



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באב"ק(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

בפני כב' השופטת דנה מרשק מרום

עותר אברהים (באב"ק) באב"ק - ע"י עו"ד וייצן

נגד

משיב משרד הפנים - באמצעות פמת"א (אזרחי)

פסק דין

- 1
2 מונחת לפניי עתירה להורות על ביטול "צו העברה למשמורת" שהוצא כנגד העותר ביום
3 30.12.13 וכן על בטלות כל הפעולות שנעשו מכוחו של צו זה.
4
5 2. יחד עם העתירה הוגשה בקשה לצו ביניים להורות על שחרורו של העותר ממשמורת. ביום
6 17.1.14 נדחתה הבקשה מהטעם כי הסעד המבוקש בצו הביניים חופף (לפחות בחלקו) לסעד
7 העיקרי המבוקש במסגרת העתירה, וכן בהתחשב בעובדה שהדיון המוקדם נקבע ליום
8 21.1.14, מספר ימים לאחר מכן. בסופו של יום, לאחר שהתקבל כתב תשובה, הוריתי על
9 שחרורו של העותר ממשמורת בדיון האחרון שהתקיים לפניי ביום 29.1.14 (לאחר שהודעתי
10 כי בכוונתי לדחות את עניינו של העותר לעיון ולמתן פסק-דין).
11
12 **רקע**
13
14 3. עסקינן בעותר שהינו אזרח הרפובליקה של סודן (צפון סודן), אשר נכנס לישראל ללא היתר
15 בחודש מאי 2008. על רקע היעדר אפשרות להרחיקו ניתן לו רישיון זמני לישיבת ביקור לפי
16 סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל – התשי"ב, 1952 (להלן: "חוק הכניסה"), כאשר רישיון
17 הישיבה חודש מעת לעת.
18
19 4. במהלך חודש יולי 2013 נעצר העותר לפי הוראות "נוהל הטיפול במסתננים המעורבים
20 בחלק פלילי" וביום 19.7.13 הוצא כנגד העותר צו גירוש. בטרם התקיים דיון בעתירה
21 שהגיש, שוחרר העותר ממשמורת בהוראת היועץ המשפטי לממשלה ביום 24.7.13 (וכן בוטל
22 צו הגירוש), כשרישיון הישיבה שלו בתוקף עד ליום 3.11.13.
23



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עז"מ 14-01-16785 באביק(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- 1 5. לטענת העותר נבא כוחו, התייצב הוא לחדש את רישונו בלשכות המשיב לא פחות משבע
2 פעמים (ועוד בטרם פג רישונו). בהיעדר רישום אצל המשיב בדבר התייצבויות אלו, עוכב
3 העותר ביום 30.12.13 ביום 19:13 בתל-אביב, במסגרת פעילות אכיפה יזומה.
4
- 5 6. מייד לאחר מכן, העותר הובא לנתב"ג, לשימוע בפני מר משה ורדי – ממונה על ביקורת
6 הגבולות. "פרוטוקול לקבלת החלטה בהתאם לסעיף 30כ(ג) לחוק למניעת הסתננות (עבירות
7 ושיפוט), התשי"ד – 1954" [להלן: "החוק"] וכן צו העברה למשמורת לפי אותו החוק, הם
8 העומדים בבסיס העתירה. במסגרת השימוע נתקבלה החלטה לחזקתו של העותר
9 במשמורת למשך 90 ימים, כשבתום התקופה יועבר למתקן שהייה.
10
- 11 7. מדובר בשימוע קצר ביותר, לאחריו החליט הגורם המוסמן לשלול חירותו של אדם למשך
12 90 ימים, והדברים יובאו במלואם ובאופן מדויק כפי שהוקלדו:
13
- 14 **"דברי המסתנן:**
15 **ש. מתי נכנסת לישראל?**
16 **ת. אני נכנסתי לישראל ביוני 2008**
17 **ש. האם אתה יודע שאשרתך פגה?**
18 **ת. כן, אני יודע**
19 **ש. האם אתה יודע שאתה שוהה בישראל שלא כחוק בגלל שאשרתך פגה?**
20 **ת. כן, אני יודע**
21 **ש. מתי פגה אשרה?**
22 **ת. לא, אני זוכר את התאריך**
23 **ש. למה לא חדשתה את אשרה?**
24 **ת. הלכתי ליחידת מסתננים והם נתנו לי מסמכים למלות**
25 **ש. נילתה את המסמכים שנתנו לך?**
26 **ת. לא, רק חצי לא ידעתי איך למלות אותם**
27 **ש. האם אתה רוצה לחזור למדינת המוצא שלך?**
28 **ת. לא, אני לא רוצה**
29 **ש. האם יש לך בעיות רפואיות?**
30 **ת. לא, הכל בסדר**
31 **ש. האם יש לך משפחה בישראל?**
32 **ת. לא, אין די אף אחד 3/11/13**
33
34 **החלטה**
35 **להחזיקו במשמורת למשך 90 ימים. בתום התקופה יועבר למתקן שהייה. "**



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

ע"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק תיצוני:

- 1
2
3
4
5
6
7
8
9
10
11
12
13
14
15
16
17
18
19
20
21
22
23
24
25
26
27
28
29
30
31
32
33
34
35
- הטענות בעתירה**
8. ב"כ העותר מיקד טיעונו בשני אפיקים מרכזיים: האחד, עובדתי – ולפיו התייצב העותר לחידוש רשיונו; השני, משפטי – במסגרתו ביקש לשכנע כי נפלו פגמים בשימוע המביאים לבטלות ההחלטה המנהלית על כל חלקיה.
9. במישור העובדתי נטען, כי העותר התייצב פעמיים בלשכת מינהל האוכלוסין שברוך בגין 75 תל-אביב, כשפעם אחת נאסר עליו להיכנס ללשכה והוא קיבל תור נדחה, ובפעם השניה הופנה ל"יחידת המסתננים" ברחוב סלמה 53. לאחר מכן פנה לאותה יחידה, שם המתין מהבוקר ועד הערב – החזירו לו המסמכים שמסר והורו לו לחזור בשבוע לאחר מכן. בשבוע זה חלה, ובשבוע לאחר מכן, לאחר מספר שעות המתנה ב"יחידת המסתננים", הציע לו איש אבטחה שייגש ללשכה בדרך בגין, ישלם אגרה ויקבל רשיון ישיבה. העותר חזר ללשכה ברחוב מנחם בגין, לטענתו שוב לא נתנו לו להיכנס ללשכה ומאבטח אמר לו שאינו צריך לשלם – אך הוא נדרש לקחת מספר ולהגיע בשבוע לאחר מכן. העותר אכן חזר לאחר שבוע, נפגש עם פקיד – אשר מסר לו שיש בעיות עם רשיון הישיבה שלו ונקרא מנהל בכיר יותר להתייעצות. בין לבין, חלה מהומה בלשכה וניתנה הוראה לחוציא את כל מי ששהו בה. בהמשך, הגיע העותר שוב ל"יחידת המסתננים", ולאחר 9 שעות המתנה נאמר לו כי עליו למלא טפסים (שהתבררו כטפסי בקשה למקלט מדיני בישראל), וכי רק לאחר מילויים בשפה האנגלית יקבל רשיון ישיבה – כשהפקיד הבחיר כי בינתיים "אין בעיה" שישהח ללא רשיון ישיבה.
10. להוכחת טענות אלו, צירף העותר תצהיר מטעמו; תצהיר של ד"ר רם גודוביץ' המאשר כי החל לסייע לעותר במילוי הטפסים בסמוך לאחר שקיבל אותם (נספח ז' לעתירה); תצהירים של עורכי-הדין ברמן ופלו המאשרים כי תיאורי העותר בדבר הקשיים שחווה בנסיון לחדש את רשיון הישיבה שלו דומים לקשיים אותם חוו מבקשי מקלט רבים אשר היו בטיפולם (נספחים ח', ט') וכן סיכום פגיות שערכה הגב' סיגל רוזן מהמוקד לפליטים ומתגרים מיום 6.1.14 (נספח י').
11. באשר לשימוע עצמו טען ב"כ העותר כי נפלו בו פגמים בכל רובד אפשרי: פקיד המשיב לא הציג את עצמו ואת סמכויותיו; לא הוצגה מטרת השימוע בפני העותר, שהיה חסר יכולת לעמוד על זכויותיו; השאלות שנשאלו ברובן לא נגעו ללב העניין ולא עולה כי הפקיד שערך את השימוע חבין את מטרתו; השימוע נערך בשפה העברית, אותה אמנם דובר העותר, אך לא באופן מיטבי; לא פורטו הראיות כנגד העותר וניכר שלא התאפשר לו להרחיב ולפרט בטענותיו, כשאלו מופיעות באופן לקוני בפרוטוקול. עוד נטען לענין זכותו של העותר לייצוג,



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- 1 כשלגירסתו העותר סיפק את מספר הטלפון הנייד של בא-כוחו וציין מספר פעמים כי הינו
2 מיוצג. העותר ראה את מר ורדי רושם את פרטיו של עו"ד וייצן על פתק במהלך השימוע",
3 אך ללא התייחסות לכך – כשלדברים אלו אין זכר בפרוטוקול. בסוף השימוע, לעותר לא
4 נמסר העתק מההחלטה שניתנה.
5 ייאמר כבר, כי ב"כ העותר היפנה בהקשר זה לעובדה, שלכתב התשובה לא צורף תצהיר
6 מטעמו של מר ורדי.
7
- 8 12. ב"כ העותר טוען לחוסר הנמקה של החלטה המנהלית העוסקת בשלילת חירותו של אדם,
9 כאשר הגורם המוסמן "גור" על העותר את "העונש המקסימאלי"; לא נערכה האבחנה
10 המתבקשת שנקבעה על-ידי המחוקק בין עצם ההתייצבות בלשכות המשיב לבין חידוש
11 הרשיון בפועל – דבר שאינו תלוי בעותר; הרשות נהגה בעותר תוך הפרת חובת ההגיונות לכל
12 אורך הדרך; השימוע נערך תוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי לרבות זכותו של העותר לייצוג
13 הנגזרת מזכות הטיעון.
14
- 15 **טענות ב"כ המשיב**
- 16
- 17 13. מטעם המשיב הגישה ב"כ הפרקליטות כתב תגובה, ולאחר מכן כתב תשובה, אליו צורף
18 תצהירו של מר מוטי ברקוביץ, ראש תחום תיאום ובקרה – מינהל אכיפה וזרים. לטענת
19 ב"כ המשיב, יש לדחות את העתירה על רקע חוסר נקיון כפיים ועשיית דין עצמי של העותר,
20 אשר במשך תקופה של חמישה חודשים לא האריך את רשיון השתייה הזמני שלו; צו
21 ההעברה למשמורת הוצא כדן, לאחר שהעותר לא דאג להאריך את תוקף רשיון הישיבה
22 הזמני שלו.
23
- 24 14. במישור העובדתי נטען ע"י ב"כ המשיב, כי אין כל אינדיקציה ברישומי המשיב כי העותר
25 הגיע ללשכת מינהל האוכלוסין בתל-אביב לצורך חידוש רשיונו. ועוד – אין כל בסיס לטענות
26 ה"טרטורי" בין הלשכות באשר המדובר בטענות כלליות אשר אינן כוללת תאריכים
27 מזדויקים, שמות, פרטי נושאי תפקידים ו/או מסמכים מאמתים. עוד הוסיפה, כי לאור
28 שינוי שבוצע בסוף דצמבר 2013, הליך חידוש האשרות כבר אינו באחריות מחלקת אשרות
29 אלא באחריות מינהל אכיפה וזרים, אשר מחדשים מדי יום מאות אשרות במספר לשכות
30 שונות ברחבי הארץ.
31
- 32 15. ב"כ המשיב הפנתה לעובדה, כי סעיף 32כ(ג) לחוק מעניק "תקופת חסד" בת 30 יום למסתנן,
33 בטרם יחלו בהליכי אכיפה כנגדו, במטרה לאפשר לו להתגבר על כל קושי בדרך לחידוש
34 תוקף הרשיון הזמני – כאשר לעותר עמדו חמישה חודשים.
35



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

16. בכתב התשובה נכללה התייחסות חלקית לפגמים אשר נטענו בשימוע שנערך לעותר: מר
 1 ורדי הינו הגורם המוסמך לעריכת שימוע בהתאם לחוק האמור, כשאמנם על גבי
 2 הפרוטוקול מצויינים רק שמו וותימותו, אך בצו ההעברה למשמורת מופיע כי המדובר
 3 בממונה על ביקורת גבולות; באשר לשאלת ייצוגו של העותר נטען, כי לו היה העותר מבקש
 4 לאפשר לבא-כוחו להיות נוכח בשימוע, הרי שבקשה זו היתה נבחנת בחיוב, בכפוף למניעת
 5 עיכוב במועד השימוע. ב"כ המשיב חזרה והבחירה כי בכל מקרה היתה מוכנות "לתקן" את
 6 הפגמים הנטענים מבלי להודות בהם באמצעות עריכת שימוע חדש. בכל מקרה אין המדובר
 7 בפגמים היורדים לשורשו של עניין – כך שניתן להחיל את דוקטרינת הבטלות היחסית,
 8 לאפשר שימוע חדש ולהמתין להחלטה חדשה של הממונה על ביקורת הגבולות.
 9

10

11

דיון והכרעה

12

13

החסדר החסיקטיבי

14

15

17. סעיף 32כג(ג) לחוק קובע:

16

17 "מצא ממונה ביקורת הגבולות כי מסתגן שקיבל רשיון זמני לשיבת ביקור לפי
 18 סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל לא התייצב לחידושו בתוך 30 ימים מהמועד
 19 שבו פג הרשיון (בסעיף קטן זה – מועד התפוגה), רשאי הוא להורות בצו על
 20 החזקתו במשמורת לתקופה שיקבע בצו ושלא תעלה על התקופה כמפורט להלן,
 21 לפי העניין:

- 22 (1) אם המסתגן לא התייצב לחידוש הרשיון בתוך תקופה העולה על 30 ימים
 23 ממועד התפוגה ואינה עולה על 60 ימים מהמועד האמור – 90 ימים;
 24 (2) אם המסתגן לא התייצב לחידוש הרשיון בתוך תקופה העולה על 60 ימים
 25 ממועד התפוגה ואינה עולה על 120 ימים מהמועד האמור – 180 ימים;
 26 (3) אם המסתגן לא התייצב לחידוש הרשיון בתוך תקופה העולה על 120
 27 ימים ממועד התפוגה - שנה;

28

29

בהמשך, נקבע בס"ק (ד):

30

31 "לא יתן ממונה ביקורת הגבולות צו לשוהה לפי סעיפים קטנים (א) או צו למסתגן
 32 לפי סעיף קטן (ג), אלא לאחר שנתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו לפניו; לא
 33 ניתן לאתר את השוהה או המסתגן, רשאי ממונה ביקורת הגבולות לתת את הצו
 34 שלא בפניו, ובלבד שתינתן לו הזדמנות להשמיע את טענותיו לא יאוחר מ – 24
 35 שעות לאחר העברתו למשמורת."

5 מתוך 12



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

18. יוזכר, כי החוק, בנוסחו המקורי, היה במהותו חוק צבאי-פלילי, המכוון לענישת מסתננים המעורבים בטרור. בטרם נחקק החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 3 והוראת שעה), התשע"ב-2012 (להלן: "תיקון 3"), עשתה המדינה שימוש בעיקר בהוראות חוק הכניסה לצורך גירוש ומעצר מסתננים. מימדיה של תופעת ההסתננות לישראל, בעיקר ממדינות סודן ואריתריאה, הלכה והתעצמה, עד אשר עלה בממשלה הצורך לספק כלים ואמצעים נוספים להתמודדות עם התופעה. אחד הכלים היה חקיקתו של תיקון 3, אשר נתן ביטוי למדיניות הממשלה ולפיה יש להחיל הסדר משפטי ייחודי ומחמיר יותר על מסתננים, בשונה מהדין החל על שוהים שלא כדין לפי חוק הכניסה. עד לפסיקת בית-המשפט העליון בבג"צ 7146/12 אדם נגד הכנסת (מיום 16.9.2013) (להלן: בג"צ אדם), ניתן היה להחזיק מסתננים במשמורת לתקופה של עד שלוש שנים בכפוף לעילות שטרור שנקבעו בחוק. בבג"צ אדם קבע בית-המשפט העליון בהרכב מורחב, כי אותו הסדר, שעוגן בסעיף 30א' לחוק ואשר נוסף במסגרת תיקון 3, אינו חוקתי, מאחר שטמונה בו פגיעה לא מידתית בזכות לחירות, ומאחר שהאמצעי שנבחר לשם הגשמת התכליות שעמדו ביסודו אינו מידתי. במישור האופרטיבי נפסק, כי כל הוראותיו של סעיף 30א' לחוק בטלות, כשעד לקביעת הסדר חוקי אחר על ידי הכנסת יבוא, במקום ההסדר שבתיקון 3, ההסדר הקיים לפי חוק הכניסה לישראל כן נקבע, כי עילת השחרור הקבועה בסעיף 13(א)4 לחוק הכניסה לא תחול לפרק זמן של 90 ימים מיום מתן פסק הדין לצורך התארגנות של הרשויות לבחינה פרטנית של המסתננים השוהים במשמורת בהתאם להסדרי חוק הכניסה לישראל.
19. בתגובה לביקורת שתושמעה בבג"צ אדם, חוקק ביום ח' בטבת, 11.12.13, החוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט) (תיקון מס' 4 והוראת שעה), התשע"ד – 2013 (להלן: "תיקון 4"). עיון בדברי החסבר לתיקון (ראו הצעות חוק 817, מיום י"ז כסלו התשע"ד – 20.11.13) מעלה, כי אחת ממטרות התיקון היא לקבוע בסעיף 30א' לחוק הסדר חקיקתי ייחודי שיחול על מסתננים פוטנציאליים שטרם נכנסו לישראל, ועל-פיו ניתן יהיה להחזיק מסתנן במשמורת למשך שנה אחת בלבד. עוד במסגרת התיקון נוסף פרק ד' לחוק, שעניינו הקמת מרכז שהייה למסתננים, שאליו ניתן יהיה להעביר כל מסתנן שנמצא קושי לגרשו – הוא מרכזו שהייה "חולות".
20. במסגרת פרק ד' מצוי סעיף 32כ', המקנה לממונה ביקורת הגבולות את הסמכות להורות על העברת שוהה למשמורת במקרים המנויים בס"ק (א), כשתקופות ההחזקה נקבעו בס"ק (ב).
21. ס"ק (ג) – הוא הרלבנטי לעניינו של העותר, עוסק בסמכותו של הממונה על ביקורת הגבולות להורות על החזקתו במשמורת של מסתנן שקיבל רשיון זמני לשיבת ביקור לפי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה, תוקף רשיונו פג, והוא לא התייצב לחדשו במשך תקופה העולה על 30 ימים. כאמור, ההסדר בס"ק (ג) עניינו במסתנן אשר אינו מתייצב לחדש את רשיון הישיבה



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביק(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- 1 שלו – כאשר אי-הגעתו של המסתנן לחדש את אשרתו היא המהווה את העילה לחזקתו
 2 במשמורת (ראן גם בעמ' 137 לדברי ההסבר). ס"ק (ג) קובע את תקופת החזקה עליהן
 3 רשאי הממונה להורות, כשתקופת החזקה לא תעלה על 90 ימים, 180 ימים או שנה,
 4 בהתאמה למשך הזמן שבו איחר המסתנן לחדש את רשיונו.
 5
- 6 22. על-פי ס"ק (ט), עם תום תקופת המשמורת שנקבעו לשוחה או למסתנן אשר לא התייצב,
 7 יועבר המסתנן למרכז השהייה. עם זאת, יודגש, כי נוסח הסעיף הינו: "**עם תום תקופת**
 8 **המשמורת לפי סעיף זה ישוב השוהה למרכז השהייה**" – נוסח המעלה את המיקום
 9 הבעייתי של ההסדר הקבוע בס"ק ג' לגבי המסתנן (אשר ייתכן ומקומו הראוי היה בגדר
 10 חוק הכניסה לישראל – ראו דבריו של היועץ המשפטי לעדת הפנים והגנת הסביבה, עו"ד
 11 תומר רוזנר, בעמ' 36 לפרוטוקול מס' 142 משיבת יום 2.12.13 בעניין תיקון 4).
 12
- 13 23. ייאמר כבר, כי ההסדר החקיקתי שנקבע בסעיף 32כ' הינו הסדר חריג המסמין גורם מנהלי
 14 לחטיל סנקציה של משמורת לתקופות משמעותיות (ראו שוב, דבריו של היועץ רוזנר,
 15 שם, בעמ' 35), כשסמכויות בית-דין לביקורת משמורת במסגרת תיקון 4 אינן ברורות זיין
 16 (ראו סקירה של כב' הדיין ליברטי, אשר זן בעניינו של העותר ואחרים, בהחלטה מיום
 17 9.1.14).
 18
- 19 24. סקירה זו הובאה אך לצורך הכרעה בעניינו של העותר, כאשר יצויין, כי קיימת עתירה
 20 תלויה ועומדת בשאלת חוקתיותו של תיקון 4 במסגרת בג"צ 8425/13 גבריאלסלאסי נגד
 21 הכנסת ואח', אשר תידון בהרכב מורחב של 9 שופטים (בשלב זה הוסכם כי הדיון בעתירה
 22 יתקיים כאילו ניתן צו על תנאי, וכתבי תשובה אמורים לחיות מוגשים עד ליום 6.3.14).
 23
- 24 בחינת השימוע אשר נערך לעותר על רקע כללי המשפט המנהלי
 25
- 26 25. ענינו הוואות, אם כן, כי במישור העובדתי, ההחלטה על החזקתו של העותר במשמורת
 27 אמורה להתבסס על כך שהעותר לא התייצב לחדש את אשרתו, כאשר יש לערוך אבחנה בין
 28 עצם ההתייצבות בלשכות המשיב לבין אי-חידוש הרשיון בפועל – דבר שאינו תלוי בעותר,
 29 כפי שעולה מלשון החוק ותכליתו. על כן, הממונה על ביקורת הגבולות נדרש למקד את
 30 השימוע בבירור סביב סוגיה זו, וכאשר מסתנן מעלה את הטענה כי אכן התייצב לחדש את
 31 אשרתו – אלא שהדבר לא התאפשר נוכח נסיבות שאינן תלויות בו (מחמת עומס בלשכות,
 32 מחלה או כל מגיעה אישית אחרת), כפי שטען העותר, הממונה נדרש לחקור ולברר זאת.
 33
- 34 26. הצורך לקיים בירור עובדתי מעמיק עולה גם מנוסח הסעיף, כאשר המדובר בסמכות
 35 שהממונה רשאי להפעיל. העובדה שהמדובר בסמכות הכורכת בחובה הפעלת שיקול-דעת



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- 1 באה לידי ביטוי, בנוסף, בהמשך הסעיף הקובע, כי תקופת החזקה במשמורת לא תעלה על
 2 התקופות המדורגות הקבועות בס"ק ג).
- 3
- 4 27. ניתן לראות, אם כן, כי במסגרת ההסדר החקיקתי בו עסקין, משמש הממונה כמי שאמור
 5 לחקור ולברר את העובדות, לשקול אם יש מקום להפעיל את סמכותו להורות על החזקה
 6 במשמורת – וגם אם התשובה לכך היא חיובית, עדיין נדרש הוא להפעיל שיקול-דעת באשר
 7 לתקופת החזקה הראויה.
- 8
- 9 28. תפקיד מורכב זה, על רקע העובדה שעסקין בהסדר חקיקתי חריג, המאפשר לגורם מנהלי
 10 לשלול חירותו של אדם כסנקציה "עונשית", כלפי מסתן אשר מנהל אורח חיים רגיל ואינו
 11 נמצא במתקן שהייה – מחייב קיום שימוע העומד באופן קפדני בכל עקרונות המשפט
 12 המנהלי.
- 13
- 14 29. במישור של שמירה על כללי הצדק הטבעי, יש להבטיח למסתן את מימוש הזכות לטיעון.
 15 מאחר שזכות הטיעון נועדה לאפשר לנפגע להציג את עניינו בפני הגורם המחליט, על אופן
 16 מימושה להבטיח שהפרט הנוגע בדבר אכן יוכל להשפיע (באופן פוטנציאלי) על הגורם
 17 המחליט (ראו בספרה של פרופ' דפנה ברק-ארז, **משפט מנהלי – כך א**, ההוצאה לאור של
 18 לשכת עורכי-הדין, התשי"ע – 2010, בעמ' 499). מקובל להתייחס לשלוש דרישות שחייבות
 19 להתקיים בהליך של טיעון: יש להביא לידיעתו של הפרט את מהות האשמה או הטענה
 20 שהרשות אמורה להחליט בה; ברגיל על הטיעון להיעשות לפני ההחלטה ולא לאחריה;
 21 מתכונת הטיעון חייבת להיות הוגנת (שם).
- 22
- 23 30. באשר לדרישה האחרונה, מתכונת הטיעון משתנה ממקרה למקרה, כאשר כאמור, העיקרון
 24 החולש על נושא זה, כמו על הדיון בזכות הטיעון בכללותו, הוא שההזדמנות לטיעון חייבת
 25 להיות הוגנת, בהתחשב במכלול נסיבות העניין (שם, עמ' 515). לענין זה ראוי להפנות לבני"צ
 26 2394/95 **מוציניק נגד משרד הפנים**, פ"ד מט(3) 274, אשר דן בעניינה של עותרת שנחשדה כי
 27 גישאה נישואין פקטיביים ליהודי, הוזמנה לשימוע ליום למחרת, ובו ביום הוחלט לבטל את
 28 את אשרת העולה שהוצאה לה, הוצא צו גירוש והיא נעצרה. בסופו של יום נקבע, כי אין
 29 מקום להתערבות בהחלטות המנהליות שנתקבלו, אך נמתחה ביקורת כנגד זריזות ההליך
 30 וכן כנגד אופן טיעון שהתקיים בלי להתחשב באי-ידיעת השפה של העותרת ומבלי לאפשר
 31 לה להביא תימוכין לגירסתה - על-ידי הצגת מסמכים או הבאת עד רלבנטי (ראו בעמ' 280).
 32 באופן כללי, ניתן לומר שנדרשת התראה מספקת מראש לגבי מועד הטיעון כדי לאפשר
 33 היערכות לו (ראו בספרה של פרופ' ברק-ארז, בעמ' 517). הדברים נכונים ביתר שאת, כאשר
 34 עסקין בהליך מנהלי שבסופו שלילת חירות מוחלטת לתקופה קצובה, שלאחריה שליחה
 35 למתקן שהייה לתקופה שאינה ידועה.



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק תיצוני:

31. במסגרת זכות הטיעון, ראוי להזכיר כי הזכאות לייצוג אינה נתפסת במשפט המנהלי כחובה. עם זאת, כשעסקינן בהליך מנהלי המסתיים בסנקציה עונשית הדומה באופיה למאסר פלילי (כשברקע קיימת זכות לכל נאשם בפלילים להיות מיוצג על-ידי סניגור ציבורי מקום בו קיימת אפשרות כי יוטל עליו מאסר בפועל), הרי שבמקרים שבהם מסתגן מודיע כי הוא מיוצג, יש לקיים את הדיון בעניינו בנוכחות עורך-דינו. פרופ' ברק-ארז מתייחסת בספרה לכך, שההתמקצעות והביורוקרטיזציה של החליטים המנהליים מעצימות את הצורך בייצוג, במיוחד בעניינם של אוכלוסיות מוחלשות כגון פליטים ועובדים זרים בשל קשיי שפה ופערים בהשכלה (עמ' 527 – 528).
- 9
32. ואכן, סעיף 32כ(ד) לחוק מטרתו להבטיח את זכות הטיעון של המסתגן או השוהה במרכז. עיון בדברי החסבר לסעיף מעלה, כי המדובר בזכות טיעון דומה לזו הקיימת לשוהה שלא כדיון בטרם הוצאת צו משמורת לפי חוק הכניסה. הובהר בדברי החסבר, כי כדי להבטיח את זכות הטיעון כאמור, יתקיים הדיון בשפה המובנת לשוהה או למסתגן.
- 14
33. הליך השימוע בעניינו של העותר מחייב דיון גם בשאלת חובת ההנמקה. ראוי להזכיר, כי תחולתה של חובת ההנמקה משתנה בהתאם לסוג ההחלטה שמקבל הגורם המנהלי, כאשר החשיבות הנודעת להנמקה גוברת ככל שמדובר בהחלטות של גופים מנהליים הממלאים תפקידים שיפוטיים ומעין-שיפוטיים (ראו בעמ' 426 לכרך א' בספרה של פרופ' ברק-ארז). הדברים נכונים ביתר שאת בעניינו, כאשר עסקינן, כפי שצויין לעיל, בהליך מנהלי שתוצאתו שלילת חירות, במסגרתו ממונה על ביקורת גבולות רשאי – אך לא חייב – להפעיל את סמכותו, לאחר ששמע את המסתגן. ככל שהממונה החליט להפעיל את סמכותו, עובר הוא לשלב השני, שבו עליו לקצוב את תקופת ההחזקה במשמורת, בהתחשב בכך שעל-פי לשון הסעיף, התקופות שנקבעו בו הן תקופות החזקה מקסימאליות באופן מדורג בהתאם למשך אי-ההתייצבות להארכת האשרה. כל אלו מחייבים את הממונה לעמוד באופן דווקני בחובת ההנמקה, המהווה ביטוי להגינות בהליך המנהלי.
- 26
34. מן הכלל אל הפרט: על רקע כללים אלו, עיננו חרואות, כי השימוע שנערך לעותר פגום מתחילתו ועד סופו. ייתכן, שהדבר נעוץ בכך שהמדובר בהסדר חקיקתי חדש ובשלב זה טרם גובשה המתכונת הראויה לגבי אופן ניהול שימועים מעין אלו, לרבות החובה לשקף את תהליך קבלת ההחלטה באמצעות עמידה דווקנית בחובת ההנמקה. אומר כבר, כי מצבור הפגמים ועוצמתם, כשעסקינן בהליך שתוצאתו שלילת חירות, אינו מאפשר להחיל את דוקטרינת הבטלות היחסית. על כן, החלטתי להורות על שחרורו של העותר ממשמורת, ולא מצאתי כי ניתן לרפא את רצף הפגמים באמצעות עריכת שימוע נוסף.
- 34
35. אתייחס לפגמים כסדרם:



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- 1
- 2 א. העותר הובא לשימוע לפני ממונה על ביקורת גבולות בנתבי"ג, לאחר שעוכב זמן קצר
- 3 לפני כן בתל-אביב. לא ניתנה לו כל שהות להתארגנות, כאשר עיון בפרוטוקול הדין
- 4 מעלה, כי לא מוסבר לו בתחילת השימוע מה הטענות נגדו ומהו נושא השימוע. ראוי
- 5 היה, למצער, שהממונה יציג את עצמו לרבות את תפקידו, יבהיר לעותר את מחדלו
- 6 הנטען ויסביר את מטרת השימוע, יבהיר בשפה פשוטה את מהות סעיף 332(ג) ואת
- 7 ה"סנקציה" אותה הוא מוסמך להפעיל.
- 8
- 9 ב. לא נערך כל בירור אודות הבנתו של העותר את השפה העברית, כשכאמור, על
- 10 השימוע להתקיים בשפה המובנת למסתנן. אכן, כנראה שהמדובר בעותר אשר מבין
- 11 את השפה העברית – אך לגישת בא-כוחו, אין המדובר בשליטה ברמה המיטבית.
- 12 יציין בהקשר זה, כי הדין מיום 2.1.14 בבית-הדין לביקורת משמורת בעניינו של
- 13 העותר התקיים בנוכחות מתורגמן לשפה הערבית, למרות שהעותר ציין בתחילת
- 14 דבריו שהוא מדבר עברית – כשהדין עצמו אכן התקיים בשפה הערבית.
- 15
- 16 ג. העותר הובא לנתבי"ג בסמוך לעיכובו בתל-אביב. ידועה שעת העיכוב – 19:13, אך
- 17 לא ידועה שעת קיום השימוע, אשר לא צויינה בפרוטוקול. ברי, כי בנסיבות אלו לא
- 18 חיתה לעותר כל אפשרות ראויה להכין את טענותיו ולהביא את ראיותיו (כגון
- 19 אישורים על התייצבותו בלשכות, אם היו בידי, או עדים אשר היו עימו בכל
- 20 הפעמים הנטענות), כשכאמור, ממילא בפתח השימוע לא הוצגה בפניו מטרת
- 21 השימוע.
- 22
- 23 ד. ניכר, כי השימוע לא התמקד כלל בסוגיה הרלבנטית – והיא בשאלה האם העותר
- 24 התייצב לחדש את אשרתו, אם לאו. נשאל הוא אודות מועד כניסתו לישראל, והאם
- 25 ידוע לו כי אשרתו פגה ומהו מועד התפוגה. בשלב זה נשאלה שאלה אחת רלבנטית,
- 26 והיא – מדוע לא חידש את האשרה? העותר מסר גירסה ראשונית ולפיה, הלך
- 27 ליחידת המסתננים ונתנו לו מסמכים למלא. נשאלה שאלה אחת נוספת בחקשר זה
- 28 – האם מילא אותם מסמכים? השיב העותר בשלילה, וכי ידע למלא רק את
- 29 מחציתם. בשלב זה, היה על הממונה להעמיק בחקר הדברים, כשייתכן והעותר היה
- 30 מוסר את מלוא גירסתו, כפי שפורטה בעתירה. אך הממונה עבר, שוב, למספר
- 31 שאלות שאינן אמורות להיות במרכז השימוע ועניינם ברצונו של העותר לשוב
- 32 למדינת המוצא שלו, האם סובל הוא מבעיות רפואיות, והאם יש לו בני משפחה
- 33 בישראל.
- 34



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקור(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

- ה. לטענת העותר ציין מספר פעמים במהלך השימוע כי הינו מיוצג, והממונה אף רשם על פתק את מספר הנייד של עו"ד וייצן. הדברים אמנם אינם מצויינים בפרוטוקול, אך ראויים הם להתייחסות, היות ולא צורף תצהיר מאת הממונה אשר ערך את השימוע. בכל מקרה ייאמר, כי במקום שבו מסתגן מעלה טענה מעין זו, יש ליצור קשר עם עורך-הדין ולאפשר לו לסייע למרשו בעת עריכת השימוע לצורך הצגת עמדתו בצורה מובנת וכן על-מנת לאפשר הבאת ראיות במידת הצורך.
- ו. לאחר כל אלו, מוסר הממונה על ביקורת הגבולות החלטה לאקונית, הנעדרת כל הנמקה. אין כל התייחסות לטענת העותר כי התייצב ביחידה והממונה אינו מנמק כלל מדוע החליט להפעיל את סמכותו. יתרה מזאת, לא ברור מדוע החליט הוא להורות על החזקה במשמורת לתקופה המקסימאלית הנקובה בסעיף. החותמת על ההחלטה אינה כוללת את ציון תפקידו של מר ורדי.
- ז. לטענת ב"כ העותר, מרשו לא קיבל העתק מההחלטה – כאשר מסירת ההחלטה למסתגן מחוייבת נוכח החובה לנהוג בהגינות כלפיו.
- ח. על תפקידו של מר ורדי, למדים אנו אך מהנספח להחלטה, שעניינו "צו העברה למשמורת". יצוין, כי כותרת הנספח אינה מתאימה לעניינו של העותר, שכן עסקינן במסתגן אשר לא שהה במתקן שהייה (לעומת שוהה המועבר למשמורת לפי סעיף 32כא). על כן, לפי גרסת ס"ק (ג), עסקינן, למעשה, ב"צו להחזקה במשמורת". בנוסף, הצו אינו כולל את תקופת החזקה במשמורת.
36. מעבר לצורך יוער, כי עולה שאלה האם הסמכות הופעלה כחוק, מאחר ותיקון 4 נכנס לתוקף ביום 11.12.13, כשהעותר עוכב ביום 30.12.13. זאת, על רקע העובדה שהחוק מעניק תקופת "חסד" בת 30 ימים לצורך התארגנות ומתן אפשרות להתגבר על קושי בהארכת האשרה. ב"כ הצדדים לא העלו /או טענו לעניין זה, ועל כן יושאר הוא בצריך עיון.
- סיכום**
37. מצבור הפגמים היורדים לשורשו של ההליך המנהלי, שעניינו סמכות חריגה להטיל עונש מאסר מנהלי על-ידי ממונה על ביקורת גבולות, שלאחריו העברה למתקן שהייה לתקופה בלתי קצובה, מביא לכך שההחלטה שהתקבלה בעניינו של העותר היא בלתי סבירה, ותוך פגיעה בזכות הטיעון שלו ומבלי שמולאה חובת החנמקה. כפי שכבר ציינתי, לאור הפגיעה הקשה בעותר וריבוי הפגמים, אין מקום לשקול החלת דוקטרינת הבטלות היחסית, ולאפשר שימוע מאוחר.

11 מתוך 12



בית המשפט המחוזי מרכז-לוד בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

עת"מ 14-01-16785 באביקר(עציר) נ' משרד הפנים

תיק חיצוני:

1
2
3
4
5
6
7
8
9

38. לאור כל האמור לעיל, העתירה מתקבלת, כך ש"צו העברה למשמורת" מיום 30.12.13 בטל, וכך גם כל הפעולות שנגשו מכוחו. מורה למשיב לשלם לעותר הוצאות משפט בסך 6,000 ₪.

המזכירות תעביר פסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ט"ז אדר תשע"ד, 16 פברואר 2014, בהעדר הצדדים.

דנה מרשק מרום, שופטת

10
11
12
13
14
15
16