

**ה מ ע ר ע ר י ם**

1. פ' ס' א' ס', מספר מוחזק ----, דרכון ירדני -----
2. ג' א' ס' ג', מספר מוחזק ----, דרכון ירדני -----
3. ו' ח' פ', מספר מוחזק ----, דרכון ירדני -----
4. ע' ע' א' מ', מספר מוחזק ----, דרכון ירדני -----

כולם באמצעות ב"כ עו"ד מיכל פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או רחל בנוימן  
ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או מנאל חזאן  
ו/או לילה מרגלית ו/או נטע עמר ו/או באנה שגרי-בדארנה  
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או נעה שטיין  
שמענם למסירת כתבי בי דין  
האגודה לזכויות האזרח בישראל  
רח' נחלת בנימין 75 תל-אביב 65154  
טל' 03-5608185 ; פקס' 03-5608165

**נ ג ד**

**ה מ ש י ב**

**משרד הפנים - ממונה ביקורת הגבולות**

באמצעות פרקליטות מחוז תל-אביב  
רח' הנרייטה סולד 1, תל-אביב  
טל' 6970222 - 03 פקס' 6918541 - 03

**ע ר ע ו ר מ י נ ה ל י**

מוגש בזה ערעור על החלטתו של בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן - "בית הדין") מיום 28.11.02, אשר דחתה, את בקשות המערערים מיום 21.11.02, ואישרה את צווי המשמורת אשר הוצאו להם ללא שינויים.

העתק החלטת בית הדין מיום 28.11.02, מצ"ב כנספח א' לערעור.

## ואלה נימוקי הערעור:

### מבוא

עניינו של ערעור זה הוא החלטת בית הדין מיום 28.11.02, בבקשות המערערים לבטל את צווי המשמורת אשר הוצאו להם ולהורות על שחרורם בערובה. בהחלטה, אשר ניתנה במאוחד לגבי כל ארבעת המערערים, דחה בית הדין את הבקשות, ואישר את צוי המשמורת אשר הוצאו להם ללא שינויים.

בהחלטה קבע בית הדין, כי סמכויות השחרור הנתונות לו בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל" או "החוק") מתייחסות אך ורק למקרים בהם הוא השתכנע כי המוחזקים אכן יצאו מהארץ, ואילו במקרה דנן, בשל מאבק מדיני בין ישראל לירדן המתואר בהרחבה בגוף ההחלטה, מסרב קונסול ירדן להנפיק למערערים דרכונים בני תוקף, ולכן אין באפשרות המערערים לצאת מישראל ולשוב למולדתם ירדן. בית הדין מציין בהחלטתו, כי רבים השתדלו עבור המערערים אצל השלטונות הירדנים והעלו חרס. בנסיבות העניין קובע בית הדין, כי השתכנע כי קונסול ירדן אינו מעוניין להנפיק למוחזקים דרכונים בני תוקף או תעודות מעבר, וספק אם יעשה כן גם אילו היו משוחררים בערבות. אי לכך, סבור בית הדין, כי המערערים לא יוכלו לצאת מן הארץ במועד שייקבע. לאור כל זאת החליט בית הדין לדחות את בקשות המערערים וצווי המשמורת אשר הוצאו להם אושרו ללא שינויים.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, שגה בהחלטתו שלא לשחרר את המערערים בערבות, והחלטתו עומדת בסתירה להוראות חוק הכניסה לישראל ולהלכות בית המשפט העליון לעניין מעמד הזכות לחירות ממעצר והנסיבות בהן יש להורות על חלופת מעצר בכלל (קל וחומר עת מדובר במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל).

### הרקע העובדתי

1. המערערים הינם אזרחים ירדנים, אשר שהו בישראל ללא אשרות בנות תוקף. המערערים מיועדים לגירוש לירדן, ברם הרחקתם מישראל נמנעת בשל סירוב השלטונות הירדנים לאפשר את כניסתם לירדן בהעדר דרכון תקף מחד גיסא, והתארכות הליך הנפקת דרכוניהם החדשים

מאידך גיסא. המערער 1 מוחזק במשמורת מיום 21.7.02, כארבעה חודשים וחצי. המערער 2 מוחזק במשמורת מיום 13.7.02, כחמישה חודשים בקירוב. המערער 3 מוחזק במשמורת מיום 4.7.02, חמישה חודשים בדיוק. המערער 4 מוחזק במשמורת מיום 12.6.02, כשישה חודשים בקירוב.

2. המערער 1 הוא תושב עמאן בירדן, שם מתגוררים הוריו ו-12 אחיו. ביום 11.4.98 הגיע מירדן לרצועת עזה באשרה שנועדה לבקר את דודו המתגורר ברצועה. המערער 1 עבר מן הרצועה לישראל ועבד בבאר שבע בעבודות שונות. ביום 21.7.02 נעצר המערער 1 ומאז הוא מוחזק במשמורת. בעת שנעצר לא היה בידו דרכון ירדני בר תוקף. ביום 7.8.02, 17 ימים לאחר שנעצר, הופיע המערער 1 בפני בית הדין, וזה אישר את צו המשמורת אשר ניתן בעניינו בלא שינוי. בהחלטתו ציין בית הדין בטעות, כי דרכונו של המערער 1 תקף.

3. המערער 2 הוא תושב עירבית בירדן, שם מתגוררים הוריו ו-9 אחיו. ביום 19.10.99 נכנס מירדן לשטחי הגדה המערבית דרך מעבר אלנבי, משם הגיע לישראל, ועבד בעבודות שונות ביפו. ביום 13.7.02 נעצר המערער 2 ומאז הוא מוחזק במשמורת. בעת שנעצר לא היה בידו דרכון ירדני בר תוקף. עוד באותו היום הובא בפני בית הדין, וזה אישר את צו המשמורת אשר ניתן בעניינו בלא שינוי. בהחלטתו ציין בית הדין בטעות, כי דרכונו של המערער 2 תקף.

4. המערער 3 הוא תושב מזארקע בירדן, שם מתגוררים הוריו ו-6 אחיו. המערער 3 נכנס לישראל בשנת 1996 דרך מעבר שיח חוסיין. במשך שש שנים עבד באילת. ביום 4.7.02 נעצר המערער 3 ומאז הוא מוחזק במשמורת. בעת שנעצר לא היה בידו דרכון ירדני בר תוקף. ביום 10.7.02 הופיע המערער 3 בפני בית הדין, וזה אישר את צו המשמורת אשר ניתן בעניינו בלא שינוי. בהחלטתו ציין בית הדין בטעות, כי דרכונו של המערער 3 תקף. עוד ציין בית הדין, כי המערער 3 מבקש לצאת מישראל לירדן בהקדם האפשרי.

5. המערער 4 הוא תושב גיראש בירדן, שם מתגוררים הוריו ו-8 אחיו. ביום 28.9.99 נכנס המערער 4 לשטחי הגדה המערבית דרך מעבר אלנבי, משם הגיע לישראל, ובמשך שנתיים וחצי עבד בבאר שבע. ביום 12.6.02 נעצר המערער 4 ומאז הוא מוחזק במשמורת. בעת שנעצר לא היה בידו דרכון ירדני בר תוקף. ביום 10.7.02, כחודש לאחר שנעצר, הופיע המערער 4 בפני בית הדין, וזה אישר את צו המשמורת אשר ניתן בעניינו בלא שינוי. בהחלטתו ציין בית הדין בטעות, כי דרכונו של המערער 4 תקף.

6. בתאריך 28.8.02 נתן בית הדין החלטות נוספות בעניינם של המערערים 2, 3 ו-4, זו הפעם בהעדרם. בהחלטות צויין בטעות, כי למערערים 2, 3 ו-4 דרכון תקף, וכי הם מתנגדים להרחקתם מישראל. כפי שיפורט בהרחבה בהמשך המערערים מעולם לא התנגדו להרחקתם מישראל; נהפוך

הוא - ממועד החזקתם במשמורת ועד היום פעלו המערערים ללא לאות לזירוז הרחקתם חזרה לירדן.

7. מיד עם היוודע לכל המערערים, כי הסיבה להמשך החזקתם במשמורת ולעיכוב הרחקתם מהארץ הינה העדר דרכון תקף, יצרו קשר עם הקונסוליה הירדנית בישראל ודרשו, כי יונפקו להם דרכונים חדשים. היות שהמערערים אינם האזרחים הירדנים היחידים, אשר הרחקתם מתעכבת מסיבה זו, נערכה פניה קולקטיבית בשם כל בני הקבוצה לשגרירות הירדנית. בני הקבוצה פנו טלפונית פעמים רבות לשגרירות הירדנית ונענו כי עניינם בטיפול.

8. לפני כחודשיים ביקר נציג השגרירות הירדנית בכלא מעשיהו ופגש את כל האזרחים הירדנים המוחזקים במשמורת. לאחר ששוחח עם הקבוצה כולה ישב הנציג באופן פרטני עם כל אחד ואחד מבין העצורים, ביניהם גם המערערים. בתום הביקור הבטיח נציג השגרירות, כי עניינם של הנתונים במשמורת, ובכלל זה עניינם של המערערים, יטופל.

9. לאחר ביקור נציג השגרירות הירדנית פנו המערערים פעמים רבות לשגרירות, אולם שבו ונענו כי עניינם בטיפול.

10. בצר להם פתחו ביום 20.10.02 האזרחים הירדנים הנתונים במשמורת בשביתת רעב, אשר נמשכה ארבעה ימים והופסקה לאחר שהובטח להם ע"י נציגות הכלא, כי יעשו כל המאמצים להחזירם לירדן. ואכן, לבאת כוחם נמסר על ידי מנהלת האגף בו מוחזקים המערערים, כי נציגות הכלא פנתה פעמים רבות לשגרירות הירדנית, טרם פתחו המערערים בשביתת רעב, ואף לאחר מכן - בניסיון לזרז את הטיפול בהנפקת דרכונים ו/או מסמכי מעבר תקפים עבור המערערים ואחיהם הנתונים במשמורת, אולם מסיבה בלתי ברורה הטיפול מתעכב.

11. יצויין, כי גם בני משפחתם של המערערים 1, 2 ו-4 החיים בירדן פנו למשרד הפנים בעמאן בניסיון לפתור את הבעיה, אולם ללא הועיל.

12. ביום 21.11.02 הוגשו לבית הדין בקשות לביטול צו המשמורת ולשחרור בערובה של ארבעת המערערים. המערערים גוללו את קורותיהם כאמור לעיל ועמדו על כך שאין כל טעם להחזיקם במשמורת, שכן אין כל אפשרות להרחיקם בשל הנסיבות המיוחדות של עניינם. המערערים ביקשו מבית הדין להפעיל את סמכותו לפי סעיף 13טו(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי בית הדין רשאי לפעול על פי התנאי שבסעיף 16ו(א)(4) לחוק - לבטל את צו המשמורת ולהורות על שחרורם בערבות בחלוף 60 ימים מעת שהושמו במשמורת. בית הדין התבקש לקבל את הבקשה בהתחשב

במעמדה הרם של הזכות לחירות ובשים לב לעיקרון המידתיות. המערערים הציבו בפני בית הדין חלופות להחזקתם במשמורת:

א. המערער 1 התחייב להתגורר בביתו של מר ד' א' א' ברהט עד למועד הרחקתו או יציאתו מישראל. כמו כן, התחייב להמציא ערבות כספית ליציאתו מישראל.

ב. המערער 2 התחייב להתגורר בביתו של מר נ' ס' ק' בכפר קרע עד למועד הרחקתו או יציאתו מישראל. כמו כן, התחייב להמציא ערבות כספית ליציאתו מישראל.

ג. המערער 3 התחייב להתגורר בביתו של מר ח' פ' א' ביפו עד למועד הרחקתו או יציאתו מישראל. כמו כן, התחייב להמציא ערבות כספית ליציאתו מישראל.

ד. המערער 4 התחייב להתגורר בביתה של דודתו, גב' ס' מ' ס' א', ברהט עד למועד הרחקתו או יציאתו מישראל. כמו כן, התחייב להמציא ערבות כספית ליציאתו מישראל.

העתק הבקשות מצ"ב, כנספחים ב-ה לערעור.

13. עוד ביום הגשת הבקשה החליט בית הדין, כי על משרד הפנים להגיב לה בתוך שבעה ימים. בשל תקלה משרדית נוסח ההחלטה הועבר במלואו לבי"כ המערערים רק ביום 25.11.02. מיד עם קבלת ההחלטה פנתה בי"כ המערערים לבית הדין בבקשה להורות למשרד הפנים להגיש את תגובתו לאלתר, וליתן החלטה סופית בבקשה. בבקשה צויין כי הקצבת פרק זמן ארוך כל כך לקבלת תגובת משרד הפנים בנסיבות בהם המערערים (המבקשים - שם) שוהים מאחרי סורג ובריח במשך תקופה ארוכה כל-כך, ומוכרים היטב למשרד הפנים, היא בלתי מידתית ובלתי חוקתית. כמו כן, הפנתה בי"כ המערערים את תשומת ליבו של בית הדין לטעות סופר אשר נפלה בהחלטה לעניין מועד המצאת התגובה וזה הבטיח לתקנה ולידע את משרד הפנים בדבר.

העתק החלטת בית הדין והבקשות למתן החלטה סופית מצ"ב כנספחים ו-ז ח לערעור.

14. ביום 28.11.02 ניתנה כאמור החלטה מאוחדת בעניינם של ארבעת המערערים. בית הדין דחה את הבקשות, וצווי המשמורת אושרו ללא שינויים.

## הטיעון המשפטי

### הזכות לחירות

15. דומה שאין צורך להכביר מילים בדבר חשיבות הזכות לחירות אישית. החירות האישית "היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, והיא גם, מבחינה מעשית, תנאי למימוש זכויות אחרות. הפגיעה בחירות האישית, כמו פגיעת אבן במים, יוצרת מעגל מתרחב של פגיעה בזכויות יסוד נוספות: לא רק בחופש התנועה, אלא גם בחופש הביטוי, בצנעת הפרט, בזכות הקניין ובזכויות נוספות" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 261).

16. הזכות לחירות אישית, המוכרת ומעוגנת זה מכבר במשפט הישראלי, זכתה להגנה נוספת עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 5 לחוק כי: "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת". חוק היסוד מגן על זכויות האדם באשר הוא אדם; הזכויות המעוגנות בו אינן מוגבלות לאזרח או לתושב, והן מוענקות גם למי שנכנס לישראל (או מוכנס אליה) שלא כדין (א' ברק פרשנות במשפט כרך שלישי - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) עמ' 436).

17. חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו מבטא שינוי בהערכת האיזונים הראויים בין זכותו של הפרט לחירות אישית לבין אינטרס שלום הציבור וביטחונו, תוך שימת דגש מיוחד על ערך חירות הפרט. שינוי זה בא לידי ביטוי גם בחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה - מעצרים), התשנ"ו-1996, אשר נחקק לאחר כניסת חוק היסוד לתוקף, ובפרשנות אשר ניתנה על ידי בית המשפט העליון להוראותיו. שינוי זה ראוי כי יבוא לידי ביטוי גם בענייננו.

לעניין השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני המעצרים בכלל ועל חוק המעצרים בפרט ראו:

ח' זנדברג "פירוש לחוק המעצרים" (תשס"א) 16 ;  
דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 633 ;  
בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241 ;  
בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מ"י, תק-על 2000(2) 1157 ;  
בש"פ 3604/00 פלוגי נ' מ"י, פ"ד נב(2) 486.

## החובה לבחור בחלופת מעצר

18. לאור האמור לעיל אין זה מפליא, כי בעקבות חקיקת חוק היסוד אנו עדים להנחיה ברורה ומפורשת של בית המשפט העליון לבחון קיומן של חלופות למעצר ולמצות אפשרויות קיימות לשחרור, אם רק ניתן למצוא חלופה, אשר תשרת כראוי את מטרת המעצר תוך פגיעה פחותה בחירות האדם.

בפרשת גנימאת, פסק הדין המנחה בסוגיית המעצר עד תום ההליכים, פסק בית המשפט:

"במדינה דמוקרטית, אשר הציבה בראש חוקתה את הצו כי 'זכויות היסוד של האדם בישראל מושגות על ההכרה בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן חורין...'. (סעיף 1 לחוק היסוד), מעצר ללא משפט צריך להתקיים רק במקרים חריגים ומיוחדים. הכלל הוא החירות. המעצר הוא החריג. הכלל הוא החופש, המעצר הוא החריג..."

ובהמשך: (הנסיבות המיוחדות והחריגות בהן ניתן להצדיק מעצר עד תום ההליכים, מ.פ.) "מבטאות גישה הרואה במעצר עד תום ההליכים אמצעי אחרון ולא אמצעי ראשון. הן משקפות תפיסה הבודקת בשבע עיניים אם נשקפת סכנה אם הנאשם ישוחרר, והן בוחנות היטב אם אין מקום לתחליף מעצר. זוהי החובה החוקתית המוטלת עלינו. אפילו מוצדק הוא לפגוע בחירות, הפגיעה לעולם אינה צריכה להיות מעבר לנדרש." (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 649).

וכך גם בשורה של פסקי דין נוספים ביניהם: בש"פ 3153/00 שלומוב נ' מ"י, תק-על 2000(2) 1157; בש"פ 3604/00 פלוני נ' מ"י, פ"ד נד(2) 486; בש"פ 335/89 מ"י נ' לבן, פ"ד מג(2) 410, 418.

19. הנחיה זו לבחון קיומן של חלופות למעצר ולמצות אפשרויות קיימות לשחרור, אשר תשרתנה את מטרת המעצר, יפה במיוחד עת מדובר במעצר מכוח חוק הכניסה לישראל, אשר "כל מטרתו היא להבטיח את הימצאותו של מי שניתן צו גירוש נגדו בהישג יד לצורך מימוש הצו, באם לא יצא את המדינה מרצונו ועל מנת למנוע את הימלטותו מאימת הגירוש, כשגירוש זה עומד להתבצע." (בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים, פ"ד מד(4) 149, 151-152).

20. באותה פרשה נמנע גירושו של העותר מישראל משום שוויתר על אזרחותו האמריקאית וזו לא היתה מוכנה לקבלו חזרה לתחומה, אלא בהסכמתו. בית המשפט קבע, כי בנסיבות בהן גירושו של העותר אינו נראה לעין, ונוכח התכלית המוגבלת של סמכות המעצר על-פי חוק הכניסה לישראל, אשר "הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהינו יציאתו וגירושו של

**העצור מישראל** ולא לשרת מטרה עונשית, יש לשחרר את העותר ממעצר בכפוף לשורה של תנאים **"שיבטיחו את התייצבותו של העותר, ככול שיידרש לצורך ביצוע צו הגירוש נגדו, כשזה יתאפשר"**.

21. בשל מטרתו המצומצמת של המעצר על-פי חוק הכניסה לישראל פסק כבר בית המשפט העליון בעבר, כי בהפעלת סמכות המעצר וההחזקה במשמורת על הרשות לנהוג במידתיות, וכי עליה **"לבחון תחליפים שונים כגון החזקה שלא במעצר או התייצבות תקופתית במשטרה, וכיוצא באלה אמצעים אשר ישיגו את מטרת ההחזקה (אפקטיביות ביום הגירוש) בלא צורך בהחזקה פיזית. דוק: דינו של מי שהוצא נגדו צו גירוש אינו כדין מי שנתון במעצר בשל חקירה המתנהלת נגדו או בשל כתב אישום שהוגש כנגדו. על כן, מראש החזקתו לצורכי גירוש אינה חייבת להיות בתנאים של 'מעצר', ויש לשקול לגביו דרכי החזקה התואמות את מטרת החזקתו."** (בג"צ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843, 851).

22. בפרשת אל טאיי דן בית המשפט בהמשך החזקתם במעצר של קבוצת אזרחים מעיראק, אשר בשל סכנה לחייהם לא ניתן היה לגרשם חזרה למולדתם. בית המשפט קבע, כי **"אין לעצור אדם שנגדו הוצא צו גירוש לתקופה העולה על הנדרש להגשמת התכלית המונחת ביסוד המעצר. אם הגירוש אינו מתבצע תוך זמן סביר (שאינו נמדד בשנים או בחודשים ארוכים) ניתן להצדיק את המשך המעצר אך בחשש כי תכלית הגירוש לא תוגשם אם משום שהמגורש יימלט מאימת הגירוש, אם משום שבהיותו משוחרר הוא יפגע בביטחון ובשלום הציבור (ובשל כך יחשוש להתייצב לביצוע הגירוש) ואם מטעם אחר."** (שם, בעמ' 851). בית המשפט הורה, כי היה וגירוש העותרים לא יתממש, על המשיבים לבחון אפשרות שחרורם ממעצר תוך קביעת חלופות, מתאימות אשר יבטיחו את מטרת המעצר. יצויין כי בשונה מהמקרה דנן, בפרשת אל טאיי העלו המשיבים טענות בדבר קיום סכנה ביטחונית כתוצאה משחרורם של חלק מהעותרים, ולכן הוקצה למשיבים פרק זמן נוסף לבחינת חלופות המעצר השונות.

23. מן האמור לעיל עולה, כי לא פעם בעבר אמר בית המשפט העליון את דברו לעניין אופן הפעלת סמכות המעצר בנסיבות דומות לענייננו - נסיבות בהן נמנע או מתעכב גירושו של השוהה הבלתי חוקי לאורך זמן, שלא באשמתו. במקרים אלו, בהם נמנעת הגשמת תכלית המעצר שכן לא ניתן לגרש את העצור מישראל, שוב אין הצדקה להמשיך ולהחזיקו במעצר ושומה על הרשות המינהלית לבחון קיומן של חלופות, אשר פגיעתן בחירותו פחותה, ואשר יבטיחו את התייצבותו לצורך ביצוע צו הגירוש, לכשזה יתאפשר. כפי שיובהר להלן, תיקון חוק הכניסה לישראל מעגן הלכה זו בחוק.



## סמכות בית הדין למשמורת על-פי חוק הכניסה לישראל

24. סמכויות בית הדין מפורטות בסעיף 13טו(א) לחוק וכוללות סמכות לאשר את צו המשמורת, בשינויים או בלא שינויים, לבטל את צו המשמורת ולהורות על שחרורו בערובה של המוחזק, וכן סמכות להורות על שחרורו בערובה בתום פרק זמן שיקבע.

25. סעיף 13טו(א)(2) קובע כי בית הדין רשאי: "לבטל את צו המשמורת ולהורות על שחרורו בערובה של המוחזק, אם שוכנע כי התקיימו בו התנאים לשחרור בערובה לפי סעיף 13, וכפוף לסייגים הקבועים בו".

סעיף 13ו(א) מונה את התנאים **החלופיים** לשיחרורו של אדם ממשמורת: "לא ישחרר בערובה שוהה שלא כדין אלא אם כן התקיים בו **אחד** מאלה:

(1) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי שהייתו הבלתי חוקית יסודה בטעות או בתקלה שבתום לב, וכי יצא מישראל במועד שקבע לו;

(2) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי יצא מישראל בעצמו בתוך מועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע;

(3) השתכנע ממונה ביקורת הגבולות כי מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו, או שקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים אחרים המצדיקים את שחרורו בערובה, לרבות מקום שעקב החזקה במשמורת ייוותר קטין בלא השגחה;

(4) הוא שוהה במשמורת יותר מ- 60 ימים ברציפות."

26. עיון בתנאים לשחרור בערובה מעלה, כי בעוד שסעיפים קטנים 1 ו-2 דורשים, כי ממונה ביקורת הגבולות ישתכנע שהשוהה שלא כדין יצא מישראל במועד שייקבע לו, הרי שבסעיפים קטנים 3 ו-4 תנאי זה אינו נדרש, ודי בהתקיים המסכת העובדתית, המפורטת בגוף הסעיפים, כדי להוות עילה לשחרור בערובה.

27. האמור עולה מפורשות אף מדברי ההסבר להצעה לתיקון סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל:

"סעיף זה קובע הסדר מפורט באשר לשחרור בערובה של שוהה שלא כדין. הסעיף מונה את העילות שרק בהתקיים אחת מהן קמה הסמכות לשקול שחרור בערובה. העילות כוללות מצבים שבהם החזקה במשמורת אינה נחוצה לשם הבטחת הגירוש, כאשר

ממונה ביקורת הגבולות השתכנע כי השוהה שלא כדין יצא מישראל בעצמו במועד שנקבע לו, וכן מצבים שבהם השיחרור נדרש משיקולים הומניטריים שונים. כן נקבע העיקרון כי מוחזק במשמורת ישוחרר בערובה אם הרחקתו מישראל מתעכבת זמן רב. (ה"ח תשס"א, 114).

יושם אל לב: בחלוף 60 ימים העיקרון הוא שחרור בערובה. עיכוב כה ממושך בהרחקתו מישראל של הנתון במשמורת, מעיד אליבא דה מחוקק על העדר יכולת לבצעה. בנסיבות אלו, אלא אם כן הגורם לעיכוב הוא העדר שיתוף פעולה מלא מצדו של המוחזק במשמורת (כאמור בסייג שבסעיף 13(ב)), אין כל טעם להמשיך ולהחזיקו במשמורת ויש לשחררו.

28. מטרת סעיף 13 טו(א)(4) למנוע מצב, כדוגמת מצבם של המערערים, בו מוחזק אדם לאורך תקופה ארוכה על לא עוול בכפו מסיבות שונות, בירוקרטיות ואחרות, המונעות את הרחקתו מישראל. במקרה דנן מוחזקים המערערים במשמורת למעלה מ- 60 יום בשל העדר דרכון, שלא באשמתם וחרף פעולותיהם הנמרצות להנפקת דרכון חדש.

29. ודוקו - חירותו של אדם היא עיקר יסודי בשיטתנו. אף אם נוסחו של הסעיף נוקט לשון "רשאי", הרי שסמכות רשות הופכת סמכות חובה כאשר אי הפעלת הסמכות גורמת לפגיעה בזכויות יסוד (ראו: ר' הר-זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) עמ' 117, והמובאות שם). לא אחת נפסק כי:

"לעתים יש מקום לסטות מהנוסח כפשוטו, ולפרש הענקת רשות לפעול כמטילה חובה לפעול. כך הוא, כשעל פי מטרת החוק, הקובע את הרשות לפעול, ועל מנת לא לעשות את דבר המחוקק פלסתר או ריק מתוכן, או כדי להימנע מפגיעה שהמחוקק בוודאי לא התכוון אליה, ברור הוא, שהמחוקק הטיל חובה לפעול, אם כי נקט לשון רשות לפעול בלבד." (בג"צ 335/82 למדן נ' מנהל אגף המכס והבלו, פ"ד לו(4) 758, 788).

### מן הכלל אל הפרט

30. המערערים פנו לבית הדין בבקשה, כי יורה על ביטול צו המשמורת ועל שחרורם בערבות, סמכות הנתונה לו ע"פ סעיף 13 טו(א)(2). בבקשתם הסתמכו המערערים על סעיף 13(א)(4) לחוק וטענו כי התנאים הקבועים בו מתקיימים בעניינם.

31. בהחלטתו התעלם בית הדין מסמכותו לשחרר אדם השוהה במשמורת מעל 60 ימים, ופנה לסעיף 13(א)(2), לפיו יוכל לשחרר אדם ממשמורת אם שוכנע שהאדם יצא מישראל בעצמו בתוך המועד שקבע לו, וכי לא יהיה קושי באיתורו אם לא יצא בעצמו במועד שנקבע. ברם, כאמור, סעיף זה

הוא, **חלופי** לסעיף 13(א) ו-4) ודי בהתקיים הנסיבות המפורטות בסעיף 13(א) ו-4) בו בכדי להוות עילה לשחרור המערערים ממשמורת ("לא ישוחרר בערובה שווה שלא כדין אלא אם כן התקיים בו אחד מאלה"). בית הדין, אם כן, טעה עת נמנע מהפעלת סמכותו.

32. לא בכדי פרט המחוקק ארבע חלופות שונות לשחרורו של אדם ממשמורת. מטרת המחוקק היתה לנסות ולכלול כמה שיותר סיטואציות, שכיחות יותר או פחות, בהן יהא המשך החזקתו של אדם במשמורת מנוגד לעיקרון היסודי בשיטתנו, לפיו אין מגבילים את חירותו של אדם אלא לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

33. הדגש הנרחב אשר הושם בהחלטה על תאור המאבק המדיני המתנהל בין ישראל לירדן "המדובר במאבק המתנהל הרבה מעבר ליכולת ולסמכויות המצומצמות שלי" וכן ציון ההשלכות הצפויות של השחרור בערובה על החלטת הקונסול הירדני באם להנפיק למערערים דרכונים אם לאו "גם אילו היו המוחזקים משתחררים בערבות- ספק בעיני אם היה הקונסול מנפיק להם מסמכים אלה מאותם טעמים ממש", מעלים חשש כי בבסיס החלטת בית הדין עמדו שיקולים הזרים למטרה לשמה ניתנה לו סמכותו.

34. כפי שעולה מסעיפים 13 ו-13טו לחוק, בית הדין הוקם כערכאת ביקורת, בלתי תלויה, שתפקידה לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות בדבר החזקת שווה שלא כדין במשמורת, לרבות לעניין שחרורו בערובה. שיקול הדעת של בית הדין מוגבל אם כן לשאלה האם יש להמשיך ולהחזיק את השווה הבלתי חוקי במשמורת או שמא מתקיימים התנאים הקבועים בחוק המצדיקים את שחרורו.

35. בית הדין מוסמך לשקול את ענינו של הנתון במשמורת המובא בפניו ולקבוע ע"פ נסיבותיו האישיות: מצבו הבריאותי, יכולתו לגייס ערבות ראויה, משך הזמן בו הוא מוחזק במשמורת ועוד, האם ראוי להמשיך ולהחזיקו במשמורת אם לאו. כל שיקול נוסף: מדיניות ממשלת ישראל ומשרד הפנים, מאבקים מדיניים בין ישראל ובין מדינות זרות, הינם שיקולים זרים החורגים מגדר הסמכות אשר ניתנה לבית הדין בחוק ואין הרשות זכאית לפעול לקידום "אם המטרה העיקרית, שלשמה הרשות הפעילה את סמכותה, לא היתה בתחומי המטרות, שלשם השגתן הוסמכה הרשות לפעול על-פי החוק, תיחשב פעולת הרשות כחריגה מסמכות...". (בג"צ 1468/90 בן ישראל נ' שר הפנים ואח', פ"ד מד (4) 149, 152)

## סוף דבר

36. המערערים כולם מוחזקים במשמורת במשך למעלה מ- 60 יום, על לא עוול בכפם ולמרות פעולות נמרצות מצדם לשינוי המצב. המערער 1 מוחזק במשמורת כארבעה חודשים וחצי. המערער 2 מוחזק במשמורת כחמישה חודשים בקירוב. המערער 3 מוחזק במשמורת חמישה חודשים בדיוק. המערער 4 מוחזק במשמורת כשישה חודשים בקירוב. הדברים נאמרו מפורשות בהחלטת בית הדין נשוא ערעור זה - הרחקת המערערים מישראל מתעכבת בשל מאבק מדיני המתנהל בין ישראל לירדן - מאבק, המתעלם מגורלם המר של המערערים, אשר מוחזקים בגינו במשמורת במשך חודשים רבים. החלטת בית הדין מתעלמת גם כן מגורל המערערים ומורה על המשך החזקתם במשמורת עד פתרון המאבק המדיני.

37. כפי שפורט בהרחבה בחלק המשפטי של ערעור זה, בנסיבות עניינם חייב בית הדין לשחרר את המערערים בערבות וזאת נוכח מעמדה הרם של הזכות לחירות והחובה המוטלת עליו להעדיף חלופה למעצר על פני מעצר בפועל, כשהדבר עולה בקנה אחד עם הגשמת תכלית המעצר; ונוכח לשונו המפורשת של סעיף 13(א) (4) ותכליתו הברורה.

38. לאור כל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור ולהורות על ביטול צווי המשמורת, אשר הוצאו למערערים ועל שחרורם בערובה.

---

מיכל פינצ'וק, עו"ד  
ב"כ המערערים