונות, ואופן הטיפול במצב של אדם שאין לו לאן ללכת. האם מעצר ממושך וחסר תוחלת מכח חוק הכניסה לישראל הוא הדרך הסבירה להתמודדות עם מצב רגיש וכואב זה של מחד, חוסר מוחלט בזהות וזכויות ומאידך, טענות מודיעיניות סודיות בעניין לא התקיימו הליכים ייעודיים בערוצים שהותוו לשם כך. הותרת אדם "חסר אזרחות" מהווה פגיעה אנושה בזכות יסוד בסיסית.

7. עולה בהקשר זה גם שאלת משמעותו של מצב בו לבני הזוג ובתם אין מדינה חלופית בה יוכלו להתאחד.

8. ברי, כי בפני בית המשפט הנכבד לא עומדת סוגיה תיאורטית, אלא הבקשה מערבת אינטרסים כלליים ממשיים של הציבור שעיתונאי לא יכלא בשל עבודתו. אודות העניין הציבורי שהבקשה מעלה בארץ ובעולם, בשל נסיבותיה האישיות והכלליות, ראו כתבות שפורסמו בקשר למעצרו של המבקש במספר אמצעי תקשורת ישראלים וזרים וכן פניות של ארגונים ופרטים לשחרורו של המבקש.

• **ברמ/3** כתבות ופניות בעניינו של המבקש ומעצרו

¹ ע"א 723/84 הוצאת עתון הארץ בע"מ נ' חברת החשמל לישראל, פ"ד לא (2) 281, 298.

² ראו פסקה 8 לחוות דעתו של כבוד השופט מלצר בע"פ 8445/11 קס נ' מ"י (31.12.12)

9. הבקשה עוסקת באדם ממשי, אב לפעוטה ובן זוג לאישה ירושלמיות, אשר נמצא במעצר קרוב לשלושה חודשים ללא כל אופק או תאריך לשחרור, באשר המשיב לא הצביע על כל פעולה שעשה לצורך הרחקתו וגם אין לאן להרחיקו בהעדר מעמד במקום כלשהו למבקש. הבקשה לשחררו והסדרת מעמדו של המבקש, רלבנטית עבורו, כמובן, אך כפי שנפסק לא אחת בעבר, במניעת מעצר שווא, שלילת חירות ורמיסת זכויות בסיסיות אגב המעצר, יש אינטרס ציבורי כללי מובהק. כך, למשל, בבש"פ 5572/12 שרלו נ' מ"י (24.7.12), בפסקה 4:

נדמה כי בניגוד לבקשות רשות ערעור המוצאות מקומן בגדרי הלכת "חניון חיפה", גלגול שלישי בסוגיית מעצר מצריך יתר מיקוד בשאלה האם עולה כי נגרם למבקש עוול במעצרו. ניתן להצדיק גישה זו בשל מהות העניין – מעצר – שהרי מעצרו של היחיד מקום בו אין הכרח לכך נוטה להיות, כשלעצמו, עניין שיש בו אינטרס ציבורי.

10. הבקשה מעלה אפוא שאלות חשובות וזועקות. ואולם, גם אם תמצי לומר, שבקשת רשות הערעור אינה מעלה שאלות כלליות או משפטיות, שיש לדון בהן בגלגול שלישי, הרי שעצם שלילת החרות שמתמשכת בלא קיום הליך פלילי או אפילו מעצר מנהלי, והפגיעה בזכויות יסוד ששלילת החרות גוררת, מצדיקים מתן רשות ערעור כשלעצמם. ראו לעניין זה, למשל, רע"א 7450/14 פלוני נ' חב' מעדני כרמל (23.12.14):

אכן, כפי שטוענות המשיבות, הבקשה שלפני אינה מעוררת שאלה כלליות שטרם נדונה בפסיקה. עם זאת, ההכרעה בבקשה קשורה באופן הדוק להגנה על כמה זכויות יסוד של המבקש.... החשש לפגיעה קשה בזכויות אלה בנסיבות העניין מעלה חשש לעיוות דין, באופן שמצדיק מתן רשות ערעור.

11. אשר על כן מוגשת בקשת ערעור זו, ובית המשפט הנכבד מתבקש לדון בה כבערעור ולהורות על ביטול החלטת בית המשפט הנכבד קמא, שחרור המשיב מגבעון לאלתר והסדרת מעמדו במסגרת הליך מדורג לאיחוד משפחות, ולמצער השבת עניינו לוועדה ההומניטארית.

ב. בקשה לקיום דיון דחוף

12. כאמור ברישא, המבקש כלוא בגבעון מיום 22.1.19 ועד היום, מופרד ממשפחתו, מבתו הקטנה ומאשתו, ללא אפשרות פרנסה וסיוע למשפחתו הצעירה.

13. טענת המבקש הינה, בין היתר, כי הוא כלוא שלא לצורך ושלא כדין ויש לשחררו באופן מיידי.

14. אשר על כן מתבקש לקיים דיון דחוף ככל הניתן בבקשה ולהורות למשיב להגיש את תגובתו בהקדם האפשרי.

ג. בקשה לצו ביניים

15. כאמור ברישא, המבקש, חסר מעמד בעולם, חי בישראל מגיל 12 וכל משפחתו ירושלמית.

16. המבקש קיבל בעבר רישיון ביקור בישראל למשך שנה, ומשהמשיב נמנע מהארכתו פנה המבקש והגיש שני עררים לבית הדין לעררים (ערר 16-1876 וערר 16-2376). במסגרתם ניתן לעורר צו ביניים ללא התנגדות המשיב.

• ברמ/4 צו ביניים מיום 27.7.16 בערר 16-2376

17. לאחר נישואיו למבקשת נקבע בהסכמה לה ניתן תוקף של פסק דין, כי המבקש יגיש בקשה לאיחוד משפחות וכי לא ינקטו כנגדו צעדי אכיפה עד להכרעה בבקשה וזאת כבר לאחר שהמשיב טען כנגד המבקש טענות ביטחוניות.

• ברמ/5 פרוטוקול הדיון בערר 16-2376 ופסק דין מיום 23.5.17

18. כוונת המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות הועברה שנה ושלושה חודשים לאחר הגשת הבקשה המקדמית, הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות ניתן ביום 23.12.18, שנה ושבעה חודשים לאחר פניית המבקשים בעקבות פסק הדין של בית הדין לעררים.
19. ביום 23.1.19 הוצא על ידי בית הדין לעררים במסגרת ערר 19-1246 צו ארעי המונע הרחקת המבקש, נקבע כי בהיעדר התנגדות בתוך שבעה ימים יהפוך הצו לצו ביניים ללא צורך בהחלטה נוספת. ביום 30.1.19 הפך הצו לצו ביניים, כאשר עד לאותו מועד לא התנגד המשיב לצו – גם לא במסגרת תגובתו מיום 24.1.19 ולא בדיון שהתקיים בבית הדין לעררים יום 29.1.19.

• ברמ/6 צו ארעי מיום 23.1.19 בערר 19-1246

- ביום 27.2.19 ניתן במסגרת עמ"נ 19-02-67609 צו ארעי האוסר על הרחקת המבקש מישראל. הצו הוארך עד ליום 5.5.19 במסגרת פסק הדין שניתן ביום 3.4.19 בעמ"נ.

• ברמ/7 צו ארעי מיום 27.2.19 בעמ"נ 19-02-67609

20. המבקש נמצא כיום במעצר בגבעון והוצא נגדו צו הרחקה, וזאת לאחר הגשת הערר נשוא בקשה זו. המצאותו של המבקש בגבעון מאיינת כל חשש לשלום הציבור.
21. מתן סעד הביניים ישמר את המצב הקיים ויאפשר דיון בבקשה בנוכחות המבקש, ואף ימנע נזק שעלול להיות בלתי הפיך למבקש ולמשפחתו.
22. לצורך המבחנים המשפטיים בעניין מתן צו ביניים, כפי שנקבעו בבג"ץ, מופנה בית המשפט הנכבד במיוחד לבג"ץ 97 / 3330 עיריית אור יהודה נ' מ"י ואח', פ"ד נא(3) 472.

ד. הצדדים לבקשה

23. המבקש, חסר מעמד בעולם כולו, הוא בנם של תושבי קבע ואחיהם של תושבי קבע, ובן זוג לתושבת קבע ואב לתושבת קבע, אשר חי בישראל מגיל 12, והחזיק בעבר באשרה לשיבה בישראל מסוג 1/ב שניתנה לו על פי החלטת הוועדה הבינמשרדית.
24. המבקשת 2 (להלן: "המבקשת"), היא בת זוגו של המבקש, תושבת קבע של ישראל, המבקשת להתאחד עם בן זוגה בירושלים. אין מקום אחר בו יוכלו בני הזוג להתאחד.
25. המבקשת 3, הפעוטה היא בתם של בני הזוג המבקשים אשר נולדה בירושלים והינה תושבת קבע של ישראל.
26. המבקשת 4 (להלן גם, המוקד) היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כמערערת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
27. המשיב, משרד הפנים - רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, אמון על מתן הכרה בבקשת המבקשים לאיחוד משפחות.

ה. העובדות הצריכות לעניין

28. המבקש, חסר מעמד בעולם, נולד באלג'יריה ביום 21.9.1987. המעמד באלג'יר עובר דרך האב והמבקש ואחיו לא קבלו מעמד, אלא בהיותם ילדים לאב פלסטיני ירושלמי הוצא להם דרכון ירדני.
29. יצוין, כי המבקש מחזיק בדרכון ירדני זמני, שמספרו ' רק כתעודת מעבר ואין לו מעמד בשום מקום בעולם. בפועל כל עוד לא מסודר מעמדו בישראל לא יכול המבקש להשתמש בדרכון אפילו כתעודת מעבר, שכן תנאי לכניסה לישראל הינו אשרת חוזר. המבקש לא ביקר בירדן מאז נכנס לישראל.
30. החל משנת 1999, בהיותו בן 12 שנה בלבד, המבקש מתגורר עם משפחתו בישראל. אביו של המבקש, מר אלחארוף, ת.ז. , הינו תושב קבע בישראל ואמו קיבלה גם היא מעמד של תושבת קבע בישראל, במסגרת הליך לאיחוד משפחות. למבקש חמישה אחים ואחיות, לשלושה מהם מעמד קבע בישראל, אחות רביעית קבלה אזרחות ישראלית ולאחות אחת אשרת שהייה בישראל, שניתנה לה במסגרת הליך לאיחוד משפחות עם בן זוגה.
31. המבקש למד בירושלים. המבקש עבד בעבר כצלם עיתונות עצמאי עבור מספר סוכנויות תקשורת ובעת מעצרו עבד כשכיר עבור סוכנות צילום. צילומיו האומנותיים המרהיבים של המבקש אף הועלו באתר נשיונל גיאוגרפיק, בקישור :

<https://yourshot.nationalgeographic.com/profile/363298/>

• **ברמ/8 מכתב מעסיק**

32. בשנת 2016 נישא המבקש לתושבת ישראל מירושלים המזרחית וביום 18.8.17 נולדה לבני הזוג בירושלים בתם הבכורה , אשר נרשמה במרשם האוכלוסין בישראל כתושבת קבע. בני הזוג חיו עם בתם בירושלים, עד למעצר המבקש וכליאתו בגבעון.

• **ברמ/9 תעודות נישואין**

• **ברמ/10 תעודת לידה של**

33. למבקש אין כל עבר פלילי. בשנת 2015 נפתח לו תיק בגין תקיפת שוטר. לא הוגש כתב אישום כנגד המבקש. כנגד השוטר שהיה מעורב באירוע נפתח הליך משמעתי והוא הורשע וקיבל נזיפה וקנס כספי בשל התנהלותו כלפי המבקש באירוע.

• **ברמ/11 רישום פלילי והודעה על הרשעת השוטר בדין משמעתי**

34. על העדר מסוכנות של העותר ניתן גם ללמוד מהודעת שב"ס מיום 26.3.19 לפיה המבקש אינו מוגדר בסיווג גבוה לבריחה ואף קיבל היתר לביקור פתוח. בהודעה זו מסר שב"כ כי אסירים מסוכנים לא עצורים בגבעון.

• **ברמ/12 מכתב שב"ס מיום 26.3.19**

ו. תמצית השתלשלות ההליכים עד כה

ו.1. קבלת מעמד הומניטארי ושליחתו

35. המבקש הוא היחיד מבני המשפחה הגרעינית שאין לו מעמד בישראל. הוא ואחת מאחיותיו היו בגירים עת שהאב הגיש בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו וילדיו, לאחר שנדרש על ידי המשיב להמתין ל"צבירת מרכז חיים". מעמדה של האחות הוסדר באמצעות הליך איחוד משפחות

ואילו המבקש לקח חלק בשורה של הליכים שיפורטו להלן עד היום. בעת בחינת מכלול נסיבות הבקשה ועריכת האיזון בין הנסיבות השונות יש להתחשב גם בכך שהמבקש גדל בישראל מילדות והיה זכאי מהותית להסדרת מעמדו כבן של הורים תושבי קבע, כפי שהוסדר מעמדו של אחיו.

36. למיטב הבנת המבקש, הבקשה עבורו הוגשה ביום 11.12.05, רק בהיותו בן 18, משום שעם שובה של המשפחה ארצה ערך זמן רב עד שהצליח האב לחדש את תעודת הזהות שברשותו. עד לחידוש תעודת הזהות לא יכול היה האב לפנות בבקשה להסדרת מעמד ילדיו. נוהל שרנסקי אשר איפשר השבת תושבות וחידוש תעודת זהות למי ששהה מחוץ לישראל תקופה ממושכת עדין לא גובש בעת שובו של האב ארצה בשנת 1999. האב התבקש עם שובו להציג מרכז חיים לאורך שבע השנים האחרונות – דרישה שלא יכול היה לעמוד בה באותה עת. נוסף על זאת, הגישה ללשכת רשות האוכלוסין ששכנה עד שנת 2004 ברחוב דרך שכס ובהמשך לכך עברה למשכנה הנוכחי בואדי ג'וז, היתה כמעט חסומה, נהליה לא פורסמו, ודבר לא היה נגיש בערבית.

37. על התנאים הקשים אשר שררו בלשכת המשיב בירושלים המזרחית לאורך השנים ועד לימים אלה ממש, ראו למשל, בג"ץ 4892/99 ג'אבר נ' שר הפנים, בג"ץ 2783/03 רפול רופא ג'ברא נ' שר הפנים ואח' (6.10.05), בג"ץ 176/12 אלבטש נ' מנהל אגף בכיר ברשות האוכלוסין; עת"ם (י-ם) 754/04 בדווי נ' מנהל לשכת מינהל האוכלוסין (10.10.04). יצוין, כי גם היום תלויה ועומדת בבית המשפט העליון עתירה בעניין התנאים הקשים בלשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית, בג"ץ 1326/17 חאלד אבו עודה ואח' נ' מנהל אגף לשכות רשות האוכלוסין וההגירה – במסגרתה ניתן ביום 8.7.18 צו על תנאי בכל סעדי העתירה. ע"פ 1877/99 מדינת ישראל נ' בן עטר, פ"ד נג' (4) 695, דנפ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן, פ"ד סג' (1) 644.

38. יצוין, כי אותה העת לא פורסמו נהלי רישום ילדים מה שהקשה לדעת כיצד לפנות ללשכה, להכיר את הזכויות בהקשר זה ובכלל זה מגבלת הזמן לרישום ילדים. על גיבוש נהלי הסדרת מעמד ילדים בעקבות ובמסגרת ההליך המשפטי בעת"מ (י-ם) 727/06 נופל נ' שר הפנים – ראו פסק הדין מיום 22.5.11. על משמעות אי גיבוש ופרסום נהלים בעת קבלת החלטות בנושא מעמד ראו עע"מ 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים (1.1.14), בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים (1.4.03), עת"ם (י-ם) 530/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (5.12.07).

39. מבחינה מהותית אין מחלוקת כי אביו של המבקש היה זכאי להסדיר את מעמדו עוד בילדותו ולהשוותו לשלו. ראו למשל, עע"מ 8630/11 רדואן נ' שר הפנים (11.6.14) ועע"מ 6483/14 משאהרה נ' שר הפנים (6.7.15), עמ"נ (י-ם) 18476-10-16 פלונית נ' רשות האוכלוסין (24.7.18). ואולם, בשל שילוב מעציב של הנחיות מטעות, מדיניות בלתי סבירה, חסמים בלתי עבירים בכניסה הפיזית ללשכה ובגישה לנהלים, והתנאים, נמנעה זכות בסיסית מן המבקש ואביו.

40. לאחר סדרה של הליכים מנהליים ומשפטיים (עת"מ 1402/09, השגה 1/12, השגה 131/12, ערר 1094/14), קיבל המבקש אשרה לישיבה בישראל מסוג ב/1 במסגרת בקשה הומניטארית שהוגשה לוועדה הבינמשרדית. בהחלטת הוועדה הבינמשרדית, נקבע כי המבקש יקבל אשרה לישיבה בישראל מסוג ב/1 לשנתיים, שנה בכל פעם, כאשר בתום השנתיים יידון עניינו מחדש.

• ברמ/13 החלטת הוועדה הבינמשרדית

41. בהתאם להחלטת הוועדה הבינמשרדית, קיבל המבקש בספטמבר 2014 אשרה מסוג ב/1 לחודש ימים וביום 27.10.2014 קיבל אשרה מסוג ב/1 שתוקפה עד יום 1.10.2015.

• ברמ/14 צילום האשרה

42. המבקש פנה למשיב בבקשה לחדש את האשרה, אולם, במכתב המשיב מיום 6.12.2015 נמסר, כי לאור מידע שהתקבל מגורמי הביטחון, נשקל לסרב לבקשה, זאת בשל תמונות שפרסם המבקש בפייסבוק שיצרו, לדברי המשיב, חשש ביטחוני, מידע על התפרעויות ותיק פתוח על תקיפת שוטר (התיק כאמור הסתיים בהרשעת השוטר בדין משמעתי, בעוד התיק כנגד המבקש נסגר ונמסר בבית הדין, שהנושא הפלילי לא רלבנטי לסירוב היום). משבוש המשיב להכריע בבקשתו הוגש לבית הדין ערר 16-1876, בגין אי מענה ממושך לטיעון בכתב כנגד הכוונה לסרב.

• ברמ/15 הודעה מיום 6.12.15 בדבר הכוונה לסרב לבקשה

43. ביום 14.6.2016, בעת שערר 16-1876 היה תלוי ועומד, התקבלה במשרדי המוקד החלטת המשיב מיום 24.5.16, העומדת על דחיית בקשתו ההומניטארית של המבקש.

• ברמ/16 החלטת המשיב מיום 24.5.16 בדבר סירוב הבקשה ההומניטארית

44. בעקבות סירוב הבקשה ההומניטארית הוגש ערר 16-2376, בו התבקש המשיב לחזור בו מן ההחלטה שלא להאריך את תוקף האשרה שניתנה מטעמים הומניטאריים. ביום 23.5.17 התקיים דיון בערר, במסגרתו הוחלט כי לאור נישואי המבקש, יגישו הוא ואשתו בקשה לאיחוד משפחות בתוך 14 יום ממועד הדיון. עוד הוחלט בהסכמת המשיב, כי עד להכרעה בבקשה לא ינקטו נגדו בצעדי אכיפה והוא יורשה להשאר בישראל.

• ברמ/17 פרוטוקול ופסק דין מיום 23.5.17 בערר 16-2376

2.1. הבקשה לאיחוד משפחות וסירובה

45. מיד לאחר החלטת בית הדין לעררים, ועוד באותו היום, הגישו המבקשים בקשה מקדמית לאיחוד משפחות.

• ברמ/18 בקשה מקדמית לאיחוד משפחות מיום 23.5.17

46. חרף תזכורות אשר נשלחו וידיעת המשיב כי בינתיים נמצא המבקש בישראל כדין, קבע המשיב למבקשים מועד לפגישה לשם הגשת הבקשה המלאה רק ליום 11.12.17. רק בחלוף כשנה ושלושה חודשים ממועד הגשת הבקשה המקדמית, ולמעלה משמונה חודשים ממועד הגשת הבקשה המלאה, ניתנה הודעת המשיב מיום 22.8.18 בדבר הכוונה לסרב לבקשת איחוד המשפחות מטעמי בטחון. יצוין, כי על פי דברי המשיב בעיקרי הטיעון בערעור נשוא הבקשה, עמדת השב"כ בדבר המידע הביטחוני התקבלה אצל המשיב כבר ביום 1.8.19, ואולם המשיב המתין שלושה שבועות עד שהודיע למבקשים על כוונתו לסרב לבקשה.

• ברמ/19 הודעת המשיב מיום 22.8.18 בדבר הכוונה לסרב לאחמ"ש

47. ביום 13.9.18 הגישו המבקשים טיעון כנגד הכוונה לסרב לבקשה ותזכרו את הבקשה לאחר מכן מדי חודש, בחודשים אוקטובר, נובמבר ודצמבר 18.

- **נספח ע/20 טיעונה מבקשים כנגד הכוונה לסרב לבקשת איחוד המשפחות ואישור קבלה**
 - **נספח ע/21 מכתבי התזכורת בעניין הטיעון בכתב ואישור קבלתם**
48. למעלה משלושה חודשים מאוחר יותר, במכתב מיום 23.12.18, שהתקבל במשרדי המוקד להגנת הפרט ביום 25.12.18, הודיע המשיב כי הוא עומד על סירובו בטענה כי המבקש פעיל חמאס וכי הוא מעורב בפעילות בלתי חוקית, אותה פראפרזה לאקונית בדיוק שניתנה במכתב הכוונה לסרב. עוד צוין באופן מפתיע, כי עד למועד מתן החלטה זו לא התקבלה תגובת המבקש לכוונה לסרב – אמירה זו מתמיהה בשל כך שהטיעון כנגד הכוונה לסרב נשלח חודשים קודם לכן, וכן נשלחו לאחריו שורה של תזכורות, בנוגע לכולם יש אישור קבלה. ניכר מתשובת המשיב, כי הוא לא שקל כלל ועיקר את הטענות שהעלו המבקשים ולא ברור, כיצד לא קיבל המשיב את הטיעון (כאשר בידי המבקשים אישור קבלה) והגם אם לא קיבל את הטיעון מדוע זה לא עדכן את המבקשים על כך במענה לכל אחד ממכתבי התזכורת שנשלחו בחודשים אוקטובר, נובמבר ודצמבר 2018 (גם בעניינם ישנו אישור קבלה) יוער, כי המבקשים שמעו מעורכי דין נוספים, כי התקבל סירוב לבקשה שהגישו כנגד כוונה לסרב לבקשת איחוד משפחות מטעמים ביטחוניים, תקופת מה לאחר שליחת הטיעון, בטענה שזה לא התקבל.
- **ברמ/22 החלטת המשיב מיום 23.12.18**
 - **ברמ/23 דוגמאות ללא פרטים מזהים מתשובות גנריות של המשיב על אי קבלת טיעונים ביטחוניים, אשר התקבל אצל הפונים אישור על קבלתם**
- 3.1. ערר 19-1246 ומעצר המבקש בטרם חלוף 30 ימים
49. ביום 23.12.18 הודיע המשיב, כאמור, על סירובו לבקשת איחוד המשפחות מטעמי ביטחון, מכתב שהתקבל אצל המוקד להגנת הפרט ביום 25.12.19.
50. בלילה שבין ה – 21-22.1.19 הוגש לבית הדין ערר 19-1246 דן באופן אלקטרוני ולצדו בקשה לצו ביניים ולצו ארעי. הערר הוגש בתוך פרק הזמן הנתון בחוק לפנות לבית הדין - לפני חלוף 30 הימים הקבועים בחוק.
- **ברמ/24 אישור על תשלום עבור הערר ובו מופיעה שעת הגשת הערר**
51. באותו לילה, זמן קצר לאחר הגשת הערר, הגיעו שוטרים לבית המבקש, עצרו אותו בגין שהייה בלתי חוקית והוא הושם במעצר בגבעון. לאחר המעצר נערך למבקש שהוגדר כ"נתין ירדני" שימוע, שנערך לנהלי המשיב ובניגוד לדין, כפי שיפורט להלן ובסופו אושר צו המשמורת. יצוין, כי המבקש אמר בתשאול שנערך לו, שהוגש בעניינו ערר, אולם נראה כי המשיב לא התייחס לכך.
- **ברמ/25 פרוטוקול שמיעת טענות וצו משמורת מיום 22.1.19**
52. ביום 23.1.19 הוגשה לבית הדין לעררים בקשה לשחרור המבקש. במקביל נשלחה לבית הדין לביקורת משמורת בקשה לקבלת חומרים והודעה על ייצוג המבקש, אליה צורף ייפוי כוח.
- **ברמ/26 בקשה מיום 23.1.19 בערר 19-1246**
 - **ברמ/27 בקשת חומרים מבית הדין לביקורת משמורת והודעה על ייצוג**

53. חרף ההודעה על ייצוג המבקש ושיחות עם בית הדין לביקורת משמורת לעניין עדכון הח"מ והעברת החומרים, ביום 24.1.19 התקיים בבית הדין לביקורת משמורת דיון בעניינו של המבקש ללא הזמנת הח"מ ואף בלא שנמסר לה הודעה על כך. ביום 27.1.19 התקיים בבית הדין לביקורת משמורת דיון נוסף, אליו הגיעה הח"מ. יצויין, כי היות ובעניינו של המבקש הוגש ערר לבית הדין עוד טרם מעצרו, לא התקבלו בבית הדין לביקורת משמורת החלטות מהותיות באשר הבקשה לשחרורו נדונה במסגרת בית הדין לעררים ולאחר מכן בבית המשפט הנכבד קמא. לפיכך לא נתעכב כאן על הליכים אלה.

54. ביום 24.1.19 הגיש המשיב תגובתו לבקשת השחרור בה התנגד לשחרור. בד בבד הודיע המשיב, כי בקשת איחוד המשפחות **הושבה לטיפול**. המשיב הכיר למעשה בכך כי ניתנה החלטה בבקשת איחוד משפחות מבלי שהמשיב בחן את הטענות בכתב, אותו הגיש העורר, בהתאם לנוהל 5.2.0015, "נוהל הערות גורמים" ובהתאם להחלטת המשיב מיום 22.8.18. משלא נערך גם שימוע פרונטאלי, ההחלטה ניתנה ללא טיעון בכתב או בעל פה – מבלי לשמוע את המבקש.

• **ברמ/28 תגובת המשיב מיום 24.1.19 בערר 19-1246**

55. ביום 24.1.19, הגישו המבקשים תגובה לתגובת המשיב מאותו יום. בתגובתם הזכירו, בין היתר, את עיתוי המעצר, בטרם חלף 30 יום ממועד הסירוב, לאחר הגשת הערר לבית הדין.

• **ברמ/29 תגובת המבקשים מיום 24.1.19 בערר 19-1246**

56. ביום 29.1.19 התקיים דיון בבית הדין לעררים בו הוחלט כי לאור התחייבות המשיב להכריע בבקשת איחוד המשפחות שהושבה לטיפול עד ליום 31.12.19, יידון עניין השחרור לאחר הכרעת המשיב בבקשה.

• **ברמ/30 פרוטוקול והחלטה מיום 29.1.19 בערר 19-1246**

57. ביום 29.1.19 הוגש טיעון משלים לכוונה לסרב לבקשה מטעם המבקשים וזאת בעקבות הרחבת הפראפרזה במקצת בנוגע לטעמי הסירוב. על אף שמדובר בעבודתו כצלם עיתונות, המבקש הביע נכונותו להתחייב להמנע מהתנהלות, נוכחות או קיום קשר, אשר מביא לדעת המשיב לסיכון כלשהו.

• **ברמ/31 טיעון משלים מטעם המבקש מיום 29.1.19**

58. ביום 31.1.19 ניתנה החלטת המשיב בה הוא חוזר על עמדתו בדבר סירוב לבקשה מטעמי ביטחון. ההחלטה נשלחה גם לבית הדין. הפראפרזה הרזה והעמומה העומדת ביסוד החלטה הינה:

א. פעיל חמאס.

ב. מעורב בפעילות בלתי חוקית.

ג. מצוי בקשרים עם פעילים בהתאחדות בלתי מותרת.

• **ברמ/32 החלטת המשיב מיום 31.1.19**

59. לאור הסירוב והפראפרזה שניתנה כבסיס לו, הוגש ביום 5.2.19 ערר מתוקן.

• **ברמ/33 ערר 19-1246 מתוקן מיום 5.2.19**

60. ביום 14.2.19 הגיש המשיב כתב תשובה לערר, בו הוא חוזר על הפראפרזה שניתנה בהחלטת הסירוב מיום 31.1.19 ועל סירובו לבקשת איחוד המשפחות מטעמים בטחוניים. המשיב חזר בו מטענתו כי המבקש הוא אזרח ירדני, ולא טען במפורש, כי ניתן להרחיקו.

• **ברמ/34 כתב תשובה בערר 19-1246**

61. ביום 19.2.19 התקיים דיון בערר. בדיון הועלו שאלות לשב"כ ובין היתר נשאל אם החומר מתבסס על מידע מאוחר למה שעלה בדיון במ"י 39801-11-17, אשר לאחריו שוחרר המבקש בשל היעדר מסוכנות ובשל אופן ניהול החקירה בעניינו על ידי המדינה באיטיות. נמסר, כי קיים מידע מאוחר לאותו דיון. לשאלת הח"מ מדוע המבקש לא נחקר או נעצר בגין אותו מידע נמסר, כי הדבר נובע משיקולים מערכתיים. המשיב הודה שהמבקש אינו אזרח ירדני.

• **ברמ/35 פרוטוקול מיום 19.2.19 בערר 19-1246**

• **ברמ/36 פרוטוקול והחלטה במ"י 39801-11-17 שהוגשו לבית הדין בדיון וכן פרוטוקול חקירת משטרה של המבקש באותו עניין**

62. פסק הדין בערר 19-1246 ניתן ביום 24.2.19. פסק הדין אישר את סירוב בקשת איחוד המשפחות מטעמים בטחוניים. בית הדין גם קבע, כי העורר יוותר לעת הזו במעצר בגבעון. (פסק הדין צורף כנספח ברמ/2 לעיל).

ז. **עמ"נ 19-02-67609**

ז.1. **ההליכים בפני בית המשפט הנכבד קמא**

63. ביום 27.2.19 הוגש עמ"נ 19-02-67609 ובמסגרתו התבקש ביטול פסק הדין של בית הדין לעררים בערר 19-1246, אישור בקשת איחוד המשפחות, שחרור המבקש ממשמורת וביטול צו ההרחקה. כמו כן, התבקש במסגרת העמ"נ סעד זמני של מניעת הרחקה.

• **ברמ/37 עמ"נ 19-02-67609**

64. עוד ביום 27.2.19 ניתן צו ארעי האוסר הרחקה של המבקש. כמו כן נקבע מועד דיון ליום 14.7.19.

65. ביום 2.3.19 ביקשו המבקשים כי הדיון יוקדם בשל מעצרו של המבקש וכן את שחרורו של המבקש.

• **ברמ/38 הבקשה להקדמת מועד הדיון**

66. ביום 3.3.19 ניתנה החלטת בית המשפט קמא בה התבקש המשיב להגיב על הבקשות.

• **ברמ/39 החלטה מיום 3.3.19 במסגרת עמ"נ 19-02-67609**

67. ביום 7.3.19 המשיב הגיש תגובתו. המשיב התנגד לשחרור המבקש ולא התנגד להקדמת הדיון.

• **ברמ/40 תגובה מטעם המשיב מיום 7.3.19 במסגרת עמ"נ 19-02-67609**

68. לאחר תגובת המשיב אשר לא התנגד להקדמת הדיון ניתנה החלטת בית המשפט מיום 11.3.19 בדבר הקדמת מועד הדיון בעמ"נ ליום 31.3.19.

• **ברמ/41 החלטה מיום 11.3.19 במסגרת עמ"נ 19-02-67609**

69. בטרם הדיון בעמ"נ, הוגשו עיקרי טיעון מטעם המשיב, בהם הוא שב על הטענות בבית הדין לעררים ובכלל זה על הטענה הבטחונית כנגד המבקש.

• ברמ/42 עיקרי טיעון מטעם המשיב במסגרת עמ"נ 19-02-67609

70. ביום 31.3.19 התקיים דיון בעמ"נ. מסיבה שלא הוסברה, המבקש עצמו לא הובא לדיון על ידי שב"ס, אולם משנמצא כי לא ניתן יהיה לדחות את הדיון לשעה מאוחרת יותר באותו היום או למחרת, ביקש לקיים את הדיון גם בהעדרו וזאת בשל רצונו למנוע עיכוב נוסף בשחרורו וברור עניינו. במהלך הדיון הסבירה הח"מ, כי לא ננקטו עד כה כל הליכים להרחיק את המבקש לירדן וזאת גם משיחה שניהלה עם הקונסול הירדני בישראל, אשר היה מיוזע בפרטי המקרה ומסר לה שלא הייתה פניה אליו או לגורם ירדני אחר. יצויין, כי גם אם תבוא פניה כזו, ככל הידוע למבקש, הירדנים לא יסכימו ולא צריכים להסכים לגרוש של אדם שאינו נתין ירדני למדינתם. המבקש שהה בירדן כל חייו כמה שעות (לכל היותר) בהיותו בן 12 בדרכו לישראל. הח"מ הפנתה בדיון לפסיקה העוסקת או משליכה על מעצר על פי חוק הכניסה לישראל כחלופה להליכים פליליים או מעצר מנהלי, או בטענה של "סכנה לביטחון". ב"כ המשיב טענה בעלמא, בלא כל ביסוס לא בתצהיר ולא בגיבוי עובדה כלשהי כי לעניין ההרחקה "כל הזמן יוצרים קשר עם הגורמי הרלוונטיים וממש לא יושבים בחיבוק ידיים בהקשר הזה". לא בכדי לא הציגה או דווחה ב"כ המשיב פניה כלשהי לרשויות הירדניות, פשוט משום שבמשך 70 יום, למיטב הבנת המבקש, לא הייתה כזו. הח"מ אף ביקשה מבית המשפט להורות למשיב לומר מהם הצעדים שנקטו לשם גירוש המבקש, ואולם כבוד השופט אמר, כי המשיב לא מעוניין לפרט (ואף כי המשיב לא הביע התנגדות לכך) ובית המשפט לא יורה לו לעשות כן. ב"כ המשיב הבהירה בסיום דבריה, שצו הביניים לא מהווה סיבה שלא לבצע את כל הבירורים לצורך הרחקה (בירורים שלא נעשים, לטענת המבקש). במהלך הדיון התקיים דיון במעמד צד אחד, בנוכחות ב"כ המשיב, השב"כ וכב' השופט, בו הוצג בפני בית המשפט הנכבד קמא חומר מודיעיני. על פי דברי בית המשפט הנכבד קמא, מדובר בחומר "שמבסס את הטענה כי המערער 1 מעורב בפעילות תומכת ארגוני טרור ובהם החמאס". בית המשפט לא חזר על אמירת המשיב בפראפרזה מטעמו כי המבקש עצמו בחמאס. לאחר הדיון החסוי ביקשה הח"מ לבדוק אם נבחנו פתרונות מדתיים. בית המשפט הפנה שאלה זו לב"כ המשיב שאמרה שהיא חושבת שנבחנו ונדחו (בפרוטוקול נכתב שפתרונות נבחנו). ב"כ המשיב הודיעה כי אם יחליט בית המשפט הנכבד קמא לשחרר את המבקש הם לא ידרשו תנאים לשחרור. (עמ' 6 לפרוטוקול, שורה 29)

• ברמ/43 פרוטוקול מיום 31.3.19 בעמ"נ 19-02-67609

2. פסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא

71. ביום 3.4.19 ניתן פסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא. פסק הדין קובע, כי "עיסוקו של המערער כצלם עיתונות מציב אתגר בפני מקבלי החלטות בעניינו...". יחד עם זאת קבע בית המשפט, כי החלטת המשיב, כי שיקול הסיכון הביטחוני הנשקף למדינה מהמבקש גובר על מכלול האינטרסים הנוגעים לו ולבני משפחתו נמצאת במתחם הסבירות – הן לעניין סירוב בקשתו למעמד והן בעניין הותרתו במעצר ללא מועד סיום. בית המשפט הנכבד קמא כלל לא משקלל את האינטרסים של חופש העיתונות, חופש הביטוי, חופש העיסוק והיותו של המבקש חסר מעמד בעולם, בפרט לא נזכר בפסק הדין טובתה של בת המבקש.

72. בית המשפט הנכבד קמא קובע בפסקה 9 לפסק דינו, כי טענת היות המבקש חסר מעמד במדינה אחרת לא הוכחה. קביעה זו של בית המשפט הנכבד, בכל הכבוד, לא מבוססת על עובדות. המשיב עצמו הודה, כך בפני בית הדין לעררים וכך גם בדיון בפני בית המשפט הנכבד קמא, כי המבקש אינו נתין ירדני. הטענה המרומזת לגבי אפשרות של קיום מעמד באלג'יריה עלתה רק בעיקרי הטיעון שהוגשו כמה ימים לפני הדיון בעמ"י וגם אז במעומעם ולא במקרה לא חזר עליה המשיב בדיון. המבקש מעולם לא התבקש להוכיח שאינו נתין אלג'יראי, המשיב מעולם לא חלק על כך שלילדי המשפחה רק דרכונים ירדנים, העניין מעולם לא הוזכר וגם אין לו דרך מעשית להוכיח עניין זה, בהעדר נציגות אלג'יר ב ישראל. בכל הליכי הסדרת המעמד של אחיו של המבקש ושלו והן בבקשה ההומניטארית שאושרה, קיבל המשיב את טענת המבקש, כי המסמך המזהה היחיד שיש לו הוא הדרכון הירדני הזמני והתייחס אליו בהתאם לכך בדרישות המסמכים ובטיפול במבקש בהתאם לדרכון הירדני הזמני ללא דרישה להוכחה כלשהי מאלג'יר או מכל מקום אחר – לא עבור המבקש ולא עבור אחיו הנוספים. וזאת פשוט מפני שהמשיב יודע כי המבקש אחיו ואחיותיו אינם אזרחי אלג'יר ועל כן, בשונה מאמם, לא הוגשה הבקשה עבורם עוד לפני שנים רבות ככאלה, טענתם כי אינם אזרחי אלג'יר מעולם לא נסתרה על ידי המשיב והוא לא חלק עליה. לא זו אף זו, אחותו של המבקש קבלה בסמוך לדיון בחודש מרץ אזרחות ישראלית ולא נדרשה לוותר על דרכון אלג'יראי או להוכיח היעדר קיומו או היעדר קיום של מעמד אחר – בשונה מכפי שמקפיד המשיב עם מי שיש לו אזרחות כפולה או שנחשד כי יתכן והוא בעל אזרחות כפולה – משום שהמשיב מודע לכך שלילדי המשפחה, שבבקשתם להסדרת מעמד טיפל, אין מעמד נוסף ואין מסמך נסיעה פרט לדרכון הירדני הזמני. ועוד, לראשונה ממש בתום הדיון, ציין המשיב בכלליות, כי המבקש לא פנה על פי נוהל 10.1.0015 בעניין "מי שטוען שהוא חסר אזרחות" (אפילו לא צוין מספר הנוהל), ואולם הגם שהמבקש ציין בפני המשיב מזה שנים כי הינו חסר אזרחות הוא מעולם לא הופנה לנוהל זה שאכן לא מתאים לעניינו, שכן נדרש בו: כניסה לישראל דרך מעבר גבול בינלאומי (המבקש נכנס לישראל מהשטחים), היעדר מסמך נסיעה של מדינה כלשהי (למבקש דרכון ירדני זמני), האדם מחוייב לשתף פעולה עם הרחקתו (מה שהמבקש בהיעדר מעמד בארץ מוצא כלשהי לא יכול לעשות ואין לזקוף לחובתו אי שתוף פעולה עם גירוש למדינה שלישית – ראו עמ"י 8101/15 **צגטה נ' שר הפנים** (28.8.17)). בנוסף, נוהל חסרי אזרחות חל בהיעדר מניעה ובעניינו של המבקש, כידוע, נטען למניעה. לבסוף, ניתן לפנות לפי נוהל מחוסרי אזרחות, רק בהיעדר בקשה בערוץ אחר, בעוד המבקש מנהל מגעים לאורך כמעט 15 שנה על פי הליכים אחרים שמתאימים יותר לעניינו, הליך ההומניטארי והליך איחוד משפחות ומבקש שלא לזנוח אותם. נוהל חסרי מעמד לא נועד למי שיש להם משפחה ישראלית, זיקות למקום והם מנהלים הליכים אחרים ואכן בכל המקרים של חסרי מעמד ממוצא פלסטיני אליהם הפנתה הח"מ במסגרת ההתדיינות לא נדונו בערוץ זה ולא הופנו אליו. הנה כי כן, טעה בית המשפט הנכבד קמא, בקבלו ללא בדיקה את דברי המשיב האגביים בתום הדיון, ובקובעו כי "פניות של מחוסרי אזרחות מטופלות אצל המשיב על פי נוהל שהוחל בעניין. המבקש לא הראה כי פנה בעניין זה למשיב" (פסקה 9 לפסק הדין). כמוסבר, המבקש לא יכול היה לפנות על פי נוהל זה במקביל לניהול הליכים ההומניטאריים והליכי איחוד משפחות, וממילא כפי שהוסבר נוהל זה, אינו מתאים לעניינו.

73. בעניין צו המשמורת קובע בית המשפט הנכבד קמא, כי הוא יעמוד על כנו. בית המשפט הנכבד קמא בוחר שלא להתייחס לעובדה שהמבקש נעצר בעת שהיה בעניינו ערר תלוי ועומד שהוגש לבית הדין, כאשר הטיעון בכתב שהגיש בהתאם לנוהל הערות גורמים לא נבחן ואכן הבקשה לאיחוד משפחות הושבה לטיפול לאחר המעצר. אין התייחסות בפסק הדין לטענה שלא היה

למבקש שום מקום ל"עזוב" אליו, גם אם רצה לעשות זאת, בהעדר מעמד בעולם. ויצוין, כי ירדן, מאפשרת כניסה עם דרכון זמני רק למי שיש אשרת חוזר למדינת המוצא. יחד עם זאת מדברי בית המשפט הנכבד בפסקה 10 ומהתנהלות המשיב עולה, כי המעצר של המבקש לא היה בשל שהייה בלתי חוקית גרידא אלא גם "על רקע הסיכון הביטחוני...". כלומר מדובר בשימוש של חוק הכניסה לישראל לצורך מעצר מנהלי ללא תיחום בזמן.

74. בית המשפט הנכבד קמא קובע, כי "השמתו של המבקש במשמורת אינה בבחינת עונש, ואינה בלתי מוגבלת בזמן..." יחד עם זאת, גם בחלוף 70 יום, הוא אינו תוחם בזמן את הכליאה, אלא מציין רק, כי בחלוף הזמן הדבר עשוי להצדיק בחינה מחודשת. בית המשפט למעשה מקבל כי גם בחלוף 60 יום דרך המלך היא פשוט הותרה במעצר ללא קץ וללא קביעת תאריך סיום – גם אם לא מתקיים הליך הרחקה אפקטיבי, עניין שבית המשפט הנכבד קמא לא חשב שיש מקום להתעכב על קיומו כפי שיוסבר בהמשך, בית המשפט הנכבד קמא גם לא נדרש לקיומם של פתרונות מדתיים יותר.

75. יודגש, כי בדיון הח"מ שאלה אם במסגרת בחינת החומר החסוי נבחנו אפשרויות מדתיות ופוגעניות פחות חלף המשך מעצרו של המבקש כדוגמת, שחרור למעין מעצר בית בתנאים, ערבויות, החתמות, הגבלה טריטוריאלית, הגבלת שימוש בטלפון, התחייבות בכתב ועוד. בית המשפט הנכבד קמא הפנה שאלה זו לב"כ המשיב ושאל אם הדבר נכון, ומכך עלה כי הדברים לא נבחנו במסגרת הדיון החסוי. ב"כ המשיב השיבה, כי היא חושבת שהעניין נבחן אולם לא ידעה לומר זאת בוודאות (בפרוטוקול נכתב שהעניין נבחן. בית המשפט הנכבד קמא הסתפק בכך ולא נאות לבקשת הח"מ לבחון היבט זה בדיון. פסק הדין ניתן מבלי שבית המשפט נדרש לבחינה המידתית, בהקשר זה – וזאת, הן בפגישתו החשאית יחד עם המשיב עם גורמי הבטחון וללא המבקש והח"מ, הן בהמשך, בדיון הגלוי, משהובהר, כי אפשר שהעניין כלל לא נבחן ולבסוף לא נדרש בית המשפט הנכבד קמא להתכונן של חלופות מידתיות גם בפסק דינו. זאת על אף שמדובר בשלילת חירות למשך זמן ממושך למי שגדל בישראל, כל משפחתו בירושלים ובכלל זה בתו הקטנה, שמטבע הדברים, כל יום שעובר והיא גדלה ללא אביה מסב לה פגיעה קשה.

76. כמו כן, הדברים סותרים, לכאורה, את הטענה כאילו מהמבקש נשקפת סכנה קרובה לוודאות לביטחון, שהרי אם יש לשחררו רק בשל חלוף הזמן, ודאי שמדובר בסכנה שאינה בדרגה גבוהה. היבט הסכנה הקרובה לוודאות נסתר גם מהתבוננות על התנהלות המשיב, אשר לא הזדרז לקדם את ההליכים בעניינו של המבקש לאורך כל הדרך, וגם לאחר שלדבריו נמסר לו מהשב"כ דבר ההתנגדות הביטחונית ביום 1.8.19. ולצד זאת העובדה כי המבקש לא נחקר, נעצר, או הואשם בעניין ביטחוני. אולם, בית המשפט הנכבד קמא כלל לא נדרש לכך.

77. יצוין, כי ישנן גם שגיאות עובדתיות והצגת דברים חלקית בפסק הדין.

כך בפסקה 2 לפסק הדין נכתב כי האב הגיש בשנת 1999 בקשה עבור אשתו וילדיו ולא עבור המבקש, כאשר עם שובו ביקש האב להגיש בקשה עבור כל בני משפחתו, אולם נמנע ממנו חידוש תעודת הזהות והוא נדרש להמתין שבע שנים לצבירת הוכחות מרכז חיים. בעת הגשת הבקשה פנה אבי המבקש עבור כל ילדיו, כולל המבקש, אולם נמסר לו כי בקשת המבקש לא תטופל משום שהוא עבר במעט את גיל 18 באותה עת. עוד צוין בפסקה 2, שהמבקש הוא שביקש מהמשיב לחדול לדון בבקשתו ההומניטארית ואף שזו היתה הסכמת הצדדים לאור הערות בית הדין בדיון. בנוסף, קובע בית המשפט בפסקה 9 לפסק דינו, כי במרבית התקופה מאז בואו של המבקש לישראל הוא שהה בה שלא כדין וזאת למרות העובדה שבחיסור תקופת

ילדותו של המבקש, הוא שהה בישראל כמעט לאורך כל הדרך במסגרת בקשות למשיב, שהגיש בתקופה בה על פי נוהל המשיב 5.1.0001 נאסר על נקיטה בפעולות אכיפה למי שמצוי בגדרי בקשה מתנהלת ובחלקה שהה בירושלים מכח צווי ביניים שהוצאו בהליכים משפטיים. ראו והשוו עת"מ (י-ס) 1253/09 **בביזיב נ' שר הפנים** (2.2.12). בית המשפט קמא כותב, כי המשיב קיבל החלטתו בדרך של קבלת כתבי טענות וקיום ראיונות – אולם כתב הטענות הרלוונטי, הטיעון בכתב שהגיש המבקש לא היה בפני המשיב טרם קבלת החלטתו, הערר לבית הדין, שכבר הוגש בעת המעצר, לא היה בפני המשיב בטרם קבלת החלטתו על המעצר והגירוש, ולמרות שהמבקש ציין בפני המשיב, כי הוגש. מה שעמד בפני המשיב היה סיכום דברים שמסתיים בשנת 2016 ולטענתו נעשתה גם בדיקה במערכת. בהתייחס לקביעה בדבר קיום ראיונות, ברבים – במסגרת הבקשה לאיחוד משפחות לא התקיים ולו ראיון אחד. הראיון היחיד שהתקיים היה **לאחר** קבלת ההחלטה על הסירוב, והוא נערך לאחר שהמבקש נלקח באישון לילה למעצר מביתו וללא ייצוג ומבלי שניתנה הזדמנות סבירה לייצוג. כמו כן, בפני המראיין עמדה תשתית עובדתית חסרה ולקויה והוא התעלם מדברי המבקש כי הוגש בעניינו ערר. אין מדובר בעניינים של מה בכך, אלא בהיבטים חשובים היורדים לשורש תקינות ההליך – הן סירוב הליך איחוד המשפחות והן המעצר.

לגבי החסרת פרטים לא צוין בפסק הדין כי המבקש לא היה מיוצג בשימוע שנערך ביום 22.1.19, שנערך שלא בהתאם לאמות המידה שנקבעו בע"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ** (11.8.09). (בפרוטוקול התשאול צוין כי מנהל המחלקה המשפטית של המוקד, עו"ד שנהר, אמר שלא יגיע עו"ד, אלא בהמשך לגבעון, אולם לא היתה לעורך דין של המוקד שנמצא בירושלים או לח"מ שהיתה בחו"ל כל אפשרות להגיע לרמלה בתוך שעה – ולמוקד נמסר כי המשיב יסכים להמתין עד שעה ובהמשך לכך יקיים את הראיון לצורך הוצאת הצווים) כאמור לא צוין בתיאור הדברים העובדתי בפסקה 2 לפסק הדין שערר לבית הדין בעניינו של המבקש הוגש קודם למעצר ובפסקה 4 מתוארים הדברים כאם הערר הוגש לאחר המעצר. ולא היא. בפסקה 6 לפסק הדין נכתב שהח"מ ציינה שלמבקש אין דרכון ירדני, ובהמשך לכך נכתב שהדרכון שבידיו הוא תעודת מעבר. יובהר כי לאורך כל הדרך לא היתה מחלוקת כי למבקש דרכון ירדני זמני, אלא שהמבקשים טענו כי דרכון זה אינו מהווה אזרחות או אף תושבות ואינו מקנה כל זכות בירדן ובכלל זה הזכות לגור שם. בפועל ללא אשרת חוזר לא היתה למבקש אפילו אפשרות להיכנס לירדן עם הדרכון הזמני, והוא כאמור לא ביקר שם מעולם מאז גיל 12, אז עבר דרך ירדן מה שערך שעות בודדות לכל היותר. בתארו את דברי ב"כ המשיב לא ציין בית המשפט הנכבד קמא כי המשיב הסכים בדיון, כי המבקש אינו אזרח ירדן.

ח.1. "מעצר מנהלי" תוך שימוש חוק הכניסה לישראל

78. המשיב מחזיק את המבקש במעצר ללא מועד סיום, תוך התבססות על סעיף 13א(ב) לחוק הכניסה לישראל, אשר מאפשר החזקתו של אדם השוהה בישראל שלא כדין "עד ליציאתו מישראל או עד להרחקתו ממנה".

79. באשר לתכליתו והיקפו של מוסד המשמורת לפי חוק הכניסה לישראל, נאמר בבר"מ 7696/16 **טומגזי נ' משרד הפנים (4.1.17)**:

תכליתו של מוסד המשמורת לפי חוק הכניסה לישראל מכוונת להפסקה מיידית של שהייה בלתי חוקית, תוך מתן אפשרות למדינה להסדיר את הרחקתו של מי ששוהה שלא כדין בישראל. ... על כך כבר נאמר בעבר כי "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 כדין, ולתת בידי הרשות אמצעים יעילים להגשים מדיניות זו, תוך שמירה על עקרונות חוקתיים והגנה על זכויות האדם"...

בהתאם לתכליתו זו של מוסד המשמורת, נקבע בהלכה הפסוקה כי ההחזקה במשמורת היא "אסורה כשלא מתקיים בעניינו של המוחזק הליך הרחקה אפקטיבי, או כאשר לא נראית באופן אפשרות לגירוש מהארץ" (ראו: בג"ץ 8425/13 איתן – מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 51 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (22.9.2014) (להלן: עניין איתן), וההפניות שם). על רקע זה נקבע גם כי ככלל, כאשר המוחזק שוהה שישים יום ברציפות במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל, יורה הממונה על שחרורו, אלא אם קיים אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב את המשך החזקתו לתקופה שאינה חורגת מהסביר (עניין אדם, בפסקה 22 לפסק דינה של השופטת ארבל, וההפניות שם; עניין הבטום, בפסקה ט"ז).

80. בית המשפט העליון קבע ואישר פעמים רבות את האיסור בדבר החזקת אדם במעצר אם לא ניתן לגרשו תוך זמן מסוים (ראו, למשל, בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נ' שר הפנים**, פ"ד מד(4) 149 (1990); בג"ץ 4702/94 **אל טאיי נ' שר הפנים**, פ"ד מט(3) 83 (1995)); ברי"ם 696/06 **אלקנוב נ' בית הדין לביקורת המשמורת** (מיום 18.12.06, בע"א 9656/08 **מדינת ישראל נ' סעידי** (15.12.11)).

81. במקרה של המבקש, הוא נעצר כבר ביום 22.1.19. מאז ובמספר הליכים שהתקיימו בבית הדין לביקורת משמורת, בבית הדין לעררים ובבית המשפט לעניינים מנהליים, לא הציג המשיב כל פעולה שביצע לשם הרחקת המבקש. המבקש חסר נתינות ולא ניתן להרחיקו לשום מקום. המשיב לא פנה לשגרירות ירדן, לאחר שטען בתחילה שהמבקש אזרח ירדני וחזר בו מטענה זו. עצם הטענה שהמבקש אזרח ירדני, מצביעה על חוסר תום לב וחוסר מקצועיות במקרה הטוב, מצד המשיב, או במקרה הרע, זדון ורצון לנסות ולגרש את המבקש בשיטת "מצליח" לירדן. אדם עם דרכון שעליו מוטבעת האות T אינו אזרח ירדני. ישנם עשרות או מאות אלפים פלסטינים הנושאים מסמך נסיעה כזה והדברים מוכרים לכל בר דעת העוסק בתחום זה ובפרט הדבר ידוע היטב ללשכת המשיב מירושלים המזרחית, אשר בה מתנהל עניינו של המבקש והיא הלשכה הרפרנטית ללשכה המשפטית.

82. בבג"ץ 8665/14 **דסטה ואח' נ' הכנסת** (11.8.15) הובהר כי בהעדר הליך הרחקה, אין תכלית למשמורת, ואין להמתין לסיום התקופה שלאחריה קמה עילה לשחרור (חודשיים בהקשר לחוק הכניסה לישראל, 3 חודשים בהקשר לחוק למניעת הסתננות, בנוסחו אז):

כפועל יוצא מכך, כאשר נמצא שהמשך מעצרו של מסתנן אין בו כדי לשרת את תכלית הזיהוי וההרחקה, אין עוד הצדקה להמשיך ולהחזיקו במשמורת. זאת, גם אם טרם חלפו שלושה החודשים מאז תחילת החזקתו במשמורת. אם תאמר אחרת, משמעות הדבר תהא כי ניתן להחזיק אדם במעצר שרירותי. תוצאה כזו אינה עולה בקנה אחד עם עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית. (פסי' 41 לפסק הדין של כב' הנשיאה נאור)

83. נקבע גם כי ככלל, כאשר המוחזק שוהה שישים יום ברציפות במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל, יורה הממונה על שחרורו, אלא אם קיים אינטרס ציבורי בעל משקל של ממש, המחייב את המשך החזקתו לתקופה שאינה חורגת מהסביר (בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת** (16.9.13) פסקה 22 לפסה"ד של כבוד השופטת ארבל).

84. נראה, כי המשיב נתלה בהחלטתו שלא לשחרר את המבקש ממשמורת בסעיף 13(ב) (2) לחוק הכניסה לישראל, וזו לשונו:

על אף הוראות סעיף קטן (א), לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם התקיים אחד מאלה:

[...]

(2) יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאות הציבור;

85. סעיף זה, עוסק אם כן במקרה שבשחרור יש כדי לסכן את ביטחון המדינה או את שלום הציבור וזאת כפי שנקבע בפסיקה כשנקודת המוצא שיתכן ומתבצע הליך הרחקה אפקטיבי ושמלכתחילה יש צורך במעצר לשם הרחקה. בהישענו על סעיף 13(ב) (2) עושה בו המשיב שימוש ככלי עוקף למעצר מנהלי או הליכיים פליליים כנגד המבקש, בהתאם לחקיקה שנועדה לכך. המבקש שחי בירושלים מילודת שיתף פעולה עם המשיב לאורך כל הדרך, הגיע לשכה כשהתבקש, לקח חלק בהליכים באופן רציף, ואין כל חשש שיעלם, מה גם שאין לו לאן. המשיב עצר אותו תוך סברה שהוא לא הגיש טיעון בכתב כנגד הבקשה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות ותוך הנחה שלא הגיש ערר לבית הדין (או אדישות להיבט זה). כך או כך, אין מחלוקת היום ששתי הנחות אלה היו שגויות. העורר הגיש טיעון בכתב במסגרת הזמנים בה התבקש וגם עקב אחר הטיפול בבקשתו באמצעות מכתבי תזכורת ופנה לבית הדין בתוך פרק הזמן הקבוע בחוק, לפני חלוף 30 הימים שמקנה החוק לצורך כך ולפני המעצר. שורה של שבקשות שהגיש סור בו לאורך השנים והוא מעולם לא נעלם או עשה דין לעצמו, ובאם ימוצו הליכי הסדרת מעמדו ותמצא התכנות חוקית וסבירה לגרשו, לא תהיה למשיב כל בעיה להגיע אליו. נראה אפוא שתכלית המעצר כלל אינה מתקיימת ובכל מקום אין כל סבירות למעצר בנסיבות אלה. אם מה שמטריד את המשיב זה לא העלמות המבקש או קושי לגרשו אם ימצא מקום אליו ניתן לעשות זאת, אלא הטענות הבטחוניות המודיעיניות בעניינו, דרך המלך להתמודד עם טענות אלה היא בערוצים המותווים לכך. הרי כאשר נודע לרשויות שאדם מהווה סכנה לציבור הן יכולות להפעיל נגדו הליכיים פליליים או במקרה שיש סיבה חיונית הנובעת משיקולים כבדי משקל, לעצור אותו במעצר מנהלי. יצויין, כי מעצר מנהלי, כלומר מעצר ללא משפט וללא שהאדם יוכל להתגונן ולא רואה את הראיות כנגדו, הוא אמצעי קיצוני ואמור להתבצע רק כאשר קיים מצב חירום בו ישנו חשש ממשי או אף ודאות קרובה לפגיעה במדינת ישראל או באזרחיה ואין אפשרות לקיים הליך פלילי רגיל (ראו, למשל עמ"מ 4794/05 **אופן נ' שר הביטחון** (12.6.05)).

העובדה במהלך התקופה שקדמה להודעה על כוונה לסרב לבקשה ובחודשים שחלפו לאחר מכן לא נמצא לנכון ולו לזמן את המבקש לחקירה מעלה סימני שאלה על אופי המידע, עוצמתו ועמידת הסוגייה ברף "הסכנה הקרובה לוודאות".

86. הדרך להתמודדות עם חשדות ביטחוניים איננה באמצעות מעצר על שהייה בלתי חוקית של מי שגדל בירושלים ומצוי בעיצומם של הליכים להסדרת מעמדו. גם אם מבחינה חוקית מותר למשיב לעצור אדם בקו התפר של 30 הימים להגשת ערר, לאחר שהגיש ערר ועד לקבלת החלטה בבקשה לצו ביניים – עולה שאלה של סבירות ומדתיות צעד כזה בנסיבות של המבקש, על תכלית צעד זה, בהתחשב בתכלית חוק הכניסה לישראל עליה עמדנו ובתכלית המשכות שלילת החירות בחלוף קרוב ל-90 יום ולמעשה ללא תאריך סיום, כמעצר מינהלי – ללא הפלטפורמה הדין המותווה לכך. וככל שידוע למבקשים, ללא שיש התכנות כלשהי להרחיקו.

87. יוזכר, כי אפילו מעצר מנהלי מוגבל לתקופה מסוימת ונתון לביקורת שיפוטית. כאן מדובר במעצר בלא מועד מוגדר לסיום, בלא שיש ביקורת שיפוטית של ממש עליו – כאשר לבית הדין לביקורת משמורת, אשר נועד להעביר ביקורת בענייני מעצר מחמת שהייה בלתי חוקית לצורך הרחקה, אין את המומחיות והכלים להתמודד עם נסיבות כאלה. מעבר לכך, תכלית חוק הכניסה לישראל מכוחו פועל בית הדין לביקורת משמורת איננה בהתמודדות ארוכת טווח עם טענות ביטחוניות, אלא אם מדובר בעיכוב קצר לצרכי הרחקה – מצב שכבר חלף בענייניו של המבקש בחלוף בקרוב 90 יום ממועד מעצרו בלא שהורחק או שיש צפי להרחיקו. שלילת חרות שאינה מוגבלת בזמן מנוגדת באופן עקרוני לדין בישראל (ראו, למשל, בג"ץ 5190/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 851 (1995)). אין לה כל הצדקה במקרה זה בו לא עולה כל שאלה של קושי באיתור לצורך הרחקה.

88. המעצר המנהלי בפועל התבצע, לאחר שהמבקש נמצא בישראל מגיל 12. המשיב טוען (ראו, למשל פסקה 95 לעיקרי הטיעון), למעשה, וכך גורס פסק הדין (פסקה 10), כי אם היתה למבקש אשרה בתוקף, הוא כלל לא היה עוצר אותו, או שהשמתו במשמורת לא הייתה כדין. כלומר עולה, כי אם היה קיים רק הרקע של הסיכון הבטחוני, המבקש כלל לא היה נעצר. האם אין די בכך כדי להראות, שאין סכנה או עילה להמשך מעצר, גם בהינתן העדר הליך גירוש אפקטיבי?

89. מה מנע מהמשיב לפעול על פי הדין הפלילי או לעצור את המבקש במעצר מנהלי עד ליום 22.1.19, כאשר לדבריו המידע מושא ההחלטה ניתן מהשב"כ ביום 1.8.19. ומדוע נעצר ביום זה דווקא? האם קרה אירוע שהפך אותו מסוכן יותר בין החלטת המשיב לסרב את בקשת איחוד המשפחות ועד למעצרו לאחר פחות מחודש? אירוע שלא התקיים בחודשים שחלפו לפחות מאז 1.8.19 במהלכם נבחן עניינו של המבקש בעצלתיים?

90. העובדה שקיימת סמכות להחזיק אדם במשמורת מכוח חוק הכניסה לישראל אין משמעה ששימוש בסמכות זו במקום הסמכויות המתאימות בחוק העונשין, התש"ז-1977, חוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים) התשנ"ו-1996, או חוק סמכויות שעת חרום (מעצרים), תשל"ט - 1979 אינה מהווה עקיפה פסולה של חוקים אלו – כאשר השימוש במשמורת נעשה שלא לתכלית חוק הכניסה לישראל, אלא לצורך השגת התכליות הספציפיות שלשמן חוקקו חוקים אלו. כך, במספר פסקי דין בית המשפט העליון ביקר התנהלות זו בה עושים שימוש במשמורת במקום בסמכויות ייעודיות או פוגעניות פחות. כך נאמר בבר"ם 298/14 משרד הפנים נגד איסמעיל (7.3.14), שבו גם היה מידע מודיעיני כנגד המבקש שהושם במשמורת:

בית המשפט לעניינים מנהליים צעד בדרך שהתווה בית משפט זה בע"מ 4326/13 הלהלו נ' משרד הפנים (3.11.2013) (להלן: עניין הלהלו)), שבו נקבע כי השימוש בסעיף 13(ב) לחוק הכניסה לישראל אינו יכול לשמש כתחליף לנקיטת הליכים פליליים במקרים המתאימים לכך, ובע"מ 4496/13 הבטום נ' משרד הפנים (12.11.2013) (להלן: עניין הבטום) שבו הטעים בית משפט זה כי אף אם הנתבי של העברה למשמורת מנהלית הוא הנוח לרשויות האכיפה, הרי שדרך המלך כאשר עסקינן בשוהים שלא כדין שקיימות ראיות כי היו מעורבים בפלילים היא העמדה לדין. גישה זו אף הנחתה את הדיון בערעור שהגיש המשיב כמתואר לעיל (ע"מ 398/13).

91. ברי, כי מקום שקיימות שתי סמכויות מקבילות, במקרה זה סמכויות להגביל חרות, הרי רצוי שיעשה שימוש בדין שנושאו קרוב יותר וספציפי יותר, וזאת בהינתן שהוא האמצעי המתאים יותר והכולל של הסדר ספציפי הגובר על הסדר כללי ושיקולים של הרמוניה חקיקתית (ראו, למשל, בג"ץ 3037/14 אבו ספא נ' משרד הפנים, פ"ד (נו) 4, 636, 645 (2002) וכן אהרן ברק, **פרשנות במשפט - תורת הפרשנות הכללית** 551 (1992)).

92. ודאי שבמקרה שלנו, חוק הכניסה לישראל לא נועד לטפל במקרים של אנשים המהווים סיכון בטחוני, אלא בשוהים בלתי חוקיים. למשיב אין את המומחיות והכלים להעריך האם יש צורך בשלילת חרות של אדם כדי לאיין סיכון שלו למדינה. מומחיות זו נתונה לגופי אכיפה ושיפוט העוסקים בעניינים פליליים ובמעצרים מנהליים. כאמור, גם בית הדין לביקורת משמורת אינו בעל כלים ומומחיות להתמודדות עם מצב זה בדרך בה התווה החוק.

93. זאת ועוד, גם אם המבקש אינו מצוי בסף היכולת לאפשר לו קבלת מעמד, אין זה אומר, כי הוא אמור לשהות מאחורי סורג ובריה. בבג"ץ 5845/07 זבן נ' צבא הגנה לישראל (10.9.07) דובר על אזרח ארצות הברית שנקבע פוזיטיבית שהוא פעיל חמאס ולפיכך נדחתה בקשתו לאיחוד משפחות בשטחים. בית המשפט הורה על שחרורו של העותר ממעצר תוך שהוא מתיר לעותר לשהות בגדה שישים יום על מנת לאפשר לו להעלות את טענותיו כנגד גירושו. וראו גם בית המשפט הצבאי לעניינים מינהליים תיק מס' 1131/11 **בסאם ריאן מחמד אברהים זבן נ' המפקד הצבאי** (7.4.11).

94. בדומה, בבג"ץ 2786/09 **סאלם נ' המפקד הצבאי** הסכים המשיב לשחרר אדם שהוצא נגדו צו גירוש מהשטחים לרצועת עזה ונטען שהוא מהווה סכנה בטחונית (ראו החלטה מיום 28.3.11).

95. במקרה דומה לעניינו, בית הלורדים הבריטי פסל חקיקה אשר הסמיכה את מזכיר המדינה לקבוע שאם אדם מסוים, שאינו אזרח בריטניה, חשוד בפעילות טרור, ניתן לעצור אותו גם אם לא ניתן להרחיקו מבריטניה. בית הלורדים קבע שהחוק אינו מידתי, וחזר על העיקרון לפיו מעצר מינהלי מכוח חקיקת הגירה אינו יכול לשמש למעצרים של שוהים ללא היתר שאין מתקיימים הליכי גירוש בעניינם. בית הלורדים קבע כי מדובר בהפליה פסולה וכי נגד אזרחים זרים החשודים בפעילות טרור ניתן להפעיל את אותם אמצעים מינהליים המופעלים נגד אזרחי בריטניה כאמצעי שפגיעתו פחותה.

ראו: A (FC) v. Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL 56 בקישור:

[http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.p](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&others.pdf)

df

96. בשנת 2009 הכריע גם בית הדין האירופי לזכויות אדם בעניין התאמתו של החוק הבריטי לאמנה האירופית בדבר זכויות אדם. בית הדין אישר את מסקנת בית הלורדים הבריטי וקבע שהאמצעי בו נקטה בריטניה היה בלתי מידתי והפר את הזכות הקבועה בסעיף 5 לאמנה האירופאית של להיות נתון למעצר שרירותי. וכך ציין בית הדין:

The choice by the Government and Parliament of an immigration measure to address what was essentially a security issue had the result of failing adequately to address the problem, while imposing a disproportionate and discriminatory burden of indefinite detention on one group of suspected terrorists." (*A & others v. the United Kingdom*, application no. 3455/05 19 February 2009, para. 186)

97. הנה כי כן, השימוש הלא מתאים, הבלתי מידתי, ובמקרה זה גם השרירותי בסמכות המעצר על פי חוק הכניסה לישראל אינה כדין. בחלוף קרוב לשלושה חודשים מהמעצר, הרבה לאחר תקופת 60 הימים הנקובה בחוק הכניסה לישראל, יש לשחרר את המבקש ולאפשר לו לשוב לביתו עד שהמשיב יפעל בפועל להרחקתו.

98. יצויין, כי במקרה של המבקש אין כל חשש להימלטות או שיהיה קושי למצוא אותו לצורך הרחקה. למבקש בית ומשפחה בירושלים וכל הבסיס לבקשתו להסדרת מעמד תלוי בהמצאותו יחד עם משפחתו בירושלים. למבקש גם אין כל מקום אליו יוכל "להימלט". אין לו מעמד בשום מקום בעולם, אין לו זיקה לכל מקום אחר פרט לביתו וזהו המקום היחיד בו הוא יכול לשהות. יתר על כן, המבקש שיתף פעולה עד היום עם כל בקשה של המשיב, התייצב לכל זימון, פעל בהתאם לחוקים ולנהלים, המציא מסמכים בהם התבקש. הוא מעולם לא נעלם, זנח בקשה או התנהל באופן המעלה חשש כי אם תהיה התכונות להרחקתו לא ניתן אז יהיה ליישמה בין בהסכמה ובין אם ללא הסכמה. המבקש מוכן להתחייב שלא לחמוק מהמשיב, גם אם לא ייתן הסכמתו המפורשת להרחקתו למדינה שלישית, כפי זכותו שבדין. בכל מקרה, ניתן למצוא אמצעים מידתיים שיפיגו כל חשש להימלטות של המבקש, חשש שאינו מבוסס על המציאות לאחר כ-15 שנה של מגעים עקביים בין המבקש למשיב ותמיד ניתן לעצור אותו מחדש במקרה קיצון כזה, בהיתן צורך במעצר על פי תכלית חוק הכניסה לישראל ובאין חלופה מידתית אחרת.

ח.2. פגיעה בעיתונאי – חופש העיתונות

99. כפי שציין בית המשפט הנכבד קמא, הפעילות שבגינה נעצר המבקש ובגינה סורבה בקשתו קשורה לפעילותו כעיתונאי. בית המשפט הנכבד קמא סבר, כי המבקש "חצה את הקו", שעשוי להיות דק, בין המותר לאסור בפעילותו כצלם עיתונות, אולם לא פרש ולא נימק, אלא התבסס על החומר החסוי בלבד.

100. קיים קושי גדול למבקש לטעון לגבי החומר החסוי שלא הובא לעיונו. המבקש כבר הסביר, כי הוא צלם עיתונות המסקר גם אירועים של הפרות סדר ואירועים בהם משתתפים פעילים המוגדרים פעילי טרור, כולל פעילי חמאס. מתוקף עבודתו העיתונאית המבקש נמצא בקשר רציף עם מספר רב של אנשים המיידעים אותו על הפגנות ואירועים כאלה ואחרים. מן הסתם חלק מאנשים אלה הם פעילים המוגדרים על ידי ישראל כפעילי חמאס וברור שחלק מהאירועים והפעילות שהמבקש מסקר מוגדרים כפעילויות לא חוקיות או אף פעילויות טרור

על ידי ישראל. סביר גם, שחלק מהמידע שהמבקש מקבל כצלם עיתונות, מי שעומד בקשר ועובד עם עיתונאים ומצלם בשטח, הוא מידע על פעולות ומעשים לא חוקיים, לכאורה.

101. כפי שנאמר לא אחת, חופש העיתונות שהוא נגזרת של חופש הביטוי הוא מנשמת אפה של הדמוקרטיה, אשר לא תוכל להתקיים בלעדיו. חופש העיתונות כולל גם סיקור של אירועים אשר הם לצנינים בעיני השלטון והבאת עמדות שאינן מקובלות עליו.

102. על מנת לשמור על חופש העיתונות מוכנה המדינה, כך הצהירה במראים אחרים, להסכין אף עם עבירות פליליות, לכאורה, של עיתונאים וגם עם סכנה מסוימת לפגיעה בבטחון המדינה. כך הובאו הדברים בע"פ 8445/11 ק"מ נ' מ"י (31.12.12) בפסקה 18 לדברי כ"ב השופט ארבל:

... בגזר הדין בעניינו של בלאו (ת"פ 77611-71-71 מדינת ישראל נ' בלאו (פורסם בנבו), [3.9.12]) הכיר בית משפט השלום (השופט ע' דרויאן) בחשיבות הרבה שבשמירה על חופש העיתונות וזכות הציבור לדעת. ואכן, "פעולתה החופשית של עיתונות חוקרת הינה בין בסיסי הדמוקרטיה" (עמ' 15 לגזר הדין). בית המשפט הדגיש את "החובה המוסרית-חברתית של העיתונאי החוקר, כלפי הציבור, להביא בפני הציבור ידיעות עובדתיות בעניינים חשובים ומשמעותיים לציבור" (שם, בעמ' 16). זו היתה גם מדיניותה המוצהרת של המדינה ביחס לבלאו, שבעטיה עתרה לעונש כה מקל בעניינו. ובמילותיו של בית משפט השלום:

"המדינה מכירה... במעמדו המיוחד של עיתונאי חוקר לעניין סעיף 113 הנ"ל, מבינה שכחלק מהותי מעבודתו בשליחותו הציבורית עליו להחזיק חומר סודי האסור ברגיל בהחזקה, ומוכנה היא לסבול את אותו פער שבין אכיפה דקדקנית של החוק לבין הריסון שמכתיבה ההכרה בערך של עיתונות חוקרת: פער זה הוא מרווח הנשימה של הדמוקרטיה.

... ואולם, לדעתי, על אף הסכנה הטמונה במניעי המערער ממצם היותם מניעים עקרוניים, אין הם עומדים – לגופם – ברף העליון של מדרג החומרה, לבטח בהשוואה למניעים אישיים צרים, וזאת בשל הטעמים שפורטו בגזר דינו של בית משפט השלום ביחס לבלאו, היונקים את חיותם מחופש העיתונות.

103. וכן יפים לעניין זה הדברים שנאמרו ברע"פ 761/12 מקור ראשון נ' מ"י (29.11.12) פסקה עג לפסק דינו של כבוד השופט רובינשטיין:

... התנהלות דמוקרטית תקינה כרוכה בקיומם של אמצעים להבאת הדורש ליבון לידיעתו של הציבור (פרשת קול העם, בעמ' 877). העיתונות אמורה לתפקד כזרוע הארוכה של הציבור, כמופקדת על איסוף המידע ופרסומו; החלפת דעות חופשית הוא תנאי יסודי בחברה דמוקרטית (בג"צ 372/84 קלופפר-נוה נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לח(3) 233, 238 מפי השופט לוין). דמוקרטיה החפצה בדיון ציבורי שוטף ובליבון סוגיות לאומיות אינה יכולה להסתפק בקיומו העקרוני גרידא של חופש ביטוי; **על רשויות המדינה ובכללן במישור הפלילי והמינהלי לצמצם סמכויותיהן לשם הגשמת הזכות החוקתית הלכה למעשה (עניין "הארץ", בעמ' 296) (ההדגשה שלי – ע.ל.)**

104. המבקש יטען, כאמור, כי בעניינו עולה הסוגיה של הצורך להגן על חופש הביטוי, על חופש העיתונות, על האינטרס הציבורי בהעברת מידע התלוי בהגנה על עיתונאים, אשר גם אם חצו את הגבול, בטעות או מתוך ידיעה, יש לפעול כלפיהם במתינות ובזהירות ולא "לשפוך את התינוק עם המים" ולפגוע בחופש העיתונות ובזרימת המידע, תוך שימת לב לאפקט המצנן שקיים לענישת עיתונאים.

105. מבין חלקי הפראפרזה שעליה מסתמך בית המשפט הנכבד (1) פעיל חמאס; (2) מעורב בפעילות בלתי חוקית; (3) מצוי בקשרים עם פעילים בהתאחדות בלתי מותרת. לפחות השניים האחרונים הם, על פניו חלק אינטגרלי ובלתי נפרד, כזה שלא ניתן למבקש לפעול כעיתונאי בלעדיו. כל עיתונאי, ישראלי או זר, אשר מסקר פעולות בלתי חוקיות יכול להחשב כ"מעורב" בהם. הצלם שמצלם או מסקר הפגנה בלתי חוקית, אמור להיות "בתוך" ההפגנה ולקבל מידע על קיומה. כל עיתונאי בתחום החדשות, ובכלל זה בתיעוד החיים ברחוב הפלסטיני עשוי להמצא בקשרים עם פעילים בהתאחדויות בלתי מותרות, אשר מוסרים לו מידע כזה או אחר. זוהי מהות העבודה העיתונאית ואסור להעניש את המבקש בגינה.

106. ברי, כי הטלת סנקציה על עיתונאי של סירוב לאיחוד משפחות ומעצר בשל עבודתו העיתונאית פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לחופש העיסוק של העיתונאי, שזהו מטה לחמו, פוגעת בחופש הביטוי, ובמקרה דנן אף גוזרת על המבקש, חסר המעמד, פגיעה אנושה בקשת זכויותיו החוקתיות המאפיינות את הקיום האנושי, ובכלל זה, הזכות לחירות, הזכות לזהות, הזכות לחיי משפחה, הזכות להורות וטובת הילד ביחס לבתו של המבקש. בענייננו אין מדובר במען דהוא שב"ח זר שניתן לגרש לארץ אחרת בשל הצטברות של ראיות מינהליות כלשהן, אלא במי שגדל בישראל מילדות, שהוריו, אחיו, אשתו ובתו ישראלים ושהוא חסר אזרחות וההתייחסות לדברים גם מבחינה זו ועל רקע הדברים שנכתבו בפרק זה צריכה להיות אנושית ומידתית.

ח. מעצר תוך אכיפה שרירותית ובררנית

107. כפי שמתואר בחלק העובדתי, המבקש נעצר בטרם חלפו 30 הימים המוקצים על פי החוק להגשת ערר לבית הדין לעררים, הוא נעצר בעת שכבר וגש ערר לבית הדין והיה תלוי ועומד בענייניו וכן היתה תלויה ועומדת בענייניו בקשה לצו האוסר הליכי אכיפה, אשר ונענתה למחרת. במהלך ההליכים בפני בית הדין לעררים הכיר המשיב בכך שהוא קיבל החלטתו ללא בחינת הטיעון של המבקש והסכים להחזיר את בקשת איחוד המשפחות לטיפול ולא היתה מחלוקת כי המעצר נעשה לאחר הגשת הערר.

108. לאחר המעצר נערך למבקש שימוע, במסגרתו על פי נהלי המשיב היה על המשיב לקבל פירוט על ידי רפרנט באשר למצב ענייניו של המבקש ובפרט באשר לקיומה של בקשה לאיחוד משפחות. (ראו למשל, סעיף 3.2 לנוהל 10.4.0001 בעניין הוצאת צווי הרחקה וסעיף ד.1.א לנוהל 10.3.0001 בעניין הוצאת צווי משמורת) המסמך המפורט שהוגש למשיב ביום 22.1.19, ואשר חתום על ידי הגב' זיונית פסקל, מסתיים בחודש יולי 2016 וכלל אינו מזכיר את בקשת איחוד המשפחות שהוגשה. בהחלטת המשיב נזכר שכל בקשותיו של המבקש סורבו ולא נזכר כי בקשתו ההומניטארית, בקשה מן הסוג שהמשיב מאשר כפי דבריו רק במקרים חריגים אושרה. ב"כ המשיב אמרה בדיון בעל פה בבית הדין לעררים כי מקבל ההחלטה ראה במערכת אביב את תיקו של המבקש, אולם ללא ציון של הדבר בהחלטה או בסיכום שהביא להכרעת המשיב. אין אינדיקציה מהו המידע שנבחן על ידי מקבל ההחלטה. האם מקבל ההחלטה ידע שיש למבקש ילדה קטנה? האם ידע שהוא חסר מעמד אף שנקבע שהוא ירדני? האם ידע שהוגש טיעון בכתב בענייניו במסגרת הבקשה לאיחוד משפחות שכלל לא נבחן? האם ידע שהוגש ערר לבית הדין בענייניו? עניין שצוין על ידי המבקש עצמו באותו ראיון, אולם נראה שלא ניתן לו כל משקל ולא ברור אם עורך השימוע כלל שם את ליבו לכך.

109. נראה בברור כי הגורם שנתן את ההחלטה לגבי המעצר אצל המשיב לא היה מודע לכך, ונראה שגם לא בדק טרם המעצר, באם הוגש ערר, שהרי אם היה בודק זאת לאור דברי המבקש ולמשל, פונה לבית הדין או לבאי כוחו בנושא, היה הדבר נלקח בחשבון בעת קבלת ההחלטה,

וכפי שנאמר על ידי באת כוח השיב בדיון בבית הדין לעררים, אפשר שאז היתה מתקבלת החלטה אחרת. לו היה ידוע למשיב כי הוגש ערר ובקשה לצו ביניים וצו ארעי, שהיו תלויים ועומדים בעת המעצר, ולו היה מודע למכלול הנסיבות, ספק, גם לדברי המשיב עצמו בדיון בבית הדין, אם היה מתקדם עם מעצר המבקש – וברי, כי לא היה סביר שיעשה כן. (ראו פרוטוקול הדיון מיום 19.2.19 לעיל בבית הדין לעררים)

110. על מעצר תוך כדי הליכי איחוד שמשפחות שלא מוצו ראו והשוו עמ"נ 21179-08-17 **קירילובסקי ואח' נ' משרד הפנים** (25.8.17), אשר העתק ממנו הוגש לבית הדין הנכבד בדיון וכן בג"ץ 2355/98 **ישראל סטמקה נ' שר הפנים**, נג (2) 728 (1999), ועע"מ 4614/05 **מדינת ישראל נ' אורן** (16.3.06). ודאי שאין כל סבירות בכך בנסיבות הנוכחיות.

111. מעצר אדם בתקופה בה החלטת המשיב עדין אינה חלוטה וניתן להגיש עליה ערר לבית הדין לעררים, מהווה לפחות בנסיבות המבקש שימוש לרעה בסמכות מצד המשיב, פעולה בחוסר תום לב והיא בבחינת אכיפה בררנית, באשר היא לא ננקטת באופן יזום כנגד שוהים בלתי חוקיים בעלי משפחות ישראליות אחרים. גם אם מבחינה חוקית ניתן לעצור אדם במרווח שבין סירוב המשיב ועד להגשת ערר על פי החוק ו/או במרווח שבין הגשת הערר לבין החלטה על מתן צו ביניים (למחרת במקרה זה), אין מדובר בצעד סביר בעניינו של המבקש שגדל בישראל מילדות, שאין לו לאן לעזוב, שמשותף פעולה עם המשיב ונמצא בהליכים מול המשיב לאורך השנים ברציפות, שכל משפחתו ישראלית, שיש לו ילדה קטנה ישראלית, שאין כל קושי לאתרו לשם הרחקה, אם תמצא אפשרות כזו ויוחלט שהדבר סביר - במקרה זה, הפעולה ננקטה באופן יזום, המבקש נלקח לפנות בוקר מביתו בירושלים, על ידי שוטרים אל מול אשתו ובתו הפעוטה. זאת, כפי שאף צויין בפסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא, לאו דווקא בשל שהייה בלתי חוקית, אלא באמתלה בטחונית ובלי שנערך לו אפילו שימוע אליו הוזמן מראש ושבנו ניתנה לו הזדמנות סבירה להיות מיוצג, לפני המעצר ועל יסוד תשתית עובדתית שגויה בחלקה וחסרה בחלקה. המבקש לא נלקח מביתו על שום קושי להרחיקו, לא היתה שום סיבה לחשוב שיהיה קושי לאתרו במצב של התכנות הרחקה. מדובר בשיקול זר ופסול שלא יכול להצדיק מעצר בנסיבות אלה וודאי שאינו יכול להצדיק את המשך המעצר שהתחיל באופן פסול ולא היה בא לעולם אם המשיב היה פועל כדין ונמשך באופן פסול ללא אופק.

ח.4. המבקש חסר מעמד בעולם

112. בספרה "ייסודות הטוטליטריות", אודות בני אדם חסרי-אזרחות, או בלשונה חסרי "הזכות לזכויות", כותבת חנה ארנדט:

משפטנים רגילים כל כך לחשוב על החוק במונחים של ענישה - זו שבאמת שוללת מאיתנו תמיד זכויות מסוימות - עד שקשה להם, יותר מאשר לאדם רגיל, להכיר בכך ששלילת החוקיות, כלומר, כל הזכויות, שוב אין לה קשר עם פשעים מסוימים. (...)

אסונם של חסרי-הזכויות איננו בכך שחיהם, חירותם, ויכולתם לשאוף לאושר, או זכות השוויון בפני החוק וחופש הביטוי - נוסחאות שהוגדרו כדי לפתור בעיות בתוך קהילות נתונות - נשללו מהם, אלא ששוב אין הם שייכים לשום קהילה. גורלם אינו מוגדר בכך ששוב אין הם שווים בפני החוק, אלא בכך שאין כבר שום חוק הקיים בשבילם; לא משום שהם נרדפים, אלא מפני ששוב אין מי או מה שירצה לרדוף אותם. רק בשלב האחרון של תהליך ארוך למדי נמצאת זכותם לחיים תחת איום; רק אם הם נשארים "מיותרים" לגמרי, ואם אין בנמצא מי ש"דורש" אותם, יהיו חיהם תחת איום. (...)

רק עם הופעתם של מיליוני בני אדם, אשר איבדו זכויות אלה, ושוב לא יכלו להשיב לעצמם בגין המצב הפוליטי העולמי החדש, רק אז

התוודענו לקיומה של הזכות לזכויות. (...) מה שעלינו לקראו בשם "זכות אדם" נחשב קודם לכן לאפיון כללי של המצב האנושי, אשר שום רודן לא יכול היה להפקיעו. אובדנה של זכות זו גורר איתו אובדן של משמעות הדיבור. (...) במילים אחרות, אובדן של משהו מן המאפיינים המהותיים ביותר של החיים האנושיים.

113. המבקש איננו אזרח ירדני, אלא מחזיק בדרכון ירדני ללא מספר לאומי המשמש כמסמך נסיעה ותו לא. על כך שהמבקש אינו אזרח ירדני אין עוד מחלוקת אל מול המשיב והוא הודה בכתב התשובה בבית הדין לעררים, במסגרת הדיון בערר שהוגש מטעמו הודה כי אמירתו המקודמת כי המבקש אזרח היתה שגויה וכי מבדיקה נוספת שנערכה עלה כי המבקש אינו אזרח ירדן. והגם שהעניין לא נזכר בעיקרי הטיעון שהוגשו לבית המשפט קמא, ב"כ המשיב חזרה על כך ואישרה כי המבקש אינו אזרח ירדני גם בדיון ביום 31.3.19. (עמ' 6 שורות 20 ו-21)

114. ירדן מנפיקה מסמך נסיעה ללא מספר לאומי לירושלמים (ולפלסטינים תושבי שטחים), באופן המאפשר לשמור קשר עם מדינות ערב. תעודה זו אינה מקנה כל זכות מגורים, עבודה, זכויות סוציאליות, ביטוח בריאות, החזקת רכוש ועוד – ודאי אינה מאפשרת למחזיק בה להזמין בני משפחה נוספים להתאחד עמו בירדן. בנוסף, ירדן אינה מאפשרת למחזיקי דרכון מסוג זה להיכנס אליה ללא אשרת חוזר או מסמך נסיעה בתוקף ממדינת המוצא. כך שבהיעדר אישור ישראל או מדינה אחרת לשוב אליה, ירדן לא תאשר את כניסתו של המבקש. כך ידוע לח"מ ולמוקד להגנת הפרט מטיפול במספר רב של מקרים של פלסטינים בעלי דרכון ירדני זמני, שהם מרבית הירושלמים שבטיפול המוקד להגנת הפרט והח"מ.

• **נספח ברמ/44 חוות הדעת של ד"ר דוד מומחה לענייני ירדן**

115. משהוכח עניין זה והוא מקובל על המשיב, שטען בתחילה שהמבקש הוא אזרח ירדני, הרי שיש לראות במבקש כאדם חסר מעמד וככל שהמשיב מבקש לטעון אחרת, עליו להציג ראיה מנהלית משכנעת לקיום אזרחות כלשהי.

116. באשר להפניה המשיב לנוהל מחוסרי מעמד, כפי שהוסבר לעיל נוהל זה אינו מתאים לענייניו של המבקש שמוצא משפחתו מכאן, מהמסיבות שפורטו, הוא לא יכול היה לקחת חלק בהליך על פיו לאורך השנים משום שלקח חלק בהליכים אחרים וגם היום ואף אם תדחה באופן חלוט בקשתו לאיחוד משפחות, הנוהל המתאים לבחינת ענייניו הוא נוהל הוועדה הבינמשרדית, הן בשל אי עמידה בתנאי נוהל מחוסרי אזרחות והן, בכך העיקר, משום שמכלול נסיבותיו וזיקותיו חורגות מסוגיית החוסר במעמד, וכוללות גם, בין היתר, זיקות חזקות לירושלים, חיים בה מילדות בקרב כל משפחתו הגרעינית, והקמת משפחה משלו בה ללא אפשרות לחיות עם משפחתו במקום אחר.

117. ההכרה בקושי האנושי הגלום בהיות אדם נטול מעמד בעולם, עולה משורה של החלטות והסכמות לפיהן, הוסדר מעמדם של חסרי מעמד, גם במצבים בהם נטען למניעה פלילית או ביטחוניית (ראו, עת"מ (י-ם) 702/05 **עלי מוגרבי ואח' נ' שר הפנים ואח'** (1.6.06) עע"מ 2098/04 **סוהיל זיאד ואח' נ' משרד הפנים ואח'** (14.11.05) עע"מ 11472/05 **עדנאן ראזם נ' שר הפנים** (9.5.10), בג"ץ 3276/10 **הזאר עסילה נ' שר הפנים** (3.11.10), עת"מ (י-ם) 51176-05-11 **אלמסרי נ' משה"פ** (18.1.12), עת"מ (י-ם) 1030/06 **תמימי נ' שר הפנים ואח'**, שעניינו חסר מעמד בגיר, אשר נולד ברמאללה, ניתן לעותר מעמד ארעי לשנתיים רצופות; ערר (י-ם) 1820-14 **הדאיה חוסייני נ' שר הפנים**, ניתן לחסרת מעמד שגדלה בישראל מעמד ארעי, ערר 1691-16 **הדאיה חוסייני נ' משרד הפנים** (6.11.17); עע"מ 5124/12 **מתעב נ' שר הפנים** (28.5.17), בג"ץ

1905/03 **עכל נ' מ"י-שר הפנים** (5.12.10), עת"מ (י-ם) 311/06 **מוניר נ' שר הפנים** (21.8.08), עת"מ (י-ם) 13072-02-12 **סלאימה נ' שר הפנים** (5.1.14). כל אותם מקרים לא נבחנו על פי נוהל מחוסרי מעמד הנזכר שאינו מתאים למצב של מי שמשפחתו וזיקותיו העמוקות לכאן ולא למדינה אחרת כלשהי.

118. בבג"ץ 4253/04 **אוקראינטז נגד שר הפנים ואח'** (24.2.05) ניתן צו מוחלט בעניינו של מחוסר אזרחות שמוצאו מאוקראינה. באותו מקרה שהה העותר, אדם כבן 65, במשך 6 שנים במשמורת ולא ניתן היה לברר נסיבות הגעתו לישראל. בית המשפט פסק כדלקמן:

בדיון שהתקיים בפנינו הודיעו המשיבים כי מטעמים הומניטריים אין כוונה כיום להוציא את העותר מישראל, ובוודאי שלא יעשו כן כל עוד אין הסכמה מצידו ומצד שלטונות אוקראינה. כן הודיעו כי הם מוכנים לעת הזאת ליתן לעותר מעמד של תושב ארעי ואשרת כניסה מסוג א/5. מעמד זה יוארך כחלוף התקופה בה האשרה בתוקף ומעמד זה יקנה לעותר גם זכויות לפי חוק הביטוח הלאומי. אם יתברר כי מתן הצרכים הבסיסיים הנדרשים לקיומו של העותר מחייב שינוי במעמדו, הדבר ייבדק על פי המצב באותה עת... הצו על-תנאי יהיה, איפוא, מוחלט במובן זה שהעותר לא יורחק מישראל וינתן לו מעמד כאמור.

119. ברי כי לא בכדי עוגנו ההסדרים לעיל, גם במקרים של זרים בעלי ארץ מוצא אשר זיקותיהם לכאן פחותות במידה ניכרת מאלה של המבקש וגם כאשר היתה מניעה ביטחונית (עניין **מוגרבי** לעיל) או פלילית (למשל, עניין **זיאד**, עניין **ראזם** ועניין **תמימי** לעיל). מצב בו אדם חסר מעמד בעולם הינו מצב פסול ומצוי באחריות המדינה בה הוא נמצא.

120. בסעיף 1 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות מוגדר מחוסר אזרחות. בהמשך מוגדר על מי לא תחול האמנה. שם בסעיף קטן (3) נקבע כי:

[האמנה לא תחול] על אנשים שלגביהם יש נימוקים רציניים לסבור כי:

א. ביצעו פשע נגד השלום, פשע-מלחמה, או פשע נגד האנושות, כפי שהוגדר במסמכים הבין-לאומיים שנערכו לקביעת הוראות לגבי פושעים אלה;

ב. ביצעו פשע רציני בלתי-מדיני מחוץ לתחומי ארץ מושבם לפני שקיבלו רשות להיכנס אליה;

ג. הם אשמים במעשים הנוגדים את מטרותיו ועקרונותיו של האו"ם.

121. האמור לעיל מלמדנו, כי דרושים מעשים העולים בגדר פשעים כנגד האנושות, לשם שלילה מאדם את אשר זכאי לו כל בן אנוש – נתינות.

122. המבקש חסר המעמד גדל בישראל לצד משפחתו מגיל צעיר. כל זיקותיו הינן לישראל בלבד, בה גדל והתחנך. כהמשך ישיר למהלך חייו, המבקש אף התחתן עם תושבת ישראל הוא אב לתושבת ישראלית ומנסה לחיות את חייו בשלווה לצד משפחתו. אלא, שהמבקש מחוסר מעמד בעולם כולו. מבחינה פורמאלית אין הכרה בקיומו ובשייכותו למקום, רשות, או למדינה ממדינות העולם. הוא מתקשה לנהל את חייו באופן הבסיסי ביותר. הוא אינו זכאי לזכויות סוציאליות ובהן ביטוח בריאות. הוא אינו מורשה לממש את חופש התנועה והחירות האישית, הוא אינו מורשה לרשום קניין על שמו או לרשת רכוש באופן רשמי.

123. הזכות לנתינות קבועה, למעמד יציב המשייך אדם למדינתו, הינה זכות בסיסית המשולבת בזכויות היסוד של האדם – לכבוד ולחירות. נתינות של קבע למדינה מאפשרת שוויון בפני

החוק, השתתפות פוליטית, הזכות הרציפה לבריאות ולתעסוקה ולנגישות לשירותי חירום ולמשאבים סוציו אקונומיים. הנתינות, אם כן, היא מרכיב מכונן ומהותי של זהות אנושית וכבוד אנושי. הנה כי כן, היעדר מעמד קבוע לאדם במקום כלשהו בעולם, הוא מצב פסול הפוגע בכבודו של האדם.

124. לעניין זה ראו: יפה זילברשץ האזרחות: מהי ומה תהיה? **מחקרי משפט** טז (תשס"א) 55, 61-60.

Jeffery L. Blackman State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law, 19 Michigan Journal of International Law 1141 (1998), pp. 1145-1148.

Yaffa Zilbershats, The Human Right to Citizenship (Ardsey, New York: Transitional Publishers, 2002).

Johannes M.M. Chan, The Right to Nationality as a Human Right, 12 [1-2] Human Rights Law Journal 1 (1991).

125. בסעיף 15 להכרזה של עצרת האו"ם בדבר זכויות אדם מ 1948 המהווה חלק מהמשפט המנהגי המחייב את מדינת ישראל, קובע כי לכל אחד יש זכות לאזרחות וכי אין לקפח אדם מאזרחותו באופן שרירותי או למנוע ממנו את הזכות לשנותה. וכך נוסח הכלל בסעיף 15 (1):

Everyone has the right to a nationality.

126. הזכות לנתינות הוכרה כזכות בסיסית גם באמנה הבינלאומית בדבר ביעורן של כל צורות האפליה הגזעית, (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD)) שנחתמה ואושררה על ידי ישראל (ונכנסה לתוקף בשנת 1979). האמנה מונה גם היא את הזכות לנתינות והזכויות הנלוות לה, בין היתר חסינות מגירוש, כחלק מהזכויות המדיניות והאזרחיות האחרות שעל המדינות החברות להעניק באופן שוויוני, בלא הבחנה על בסיס גזע או מוצא לאומי או אתני (ראו סעיף 5 לאמנה).

127. גם האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות אשר נחתמה ואושררה על ידי ישראל, אימצה בסעיף 24(3) באופן חלקי את הכרזת זכויות האדם ועיגנה את זכותו של כל ילד לקבל נתינות מלידתו.

128. הותרת אדם חסר נתינות מהווה עונש אכזרי וקיצוני אשר איננו עולה בקנה אחד עם הדין הבינלאומי לו מחויבת ישראל ועם מעמדה הרם של הזכות לנתינות.

ח. איזון בין האינטרס הביטחוני לבין זכויות היסוד של המבקשים

129. בבחון בקשות למעמד של בני זוג של אזרחי ותושבי המדינה, רשאי המשיב להתחשב ב"מניעה בטחונית". וראו גם: בג"ץ 2208/05 אמארה ואח' נ' שר הפנים ואח' (10.7.06) (להלן - פרשת אמארה); בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10) (להלן - עניין דקה). עם זאת, שיקול דעת זה איננו מוחלט. על השר מוטלת החובה לאזן את שיקולי הביטחון אל מול הפגיעה במקרה של סירוב בזכות לחיי משפחה, טובת הילדים, הזכות לחירות ולכבוד, שהינן זכויות חוקתיות. איזון זה עליו לתאם את התפתחויות הפסיקה, אשר מורות על צמצום הפגיעה בזכויות המוגנות של אזרחי ותושבי המדינה.

130. על המשיב להפעיל שיקול דעת באם לאשר או לסרב לבקשה למעמד לאחר שניתנת עמדת הגורמים הביטחוניים. כמובן, שעל שיקולי הביטחון לנבוע מסכנה ביטחונית אמיתית, מוחשית

ועדכנית – וכפי שנקבע בדין סירוב טעמי ביטחון מותר כאשר קיימת **הסתברות קרובה לוודאות**. יפים לענייננו דבריו של בית המשפט העליון:

אין כל קסם במילים 'טעמי ביטחון' ו'מצב ביטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי להצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לו, לבית המשפט, כי מילים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שייעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק. (בג"ץ 188/53 **אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוודור ירושלים**, פ"ד ז(2) 941, 943)

131. יש לזכור, כי עסקינן בראיות מנהליות בלבד כנגד המבקש, ללא הרשעה בטחונית או פלילית, ואפילו ללא כתב אישום, חקירה או מעצר. בעת"מ (ת"א) 1768-08 **מצרי מוחמד ואח' נ' משרד הפנים** (8.12.09), קבע בית המשפט, כי החלטת המשיב לדחות את בקשת איחוד המשפחות על יסודן של ראיות מינהליות איננה מידתית. בית המשפט עמד בעניין **מצרי**, על האיזון המתבקש בהפעלת שיקול הדעת של המשיב, עת מדובר במידע חסוי, בגינו לא הועמד אדם לדין ולא הורשע:

...העותר לא נחשף כלל למידע. הוא לא עומת איתו, ואין אפשרות כי הוא יקבל הזדמנות להתעמת איתו. לכן, העותר אינו יכול להעלות טענות כנגד המידע. יש להביא בחשבון במקרה כזה את האפשרות כי לו היתה לעותר הזדמנות להיחשף למידע, היו לו תשובות טובות ביחס אליו.

העדר האפשרות להתעמת עם המידע ולהשיב להאשמות העולות ממנו, פוגע באופן ברור ומוחשי בזכויות העותרים.

132. יוזכר, כי גם כאשר ישנו חומר הקושר אדם לעבירות כאלה ואחרות, האיזון בין הסיכון לבין חיי המשפחה וטובת הילדים נושא משקל רב ומביא לנקיטה בפתרונות מידתיים.

133. כך למשל, בעת"מ (י-ם) 56493-01-13 **אלעדס נ' שר הפנים** (2.5.13), דובר במקרה של אדם שביקש להיכנס להליך איחוד משפחות, וסורב מטעמים פליליים, שהתבטאו בתיקי משטרה ומידע מודיעיני משטרתי. כבוד השופט מינץ קיבל את בקשתו של העותר תוך שהוא מצייין:

... החלטתו של המשיב צריכה לאזן בין מכלול אינטרסים ובעיקר בין הזכות לשמירת הסדר הציבורי ושלומו הציבור לבין זכות העותרים לחיי משפחה. במסגרת זו על המשיב ליתן את הדעת ואת המשקל הראוי לחומרת הנושאים אליהם מתייחס החומר המודיעיני, היקפן, הזמן שחלף ממועד ביצוע העבירות לגביהן נמסר המידע, שכן כל אלו משפיעים על מידת החשש והמסוכנות הנשקפת מהמבקש. שיקולים אלו יש לבחון אל מול הפגיעה בזכויות העותרים במקרה של דחיית הבקשה. בכלל זה יש לתת את הדעת על משך הזמן בו שוהה מבקש הבקשה בישראל בהיתר, השפעת ההחלטה על מצבם של בני משפחתו תושבי ישראל, וכיוצא באלו שיקולים. בית המשפט הכיר בזכות לחיי משפחה כזכות יסוד בעלת חשיבות מרובה (בג"צ 7052/03 **עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, 14.05.06; עת"מ (ת"א) 1768/08 **מצרי נ' שר הפנים**, 8.12.09) ואל מול פגיעה בזכות זו של העותרים לחיות יחד כמשפחה בישראל צריכה לעמוד תשתית ראייתית משמעותית שיש בה כדי להצדיק את הפגיעה. די נהיר כי במסגרת מלאכת האיזון אין דומה מצבו של מי שהורשע בדין לבין מי שהוגש כנגדו כתב אישום, ואין דינם של שני אלו דומה למי שיש כנגדו ראיות מנהליות חסויות ואין הליך פלילי צפוי שעתיד להתנהל על פיהן. הסתמכות על ראיות חסויות היא עובדה משמעותית כאשר נבחנת עוצמת הראיות ויש לקחת

בחשבון גם את העובדה כי מבקש הבקשה לא יכול היה להתמודד אל מול העולה כנגדו מתוך החומר המודיעיני.

[...]

... מעצם העובדה כי מדובר בהליך מדורג שניתן להפסיקו בכל עת, למשל אם העותר יסתבך בפלילים או אם חומר מודיעיני שהצטבר כנגד העותר יבשיל לכדי הגשת כתב אישום כנגדו, נדמה כי ההחלטה על אי מתן כניסה להליך רק לאור המידע המודיעיני הקיים כנגד העותר ולאור מכלול הנסיבות הנזכרות, חורג ממתחם הסבירות ומאזן בצורה בלתי מידתית בין הרקע הפלילי של העותר לבין המשמעות של דחיית הבקשה לאיחוד משפחות באופן המצדיק התערבותו של בית משפט זה.

134. כך למשל, בעע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4), 134, התקבל ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי, ונקבע כי למרות ראיות מינהליות, לפיהן היה המערער מעורב בעבירה פלילית ביטחונית חמורה של זריקת בקבוק תבערה, עבירה ממנה זוכה בשל פגמים פרוצדוראליים בלבד ואשר בעניינה נמצאו ראיות מינהליות משמעותיות, יש לאשר את בקשת איחוד המשפחות של המערערים ואף להשיב למערער את המעמד הארעי, שהיה ברשותו. וראו גם בג"ץ 5033/06 **גילבנוב נ' מדינת ישראל** (7.6.06) ועע"מ 3375/11 **נטליה אוקון נ' משרד הפנים** (19.7.11) על נסיבותיהם השונות וההזדמנויות החוזרות והנשנות שניתנו והגישה המידתית שננקטה בהם.

135. בבג"ץ 9211/04 **צביון איבורה נ' משרד הפנים** (18.7.05), ניתן לעותר שגדל בישראל מעמד למרות עבר פלילי העשיר וטענה לסכנה לציבור וזאת על דרך של הליך מותנה ומאוזן (ולמשל, פסקה 29 לפסק דינו של השופט עדיאל). בעניין **איבורה**, לא היה העותר חסר מעמד, כי אם היתה לו אזרחות אמריקאית, שם גרו אמו הביולוגית ואשת אביו לשעבר שגדלה אותו. אף על פי כן, הציע בית המשפט מתווה אשר יאפשר ליתן לעותר הזדמנות לקבל מעמד בישראל תחת תנאים וזאת על שום נסיבותיו המיוחדות וזיקותיו לישראל שהן במצטבר פחותות משל המבקש. וראו גם בג"ץ 5033/06 **גילבנוב נ' מדינת ישראל** (7.6.06).

136. בענייניו של המבקש, ברור כי דרישות הפסיקה לא מתקיימות: ניכר כי לא נערך איזון ראוי בין השיקולים השונים – כאמור, היבטים רלוונטיים משמעותיים כלל לא נזכרו בהחלטת המשיב, מידע רלוונטי לתשתית העובדתית לא היה בפניו ואף היה בידיו מידע הפוך, לפיו כלל לא הוגש טיעון בכתב. טובת בתו הקטנה כלל של המבקש לא נזכרה בשום שלב. להחלטה לסרב לבקשתו של המבקש יש השלכות חמורות על זכויות האדם שלו ושל בני משפחתו הישראלים והמשיב לא עמד בנטל לשכנע כי אם לא יפגע בזכויות האדם של המבקש ומשפחתו, קיימת הסתברות קרובה לוודאי כי הסיכון הביטחוני הנטען יתממש.

ח. חובת הוכחה מוגברת בעת סירוב לבקשה מתנהלת

137. נוכח העובדה שהמבקש מצוי בישראל לצד כל בני משפחתו לאורך שנים, מילדות, בקשתו ההומניטארית כבר אושרה וניתנה לו אשרת שהייה, על המשיב להראות מידע חזק ועדכני, חמור ממש, המוכיח כי צפויה מן המבקש סכנה ביטחונית מוחשית. על כך ראו למשל, עת"מ 8182/08 **מרבוע נ' משרד הפנים** (פסק דינו של כב' סגן הנשיא, השופט חשין, כתוארו אז, מיום 20.11.18), במקרה ההוא בעניין תושב שטחים:

לא הרי דחיית בקשה להארכת היתר, שכבר ניתן, כהרי סירוב ליתן היתר שטרם אושר. המניעה ביטחונית היא אמנם שיקול, אותו חייב שר הפנים לשקול, בבוחנו בקשה להארכת היתר, אך אינו השיקול הבלעדי. השר מצווה לשקול בכל מקרה את

המניעה הביטחונית מזה ואת נסיבות העותרים מזה, טרם גיבוש החלטתו. (פסקה 15 לפסק הדין).

וראו גם עניין דקה לעיל.

138. בענייננו אמנם בקשת איחוד המשפחות טרם אושרה, אולם בקשת המבקש למעמד כבר אושרה במישור ההומניטארי והמבקש אחז באשרת שהייה בישראל ועבר להליך איחוד משפחות בהנחיית המשיב מכח הסכמה, אליה הגיעו הצדדים בערר הקודם. כלומר מדובר בהמשך ישיר להליכים להסדרת מעמדו אשר טענות המבקש לגביהם נשמרו ובביטול מעמד למי שכבר נמצא כי יש מקום לאשר את בקשתו על שום טעמיה האנושיים החריגים. אין כל מקום להתייחס לבקשה כאל מקרה חדש נטול הסתמכות ושורשים ובצדק קבע כך גם בית המשפט הנכבד קמא בפסקה 9 לפסק דינו.

139. בית המשפט יצר הבחנה ברורה, בין אי מתן רישיון, לבין שלילה או אי חידוש רישיון. בבג"ץ 52/113 זקס נ' שר התמ"ס, פ"ד ו(1) 696, 700, קובע כב' השופט ויתקון:

לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש. רישיון חדש, הרי הלכה פסוקה, שגם חשד מבוסס יכול – בדרך כלל – לשמש סיבה מספקת לסירוב הרישיון, אולם באשר לביטול רישיון שכבר ניתן, סבורים אנו כי אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו.

ח. הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

140. הסירוב לבקשת איחוד המשפחות פוגע בזכותם של המבקש ובני משפחתו לקיים תא משפחתי. פגיעה זו מתעצמת בהינתן היות המבקש נטול נתינות ומשכך בהיעדר מקום חלופי בו תוכל המשפחה לחיות יחד כדין.

141. בפסק הדין הראשון שניתן בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06), עוגן מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית על חוקית, אשר מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדיון, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. (פסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

142. לאביו ואמו של המבקש כתושבי ישראל, עמדה הזכות לחזור עם ילדיהם להתגורר בארצם ולגדל בה את הילדים ובהם את המבקש, שהיה ילד רך בשנים ולא היה כל מקום להפרידו מבני משפחתו האחרים. הוריי המבקש שבו לישראל כדין בהיות המבקש בן 12 שנה בלבד. כך גם עומדת לאשתו של המבקש זכות חוקתית לחיות עם בן זוגה ואבי בתה בביתם שבירושלים.

למערער, כחסר מעמד אשר גדל בישראל והוא בן לתושבי ישראל, עומדת גם זכות עצמאית שלא להוותר חסר מעמד.

ראו עוד: כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434.

143. גם המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להקים משפחה ולחיות עמה בארצו. ראו סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אושרה ע"י ישראל ביום 3.10.91; ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48, ס' 18(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

144. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית מתוקנת, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך. כך גם באשר להערמת מכשולים בירוקרטים מוגזמים ומתעמרים, התנהלות שמוצגת במקרה זה בצורה ברורה ואשר מנוגדת לשלטון החוק.

ח. הפגיעה בטובת הפעוטה

145. עמדת המשיב מובילה לפגיעה קשה במיוחד בבתם של בני הזוג, פעוטה ילידת שנת 2017, תושבת המדינה. הסירוב להסדיר את מעמד אביה משבית כל היבט נורמטיבי של חיי המשפחה וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים חשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים. כך גם הפרדתה המתמשכת של הילדה אביה מפאת מעצרו לצורך הרחקתו שאיננה באופק פוגעת בה יותר ויותר בכל יום שעובר ואביה אינו חלק מחייה. גם אם תצלח הרחקת המבקש ואף המשיב הודה בדיון האחרון כי לא ברור לו באם הדבר אפשרי, אין מקום בו יוכל להתאחד עם בתו ואשתו ומדובר יהיה בגזרה אכזרית מאין כמותה. המשיב, בית הדין ובית המשפט קמא לא נדרשו ולו במילה לטובת בת המבקש שהיתה צד לכל ההליכים.

146. עקרון טובת הילד הוא יסודי לשיטת המשפט הישראלי אשר עוגן בפסיקה. כך, הוכרה זכותם של ילדים קטינים לחיות לצד שני הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית על-ידי בית המשפט העליון (דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב). עקרון טובת הילד אף מטיל חובה אקטיבית על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו (ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק דינו של השופט שמגר).

147. האמנה בדבר זכויות הילד, עליה חתמה ישראל בשנת 1991 קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

סעיף 13(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות, רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט,

רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה....

סעיף 9(1) קובע:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ולנהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד.

148. בדיון שנערך ביום 6.12.2004 בועדה לזכויות הילד בכנסת שעניינו "גירוש הורים זרים לילדים ישראלים", אשר עסק בפעילות הועדה הבינמשרדית, הדגישו נציגות משרד הפנים ומשרד הרווחה, כי במרכזו של ההליך - טובת הילד. עו"ד רינה נשר מן הלשכה המשפטית של משרד הפנים הדגישה:

יושבים בה [בוועדה הבינמשרדית] נציגים של משרדי ממשלה רבים, כולל משרד הרווחה. נכון שלקח זמן עד שזה גובש, אבל כרגע יש פרוצדורה ויש דרך להסדרת הדברים. פקידת סעד כן תבדוק את כל הבקשות האלה, כיוון שאנחנו דנים בשאלות של טובת הילד, וטובת הילד איננה שאלה תיאורטית; טובת הילד פירושו שיש ילד קונקרטי, וצריך לבדוק מהי טובתו באופן קונקרטי ומהן נסיבות המקרה באופן קונקרטי. (הדגשה שלי - ע.ל.)

גב' אלינור גולן, ראש דסק מרכז במחלקת האשרות במטה מינהל האוכלוסין וחברה בוועדה הבינמשרדית, הוסיפה:

בימים אלה מתגבש נוהל - והוא ייצא בקרוב - לגבי מתן מעמד לאנשים כאלה. זה לא שאנחנו מפסיקים לאנשים את המעמד... כאשר אנחנו מתכנסים בוועדה הבינמשרדית, אנחנו דנים בעניין הזה ומסתכלים קודם כל על טובת הילד. ההחלטות הן לטובת הילד... אנחנו שוקלים ראשית כל את טובת הילד, ולא חשוב מהי ההיסטוריה של אותו הורה. (ההדגשה שלי - ע.ל.)

גב' אהובה קרקובר, נציגת משרד הרווחה בוועדה הבינמשרדית, המציגה בפני הוועדה את עמדת פקידי הסעד, סיפרה לוועדה לזכויות הילד:

גם אם ההורה הזר איננו המשמורן של הילד, אלא יש לו סדרי ראייה וקשר כלשהו, הוועדה עדיין רואה בו הורה שראוי שישאר בארץ.

ועו"ד בתיה ארטמן, היועצת המשפטית של משרד הרווחה, סיכמה:

... הכלל הוא אכן שטובתו של הילד היא לגדול עם שני ההורים שלו. אין על כך מחלוקת... במקרים רבים אנחנו יודעים שפקידי הסעד אינם לוקחים בחשבון את כל השיקולים הנדרשים, וכאשר הם רואים שיש קשר, הם מייד ממליצים שלא לגרש - גם לבית המשפט; לא רק לוועדה. (הדגשה שלי - ע.ל.)

לפרוטוקול הדיון ראו: [http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/yeled/2004-12-](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/yeled/2004-12-06.html)

[06.html](http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/yeled/2004-12-06.html)

היכן נקודת מוצא זו לשקילת הבקשות, של טובת הילד, אשר לה מחויב המשיב על פי הדין, באה לידי ביטוי במקרה זה?

149. מניעת הסדרת מעמד המבקש בישראל מונעת ממנו לפעול בהתאם לחובותיו כמשמורן וכהורה של פוגעת בו ובטובתה בכך, הופך המבקש לעבריין בעל כורחו בשל העדר יכולתו למלא את חובותיו החוקיות כלפי משפחתו ובתו הקטנה.

150. החלטת המשיב כלל לא מזכירה את טובת הילדה , אין בה התייחסות לפגיעה הצפויה בה ולשקלול טובתה במסגרת האיזונים שנערכו, כי אם נאמר באופן כללי ששקלה הזכות לחיי משפחה וחופש העיסוק ללא התייחסות לקיומה של הילדה. גם פסק דינו של בית המשפט הנכבד נעדר התייחסות לנושא זה ולא תוהה על גורלה של הילדה כתוצאה מן ההחלטה לאשר את החלטת המשיב.

ח.9. ההחלטה לדחות את בקשת איחוד המשפחות אינה סבירה ואינה מדתית והתקבלה תוך פגיעה בזכות להליך הוגן

151. אין בטעמים שנמסרו לסירוב כדי להצדיק דחיית הבקשה, כאשר עולה מהדברים בבירור כי לא ניתן כל משקל לשיקולים הרלבנטיים והמרכזיים ובהם טובת הילדה של המבקש, חייו של המבקש בישראל מילדות והיעדר זיקות ואפשרות לחיות כדן כאדם בעל נתינות במקום אחר. ההליכים לגבי המבקש היו פגומים ולקויים בכל מישור. החל בסירוב בקשת איחוד המשפחות ללא שימוע, וללא בחינת הטיעון בכתב לפני המעצר ובניגוד לאמור בעניין **געאביץ** בנושא, המשך באופן מעצרו באישון לילה ובהיעדר כל אינדיקציה בקושי באיתור לצורך הרחקה כשזו תהיה באופק, המשך בשימוע שנעשה לצורך הוצאת צווים שנעשה על יסוד תשתית עובדתית לקויה וחסרה, ללא ייצוג, ללא אפשרות הוגנת לייצוג וללא מתן משקל להיבטים משמעותיים, מהותיים ומרכזיים לעניין וכן בהמשך לכך שלא הוזמנה הח"מ לדיון הראשון בבית הדין לביקורת משמורת, כשהמבקש לא הובא לדיון בעניינו בבית המשפט המחוזי (שאכן התקיים בלעדיו באישורו אבל זאת רק בהיעדר אפשרות לקבוע דיון חלופי מהיר), משמחד המבקש והח"מ אינם נחשפים לחומר שבבסיס ההחלטות הגורליות בעניינו של המבקש ומאידך נראה כי בית המשפט הנכבד קמא לא פעל לבחון אפשרות לפתרון מאוזן יותר ומידתי תחת המשך מעצר ממושך ללא תוחלת.

152. על שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, במידתיות ובסבירות (בג"ץ 3057/09 **מוחתב נ' שר הפנים** (3.11.2009); בג"ץ 6883/06 **נאסר נ' שר הפנים** (8.3.2010); ע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל** (9.2.2005).

153. שיקול דעתו של המשיב רחב, אולם איננו מוחלט ונתון לביקורת שיפוטית. נזכיר, כי המשיב מחויב להתחשב בשיקולים הומניטאריים בבואו להפעיל את שיקול דעתו. בג"ץ 794/98 **שייח עובייד ואח' נ' שר הבטחון**, פ"ד לה (5), 769, עמ' 773-774, פסק הנשיא ברק:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה, משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו (השוו בג"ץ 320/80 **קוואסמה נ' שר הבטחון**, פ"ד לה (3), עמ' 113, 132).

154. וכך נפסק בבג"ץ 394/99 **מקסימוב נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(1) 919, 934-935:

חשוב לזכור כי כל אחד מהפונים למשיב בבקשת מעמד בישראל הוא עולם ומלואו, וכי כל החלטה המתקבלת בעניינו – על-ידי המשיב או על-ידי רשות אחרת הפועלת מטעמו – עשויה להיות הרת-גורל ובעלת השפעה דרמטית על חייו, כבודו ויתר זכויותיו של הפונה. פועל-יוצא הכרחי מכך הוא, כי לכל בקשה לקבלת מעמד בישראל המונחת לפני המשיב מצווים הוא, וכל הפועלים מטעמו, להתייחס ברגישות ובתשומת לב...

155. בעניינינו אמנם טוען המשיב כי שקל את מכלול השיקולים אולם ראינו שכשהתקבלה ההחלטה לראשונה לא נזכרו בה שיקולים רלוונטיים מהותיים, תחילה ברקע המעצר, המשיב כלל לא קרא את הטיעון בכתב ולא ערך שימוע בעל פה, ולא התייחס לדברי העורר כי הוגש עבורו ערר לבית הדין, בהמשך ערך המשיב מקצה שיפורים בעוד המבקש במעצר, אולם עדין, לא מילא אחר דרישות השימוע בעניין **געאביץ** ולא ניכר מהחלטתו כי שקל את מכלול השיקולים הצריכים לענייניו של המבקש, לא כל שכן נתן להם משקל ראוי. יתר על כן, לא ברור כלל אם במקרה בו היה בפני המשיב המידע המלא עדין היה המבקש נעצר, שכן דיון על שחרור ממעצר קיים שונה מדיון על עצם המעצר.

156. בהקשר המידתי, תכלית סירוב הבקשה, הגנה על ביטחון המדינה, ראויה, ואולם, העובדה כי המבקש לא נעצר מטעמי ביטחון, לא נשפט ולא הורשע, ואף לא נחקר והעובדה שהמשיב לא הזדרז כלל ועיקר בטיפול בענייניו כי אם טיפל בנושא באיטיות מרובה – הגם שלדבריו היה ער לטעמים שהובילו לסירוב כבר מתחילת חודש אוגוסט 2018 ולמעשה כבר משנת 2015 סירב לבקשה מטעמי ביטחון מדברת בעד עצמה ומעידה על כך שאין כל מקום לסירוב מוחלט ללא כל שקילה של פתרונות מדיניים. הקצב האיטי בו טיפל המשיב בבקשה ביודעו שהמבקש נמצא בישראל מכח צו ביניים מעיד על כך שגם לדעת המשיב אין מדובר בסכנה משמעותית ומוחשית – שהרי חזקה על המשיב שבמצב דברים שכזה היה מחיש את צעדיו. חזקה על גורמי הביטחון כי במצב דברים זה היו הגורמים ממצים עם המבקש את הדין באופן המקובל ולא באמצעות מעצר בגין שהייה בלתי חוקית בתוך 30 הימים הנתונים לו לפנות לבית הדין לשם מימוש זכותו החוקתית לחיי משפחה. יוזכר, כי משב"ס נמסר מפורשות כי אנשים מסוכנים לא עצורים בגבוען. יתר על כן, בעת ביקור המבקש מצה ח"מ בגבון, נפגשו השניים ללא אזיקים וללא שמירה ממשית. מהאמור עולה כי המשיב בחר בצעד הקיצוני והקשה ביותר, תחת פתרונות מידתיים שהיו יכולים לאזן את חששותיו הביטחוניים. בנסיבות אלה חורגת החלטת המשיב באופן קיצוני ממתחם הסבירות וממילא אין היא מידתית.

ט. סיכום



אשרי מאמיני בתום לבם.

הם מתכנסים שביני-אנושיות

(אברהם חלפי, אשרי, מתוך מאשפות ירים, ישן וגם חדש, עמ' 125, הוצאת הקיבוץ המאוחד)

157. המבקש נקלע, שלא בטובתו ולא באשמתו, לסיטואציה קשה, והפך בן בלי בית בישראל, בה הוא נרדף ומשולל זכויות יסוד. למבקש אין לאן ללכת ואף אם הירדנים יסכימו לקבלו, אין לו דבר שם, ולא יוכל לחיות בה עם משפחתו.
158. בית המשפט הנכבד מתבקש לדון בבקשה ולהתוות את הכללים והפרשנות הראויה לשימוש בחוק הכניסה לישראל כלפי אנשים שיש כנגדם מידע מודיעיני בטחוני, ולקבוע את היחס בין מוסד המשמורת הקבוע בחוק הכניסה לישראל לבין הליכים של מעצר מנהלי או הליכים פליליים בהקשר לאנשים אלה.
159. כפי שהראינו לעיל, הבקשה דורשת דיון וכללים לתיחום הקו הדק המפריד בין סיקור עיתונאי חדשותי הכרוך בקשר "לשטח" לבין מה שהוגדר כסיוע לארגוני טרור. בית המשפט הנכבד קמא קבע כי המבקש חצה קו זה, אך לא נימק קביעה זו.
160. בחלוף כ-90 יום בלא התכנות להרחקת המבקש, שלא עמדה על הפרק בעת הדיון בבית המשפט הנכבד קמא וככל הידוע למבקשים אינה עומדת על הפרק כיום, המשך שלילת חירות המבקש ללא תוחלת, ללא קציבה, ללא קץ, על שום חשדות נגדם אן הוא יכול להתגונן, בהליך שאינו מיועד להתמודדות עם טענות שכאלה – אינו מצב סביר, אינו בהלימה לתכלית חוק הכניסה, אינו מהווה יישום מצמצם ומידתי של סעיף 13(ב)(2), ופוגע באינטרס הציבורי, בכבודם ובזכויות היסוד של המבקשים.
161. הצטברות הכשלים, הליקויים, הפגיעה בזכויות ואי שימוש בכלים רכים יותר הם שהופכים את ההליך כיום לכזה אשר אינו סביר באופן קיצוני ופוגע במידה העולה על הנדרש בגרעין זכויות האדם של המבקש ומשפחתו ובזכותו החוקתית אף היא להתמודד עם פגיעה זו בהליך הוגן.
162. לאור המקובץ, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, להורות על שחרור המבקש ממשמורת לאלתר, על ביטול צו ההרחקה והמשמורת. כן מתבקש בית המשפט להורות על אישור בקשת איחוד המשפחות, באופן שלמערער יינתן רישיון ביקור – לכל הפחות, תחת הסדר מדתי שייקבע.
163. אם כן, יש לקבל את הבקשה, לדון בה כבערעור ולקבוע דיון דחוף בשל מעצרו של המבקש.

היום: 16.4.19

עדי לוסטיגמן, עו"ד
מ.ר. 29189
ב"כ המבקשים