



בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

ע"מ 14-01-34580 זכריה יחיא חוסיין (אסיר) נ' משרד הפנים

בפני כב' השופטת חני סלוטקי

העותר **איברהים זכריה יחיא חוסיין (אסיר)**
ע"י ב"ב עו"ד אסף וייץ ועו"ד גמרוז אביגאל

נגד

המשיב **משרד הפנים**
ע"י ב"ב עו"ד יערה קליינברגר

פסק דין

- 1
- 2 העותר מבקש לבטל את "הוראת השחייה" שהוצאה נגדו ביום 12.12.13 אשר מורה לו לשהות
- 3 במתקן השחייה "חולות".
- 4
- 5 **שענת העותר**
- 6 העותר אורח טוון, יליד 1985, נכנס לישראל ביום 4.6.12 ומיד בהגיעו התעבר למתקן "סהרונים".
- 7 מאז ועד ליום 13.12.13 תחזק העותר במשמורת וזאת מכוחו של סעיף 30 לחוק למניעת הסתננות
- 8 (עבירות ושיפוט) ותיקון מס' 3 והוראת שעה, תשע"ב-2012 (להלן: "החוק" ו/או "תיקון מס' 3"
- 9 בהתאמה).
- 10 ביום 18.2.13 לכל המאוחר, הגיש העותר בקשה למקלט מזיני הנסמכת על הסכנות הנשקפות לו
- 11 בארצו בהיותו תושב תבל וזרפור שבסודן, אשר נרדף בשל היותו בן לשבט מרטי ובשל פעילותו
- 12 הפוליטית בארגון סטודנטים באוניברסיטת חרטום, רדיפה במסגרתה נעצר העותר פעמיים ובמשך
- 13 מספר ימי מעצר עונה, הוכה וחושמל.
- 14 לטענת העותר עד כה, לאחר כשנת, טרם קיבל העותר תשובה לבקשתו. כמו כן, אפילו על פי סעיף
- 15 30א(2) לתיקון מס' 3, שבטל בהיותו לא מידות, היה על המשיב לשחרר את העותר ממשמורת
- 16 לפני מספר חודשים, אולם הדבר לא נעשה.
- 17 ביום 16.9.13 ניתן פסק הדין בבג"ץ 7146/12 נג' סל' אדם ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה
- 18 (להלן: "עניין אדם") שהורה למשיב לבחון את עניינם של כל הכלואים על פי חוק הכניסה לישראל,
- 19 תש"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה"), בתוך 90 ימים.
- 20 לטענת ב"כ העותר, בתגובה לכך עשת המשיב כל שיכולתו לעיכוב שחרור המוחזקים, והעותר
- 21 בכללותם, ולקדם חקיקת ביק שתעקר את פסק הדין בעניין אדם מתוכן.
- 22 בין לבין התנהלו הליכים, בהם ביקשו ב"כ המוחזקים מהמדינת לישים לאלתר את האמור בפסק
- 23 הדין. בין היתר, הוגשה בקשה לפי פקודת ביזיון בית המשפט ביום 26.11.13 בה התבקש בית
- 24 המשפט לכונן את שר הפנים ואת היועץ המשפטי לממשלה לציית לאלתר לפסק הדין.
- 25 ביום 9.12.13 התבקשה נדחתה ובה נאמר בין היתר "....משכן, והגם שדעתנו אינה נוחה מקצב קיום
- 26 הבריקות וקבלת ההחלטות לביצוע פסק הדין עד כה, לא מצאנו מקום להיעתר לבקשה".



בית המשפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

ע"מ 14-01-34580 זכריה יחיאל חוסיין (אסיר) נ' משרד הפנים

- 1 למחרת, ביום 10.12.13 חוקקה הכנסת תיקון חדש לחוק ולהלן: "תיקון מס' 4". באותו תיקון, בין
- 2 חיתר, ניתנה למשיב סמכות לחזיק ב"מרכז שהייה" את מי שלא ניתן לרשו, ללא הגבלת זמן, ללא
- 3 עילת שחרור וללא ביקורת שיפוטית יומה. מרכזו השהייה מותזק על ידי שבי"ס ולטענת ב"כ העותר
- 4 מאפיינים רבים של המתקן זהים למאפייני כלא.
- 5 יתירת מכך, טוען העותר כי סעיף 332 לחוק, לממונה על ביקורת הגבולות שהוא פקיד של משרד
- 6 הפנים, סמכות חסרת תקדים לפיה, רשאי הממונה על ביקורת הגבולות לשים במשמורת לפרק זמן
- 7 שנקבע בחוק, כל מי שלא התייצב במתקן במועד, מי שהפר את כללי המשמעת ומי שנמצא מחוץ
- 8 למתקן ולא חידש במועד את רישיון השהייה שלו. לכל הפרה תג בצידה, בין חודש לשנה של מאסר
- 9 מנהלי.
- 10 המשיב דחה ועיכב את עניינו של המשיב משך 90 ימים (כפי שהותר בעניין אדם) עד לכניסתו לתוקף
- 11 של תיקון מס' 4. בתחילת דצמבר וזמן העותר לשיחה עם נציגי המתקן במחלק השיחה נאמר לעותר
- 12 כי הוא עתיד להשתחרר בקרוב ולקבל אשרת עבודה. ביום 12.12.13 הועבר העותר ממתקן סחרונים
- 13 למתקן חולות הסמוך והוצאת נגדו הוראת שהייה מכות סעיף 332 לחוק. זאת מבלי שנערך לו כל
- 14 שימוע בטרם קבלת ההחלטה ומבלי שהודע על כך לב"ב. רק לאחר העברתו ל"חולות" ניתן לו דף
- 15 הסבר לתנאי השהייה במתקן.
- 16 ביום 15.12.13 הוגשת עתירה נגד תוקפיות תיקון מס' 4. באותו היום החליטו מבקשי מקלט רבים
- 17 מחולות ובניהם העותר לצעוד לירושלים ולהפגין כנגד כליאתם.
- 18 עוד באותו היום נערך לעותר שימוע בזק, בתום השימוע, גזר עליו פקיד משרד הפנים שלושה חודשי
- 19 מאסר לפי סעיף 332 לחוק, ותיקון מס' 4, היא התקופה המקסימאלית.
- 20 המשיבה טענה כי לעותר נערך שימוע פרטי ביום 10.12.13 (נספח 15 לכתב התשובה), בעניין זה טען
- 21 העותר כי השימוע נערך לעותר יום קודם לכניסת החוק לתוקף (תיקון מספר 4) וכי לא מובחר בו
- 22 מתי מטרותיו ועל כן לא ברור כיצד מצופה מהעותר להתייחס לשימוע שהוא אינו יודע מתי מטרותיו
- 23 ומהן החלטותו היכולות להיעזר בעקבותיו.
- 24 יתרה מכך, לטענת העותר, באותו שימוע הופרה זכותו של העותר להיות מיוצג. פרוטוקול השימוע
- 25 אינו מלמד מתי החלטתה שנתקבלה בעקבותיו, ככל שנתקבלה כזאת וגם לא מובחר כי החלטה
- 26 כלשהי נמסרה לעותר וכיצד ניתן לערער עליה בדין.
- 27 עוד נטען, כי מפרוטוקול השימוע, לא ברור אם נשקלו נסיבותיו הייחודיות של העותר ואין בו כל
- 28 הנמקה לשים העותר דווקא במתקן "חולות" ומכאן, טוען העותר, כי ברור שלא נשקלו כל הטעמים
- 29 המיוחדים העומדים לזכות העותר, לרבות שהותו של העותר במשמורת בניגוד לחוראות חוק יסוד:
- 30 כבוד האדם וחירותו, משך שנה וחצי וכן את היותו מבקש מקלט מדיני מזה קרוב לשנה.
- 31 לטענת ב"כ העותר, הפגמים שפלו בשימוע, שעל פי טענת המשיבת שנטענה בדיעבד התייחס
- 32 להוצאת "הוראת שהייה", הינם פגמים המובילים לבטלות האקט המנהלי. ב"כ העותר הפנה לדפנה
- 33 בריק ארז, המשפט המנהלי (כרד א) עמ' 498-528.
- 34
- 35 העותר הוחזק במתקן "סחרונים", לא שוחרר לפי בג"ץ אדם, הועבר למתקן "חולות" ללא שימוע
- 36 חולם וכשצעד לירושלים על מנת למחות נגד ההתעמרות בו, הוחזר ל"סחרונים".



בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

עתי"מ 14-01-34580 זכריה יחיא תוסיין(אסיר) נ' משורד הפנים

1 חרף קיומן של עילות שחרור ברורות, הן על פי החוק למניעת הסתגנות והן על פי חוק הכניסה
2 ובדאשן העובדה כי העותר הוזק פרק זמן ממושך העולה על 60 ימים, בתום הראיון שנערך לעותר
3 ביום 1.12.13, הוחלט להשאירו במשמורת. כל זאת על אף העובדה כי באותו ראיון נאמר לעותר כי
4 הוא ישוחרר. כל זאת על אף העובדה העותר קיבל החלטה של בית הדין ביום 13.6.12, לפיה יש
5 לשחרר העותר על פי חוק חניטה, אלא שהעותר לא שוחרר ועם קבלת החלטת השחרור הוציא
6 המשיב צו להחזקת העותר מוח החוק למניעת הסתגנות.
7 העותר טען לאכיפה בדרנית, שכן ישנם אחרים אותם שיחרר המשיב ממשמורת.

8
9 **טענות המשיב**
10 לטענת המשיב הוראת שהייה שהוצאה לעותר הוצאה כדין וכי אין ממש בטענות העותר בדבר
11 היעדר שימוע והיעדר שיקול דעת. אין חולק כי הוראת שהייה הוצאה בגדר סמכותו של הממונה על
12 ביקורת הגבולות, מכוח החוק למניעת הסתגנות.
13 לטענתו, לעותר נערך שימוע פרטי, במסגרתו נבדקו ונבחנו נתוניו האישיים הרלוונטיים של העותר
14 לצורך מתן החלטה בדבר הוראת שהייה, כמו כן לעותר ניתנה הזדמנות להשמיע טענותיו. לאחר מכן
15 ולאחר בחינת נסיבותיו האישיות של העותר הוחלט על הוצאת הוראת שהייה.
16 כאשר לטענת "תהסתמכות" של העותר, טען המשיב כי אין בה ממש, שכן בתוך פרק הזמן של 90
17 ימים שהקציב בג"ץ למשיב, ניתנו ההחלטות לשחררו ממשמורת וכן הוראת שהייה.
18 המדינה בהוצאתה הוראת שהייה לעותר מילאה אתר תובתה והפעילה את הסמכות שהקנה לה
19 המחוקק כדין.
20 כאשר לטענה כי לא ניתנו החלטות בבקשת המקלט שהגיש העותר, טען המשיב כי על פי תיקון מספר
21 4 לחוק למניעת הסתגנות, אי מתן תשובה בבקשת מקלט, תוך פרק זמן מסוים, תהווה עילה,
22 שבשיקול דעת, לממונה על ביקורת הגבולות, לשחררו מסתגן ממשמורת. כלומר, אין רלוונטיות לכן,
23 לעניין שהיית מסתגן במרכז שהייה הפתוח. המדובר בשחרור ממשמורת.
24 המשיב ציין כי הוראה זו מעניקה שיקול דעת לממונה על ביקורת הגבולות, האם לשחרר ממשמורת
25 לאור העדר החלטה בבקשת המקלט.
26 לעניין טענת האכיפה הבררנית שטען העותר, טען המשיב, כי אין די לטעון טענה אלא יש אף
27 לתוכיחה ולא בכדי לא הוכיח העותר את הטענה שכן המשיב כבר הוציא למעלה מ- 1,500 הוראות
28 שהייה הן למסתגנים המצויים במשמורת והן לכאלה שאינם מצויים במשמורת. העותר לא הוכיח כי
29 נפל פגם וכי החלטה המנהלית אינה עומדת בתוקף החוקיות של הוראות המנהלית כגדרש בדין.
30 עוד טען המשיב, כי הפסיקה בחינה בין אכיפה בדרנית שהיא פסולת לבין אכיפה חלקית שהיא
31 כורח המציאות. מעניינו, מדובר בזקק חדש ועל כן לא להחילו על 50,000 איש בעת זבעונה אחת.
32
33 בשולי הדברים טען המשיב כי אפילו אם נתקבל על ידי בית המשפט טענה מסענות העותר לעניין אי
34 אילו פגמים בחליק, אין אלו פגמים היוורדים לשורשו של החליק ואשר יש בהם לחביא לקבלת
35 העתירה. המשיב הפנה לפסיקה, בין היתר לעתי"מ (ת"א) 1129/07 גספאר פלורדיוויניה נ' מר ששי



בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

עת"מ 14-01-34580 זכריה יחיאל חוסיין(אסיר) נ' משרד הפנים

1 קציר (20.3.07), שם נאמר בין היתר, כי לא כל פגם בפעולת הרשות המנהלית מביא באופן מיידי
2 לביטול החלטתה.
3 עוד טען המשיב, כי מושכלות יסוד הן, כי אין בית המשפט לעניינים מנהליים מחליף את שיקול
4 דעתה של הרשות המנהלית בשיקול דעתו ואין הוא נכנס בעליה. מידת התערבותו של בית משפט זה
5 בהחלטות הרשות מצומצמת אך ורק לעילות ה"בג"ציות" של שיקולים ענייניים, חריגה מסמכות,
6 מתחם הסבירות וכד'.
7 לסיכום טען המשיב כי דין העתירה להידחות.

דין והכרעה

8
9 במהלך הדיון בעתירה ויתר העורר, תוך שמירת זכויותיו, על הטענות החוקתיות שכן העניין תלוי
10 ועומד בבית המשפט העליון.
11 נותרה אפוא לדיון השאלה אם נפלו פגמים מנהליים בחלטת המשיב להעברת העותר למתקן
12 השחייה "חולות".
13 המשיב אינו חולק על הצורך בקיום שימוע, כפי שנטען בעתירה, קודם קבלת החלטתו בדבר העברת
14 העותר למתקן השחייה "חולות". אלא שלטענת המשיב, שימוע כזה נערך לעותר והוא נספח 15
16 לכתב התשובה מטעם המשיב (להלן: "נספח 15").
17 לטענת המשיב: "לעותר נערך שימוע, פרטי, במסגרתו נבדקו ונבחנו נתוני האישיים הרלוונטיים
18 לצורך החלטה בדבר הוראת השחייה כמון כן לעותר ניתנה הזדמנות להשמיע טענותיו. לאחר
19 שמיטת הטענות ובחינת נסיבותיו האישיים של העותר, ומשלא עלו בשימוע כל נסיבות חריגות
20 ובמסגרת שיקול הדעת שהוקנה בחוק לממונה ביקורת הגבולות, הוחלט להוציא לעותר הוראת
21 שחייה."
22 לטענת העותר נפלו פגמים בעריכת השימוע המגדיקים ביטול החלטתו. בין היתר, נטען, כי השימוע
23 נערך ביום 10.12.13, תייעו קודם לכניסת תיקון מס' 4 לתוקף, שהיה ביום 11.12.13.
24 לצורך הדיון אגף כי המשיב היה רשאי להיערך לקראת כניסת תיקון מספר 4 לחוק לתוקף, לאחר
25 שהכנסת אישרה ביום 9.10.13 - 10.12.13, בקריאה שנייה ושלישית את הצעת החוק לתיקון מספר
26 4 לחוק למגינת הסתננות. ביום 11.12.13, תיקון מספר 4 נכנס לתוקף.

27
28 אבחן אפוא את השאלה אם נפלו פגמים בעריכת השימוע לעותר.

29
30 כותרתו של נספח 15: "ראיון - בחינת פרטנית".
31 בחינה של נספח 15 מעלה כי לא הודעה לעותר מטרת הראיון שנועד לו, שהוא, לטענת המשיב,
32 השימוע לצורך קבלת החלטתו בדבר הוראת השחייה.
33 כיצד אם כן "ניתנה לעותר הזדמנות להשמיע טענותיו" אם אינו יודע כלל מה מטרת הראיון.
34 נראה כי העותר סבר לתומו כי הראיון שנועד עמו הוא לצורך שתודרו, כפי ששותרו לפניו, לפי
35 בניין אדם, באותו שהחוקק במשמורת כמוהו.
36 בעניין זה של חודעת מטרת השימוע, נפסק כי:

4 מתוך 6



בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

עת"מ 14-01-34580 זכוריה יחיאל חוסיין(אסיר) נ' משרד הפנים

- 1 "א. יש להביא לידיעתו של הפרט את מהות האשמה או
2 הטענה שהרשות אמורה להחליט בהן (כמעין מקבילה
3 לזכותו של נאשם במשפט לידעת מהו תוכנו של האישום
4 שמפניו עליו להתגונן). בהקשר זה, נבחנת גם שאלת
5 היקפה של הזכות לעיין במסמכים שבידי הרשות, אשר
6 משמשים בסיס להחלטתה...." ע"מ 7201/11 רחמני
7 ז.א. עבודות עפר בע"מ נ' רשות שדות התעופה (7.1.14)
8
9 בגופו, הופרה זכותו של העותר לייצוג. ב"כ העותר לא קיבל כל הודעה על קיום השימוע, הגם
10 שהמשיב ידע כי העותר מיוצג. זאת בניגוד לראיון שמועד לעותר ביום 1.12.13 (נספח 13 לכתב
11 התשובה) שם נשאל העותר האם הוא מיוצג והעותר השיב: "כן אני מיוצג על ידי מוקד סיוע
12 לעובדים זרים". בהמשך נשאל העותר אם הוא מעוניין לבצע את השימוע ללא עורך דינו והשיב
13 בחיוב. בסיום "פרוטוקול שמיעת טענות" ממועד זה, נתקבלה "המלצה בעיין זו הרחוקה".
14 מסתגרת להשאיר/ה במשמורת עד להרחקת/ה".
15 זאת ועוד, בסיום הראיון לא נרשמה כל החלטה או המלצה ביחס להעברת העותר למתקן תשח"ת
16 "חולות" וממילא לא הודעה לו החלטה להעבירו למתקן זה.
17 קשה לקבל כיצד נטען על ידי המשיב כי נבחנו נסיבותיו האישיות של העותר וכי לא עלו בשימוע כל
18 נסיבות חריגות, זאת משהיה ידוע למשיב, כפי שגם נכתב בסיוכום הראיון, כי העותר עצור מיום
19 4.6.12 היינו למעלה משנה ותצ"ו זאת כאשר גם על פי תיקון מספר 4 לחוק, החוקה במשמורת לא
20 תעלה על שנה אחת (סעיף 30אג) לחוק).
21 כמו כן, הוברר כי העותר הגיש בקשה לקבלת מעמד של פליט, היינו לקבלת אשרה ורישיון לשיבה
22 בישראל לפי חוק הכניסה לישראל וטרם ניתנה החלטה בבקשה אף שחלפה למעלה משנה מיום
23 הגשת הבקשה. וגם מטעם זה היה ראוי לשקול אם יש מקום לאפשר לעותר תקופת התאוורות
24 קודם להעברתו למתקן "חולות". (ראה סעיף 30א6) המקנה שיקול דעת לממונה ביקורת הנבולות
25 לשחרור מסתגן שחגש בקשה כאמור).
26 איתרע מזלו של העותר והוא לא שוחרר מהמשמורת קודם להעברתו למתקן "חולות" (כחלק מתנאי
27 השחרור שנקבעו בהחלטת השחרור מיום 12.12.13 - נספח 16 לכתב התשובה). בבג"ץ 7146/12 מיום
28 9.12.13, הצתירה חמדינה כי עד לאותו מועד שוחררו 707 בלואים.
29 אילו היה העותר משוחרר קודם למועד תעברתו למרכז תשח"ת, כפי שראוי היה לעשות בחינתן
30 תקופת מעצרו הממושכת, בהיעדר מניעה לשחררו ובהינתן העובדה שלא נתקבלה החלטה בבקשתו
31 לתכרה כפליט, בסמוך לאחר קבלת פסק הדין בבג"ץ אדם, הייתה לעותר תקופה לא בטלה של
32 תאוורות גם לו היה המשיב מורה לו, לאחר מכן, להתייצב במתקן תשח"ת "חולות".
33
34 זאת ועוד, למעשה, ההחלטה על השחרור והוראת תשח"ת הוצאו באותו יום - 12.12.13. (נספחים
35 17-16 לכתב התשובה בהתאמה). בהחלטת השחרור נקבע כי תנאי השחרור יהיו:
36 א. "ישוה במרכז תשח"ת למסתגנים

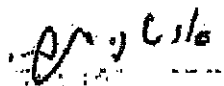
5 מתוך 6



בית משפט לעניינים מנהליים בבאר שבע

עתי"מ 14-01-34580 זכריה יחיאל חוסיין(אסיר) נ' משרד הפנים

- 1 ב. אינו רשאי לעבוד
- 2 ג. ואינו רשאי לשהות מחוץ לתחומי המרכז משעה 22:00 ועד לשעה 06:00.
- 3
- 4 עוד נקבע כי "הני"ל ישוחררו ממשמורת לא יאוחר מיום 12.12.13 שעה 17:00" (כך, בלשון רבים).
- 5
- 6 ב"חוראת השחייה" נקבע תחילה כי על העותר לשהות במרכז השחייה החל מיום 12.12.13 אך
- 7 תאריך זה, המודפס בחוראת השחייה, נמתק בעט ד"ו ונכתב מעליו תאריך אחר שהוא 13/12/2-13
- 8 (כך ו). מעבר לעובדה שבכתב חיד נכתב תאריך לא ברור וכנראה הכוונה היתה לתאריך 13.12.13, חרי
- 9 שנראה כי העותר היה תחת משמורת לא חוקית בין ה-12.12.13 ל-13.12.13 שאז הועבר למתקן
- 10 השחייה ב"חולות", שהרי בתחילת השחרור נאמר כי ישוחרר לא יאוחר מהשעה 17:00 ביום
- 11 12.12.13.
- 12
- 13 בשים לב לכל האמור, מצאתי לבטל את חוראת השחייה שניתנה לעותר ושנקבעה לעותר כחלק
- 14 מתנאי השחרור, זאת מבלי שיש בכך כדי למנוע מהמשיב להוציא לעותר חוראת שחייה חדשה
- 15 לתתיצבות תוך שלושים יום מיום שחרורו.
- 16 תנאי השחרור של העותר יהיו כדלחלף:
- 17 1. העותר ימציא כתובת קבועה.
- 18 2. העותר יתייצב בכל יום ב' בשבוע בתחנת המשטרה הקרובה למקום מגוריו.
- 19 3. העותר ימקיד סך של 2,000 נ"ל לחבטחות קיום תנאי השחרור.
- 20
- 21 המזכירות תשלח העתק פסק הדין לבי"כ הצדדים גם בפקס.
- 22
- 23 ניתן היום, כ"ס שבט תשע"ד, 30 ינואר 2014, בהעדר הצדדים.


חני סלוסקי, שופטת

24
25
26
27
28
29
30