

המערער: א.ד.

ע"י עוה"ד עלא ח'אטר ו/או טל שטיינר
ו/או ענבר בראל ו/או נסרין מסארווה
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5602530; פקס: 03-6844812
דואר אלקטרוני: alaa@hotline.org.il

נ ג ד

המשיב:

רשות האוכלוסין וההגירה
על ידי פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רחוב מח"ל 7, ירושלים, 91493
טל': 02-5419555; פקס: 02-5419581

ערעור מנהלי

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית הדין לעררים בערר (י-ם) [...], אשר במסגרתו דחה בית הדין הנכבד ערר שתקף את החלטת המשיב לא להכיר במערער, אזרח חוף השנהב שמדינתו לא מכירה באזרחותו, כמחוסר אזרחות מכוח נוהל לטיפול במי שטוען כי הוא מחוסר אזרחות שמספרו 10.1.0015 ושעודכן לאחרונה ביום 29.5.2017 (להלן: "הנוהל" או "נוהל מחוסרי אזרחות").

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית הדין לעררים ולהורות על מתן הסעדים הבאים:

- א. להכיר במערער כמחוסר אזרחות;
- ב. לחלופין, להורות למשיב לבחון את עניינו של המערער בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות, אף על פי שנכנס לישראל שלא כדין;
- ג. להורות על תיקון הנוהל, וביטול סעיף א.1. לנוהל מחוסרי אזרחות אשר מתנה את החלת הנוהל בכניסה לישראל דרך מעבר גבול בינלאומי.

העתק פסק הדין מיום 6.9.2017 מצ"ב ומסומן נספח מע/1

העתק פרוטוקול הדיון מיום 29.5.2017 מצ"ב ומסומן נספח מע/2

בד בבד עם ערעור זה מוגשת בקשה למתן סעד זמני לתקופת הערעור, לפיו לא ינקטו הליכי אכיפה נגד המערער עד להכרעה בערעור, וכן בקשה לקבלת ארכה להגשת הערעור, המוגש באיחור קל וזאת עקב עומס עבודה אצל ב"כ המערער – ועם בית המשפט הנכבד הסליחה.

החלק העובדתי

א. הגעתו של המערער לישראל

1. המערער בן לשבט הדיולה, נולד בחוף השנהב בעיר דננה (Danané) ב-26.02.1983. גדל כילד יחיד במשפחה חסרת אמצעים כלכליים, בילדותו עזר לאביו בעסק אשר ניהל; לפעמים אף עזר לדודו אשר עסק בקניית מוצרים ומצרכים מהכפרים סביב דננה ומכרם בתוך גבולות העיר.
2. בשנת 2002, כשהמערער היה בן 19, התפשטה מלחמת האזרחים אשר פקדה את האזור אל העיר דננה, מלחמת האזרחים גבתה את חייו של אביו של המערער. עקב כך המערער ברח מן העיר אך אמו לא יכלה לבוא איתו בשל גילה. המערער לא תיאר לעצמו שלא יחזור לדננה ושזו הייתה הפעם האחרונה שהוא רואה את אמו. למערער נודע כי אמו נפטרה בשנת 2010 מבלי שיצליח לראות אותה שוב או להיפרד ממנה כראוי.
3. המערער עזב את העיר דננה עם חבר ילדות שלו – פאלי קמארה, ועם אמו של חברו – מופטה קמארה שהייתה חברה טובה לאמו של המערער והתייחסה אליו כאל אחד מבניה. כתוצאה מהמלחמה אשר פקדה את העיר דננה, המערער ברח מבלי שתהיה לו האפשרות לקחת איתו את מסמכיו המזהים. אחרי ימים ספורים המערער, חברו ואמו חצו את הגבול למדינת גינאה השכנה, קרוב לעיר נזרקורה (N'Zérékoré), שם עלו על משאית שהסיעה עקורים אל מחנות הפליטים בגינאה.
4. המערער, פאלי ומופטה חיו במחנה פליטים בגינאה במשך כשש שנים והתקיימו בזכות קצבאות מזון. בערך בתחילת 2008 הגיעה לאוזניה של מופטה שמועה לפיה מדינת ישראל מקבלת אליה פליטים; מופטה שרצתה עתיד טוב בשביל בנה ובשביל המערער אספה כסף במחנה הפליטים ומצאה אדם שהתחייב לסייע להם להגיע לישראל.
5. בחודש מאי שנת 2008 המערער וחברו פאלי, עם עוד כמה פליטים, הגיעו לעיר קונקרי (Conakry). בעיר קונקרי, מבריה בשם אדאמה השיג בעבורם דרכונים מזויפים, כנראה - גינאים. המבריה הבטיח למערער שכניסתו לישראל תהייה באופן חוקי, ושהוא יגיע באופן ישיר במכונית מהעיר קהיר במצרים לעיר תל אביב בישראל.
6. בהמשך, הגיע המערער בטיסה לעיר קהיר בירת מצרים. בערב אותו יום בו נחתו המערער וחבריו בקהיר, העלו אותם על מכונית בדרך למחנה במדבר סיני. במחנה נלקחו מהם בכוח כל החפצים שהיו ברשותם שכללו את המסמכים שניתנו להם על ידי המבריה.
7. בהגיעם קרוב לגבול ישראל החלו יריות לעבר הקבוצה, המבריה שליווה אותם נעמד מאחוריהם וכיוון לעברם רובה וצעק עליהם שלא משנה מה קורה עליהם להמשיך להתקדם לעבר הגבול ולחצות אותו. המערער ושאר הקבוצה החלו לרוץ אל עבר הגדר בעת שכדורים נורו לעברם, המערער הצליח להשתחל מתחת לגדר שגם חתכה בעורו. אחרי שהמערער עבר

את הגדר ונשם לרווחה הבחין כי חבר ילדותו שהיה לו כאח לא שרד את מטח היריות; פאלי נרצח כמה מטרים לפני הגיעו לגבול ישראל.

ב. קורותיו של המערער אחרי כניסתו לישראל

8. עם כניסתו של המערער לישראל, ביום 22.05.2008, הועבר למשמורת וזוהה על ידי המשיב כאזרח חוף השנהב. המערער סירב לחזור למדינתו בשל המשך המתיחויות בין הפלגים הפוליטיים והמצב הביטחוני השברירי לאחר מלחמת האזרחים, ובשל החשש כי האלימות תפרוץ מחדש בכל עת.

9. אחרי שנתיים במשמורת, בתאריך 9.5.2010, החליט בית הדין לביקורת משמורת שיש לשחרר את המערער ממשמורת וזאת בשל התארכות בלתי סבירה בטיפול בהליכי המקלט של המערער (ראיון אחרון נערך למערער ביום 17.12.2008; עניינו הועבר לטיפול ועדת הפליטים רק ביום 10.8.2009; בנובמבר 2009 נדחתה בקשות למקלט וביום 12.11.2009 הגיש המערער ערעור על ההחלטה האמורה שבשל התעכבות הדיון בה הורה בית הדין על שחרורו כאמור).

10. כעבור שנתיים, נדחתה בקשת המערער לעיין בחדש בהחלטה בעניין בקשתו למקלט מדיני בישראל וביום 02.08.2012 הועבר המערער שוב למשמורת. **ביום 29.1.2014 הצהיר המערער בפני בית הדין לביקורת משמורת כי הוא מעוניין לחזור למדינתו או לכל מדינה אחרת.** ביום 4.3.2014 הורה בית הדין לביקורת משמורת על שחרור המערער ממשמורת בפעם השנייה וזאת לאור העובדה שהמשיב לא הצליח לקדם את הרחקתו של המערער מישראל, למרות הסכמתו לכך.

11. אחרי שחרורו של המערער ממשמורת פעל בכל האמצעים העומדים בפניו בכדי לקדם את הרחקתו, ובכללם פניה באמצעות באי כוחו דאז לשגרירות חוף השנהב (שמסרה כי לא תוכל לסייע למערער עד שימציא מסמכים מזהים מחוף השנהב – לעניין זה יורחב בהמשך) ופניות לגורמים וארגונים שונים דוגמת: ארגון ההגירה הבינלאומי CIMI והיחידה לעזיבה מרצון של המשיב.

12. יש לציין, כי בית הדין לביקורת משמורת התרשם שוב כי המערער עושה את כל יכולתו לקדם את הרחקתו וכי עושה את מלוא המאמצים להשיג את המסמכים הנדרשים מטעם השגרירות וכי עיכוב חזרתו אינו בשליטתו (החלטה מיום 1.6.2014). לאור זאת, בהחלטה האמורה, נעתר בית הדין לבקשת באי כוחו של המערער דאג להאריך תוקף רישיון הישיבה מסוג 2(א)(5) שניתן לו עם שחרורו האחרון בתאריך 4.3.2014 בהתאם לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה"), בית הדין לביקורת משמורת גם קבע כי הרישיון יוארך עד שייקבע מועד חזרתו למדינתו.

13. בהמשך שנת 2014, בעת שהתייצב בפני המשיב בהתאם לתנאי שחרורו, נשאל המערער על ידי המשיב האם הוא מעוניין לצאת למדינת מוזמביק. בהתאם לכך, ביום 23.6.2014 נשלח מכתב מטעם ב"כ דאז, עו"ד מריאן לייטס, המבקש להבהיר את פרטי ההצעה, והאם אכן יש

אפשרות ליציאתו הבטוחה של המערער למדינה זו. תזכורות למכתב יצאו ביום 25.6.2014 וביום 29.6.2014.

14. ביום 2.7.2014 לפניה השיב מר גדעון כהן, מנהל יחידת העזיבה מרצון, והכחיש שנמסרה למערער הצעה לצאת למוזמביק, וטען כי היחידה אינה יכולה להטיס את המערער לאף מדינה בעולם חוץ ממדינת אזרחותו, בכפוף לכך ששיג מסמכי נסיעה של מדינתו. עוד הודיע מר כהן לב"כ המערער כי משיחה אשר ערכו עובדי היחידה עם השגרירות נאמר להם כי המערער "לא משתף פעולה כלל" ולכן אינם יכולים להנפיק עבורו מסמכים.

15. על מנת להעמיד דברים על דיוקם, השיבה ב"כ המערער ליחידה בכתב ביום 8.7.2014, והבהירה את מה שהתרחש בשגרירות: ב"כ המערער הבהירה שנציגי השגרירות לא התעמקו בסיפורו של המערער, אלא מסרו לו לקונית שללא מסמכים לא תהיה אפשרות לסייע לו. כך לדוגמא, נדרש המערער על ידי נציגי השגרירות להנפיק מסמכים על ידי הוריו - ללא התחשבות בעובדה שאינם בחיים. בא כוחו ציינה שהשתלשלות עניינים זו לא יכול להעיד כי המערער אינו משתף פעולה עם השגרירות, וביקשה מהמשיב להודיע למערער מה עליו לעשות בכדי לקדם את הרחקתו. ב"כ המערער דאז ציינה שוב כי המערער מוכן לחזור למדינתו ואף מסרה מידע אודות מקום מגוריו בחוף הנשב, מידע ששגרירות חוף השנהב טענה כי לא הסכים למסור לה.

העתק ההתכתבויות בין ב"כ המערער דאז ליחידת העזיבה מרצון בין הימים 23.6.2014 – 8.7.2014 מצ"ב ומסומן נספח מע/3

16. למרות כל האמור לעיל, וכלל הבהרות שנמסרו למשיב, ביום 17.7.2014 שוב נעצר המערער על ידי המשיב בעת שהגיע לחדש את אשרתו. המשיב טען כי העובדה שהמערער לא הצליח להשיג מסמכים משגרירות חוף השנהב מעידים על העדר שיתוף פעולה מצדו ולכן יש להעבירו למשמורת. מיד עם מעצרו פנו באי כוחו למשיב ולבית הדין לביקורת משמורת.

17. ביום 10.8.2014 ביטל בית הדין לביקורת משמורת את החלטת המשיב, וקבע כי המערער אכן משתף פעולה עם הרחקתו ועל כן העיכוב ביציאתו מישראל אינו באשמתו. בית הדין שיחרר את המערער ממשמורת והורה עליו לעדכן את בית הדין באופן חודשי על התקדמות הרחקתו – דבר אשר הקפיד המערער לעשות.

18. אחרי שחרורו, פנתה ב"כ המערער שוב לקונסוליית חוף השנהב – בכתב וטלפונית – אך הקונסוליה עמדה על דרישתה למסמכים מזהים כתנאי לברר את אזרחותו של המערער. בהתאם לדרישת בא כוחו, ביום 27.8.2014 קיבל המערער בכתב את תשובת קונסוליית חוף השנהב. הקונסוליה הודיע למערער כי **אינה יכול להכיר באזרחותו של המערער כאזרח חוף השנהב, מכיוון שאינה יכולה להסתמך על הצהרה בעל פה; הדרך היחידה בה הקונסוליה תכיר במערער כאזרח חוף השנהב היא דרך המצאת מסמכים מזהים או לחלופין דרך הנפקת מסמכים מחוף השנהב על ידי הוריו של המערער** (אשר כאמור לעיל, הלכו לעולמם שנים קודם לכן, כפי שנמסר בפניות המערער לשגרירות).

19. המערער המשיך והקפיד על עדכון שוטף לבית הדין לביקורת משמורת בכל הקשור לקידום חזרתו למדינתו. בחודש מאי 2015 עדכן המערער את בית הדין כי כתוצאה מכישלון כל האמצעים לחזרתו למולדתו, המערער חפץ להגיש בקשה בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות.
20. ביום 9.7.2015 – בטרם עלה בידי המערער להגיש את בקשתו בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות – התייצב המערער בלשכת המשיב בנתב"ג, בהתאם לתנאי שחרורו. על אף החלטותיו הקודמות של בית הדין לביקורת משמורת, בהן נקבע שהוא משתף פעולה עם הרחקתו, נעצר המערער במקום ושוב נשלח למשמורת.
21. ביום 16.8.2015 נערך דיון בעניינו של המערער, בו קבע בית הדין שוב כי המערער מוכן לצאת את ישראל בכל רגע כולל דרך תעודת נסיעה ישראלית, והתווה פרק זמן שבמסגרתו על המשיב לקדם את הרחקתו, אחרת ישוחרר המערער. מכיוון שהמשיב שוב לא הצליח להחזיר את המערער למולדתו, למרות שיתוף הפעולה המלא מצד המערער, ביום 18.10.2015 הורה בית הדין לביקורת משמורת לשחרר את המערער ממשמורת וקבע כי על המערער לעזוב את ישראל עד 18.1.2016. בד בבד עם שחרורו הונפקה למערער אשרת שהייה מסוג 2(א)5 מכוח סיעף 13(ד) לחוק הכניסה לישראל.
22. עם התקרבות המועד אשר הוקצה למערער לצאת את ישראל, הגיש המערער בקשה לבית הדין לביקורת משמורת לשנות את תנאי שחרורו מאחר וחזרתו למדינתו לא צלחה בשל הסיבות אשר פורטו לעיל. בית הדין לביקורת משמורת דחה את בקשתו לשנוי תנאי שחרור, לאור זאת, עם תום המועד אשר הקצה בית הדין לביקורת משמורת - רישיון הישיבה בו החזיק המערער לא חודש יותר.
23. ביום 10.12.2015 הגיש המערער בקשה לפי נוהל מחוסרי אזרחות, והודעה על כך נמסרה לבית הדין לביקורת משמורת.
24. במקביל, המשיך המערער במאמציו לקדם את הרחקתו ופנה שוב ביום 19.11.2015 לשגרירות חוף השנהב וליחידה לעזיבה מרצון וביום 22.10.2015 לארגון ההגירה CIMI. כל הגורמים אליהם פנה המערער השיבה כי עמדתם שנמסרה למערער בעבר בעינה עומדת, בלי מסמכים מזהים אינם יכולים לסייע לו.

ג. הבקשה בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות

25. ביום 10.12.2015 הגיש המערער למשיב בקשה להיות מוכר כמחוסר אזרחות, בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות. בבקשה הסביר המערער כי המדינה בה נולד, חוף השנהב, אינה מוכנה להכיר בו כאזרח, למרות מיטב מאמציו, ומשכך יש להכיר בו כמחוסר אזרחות.

העתק נוהל מחוסרי אזרחות מצ"ב ומסומן נספח מע/4

26. זמן קצר אחרי הגשת הבקשה האמורה פנה המערער למשיב וביקש כי תינתן החלטה בבקשתו בהקדם בשל התקרבות המעד האחרון בו עליו לצאת את ישראל; זאת בהתאם להחלטת השחרור בעניינו. המשיב התבקש שוב ושוב לתת תשובה בבקשת המערער לאלתר, אם לא יעשה כן לא תיוותר למערער ברירה אלא לגשת לערכאות שיפוטיות.
27. מאחר ולא התקבלה תשובה מטעם המשיב, ביום 17.1.2016 הגיש המערער ערר לבית הדין לעררים, בו ביקש המערער שני סעדים: להורות למשיב לתת מענה בבקשת המערער, וכן לקבל את בקשת המערער להכרה בו כמחוסר אזרחות (ערר 1131-16). לאחר הליך משפטי ממושך, הודיע המשיב כי התקבלה החלטה לדחות את בקשתו של המערער להכרה בו כמחוסר אזרחות. משכך, ביום 12.4.2016 הורה בית הדין לעררים על מחיקת הערר.
28. החלטת המשיב מיום 18.2.2016 לדחות את בקשת המערער נוסדה סביב שתי טענות עיקריות: ראשית, המערער נכנס לישראל שלא כדין; שנית, המערער מזוהה כאזרח מדינת חוף השנהב. בהחלטתו, התעלם המשיב כליל מהסברי המערער, לפיהם מדינתו מסרבת להכיר בו כאזרח, וכל ניסיונותיו לשוב אליה עלו בתוהו.
29. ביום 21.4.2016 הגיש המערער באמצעות הפקס ערר פנימי למשיב, שבמסגרתו התבקש המשיב לעיין מחדש בהחלטתו וכן לשנות את נוהל מחוסרי אזרחות כך שיחול גם על אנשים שנכנסו לישראל שלא כדין. ביום 26.5.2016 הגיש המערער את הערר הפנימי גם באופן פיזי במשרדי המשיב.
30. ביום 21.6.2016, ולאחר תזכורות רבות מטעם המערער, ניתנה החלטה בערר הפנימי שהגיש. המשיב דחה את הערר הפנימי וטען שוב כי המערער נכנס לישראל שלא כדין לכן אינו יכול להיות מוכר כמחוסר אזרחות בהתאם לנוהל.

ד. ההליך בפני בי המשפט קמא

31. ביום 29.6.2016 הגיש המערער ערר (י-ם) 2217-16 [...] כנגד החלטת המשיב האחרונה.
32. במסגרת הערר, פרש המערער את קורותיו מבריחתו ממולדתו ועד הגיעו למדינת ישראל. בנוסף לכך, הרחיב המערער אודות מה שאירע במדינת מוצאו ושינוי החקיקה לאורך השנים אשר עוסקת בזכאות לאזרחות חוף השנהב ואת הכשלים אשר מציבים בפני רבים שנחשבים "זרים" ולא "ילידים" כמו השבט אליו משתייך המערער (עוד על עניין זה להלן).
33. המערער טען כי נוהל מחוסרי אזרחות בצורתו כיום אינו עונה על מחויבותה של מדינת ישראל בהתאם לדין הבינלאומי וכי חלה חובה על המשיב לתקנו, או לחלופין להסדיר הוראה אחרת אשר תתן מענה למערער ואחרים במצבו, בדומה לסעדים המפורטים בראש ערעור זה.
34. לטענת המשיב, לא נפל כל פגם בהחלטתו לדחות את בקשתו של המערער להכרה בו כמחוסר אזרחות. וזאת בין היתר, מהסיבות הבאות: לגישת המשיב, המערער אינו יכול להיות מוכר

כמחוסר אזרחות במדינת ישראל בשל דרך כניסתו אליה לא כדרך מעבר גבול בינלאומי, ודרישת הנוהל בהקשר זה הינה סבירה, ואילו ביטול דרישה זו יביא להשלכות רוחב על מקרים אחרים.

35. עוד טען המשיב כי הנוהל אינו "נוהל הסדרת מעמד" אלא "נוהל אכיפה", ועל כן לא הותקן בעקבות האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות משנת 1954 (להלן: "האמנה" או "אמנת מחוסרי אזרחות") ולכאורה, אינו אמור לקיים את התחייבויות המדינה במסגרת אמנה זו. בנוסף, המשיב ייחס למערער חוסר תום לב וטען כי המערער אינו מעוניין לשוב למולדתו ובשל זאת אינו יכול להיות מוכר כמחוסר אזרחות בהתאם לאמנה.

36. ביום 6.9.2017 נתן בית הדין הנכבד (כב' הדיין מנחם פשיטיצקי) את פסק דינו, אשר דחה את הערר עסקינן. ניתן לסכם את הטעמים לדחיית הערר בשלושה: ראשית, אימץ בית הדין הנכבד קמא את טענות המשיב אשר מייחסות למערער חוסר תום לב והיעדר שיתוף פעולה עם הרחקתו, ומכך הסיק כי המערער אינו חסר אזרחות; שנית, סבר בית הדין קמא כי דרישת הכניסה כדין להחלת נוהל מחוסרי אזרחות הינה דרישה ראויה וסבירה, וזאת בשל השלכות הרוחב אשר עלולות להיגרם מביטולה; שלישית, כתוצאה מהמסקנות האמורות, לא מצא בית הדין קמא מקום להידרש לעניין שינוי הנוהל הקיים או התקנת הוראה אחרת אשר תענה על מקרים כמו זה של המערער.

37. אחרי מתן פסק הדין הגישה ב"כ העורר דאז גב' אתר בקשה לבית הדין הנכבד להאריך את תוקף צו הביניים אשר ניתן בעניינו של המערער שמונע נקיטת הליכי אכיפה ומעצר נגדו; גב' אתר ביקשה כי הצו יעמוד בעינו בתקופת הביניים עד הגשת הערעור עסקינן. בית הדין הנכבד דחה את הבקשה וציין כי "בית הדין לא יעניק צו ביניים לאחר שקם מכיסאו". בהתאם לכך הגיש המערער בקשת רשות ערעור על החלטת בית הדין הנכבד; המשיב לא התנגד להארכת הצו. לאור זאת, ניתן תוקף של פסק דין להסכמה ונקבע כי "הצו יעמוד בתוקף גם בתקופה של 14 יום לאחר הגשת הערעור המינהלי, כדי לאפשר למבקש להגיש במקביל לערעור המינהלי בקשה לצו ביניים" (רע"מ 17-09-44413 [...]).

הטיעון המשפטי

מבוא

38. להלן, יבקש המערער להראות כי בפסק דינו של בית הדין קמא נפלו מספר טעויות משפטיות מהותיות, המחייבות את ביטול פסק הדין, וכן הענקת הסעדים המבוקשים ברישא של כתב ערעור זה.

א. ראשית יטען המערער, כי בית הדין קמא שגה כאשר אימץ את טיעוני המשיב אשר מייחסים למערער היעדר שיתוף פעולה וחוסר תום לב, לכאורה, עם הליכי חזרתו לחוף השנהב והצהרותיו לשוב אליה – וזאת בניגוד לשורת הכרעות שקיבל בעניינו בית הדין לביקורת משמורת, שהוא הערכאה המומחית לעניין, ואשר הכריע פעם אחר פעם כי המערער עושה כל שביכולתו לקידום הרחקתו;

ב. שנית יטען המערער כי שגה בית הדין קמא, כאשר הסיק מהיעדר שיתוף הפעולה וחוסר תום הלב אשר יוחסו למערער מסקנות אודות היות המערער מחוסר אזרחות בהתאם לאמנה הבין-לאומית בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות משנת 1954, ובכך עירב בין מושגים שאינם קשורים זה לזה משפטית ומהותית, כפי שיוסבר להלן;

ג. לבסוף, יטען המערער כי בית הדין קמא שגה כאשר קבע כי הקביעה המעוגנת בנוהל מחוסרי אזרחות - לפיה מי שנכנס לישראל שלא דרך מעבר גבול לא יזכה להכרה כמחוסר אזרחות בהתאם לנוהל, ללא קשר לנסיבות חייו האחרות (ומכך פטור המשיב אף מבחינת עניינו של המערער בהתאם לנוהל) - הינה סבירה ומידתית, ואינה מצדיקה את התערבותו.

39. והכול, כדלקמן.

א. "היעדר שיתוף פעולה" ו-"חוסר תום לב"

40. בפסק דינו, אימץ בית הדין קמא את טיעוני המשיב, אשר מייחס למערער חוסר תום לב והיעדר שיתוף פעולה לכאורה עם הרחקתו. בית הדין קבע שהמערער הותיר רושם שלילי מאז כניסתו לישראל, מאחר ותחילה הגיש בקשה למקלט מדיני בישראל, ומשזאת נדחתה סירב לשוב למדינתו עם מסמכי נסיעה ישראלים, עד שלבסוף חזר בו והביע את הסכמתו לטוס באמצעות מסמכי נסיעה ישראלים (פסקאות 82-83 לפסק הדין). עוד קבע בית הדין קמא כי "מאמצי העורר, לכאורה, להשגת תיעוד ממדינת מוצאו נעשו מן השפה ולחוץ כפי שטען המשיב ולמעשה, חרף הצהרתו האחרונה, הוא אינו מעוניין באת לצאת מישראל, כפי שטען בעצמו במהלך השנים הראשונות לשהותו בישראל" (פסקה 104 לפסק הדין, ההדגשה הוספה, ע.ח').

41. בקביעה זו, עם כל הכבוד, שגה בית הדין הנכבד פעמיים: ראשית, בכך שהתעלם מנסיבות חייו של המערער וההליכים שניהל בישראל מאז הגעתו אליה, ושנית משהתעלם מקביעותיו החוזרות ונשנות של בית הדין לביקורת משמורת, הערכאה המומחית לעניין חוק הכניסה לישראל, אשר עוקבת אחר עניינו של המערער מזה שנים, ואשר פעם אחר פעם קבעה כי המערער משתף פעולה עם הרחקתו ומנסה לקדמה בכל דרך אפשרית.

42. ראשית, כאמור, נסיבות חייו של המערער וההליכים אשר התנהלו בעניינו מאז הגיעו לישראל מעידים על שיתוף פעולה מלא מצידו. סירובו של המערער לצאת את ישראל בשנים הראשונות

להגיעו אליה (אפילו דרך תעודת מעבר ישראלית) הוא סירוב מובן. יוזכר, המערער הגיש בקשת מקלט בישראל, ועל כן מובן שכל עוד בקשה זו היתה תלויה ועומדת, אין להחזיק נגדו את העבודה שלא הסכים לשוב למדינתו; וגם משנדחתה בקשתו, הרי זה אך מובן כי לאור הזוועות להן היה עד, ומצבה המערער של המדינה באותן שנים, חשש המערער לשוב למולדתו, אפילו במחיר של היוותרות במשמורת.

43. ממילא, אין כיום נפקות לעמדה זו בה נקט המערער לכתחילה – שכן מאז ינואר 2014 חוזר המערער ומצהיר כי הוא מוכן ומעוניין לשוב למולדתו, ועל כן היאחזות בית הדין קמא בדברים שאמר שנים קודם לכן, ומהם חזר זה מכבר, איננה הוגנת ואינה מוצדקת.

44. השינוי בעמדת המערער, אשר מזה שלוש שנים מצהיר כי ברצונו לשוב למולדתו, נתמך כאמור גם במעשים: כפי שתואר בחלק העובדתי, המערער פנה פעמים רבות לשגרירות חוף השנהב בישראל שמסרה לו במכתב החתום על ידי הקונסולית כי השגרירות לא תכיר באזרחותו של המערער אלמלא יציג בפניהם מסמכים המעידים על אזרחות זו – אשר כאמור אין בידו להשיג, עם פטירת הוריו (ראו תשובתה הנחרצת של השגרירות, סעיף 14 לעיל).

45. בנוסף, פנה המערער, שוב ושוב, לגורמי סיוע שונים בהם ארגון CIMI והיחידה לעזיבה מרצון אשר כולם השיבו לו בכתב כי אין ביכולתם לסייע לו, בהיעדר מסמכים מזהים (ראה סעיפים 10, 14 ו-19 לעיל).

46. לעניין אותם מסמכים מזהים, הרי כפי שהוסבר לעיל, המערער הוא בן יחיד – אין לו אחים או אחיות; חברו הטוב נרצח צעדים ספורים לפני הגיעם אל שטחה של מדינת ישראל; הוריו נפטרו זה מכבר, ואין לו אף אחד במדינת מוצאו שיכול לסייע לו. זיקתו החזקה של המערער למולדתו – עליה אין חולק – אין בה כדי לסייע לו להשיג המסמכים המבוקשים.

47. בהקשר זה, שגה בית הדין קמא כאשר התעלם לחלוטין מהכרעותיו של בית הדין לביקורת משמורת - הערכאה המוסמכת בעניין חוק הכניסה לישראל, לרבות הקביעה האם אזרח זו משתף פעולה עם הרחקתו, לאור סעיף 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל.

48. בית הדין לביקורת משמורת, אשר עקב אחר עניינו של המערער לאורך השנים, קבע פעם אחר פעם כי המערער אכן מעוניין לשוב למדינתו ושהוא נוקט בכל האמצעים העומדים לרשותו לקדם את חזרתו. בית הדין לביקורת משמורת גם קבע שהעיכוב אינו באחריותו של המערער אלא רובץ לפתחו של המשיב, אשר למעשה אינו מסוגל או אינו מנסה להרחיקו למולדתו, ובשל נסיבות שאינן בשליטתו של המערער (ראו החלטות בית הדין מיום 1.6.2014, 10.8.2014, 16.8.2015 ו-18.10.2015). בשל מחדלים אלה של המשיב, אף התערב בית הדין לביקורת משמורת בהחלטותיו של המשיב לעצור את המערער, ושחרר אותו ממעצר.

49. בנוסף, בית הדין קמא התעלם ממידע חיוני שפרש בפניו המערער בפסקאות 78-91 בכתב הערר, בדבר המכשולים אשר מערימות רשויות חוף השנהב על הוכחת אזרחותם של רבים מילידי המדינה דוגמת המערער, בשל אפליה גזעית ופוליטית כלפי בני הקבוצה האתנית אליה משתייך המערער.

50. בדוח אשר הוציא המוקד לפליטים ולמהגרים בדצמבר 2016 (נשכחו בכלא – מעצר ממושך של מהגרים)¹ צוין בעמ' 8 כי "בולטים במיוחד [תושבי חוף השנהב] בין חסרי המעמד שזהותם במחלוקת". בדוח מובאות עדויות משנת 2011 של אזרחים חוף שנהבים אשר הוחזקו בכלא תקופות ארוכות ורובם שייכם לקבוצה האתנית אליה משתייך המערער.

51. אזרחי חוף השנהב המרואיינים בדו"ח, ציינו כי הריאיון אשר נערך להם על ידי השגרירות בכדי להוכיח את אזרחותם היה חטוף, וארך דקות ספורות; אחרים ציינו כי אם לא ידעו את השפה הצרפתית ודיברו רק שפת הדיולה לא נערך להם ראיון כלל; בנוסף, השגרירות ביקשה מסמכים מקוריים מחוף השנהב שרבים לא הצליחו להשיגם ובשל כך לא הוכרו על ידי השגרירות. זוהי אותה ההתנהלות עליה מעיד המערער, ועובדה זו מחזקת את טענתו, שהכשלים בהוכחת אזרחות של המערער אינם בשליטו אלא מדיניות מכוונת נגדו על בסיס שייכותו האתנית.

52. יתרה מכך, מאז שנת 2014 הודיע המערער אף על הסכמתו לשוב למדינתו עם מסמכי נסיעה ישראלים; ואילו **בדיון שנערך בפני בית הדין קמא** הודה המשיב כי אין באפשרותו להחזיר את המערער למדינתו באמצעות מסמכי נסיעה אלה. גם הצהרה זו שנמסרה בפני בית הדין, לא באה לידי ביטוי בפסק דינו.

53. **למרות כל האמור, בפסק דינו של בית הדין קמא אין כל התייחסות לעובדות אלה, ובהחלטתו נשען בית הדין קמא רק על התרשמותו האישית מהמערער ועל טענות המשיב כנגדו, ולא על מעשיו, נסיבות חייו והכרעות משפטיות קודמות בעניינו.** כפי שיוסבר להלן, טעות זו גררה טעות נוספת של בית הדין, בניתוח המצב המשפטי הרלוונטי ויישומו בעניין המערער.

ב. יישום שגוי של הגדרת מחוסר אזרחות על המערער

54. כאמור לעיל, שגה בית הדין קמא ביישום הוראות אמנת מחוסרי אזרחות לגבי הזיהוי הנכון של מחוסר אזרחות.

55. על אף שלא נאמר במפורש בפסק הדין שהמערער אינו מחוסר אזרחות בהתאם לאמנה, הקביעות השונות אליהם הגיע בית הדין מראות כי למסקנה זו התכוון: כך, בפסקה 84 לפסק הדין ציין בית הדין קמא כי אין מחלוקת שזיקת המערער היא לחוף השנהב; בפסקה 86 הוסיף בית הדין כי דרישת שגרירות חוף השנהב למסמכים מזהים הינה דרישה "הגיונית ומתבקשת"; בפסקה 91 קבע בית הדין כי לא מצא מקום לדון בסוגיית שינוי הנוהל כך שיחול על מי שנכנס לישראל שלא כדין, זאת מאחר ולא מדובר במקרה בו "טעה המשיב ולא העניק מעמד למי שאמור לקבל זאת כמחוסר אזרחות". במילים אחרות, בהמשך למסקנה אליה הגיע בית הדין אשר הוצגה בחלק (א) לעיל באשר לחוסר שיתוף הפעולה המיוחס למערער, וכן

¹ ניתן לצפייה בלינק:

<http://hotline.org.il/publication/prolongeddetention/>

לזיקתו החזקה למולדתו - סבר בית הדין כי המערער אינו חסר אזרחות, אלא רק לא משתף פעולה עם שגרירות חוף השנהב.

56. אלא שעל פי אמנת מחוסרי אזרחות, לא כך מזהים ומגדירים מחוסר אזרחות. האמנה מגדירה מחוסר אזרחות כ-:

"a person who is not considered as a national by any State under the operation of its law"

57. כלומר, בהתאם להגדרת האמנה, להוכחת חוסר אזרחות נקבע מבחן מעשי: אדם אשר לא מוכר כאזרח של אף מדינה בהתאם לחוקים שלה, הוא מחוסר אזרחות. המערער, שאין מחלוקת אודות זיקתו לחוף השנהב, אינו מוכר על ידה כאזרח – ועל כך מעידה הודעת השגרירות; להוכחת אזרחותו, דורשת שגרירות חוף השנהב תנאים אשר אין בכוחו של המערער לעמוד בהם, משלא נותר לו איש בחוף השנהב שיוכל להשיג עבורו המסמכים המבוקשים; ואין מדינה אחרת אשר מוכנה להכיר בו כאזרח שלה.

58. לאור זאת, ובהתאם להוראות האמנה, מתבקשת המסקנה כי המערער הינו חסר אזרחות בפועל (אם לא מלכתחילה), שכן על פי חוקיה והכרעתה הריבונית של חוף השנהב, הוא אינו מוכר כאזרח מדינה זו, ולא של כל מדינה אחרת.

59. לכך יש להוסיף, כי המשיב אינו מסוגל להרחיק את המערער בחזרה למולדתו, ואף לכל מדינה אחרת; זוהי אינדיקציה נוספת להיותו של המערער חסר אזרחות, וממילא הדבר מרוקן מתוכן את קביעתו של בית הדין הנכבד קמא – קביעה שאיננה ממין העניין – כי למדינה יש סמכות להרחיקו לכל מדינה אליה יש לו זיקה.

60. כזכור, הכלל בדבר "זיקה כלשהי" המאפשרת הרחקה של אדם השווה שלא כדין בישראל למדינה אחרת שאינה מדינת אזרחותו (וזאת בכפוף לעיקרון אי-החזרה אשר עוגן לראשונה בפסיקה הישראלית בנסגרת בג"ץ 4702/94 אל טאיי ואח' נ' שר הפנים) – אינו שנוי במחלוקת והמערער אף לא טען דבר בעניינו במסגרת הערר לבית הדין קמא. אלא שכלל זה, עניינו במי שניתן להרחיקו מישראל באופן מעשי, ואיננו קשור לקביעה בדבר אזרחותו ומעמדו של אותו אדם, מעבר להיותו שווה שלא כדין בישראל. בעניינו, המשיב עצמו הודה, כולל בדיון בפני בית הדין קמא, כי אין ביכולתו להרחיק את המערער לכל מדינה אחרת מלבד חוף השנהב, אשר כאמור מסרבת להכיר במערער כאזרח שלה. מכאן, ששאלת זיקתו של המערער לחוף השנהב אין לה דבר עם ההכרעה בנוגע לאזרחותו בפועל, ובית הדין הנכבד קמא שגה כאשר עירב מושגים אלה זה בזה.

61. יתרה מכך: נוהל מחוסרי אזרחות עצמו, משתמש אף הוא במבחן האלימינציה על מנת לקבוע מי ייחשב למחוסר אזרחות, ולכן זכאי להסדרת מעמדו בישראל: ראשית, דורש הנוהל כי עובדי המשיב ימצו את האפשרויות להרחיק את המבקש מישראל (ראה סעיפים ג.1.1 – ג.2.2.ד. לנוהל). רק לאחר מכן, כאשר נוכחו עובדי המשיב לדעת כי לא ניתן להרחיק את אותו אדם מישראל, או שעברה שנה מאז החלו בניסיונות להרחיקו, ללא הצלחה – יקבל אותו אדם אשרה

שהיית ועבודה זמנית בישראל (סעיף ג.3.א לנוהל). כלומר, נוהל המשיב עצמו מקבל כי אדם שלא ניתן להרחיקו מישראל בחלוף תקופה מסוימת, ללא קשר לזיקותיו למדינה כלשהי, ייחשב למחוסר אזרחות דה-פקטו, וזאת בניגוד לקביעתו של בית הדין הנכבד קמא.

ג. חוסר הסבירות בנוהל מחוסרי אזרחות

62. שגה בית הדין הנכבד בקביעתו כי דרישת הכניסה דרך מעבר גבול מוסדר היא תנאי סביר וראוי להחלת נוהל מחוסרי אזרחות. בית הדין הסתמך בקביעתו על שניים: האחד, ביטול דרישה זו "עלול להשליך רוחבית על מקרים דומים עמם מתמודדת רשות ההגירה והאוכלוסין בשנים האחרונות" (פסקה 88); השני, ביטול דרישה זו תוביל "לתוצאה לא הגיונית בה כל אדם שנכנס לישראל בדרך שאינה חוקית ולא באמצעות מעברי הגבול, יבקש לקבל מעמד בטענה שהוא מחוסר אזרחות, בהעדר מסמכים מזהים" (פסקה 90).

63. **קביעת בית הדין קמא ושני הטענות עליהם התבסס אינם יכולים להוות סיבה מוצדקת - משפטית ועובדתית - לא לתת מענה לאנשים אשר נכנסו לישראל שלא כדין ומבקשים להכיר בהם כמחוסרי אזרחות.**

64. ראשית, מבחינה עובדתית, נתוני המשיב מוכחים כי סוגיית מחוסרי האזרחות נוגעת למספר מצומצם בלבד של אנשים. מנתונים מטעם המשיב עולה כי נכון לחודש אוגוסט 2017 קיימים רק 19 בקשות פתוחות בהתאם לנוהל מחוסרי אזרחות שלמיטב ידיעת הח"מ כוללים אנשים שלא נכנסו לישראל כדין.

65. כלומר, לא מדובר באלפים ואף לא במאות, מדובר בעשרות בודדות של אנשים. בנוסף, לפי הנתונים של המשיב הכניסות למדינת ישראל דרך מעברי גבול לא מוסדרים צנחו באופן משמעותי עד כדי כניסות בודדות מדי שנה, אם בכלל, למשל: בשנת 2016 נכנסו לישראל רק 18 אנשים דרך מעבר גבול לא מוסדר, במקביל, נכון לרבעון השלישי לשנת 2017 מספר הכניסות עמד על אפס². הנתונים מראים בבירור כי לא מדובר ב- "גלים" להם טוען המשיב.

66. ממילא, הטענות בדבר השלכות הרחב וניצול הנוהל לרעה אשר אומצו על ידי בית הדין קמא בפסק דינו - שהראינו שאינם מבוססים עובדתית - לא יכולים להוות תכלית ראויה אשר מכשירה פגיעה כה קשה בזכויותהם של רבים שכידוע נמנים על אוכלוסייה מוחלשת חברתית וכלכלית. (ראו והשוו: בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.6.2011); בג"ץ 8425/13 איתן נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 22.9.2014)).

67. השארת קבוצה של אנשים ללא כל מענה חוקי וללא אפיק להסדרת שהייתם בישראל, רק בשל "חטאם" שנכנסו לישראל שלא כדין, פוגע קשות בזכויות היסוד שלהם ומעלה בספק את תקינות ההליך המינהלי – או ביתר דיוק, את תקינות היעדר קיום הליך מנהלי - בעניינם.

² דוחות מפורטים מטעם רשות האוכלוסין וההגירה ניתן לראות בלינק: https://www.gov.il/he/departments/general/foreign_workers_stats

68. הליך מנהלי תקין לא יכול להתיר דחייה על הסף לבקשתו של המערער בלי, לכל הפחות, להפעיל שיקול דעת בעיקר לאור בהיעדרה של חלופה אחרת בדין שבמסגרתה ניתן לברר את טענותיו של המערער.

69. גם אם הכלל הקבוע הנוהל של כניסה כדין הינו סביר – וכאמור לעיל, אין הדבר כך – אין הוא יכול לאיין את חובתו של המשיב להפעיל שיקול דעת במקרים חריגים דוגמת עניינו של המערער, וזאת מתוך חובת המשיב להתנהל בהגינות, בסבירות ובתום לב. היה על המשיב להפעיל שיקול דעת ראוי ולשקול את נסיבותיו המיוחדות של המערער ואת העובדה שאין הוראה אחרת אשר מסדירה את עניינו. בעניין זה מציין פרופ' יצחק זמיר:

"החוק מחייב אותה (את הרשות – ע.ח.). להפעיל את סמכותה בכל מקרה לפי השיקולים הענייניים החלים באותו מקרה. מכאן שאין היא רשאית להסתמך על ההנחיות, שהותאמו למקרה הרגיל, כדי להחליט במקרה המיוחד, בלי לקחת בחשבון את השיקולים המיוחדים לאותו מקרה. לכן אין היא רשאית, למשל, לדחות בקשה לרישיון על הסף רק משום שהמבקש אינו מקיים את התנאים שקבעה בהנחיות. התנאים שנקבעו על-ידי הרשות בהנחיות, אינם יכולים להגביל את הסמכות שנקבעה על ידי המחוקק בחוק, והרי החוק לא קבע כי רק מי שקיים אותם תנאים יקבל רישיון. לפיכך חובה על הרשות לשקול כל מקרה שבפניה, על יסוד הנסיבות המיוחדות של המקרה, ולא להסתפק בבדיקת המקרה לאור ההנחיות".

(י' זמיר, הסמכות המינהלית, כרך ב', 785)

לעניין זה מציינת פרופ' ד' ברק-ארז:

"שיקול הדעת המסור לרשות המינהלית מחייב אותה גם לבחון לגופן בקשות להקלות או לטיפול לפניים משורת הדין, ולא לדחותן על יסוד עמדה עקרונית של סירוב לחריגים".

ד' ברק-ארז, משפט מינהלי, כרך א', 205.

70. לבסוף, היעדר נוהל מתאים משאיר אותם אנשים ללא אשרת שהייה וללא אפשרות לעבוד, להתקיים בכבוד ולהבטיח לעצמם קורת גג; ללא כל וודאות לגבי עתידם, ב"לימבו" משפטי שמשמעותו פגיעה קשה בזכויות האדם שלהם. למעשה, מציב המשיב ברירה אחת בפני מחוסרי אזרחות במצבו של המערער, שמחד אין דרך להחזירם אל מדינתם ומאידך אין אפשרות להסדיר את מעמדם במדינת ישראל: כליאה במשמורת לתקופה בלתי קצובה, ללא כל אפיק להסדרת מעמדם, בעוד המשיב יודע היטב כי אין להם אפשרות לחזור למדינת מולדתם (ראו והשוו: חוות דעתה של כב' השי' חיות שבמסגרתם התייחסה לערפל המשפטי בו נמצאים מבקשי מקלט בישראל כתוצאה מהיעדר הסדרה מתאימה בעניין מעמדם והשפעתה על זכויות יסוד של אותה קבוצה; עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.7.2012); בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (פורסם בנבו, 11.8.15)).

71. לסיכום נקודה זו, ההתנייה של כניסה כדין - או בלשון הפוגענית בה משתמש המשיב "הסתננות" - אינה מתיישבת עם דרישות המשפט המינהלי וחזקת ההליך המינהלי

התקין. דחיית בקשת המשיב על הסף ללא בחינת טענותיו כאשר אין הליך אחר אינה סבירה ותוצאותיה אינן מידתיות.

72. שליטת, החרגת אנשים שלא נכנסו כדין - או בלשון הפוגענית בה משתמש המשיב "הסתננות" - מגדרי נוהל מחוסרי אזרחות, אינה עולה בקנה אחד עם התחייבויות מדינת ישראל לאמנת מחוסרי אזרחות ולדין הבינלאומי; בהקשר זה טיעון "השלכות הרחב" איננו רלוונטי, ואיננו יכול לגבור על מחויבויות המדינה על פי הדין הבינלאומי.

73. כידוע, האמנת בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות - 1954 אשר נכתבה במטרה להנחות את המדינות החברות לה להסדיר ולשמור על זכויותיהם של מחוסרי אזרחות ולהבטיח את כבודם וביטחונם. האמנה נחתמה על ידי מדינת ישראל כבר באותה שנה ואושררה בשנת 1958. אמנם, האמנה לא נקלטה בדין הישראלי באמצעות חקיקה ראשית; אך מכוח "חזקת ההתאמה" בין המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי, להוראות האמנה יש נפקות משפטית בפרשנות הדין, אף בהעדר עיגון שלהן בחקיקה פנימית. לעניין זה יפים דבריה של כב' השי' חיות בעע"מ 4204/13 **מדינת ישראל נ' דידיה טוני סולו** (פורסם בנבו, 27.7.2014) (להלן: **"עניין דידיה סולו"**), בהקשר הייחודי של אמנת מחוסרי אזרחות:

"למערערת [המדינה - ע.ח.] שיקול דעת רחב בקביעת הנהלים הפנימיים הנוגעים למחוסרי האזרחות בהם דנה האמנה, עם זאת על נהלים אלה לקיים את "חזקת ההתאמה" לפיה יש לפרש דבר חקיקה או סמכות של רשות שלטונית בהתאם להוראות המשפט הבינלאומי (בג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346, 386 (2006); דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, פ"ד נד(1) 721, 742-743 (2000))."

74. בשנת 2014 הוציאה נציבות האו"ם לפליטים (להלן: **"הנציבות"**) ספר עזר שכותרתו Handbook on Protection of Stateless Persons under the 1954 Convention Relating to THE Status of Stateless Persons (להלן: **"ספר העזר"**). ספר העזר, בדומה לזה אשר הוציאה הנציבות בעניין האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים - 1951, מהווה מקור פרשני חשוב ומנחה לאמנה עסקינן (לעניין מעמדם של ספרי עזר של הנציבות ראו: ע"מ 1440/13 **צימה נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 7.8.2013), פסקה 28 לפסק דינו של כב' השי' מלצר, שם התייחס למעמד המנחה של ספר העזר של האמנה בדבר מעמדם של פליטים).

75. ספר העזר מבהיר בעמודים 27 ו-28 כי הליך הקביעה אם פלוני הוא מחוסר אזרחות עלול להיות מסובך ומורכב, והאינטרס של שני הצדדים (המדינה הבוחנת את הטענה והטוען להיותו מחוסר אזרחות) שתהליך זה יהיה כמה שיותר פשוט, יעיל והוגן. לכן, **ספר העזר מבהיר וקובע כי על מנת שהתהליך האמור יהיה יעיל והוגן עליו להיות נגיש בפני כולם ואין בעובדה כי אדם שנכנס למדינה באופן לא חוקי למנוע ממנו את הגישה להליכים לבדיקה היותו מחוסר אזרחות - שהרי במקרים רבים, עצם היותו של אדם מחוסר אזרחות מונעת ממנו את המסמכים הנדרשים לצורך ניידות בין מדינות:**

"Everyone in a State's territory must have access to statelessness determination procedures. **There is no basis in the Convention for requiring that applicants for statelessness determination be**

lawfully within a State. Such a requirement is particularly inequitable given that lack of nationality denies many stateless persons the very documentation that is necessary to enter or reside in any State lawfully ”.

(ההדגשות הוספו, ע.ח.).

76. חזקת ההתאמה, אמנת מחוסרי אזרחות והפרשנות שלה מראות באופן שלא משתמע לשניים כי נוהל מחוסרי אזרחות בצורתו כיום אינו ראוי וסביר ואינו מקיים את רוח האמנה להגן על מחוסרי אזרחות ולמגר את התופעה.

77. **לבסוף, קביעת בית הדין כי תיקון הנוהל יאפשר "לכל אחד" לטעון כי הינו מחוסר אזרחות, איננה מבוססת, ולא ברור על מה נשען בית הדין קמא בקביעה זו, שהרי הנוהל, כאמור לעיל, עוסק קודם כל בצעדים שעל נציגי המשיב לבצע על מנת להרחיק אדם כלשהו מישראל, בין אם למדינתו, בין אם למדינה אחרת (ובהם, למשל, הפניית עניינו של המבקש למנהל מחלקת תיאום טיסות וקונסוליות, סעיף ג.1.ז לנהל). רק כאשר כלו כל הקצין, ומזה שנה מנסית נציגי המשיב להרחיק אדם מישראל ללא הצלחה – יזכה אותו אדם לאשרת ב/1 מתחדשת מדי שנה, ורק לאחר כשנתיים יוכל לפנות בבקשה לקבלת אשרת תושב ארעי, וזאת בהעדר שינוי נסיבות ותוך שהוא מוכיח שיתוף פועלה מלא עם הרחקתו לכל אורך הדרך (ר' סעיף ג.3 לנהל). **ברי, כי לא "כל אחד" יכול לעמוד בדרישות הנוהל, וזאת ללא קשר לשאלה האם נכנס לישראל כדין או לא; ועל כן קביעת בית הדין הנכבד קמא בנקודה זו אין לה על מה שתסמוך.****

78. ממילא, אזרחי רוב המדינות – וודאי המפותחות שבהן – מסוגלים להוכיח את אזרחותם גם אם אינם נושאים מסמכים מזהים, על ידי הקונסוליות הפזורות ברחבי העולם המעניקות שירות זה. בנוסף, חלק גדול ממדינות העולם מנהלות מרשם אוכלוסין ביומטרי שמקל על זיהויו אזרחיהן, ובייחוד במדינות יבשת אפריקה. עניינו של המערער הינו חריג, בשל התהפוכות שפקדו את מדינתו בשנים שקדמו ליציאתו ממנה, והחשד הכבד למדיניות מפלה ומדירה שנוקטים שלטונות המדינה כלפי חברי הקבוצה האתנית אליה הוא משתייך. הסטטוס של מחוסר אזרחות, אשר בעבר היה מנת חלקם של רבים, מוגר בחלקו הרב, ויעידו על כך נתונים שפרסם המשיב באוקטובר 2017, אשר מראים כי הרוב המוחלט של מי שנכנס לא כדין לישראל מזהה כאזרח מדינה כזו או אחרת (92% הם אזרחי מדינות סודן ואריתריאה ואילו השאר אזרחי מדינות אחרות באפריקה ובעולם).

79. בהקשר זה יצוין כי בית הדין הנכבד שגה בפרשנות אשר נתן לפסק הדין בעניין **סולו**, עליו הסתמך לצורת קביעתו כי אין מקום להתערבות בהוראות הנוהל. בפסקה 93 לפסק דינו, ציין בית הדין כי בפרשה זו, בית המשפט העליון "נמנע מלהכריע בחובת המשיב להנפיק נוהל מעין זה [נוהל שמסדיר את עניינם של מחוסרי אזרחות אשר נכנסו לישראל שלא כדין – ע.ח.].". בית הדין הוסיף וציין, שבית המשפט העליון "נמנע מלקבוע כי הוראות האמנה חלות גם על מסתננים".

80. אלא שתיאור זה של בית הדין קמא הינו שגוי; שכן בית המשפט העליון כלל לא נדרש לשאלת תחולת אמנת מחוסרי אזרחות על המתדיין שם, מאחר וכבר נפסק בפסק דין קודם, שלא הוגש עליו ערעור והפך לחלוט, כי המתדיין הוא מחוסר אזרחות. כלומר, נקודת המוצא בפסק הדין בעניין סולו, הייתה שהמתדיין אכן הינו מחוסר אזרחות, **ובית המשפט כלל לא נדרש למחלוקת העקרונית בין הצדדים לעניין החלת אמנת מחוסרי אזרחות על זרים אחרים הנמצאים בישראל** (ראו פסקה 1 לפסק דינה של כב' הש' חיות אליו הצטרף כב' הש' זילברטל); כב' הש' חיות הוסיפה וציינה כי **"סוגיה זו יש להותיר לעת מצוא"**.

81. לסיכום, נהלי המשיב צריכים לענות על דרישת חזקת ההתאמה ולקיים את רוח אמנת מחוסרי אזרחות, על מנת להגשים את מטרת האמנה להגן ולשמור על זכויותיהם של מחוסרי אזרחות. הנוהל בצורתו כיום חוטא למטרת האמנה ואף פוגע קשות ומכביד על מי שנכנס שלא כדין ואין דרך להוכיח את אזרחותו. משכך, קביעתו של בית הדין קמא כי הוראות הנוהל סבירות ואינן מצדיקות התערבות, אינה יכולה לעמוד.

סיכום

82. המערער הוכיח שנפלו פגמים קשים בניתוח המשפטי בפסק דינו של בית הדין קמא, אשר הובילו אותו לדחות את הערר. בית הדין קמא שגה כאשר ייחס למערער חוסר תום והיעדר שיתוף פעולה עם הרחקתו; עוד שגה בית הדין הנכבד כאשר גזר מכך כי המערער אינו מחוסר אזרחות; בית הדין שגה גם כאשר לא מצא מקום להידרש לטענת המערער בדבר שינוי הוראות הנוהל, והחובה המוטלת על המשיב להפעיל שיקול דעת בעניינו הפרטני של המערער.

83. מכל האור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דינו של בית הדין קמא, לקבוע כי המערער אכן חסר אזרחות, ולחלופין להורות למשיב לבחון את עניינו של המערער בהתאם להוראות נוהל מחוסרי אזרחות, וכן לקבוע כי נוהל מחוסרי אזרחות במתכונתו הנוכחית – איננו סביר, ויש לתקנו, הכול כאמור ברישא של ערעור זה.

84. עוד מתבקש בית המשפט הנכבד להטיל על המשיב תשלום הוצאות ושכ"ט עו"ד.

היום 6 בנובמבר 2017

עלא ח'אטר, עו"ד

ב"כ המערער