

העותר:

מוקד סיוע לעובדים זרים

ע"י ב"כ עו"ד נעמי לבנקרון ו/או אורי שדה
ממוקד סיוע לעובדים זרים
רח' החשמל 33, תל אביב, 65117
טלפון: 03 – 5602530 פקס: 03 – 5605175
טלפון נייד: 054 - 4788122
דואר אלקטרוני: nomi@hotline.org.il

- נגד -

המשיב:

שר הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה
מרחוב צלאח-א-דין 29, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה למשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא תפורסמנה ההנחיות המנהליות, באשר לדרך השחרור ממשמורת על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, ומדוע לא תותאמנה ההנחיות לנהוג ביחס לשחרור עצורים פליליים בישראל, ותכלולנה, למצער, את הקביעות הבאות:

- א. כל אדם יכול להפקיד ערבות כספית לשחרורו של מוחזק במשמורת;
- ב. יש לשחרר מוחזקים במשמורת 24 שעות ביממה;
- ג. יש לשחרר מוחזקים במשמורת אף בזמן שביתה (לרבות אופן השחרור בעת שביתה).
- ד. ניתן להפקיד ערבות לשחרור המוחזקים במשמורת במתקני המשמורת, במתקני יחידות האכיפה לזרים ברחבי הארץ ובלשכות מינהל האוכלוסין, הפרוסות ברחבי הארץ, ולא רק בלשכת משרד הפנים בנתב"ג.

2. מדוע לא תותקנה ההנחיות המנהליות כאמור לעיל בתקנות

בקשה לדיון דחוף

מדי יום ביומו עוצרת משטרת ההגירה עשרות מהגרים, והמשיב מגרשם מישראל, ובסך הכל מגורשים מישראל בין 1500 ל- 2000 בני אדם בחודש. למיטב ידיעת העותר, מבין המאות, הנעצרים מדי חודש משחרר בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן: בית הדין) בערבות 50-100 איש בחודש (מספרם המדויק של המשוחררים אינו ידוע לעותרת). מספר המשוחררים בערבות איננו רב, ביחס למספר המגורשים. עם זאת, חלקם אינם זוכים לממש את ההחלטה לשחרורם, בשל תנאים נוספים, שנקבעו על ידי המשיב באופן שרירותי וללא סמכות, באשר לביצוע השחרור בפועל, ובהם:

- א. רק ערב השוהה בישראל כדין יכול להפקיד את הערבות הכספית עבור המוחזק במשמורת;
- ב. השחרור מוגבל לשעות מסוימות ביממה, ולימים מסוימים;
- ג. אין מדיניות קבועה ביחס לשחרור מוחזקים במשמורת בימי שבתה, והדבר תלוי למעשה בגחמותיהם של עובדי המשיב.
- ד. השחרור מתבצע אך ורק בלשכת המשיב בנתב"ג.

תנאים אלה מצמצמים באופן משמעותי את אפשרויות השחרור של מוחזקים במשמורת, פוגעים בחירותם, נעדרים כל בסיס בדין, כמפורט בעתירה, ומהווים פגיעה בוטה בעצמאותו של בית הדין.

וידגש: **על פי רוב, רק במקרים הקשים והחמורים ביותר** משחרר בית הדין מוחזקים במשמורת, במקרים בהם מדובר במשמורן יחיד, מחלה קשה וכו'. דא עקא, כי אף אם עברו המוחזקים במשמורת משוכה זו, הרי שעדיין ניצבת בפניהם משוכה גבוהה יותר, וקשה יותר: לשכתו של המשיב בנתב"ג, שם מתבצע הליך השחרור. משוכה זו, ביחס לחלק מהמוחזקים במשמורת, הינה בלתי עבירה.

במקרים המועטים, שבהם פנו עורכי דין אל המשיב, בשם מוחזקים במשמורת שנתקלו בקשיים בשחרורם, הושג בדרך כלל שחרורם של אלה אולם רובם ככולם של המהגרים העצורים הינם חסרי ידע בסיסי באשר לזכויותיהם המשפטיות, אין להם נגישות למערכת המשפט, וידם אינה משגת לשלם שכרו של עורך דין. לא יעלה על הדעת, שבשל כך יוותר ולו מהגר אחד במעצר.

בכל יום נוסף, בו פועל המשיב לפי נהלים אלה, מגורשים מישראל או שוהים במעצר עוד ועוד אנשים, שאמורים היו להשתחרר מכוח החלטת בית הדין, אך לא הצליחו לעשות כן בשל מדיניות המשיב. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקיים דיון דחוף בעתירה.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

ענינה של עתירה זו בשורת תנאים, הקבועים בנהלים פנימיים, המוצבים על ידי המשיב בפני מהגרים, המוחזקים במשמורת, ונקבע שישוחררו בערבות. הנהלים, הקבועים תנאים אלה, לא פורסמו מעולם, והם מוכרים לעותר מפעילותו הרבה בסיוע למהגרים עצורים, מאמירות בעל פה של נציגי המשיב, ממכתבים ומתשובות נציגי המשיב בערכאות משפטיות שונות. תנאים אלה, שנדרשים על ידי המשיב, פוגעים באפשרותם של מהגרי עבודה להשתחרר בערבות על פי החלטות בית הדין, ומפלים אותם לרעה ביחס לעצורים שהינם אזרחי ישראל.

רקע עובדתי

מעצר וגרוש מישראל - כללי

1. מישראל מגורשים מדי חודש אלפי מהגרים. על פי אתר האינטרנט של מנהלת ההגירה, בין התאריכים 1.9.02 – 22.9.04 גורשו מישראל 121,995 איש או עזבו אותה בעקבות פעילות המנהלת. (ר' <http://www.hagira.gov.il/ImmigrationCMS/>)

2. מרגע מעצרו של מהגר, ועד לקבלת ההחלטה הסופית אם יגורש מישראל או ישוחרר (בערבות, או בתנאים אחרים) הוא עובר מספר שלבים:

א. מעצר והעברה אל תחנה של משטרת ההגירה.

ב. שימוע בפני ממונה ביקורת גבולות בתוך 24 שעות מרגע המעצר. ממונה ביקורת הגבולות יכול להחליט על שחרור העצור בערבות, או על הוצאת צו משמורת וצו הרחקה נגדו. אם הוצאת הצו מועבר העצור למתקן משמורת.

ג. בית הדין הינו ערכאה שיפוטית העורכת ביקורת על צו המשמורת של מהגרים במתקני המשמורת (סעיף 13 יב לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל)). אל בית הדין יש להביא את המוחזק במשמורת לא יאוחר מתום 14 ימים מיום מעצרו (סעיף 13 יד לחוק הכניסה לישראל), ולפי הנחיותיו של היועץ המשפטי לממשלה, בתשובה לעתירה שהוגשה על

העותר דכאן ועל ידי האגודה לזכויות האזרח בישראל (בג"צ 6535/02) קוצר המועד לארבעה ימים (הדיון בבג"צ 6535/02 טרם הסתיים).

ד. בית הדין יכול לשחרר מוחזק במשמורת מסיבות שונות, ובין השאר אם השתכנע כי בשל מעצר זה נותר קטין בלא השגחה, מסיבות בריאות, אם סבר כי מקור השהיה שלא כדין בטעות שבתום לב וכן מטעמים נוספים, הומניטאריים מעיקרם. רק מיעוט מן המוחזקים במשמורת, 50-100 איש לחודש לערך, משוחררים בערבות על ידי בית הדין, בעוד ששאר המוחזקים במשמורת מגורשים ישירות ממתקני הכליאה לארצות מוצאם. כיום מכהנים 5 עורכי דין בתפקיד דיינים בבית הדין. בית הדין יושב במתקני הכליאה השונים, בהם מוחזקים מהגרי עבודה עובר לגרושם - רנסאנס בצפון, צוחר בדרום, מיכ"ל בחדרה, ובכלא מעשיהו ברמלה. על החלטות בית הדין אפשר לערער לבית המשפט המחוזי, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים.

ה. כאשר בית הדין או בית המשפט מחליטים על שחרורו של מוחזק במשמורת מסוים נקבע באלה תנאים הוא ישוחרר. בין תנאים אלה ניתן למנות, לרוב, דרישה לערבות כספית, הצגת דרכון, כרטיסי טיסה, והתחייבות לעזוב את ישראל במועד נקוב. לאחר מילוי כל הדרישות על הערב להגיע ללשכת משרד הפנים בנמל התעופה בן-גוריון (להלן: נתב"ג), להציג שם את המסמכים הנדרשים, ולקבל טופס המאשר את שחרורו של המוחזק במשמורת. בנוסף, נדרש המוחזק במשמורת שיהיו במתקן הכליאה בו הוא מצוי דרכון או תעודת מעבר תקפים.

3. במהלך השנים האחרונות טיפל העותר במספר רב של מהגרים, אשר שוחררו על ידי הערכאות השיפוטיות השונות. מניסיונו בשנים אלה למד העותר כי כאשר ערכאה משפטית או מנהלית משחררת את המוחזק במשמורת, אין די בכך על מנת לוודא כי אותו אדם אמנם ישתחרר ממתקן המשמורת; גם אם מחליט בית הדין על שחרורו של מוחזק במשמורת מסוים, הרי שבכך רק החלה, למעשה, מסכת תלאתיו, שכן החלטת שחרור זו אין פירושה כי דלתות הכלא נפתחות בפניו והוא יוצא אל החופשי, אלא כי זו ראשיתה של דרך חתחתים ארוכה בדרכו של המוחזק במשמורת אל החופש. לצורך שחרור **בפועל** של המוחזק במשמורת, יש לעבור משוכות נסתרות המוצבות על ידי המשיב, וזאת בניגוד לכללי המנהל התקין, בניגוד לעיקרון השוויון, ותוך פגיעה בחירות.

4. כאשר אדם משוחרר בערבות, על האדם המפקיד ערבות עבורו לעבור מספר שלבים. למותר לציין, כי שלבים אלו משתנים מאדם לאדם, על פי החלטת בית הדין, אולם ישנם מספר שלבים הנדרשים מכל אדם המפקיד ערבות עבור עצור:

א. קבלת החלטת השחרור לידיו.

ב. מרבית החלטות השחרור קובעות כי יש להעניק שהות לנציגי המשיב לערער לבית המשפט המחוזי עד יום המחרת בשעה 12:00; ועד למועד זה, לא ניתן לממש את החלטת השחרור.

ג. הערב ממתין עד לשעה 12:00 ביום המחרת, ואז פונה להפקיד את הערבות הבנקאית בבנק לפקודת המשיב. ערבות בנקאית, מעצם טיבה וטבעה, הינה כסף מזומן, המופקד בבנק. ס' 13 ז לחוק הכניסה לישראל קובע כי המשיב יכול לחלט את הערבות בכל עת שיעלה רצון מלפניו, כל עוד ניתנה הודעה על כך לערב על פי הקבוע בחוק הכניסה לישראל, "ובלבד שניתן לאתרו באופן סביר".

ד. הפקדת הערבות בבנק וקבלת התחייבות בנקאית תמורתה, היא הליך האורך כשעתיים, לכל הפחות. אם סניף הבנק נסגר כבר בשעה זו, יוכל הערב לגשת לבנק שוב רק בשעה 16:00

ה. עם ההתחייבות ניגש הערב אל משרד הפנים בנתב"ג. עובדי המשרד, בודקים אם התקיימו כל התנאים, וכן בודקים אם דרכונו של העצור נמצא במתקן הכליאה בו מוחזק העצור, הליך היכול להמשך כמה שעות, ולעתים אף יותר מיממה.

ו. אם החליטו עובדי המשיב כי התקיימו כל התנאים הנדרשים – הן על פי החלטת בית הדין, והן על פי הנהלים הפנימיים הקיימים במשרד, תועבר פקודת שחרור למתקן הכליאה הרלבנטי.

הדרישות המוצבות על ידי משרד הפנים בפני המשוחררים בהחלטת בית הדין

5. בפני מהגרים, שבית הדין החליט לשחררם, ניצבים מספר מכשולים נוספים בדרכם לשחרור, חלקם בלתי עבירים מבחינתם. העיקריים שבהם הם אלה:

- א. שחרור אך ורק על ידי ערב ששוהה בישראל כדין;
- ב. שעות פעילות מוגבלות;
- ג. הימנעות משחרורים בימי שבתה.
- ד. אף אם יש ברשותו של העצור את הכסף הדרוש, והוא מצוי עימו בכלא, או מופקד בחשבון בנק, הוא אינו יכול לעשות בו שימוש לצורך ערבות. העצור חייב שיהיה אדם מחוץ לכתלי

בית הסוהר שיערוב עברו. בהעדרו של אדם מעין זה, לא יוכל העצור להשתחרר בערבות, אף אם ישנה החלטה של בית הדין לשחררו.

ה. דרישה כי נציג מנהלת ההגירה, המצוי במתקן הכליאה, יאשר כי הדרכון מצוי בכלא **במועד**

השחרור (קרי, בדיקה תעריך רק כאשר יגיע הערב לסניף המשיב בנתב"ג)

ו. אי פרסום הנוהל המדויק להפקדת ערבות

א. דרישה כי רק ערב השווה כדין יחתום על ערבות לשחרור מוחזק במשמורת

6. בהחלטות בית הדין לשחרור מוחזק במשמורת בערבות לא מציינים הדיינים סייגים לזהותו של הערב. די בכך שהערב יהיה בעל חשבון בנק ותעודה מזהה. אף על פי כן, דורש משרד הפנים, על פי נוהל פנימי, כי הערב יהיה אדם השווה בישראל כדין. מעבר לבעייתיות הטמונה בדרישה זו, כפי שיפורט להלן, אין היא נותנת מענה למצב (המתרחש לא פעם) בו אדם המצוי במעצר, ואין לו קרוב או מודע בישראל, אינו יכול להשתחרר בערבות, אף אם באפשרותו למלא את כל הדרישות האחרות המופיעות בהחלטת בית הדין.

7. כיוון שרבים מן המוחזקים במשמורת אינם מכירים אנשים השווים בישראל כדין, הרי שלעתים הם נאלצים לשכור שירותיו של אדם, השווה בישראל כדין, ומוכן לשמש כערב עבורם. הם מפקידים בידיו את כספם, והוא מפקידו כערבות. למותר לציין, כי הליך זה מטיל על המוחזקים במשמורת נטל כלכלי ניכר, גבוה בהרבה מכפי שאמורים היו לשאת על פי החלטת בית הדין. לעתים הופך הנטל להיות בלתי אפשרי, באופן זה שהוא מונע את שחרורם של המוחזקים בערבות.

8. במהלך השנתיים האחרונות הגיעו מספר מקרים מעין אלה לידיעתו של העותר, ולהלן יובאו רק שתי

דוגמאות:

א. ביום 19.6.02 החליט בית הדין על שחרורו של מר ק.ט, אזרח גאנה, ששהה בישראל שלא כדין ונעצר בשל כך. כל התנאים שנדרשו על ידי בית הדין מולאו על ידי מכר של מר טיג'ן, ששהה בישראל שלא כדין. דא עקא, **משרד הפנים בנתב"ג סירב לשחררו, בשל העובדה שהערב שהה בישראל שלא כדין.** ביום 23.6.02, שוחחה גב' סיגל רוזן מ"מוקד סיוע לעובדים זרים" עם פקידה בשם נטליה ממשרד הפנים בנתב"ג, אשר הסבירה כי בעקבות נוהל פנימי, שהוציא משרד הפנים, החל מאוקטובר 2001 ניתן לקבל ערבות רק מאזרח ישראלי או תושב קבע. בלית בררה, הגיש "מוקד סיוע לעובדים זרים" עתירה בשמו של מר טיג'ן, לבית המשפט המחוזי בתל

אביב (עת"מ (ת"א) 1277/02). מיד לאחר הגשת העתירה הודיעו המשיבים על נכונותם לקבל ערבות מאותו מכר של המוחזק במשמורת, ששהה בישראל שלא כדין, והעתירה נמחקה.

מצ"ב העתק החלטת בית הדין בעניינו של מר ק.ט מיום 19.6.02 כנספח 1/ע

מצ"ב תצהירה של גב' סיגל רוזן כנספח 2/ע

ב. ביום 3.8.04 החליט בית הדין על שחרורה של גב' ג. ס, אזרחית גאנה, בתנאים מגבילים, ובתנאי שתפקיד ערבות כספית של 20,000 ש"ח. לגב' ס' נמצא ערב, אדם בשם י. ל, יהודי אזרח ארה"ב, הנשוי לאזרחית ישראל. מר לסקין שהה בישראל באשרת תייר, אשר פקעה עשרה ימים קודם למתן החלטת בית הדין בעניינה של גב' ס. מר ל. הפקיד ערבות בנקאית עבור גב' ס. **כבר ביום 8.8.04, אולם משרד הפנים סירב לשחררה, שכן בשלב זה שהה מר ל. שלא כדין בישראל.** גב' אמי סער, רכזת מוקד הפניות של העותר, פנתה אל עובדת בשם אריאלה ממשרד הפנים בנתב"ג. אריאלה השיבה כי מקור הדרישה הוא בהנחיות משרד הפנים, אשר נמסרו לה במפורש באותו יום על ידי הגב' מיכל יוספוף, הממונה על ביקורת גבולות ומעברים במטה מינהל האוכלוסין שבמשרד הפנים. ביום 9.8.04 שוחחה גב' אמי סער עם גב' יוספוף, אשר מסרה לה כי **הלשכה המשפטית של משרד הפנים הורתה לקבל ערבות רק ממי ששוהה בישראל כחוק.** גב' יוספוף הפנתה את גב' סער אל הלשכה המשפטית לצורך קבלת מידע נוסף אודות הנחיות אלו. בעקבות זאת, התקשרה גב' סער אל הלשכה המשפטית במשרד הפנים, ושוחחה עם עו"ד דינה דומיניץ. עו"ד דומיניץ טענה, כי קיימת החלטה של הלשכה המשפטית, לא לאפשר לשוהה בלתי חוקי לחתום ערבות לשוהה שלא כדין אחר, **שכן המדובר ברשות מנהלית, אשר לא ראוי שתבוא במגע עם שוהים שלא כדין.** לטענתה, ישנם אף טעמים פרקטיים להחלטה זו, שכן קל יותר לפנות לבעל חשבון ששוהה בישראל כדין, ולחלט את הערבות במידת הצורך. העותר עתר לשחרורה של גב' ס. (עת"מ (ת"א) 2373/04). לבסוף שוחררה גב' סגלה ביום 26.8.04, לאחר שנמצא לה ערב השוהה בישראל כדין. זאת, לאחר ששהתה 18 יום במעצר, אך ורק מכיוון שלא עלה בידה לאתר ערב השוהה בישראל כדין. העותר ביקש, למרות השחרור, כי יינתן פסק דין עקרוני בעתירה דנן, אך בית המשפט דחה את הבקשה.

מצ"ב העתק החלטת בית הדין בעניינה של גב' ס. מיום 3.8.04 כנספח 3/ע

מצ"ב תצהירה של גב' אמי סער כנספח 4/ע

ב. קביעת מספר שעות מצומצם לשחרור מוחזק במשמורת

9. לשכת משרד הפנים בנתב"ג פועלת 24 שעות ביממה, שכן היא מטפלת בעניינים שוטפים הנוגעים לכניסת אנשים לישראל וליציאה ממנה, המתרחשות בכל שעות היממה. עם זאת, עובדי הלשכה מטפלים בשחרורם של מהגרים בערבות רק במועדים הבאים:

- א. בימים א'-ה' בין השעות 8:00-16:00;
- ב. ביום ו' בין השעות 8:00-14:00;
- ג. אין כל אפשרות לשחרור ביום שבת.

10. שעות קבלה מצומצמות אלה מביאות לעיכוב שחרורם של מוחזקים במשמורת רבים, וזאת, משום שבמרבית החלטות בית הדין, השחרור מעוכב בדרך כלל עד השעה 12:00 בצוהרי היום למחרת ההחלטה, על מנת לאפשר למשיב שהות לערער על ההחלטה. רק אז, אם החליט המשיב שלא לערער, יכול הערב לגשת לסניף הבנק, להפקיד ערבות ולקבל התחייבות בנקאית תמורתה, הליך האורך כשעתיים לפחות. מרבית סניפי הבנקים סגורים בשעה זו ולכן פונה הערב לבנק רק בשעה 16:00, עובדה שאינה מאפשרת לו להגיע למשרד הפנים בנתב"ג לפני השעה 18:00 לערך. כך, נדחה השחרור ביום נוסף.

11. כך למשל, החליט בית הדין בכלא רנסאנס ביום 2.10.03 על שחרורו של אזרח גאנה, באופן מידי, עקב מצבו הבריאותי הקשה. התנאי היחיד שהופיע בהחלטת השחרור היה הצגת דרכונו בפני משרד הפנים בנתב"ג. גב' סיגל רוזן ממוקד סיוע לעובדים זרים העבירה את הדרכון בו ביום לנתב"ג בשעה 21:00. עם זאת, הפקידים סירבו לרשום שהדרכון הוצג בפניהם, ונמסר לה לשוב למחרת שכן אין שחרורים לאחר השעה 16:00. למותר לציין, כי להליך כגון רישום שדרכון הוצג וצילומו של הדרכון, לא נדרשת מומחיות מיוחדת כלשהי.

מצ"ב העתק החלטת השחרור מיום 2.10.03 ומסומן כנספח 5/ע.

ג. דרישה כי דרכונו של המוחזק יימצא בכלא

12. בנוסף (תוך יצירת סיבוך בהליך סבוך ממילא), דורשים נציגי המשיב, בעת שהערב מגיע למשרדם, כי נציגי משטרת ההגירה יאשרו באזניהם, בטלפון, כי דרכונו של המוחזק מצוי בכלא. בשל כך הערב יכול להגיע לנתב"ג רק בימים ובשעות, בהם מצויים שוטרי מנהלת ההגירה במתקני הכליאה השונים, על מנת שיוכלו לאשר שבידיהם הדרכון השייך למוחזק. בימי שישי לא נמצאים, למיטב ידיעתו של העותר, שוטרי מנהלת ההגירה כלל במתקני הכליאה המופעלים על ידי השב"ס (רנסאנס ומעשיהו) בעוד שבמתקנים המופעלים על ידי מנהלת ההגירה (מיכ"ל וצוחר) אין שוטרים של מנהלת ההגירה היכולים לטפל בכך ביום שישי.

13. כך קורה שאף שמשרד הפנים מוכן לשחרר מוחזק בימי שישי, קשה ולעתים בלתי אפשרי לשחרר עצורים ביום זה, והשחרור נדחה ביומיים נוספים - עד יום ראשון.

14. אף כאשר מצויים השוטרים במתקן, קיים לעתים קושי להשיגם. ולכן, אם לא נוצר קשר עם שוטרי מנהלת ההגירה בטלפון, על מנת לקבל את אישורם להמצאות הדרכון, ידחה השחרור ביום נוסף. עובדי העותר היו עדים למקרים רבים בהם נדרשו, לצורך קבלת אישור מעין זה, שעות ארוכות, ולעתים גם נדחה השחרור ביממה שלמה בשל כך.

ד. הקפאת האפשרות לשחרור מוחזק במשמורת בזמן שביתה

15. בזמן שביתה במשק, כאשר משרד הפנים שובת אף הוא, תלויה אפשרות השחרור בגחמותיהם של פקידי המשיב. ברצותם - ישחררו, וברצותם - ימאנו. עם זאת, גם בזמן שביתה ממוני ביקורת גבולות ממשיכים לתת צווי הרחקה וצווי משמורת. עובדי משרד הפנים בנתב"ג, האמורים לפעול לשחרור המוחזק במשמורת, אם בית הדין החליט על שחרורם, הם אלה השובתים, ומחליטים, על פי שיקול דעתם, האם לשחרר או לא.

16. המשיב לא נערך לכך, שגם בעת שביתה ישוחררו אנשים ממשמורת. בעוד שבעת שביתה במשק או במערכת בתי המשפט לא חדלים משטרת ישראל ושירות בתי הסוהר לוודא כי המוחזקים במתקני המעצר והמאסר ישוחררו לחופשי על פי הדין, הרי שרק מוחזקים במשמורת בגין שהייה שלא כדין - אינם משוחררים. מדיניות המשיב בעניין זה היא מחדל. דווקא בעניין זה, למיטב ידיעת העותר, לא נקבע שום נוהל. המשיב לא בא בדברים עם פקידי בניסיון להגיע להבנה, כיצד יפעלו בעת שביתה, והוא אינו ערוך להקמתו המיידית של מערך שחרור חלופי עם פרוץ שביתה. אפשר היה לוודא, כי בעת שביתה ישוחררו המוחזקים במשמורת על ידי משטרת ההגירה או על ידי ממונה ביקורת הגבולות, ואולם המשיב, שהחובה לשחרר רובצת לפתחו, אינו שש למלאה, ותולה את השחרור ברצונם הטוב של פקידי השובתים.

17. כך למשל, מר ט', אזרח גאנה שוחרר על ידי בית הדין ביום 06.10.02 בערבות של 5000 ₪. משהתברר למר ט' שרק שוהה כדין יוכל לערוב לו, נאלץ להמתין שבוע ימים, עד ליום 13.10.02, יום ראשון שבו יכול עובד שגרירות גאנה, להתפנות ליום שלם לצורך ההליך הנדרש לשחרורו. ביום 13.10.02, שבעה ימים לאחר קבלת החלטת השחרור, הגיע הערב לנתב"ג לאחר שמילא את כל תנאי הערבות ושם נמסר לו על ידי הפקידים שמשרד הפנים בעיצומים ולפיכך אין באפשרותם לקבל את הערבות. רק למחרת בערב, בעקבות פניית העיתון "ידיעות אחרונות" למשיב, נמסר כי הערב יכול להשלים את הליך השחרור. ביום 15.10.02, תשעה ימים לאחר החלטת השחרור, הצליח הערב לשחרר את מר ט' ממעצרו. ביום זה נמשכה פעילות המעצרים כסדרה, וממוני ביקורת גבולות, האמונים על הנפקת צווי משמורת וצווי הרחקה, עבדו כרגיל.

18. במקרה אחר, שטופל בידי מתנדבי המוקד, נעצר אדם בשם ק.א, אזרח גאנה. ב.א, השוהה בישראל כדין, ניסה לשחררו בערבות ביום 14.9.04. ניסיונות אלו לא צלחו, בשל בעיות כאלו ואחרות הקשורות לתפקודו של המשיב. בתחילה נמסר לו שאדם בשמו של עצור זה אינו מופיע ברשימותיהם; לאחר מכן נמסר לו כי הוא רשום כ"אלמוני" ולכן לא ניתן לשחררו; ולבסוף נמסר לו, עם תום כל הברורים, כי השעה כעת 16:00 ולכן אין באפשרותו להפקיד ערבות, לאחר שעה זו. ביום המחרת (15.9.04) חל ערב ראש השנה, במהלכם לא ניתן היה לברר את העניין. ביום 19.9.04 הגיע מר ב.א שוב לנתב"ג, ושם נמסר לו כי יש להציג את דרכו של העצור בכלא, ולא בנתב"ג, וכי אין טעם שיגיע למחרת לסניף המשיב בנתב"ג, שכן עתידה לפרוץ שביתה ביום זה. השביתה הסתיימה ביום 22.9.04, ואז הגיע הערב פעם נוספת לנתב"ג, אך שם נמסר לו כי חלף המועד בו ניתן היה לקיים את החלטת בית הדין, ויש לבקש ממנו להאריך את החלטת השחרור. לבסוף שוחרר מר ק.א כעבור 10 ימים של מעצר שווא, שנבעו מהתנהלותו המסורבלת בעליל של המשיב.

מצ"ב העתק תצהירו של מר ב.א ומסומן נספח ע/6

הפניות לרשויות

19. ביום 24.4.02 פנתה עו"ד מיכל פינצ'וק מן האגודה לזכויות האזרח בישראל אל מר הרצל גדז', ראש מנהל אוכלוסין דאז, בבקשה לחדול לאלתר מהצגה אוטומטית של דרישת ערב ישראלי בלבד כתנאי לשחרור של זרים הנתונים במשמורת, ולחלופין לדעת מהו מקור הסמכות החוקי לדרישה זו.

מצ"ב העתק הפניה מיום 29.4.02 כנספח ע/7.

20. ביום 20.6.02 השיב מנהל מינהל האוכלוסין כדלקמן:

"מבדיקת העניין נמצא כי ישנם מקרים בהם אנו דורשים כי ישראלי (תושב או אזרח) יערוב ליציאתו של זר מישראל. מדובר בערובה שאינה ערובה בנקאית... והיה ויבקש מי שאינו ישראלי לחתום על כתב ערבות בנקאית להבטחת יציאתו של זר מישראל, הרי ששירות לעשות כן ובלבד שהוא שוהה באופן חוקי בישראל ובהעדר נסיבות מיוחדות לסירוב **הבקשה**". (ההדגשה שלי, נ"ל)

מצ"ב העתק מכתבו של הרצל גדז' מיום 20.6.02 כנספח ע/8

21. בסעיף 3 למכתבו (8/ע) מצוין מר גדז' מפורשות כי "ערבות זאת נדרשת במקרים בהם **אנו נדרשים** **לכלי נוסף** להבטחת יציאתו של הזר מישראל. מובן כי בכל מקרה מופעל שיקול הדעת בהתאם לנסיבותיו." (ההדגשה איננה במקור- נ"ל). באשר ל**מקור סמכותו** לעשות כן, ולהפעיל שיקול דעת באופן זה, או שיקול דעת כלשהו, ולדרוש "כלי נוסף" להבטחת עזיבת הזרים את ישראל, סתם מר גדז' ולא פירש, אך הגדיל עשות, והוסיף בסעיף 5 למכתבו "סעיף סל" נוסף, הקובע כי משרד הפנים יימלא את החלטת בית הדין "בהעדר נסיבות מיוחדות למילוי הבקשה". קרי, כאן הופכת סמכות טכנית לסמכות שיפוטית של ממש, אותה נוטל המשיב לידי, תוך שהוא פוגע בהפרדת הרשויות. הלכה למעשה, מצבי המשיב את שיקול דעתו תחת שיקול דעת של בית הדין או בית המשפט, ומתעלם מהחלטה שיפוטית ברורה, ההופכת, בלשונו של מר גדז', ל"בקשה", ותו לא.

22. ביום 24.6.02 פנתה ב"כ העותר, הח"מ, בעניינו של מר ק.ט, אזרח גאנה (אשר עניינו מפורט בסעיף 8 לעתירה זו) אל גב' מיכל יוספוף, הממונה על ביקורת גבולות ומעברים במטה מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, בבקשה לשחרר את מר טיג'ן בדחיפות מכלאו למחרת שוחחה ב"כ העותר עם גב' יוספוף, ונמסר לה שהתקיים דיון במשרד בנושא זה, אך טרם הוסקו מסקנות כלשהן.

מצ"ב העתק הפניה מיום 24.6.02 כנספח 9/ע

23. ביום 30.6.02 התקבל במשרדה של הח"מ פקס, בו נאמר כי "**אין מניעה שזר יפקיד ערבות בנקאית עבור זר אחר בתנאי שהוא שוהה בארץ כחוק**". כאמור לעיל, העותר הגיש עתירה בשמו של מר ט., והוא שוחרר ממעצרו לאלתר.

מצ"ב העתק המכתב מיום 30.6.02 כנספח 10/ע

24. ביום 24.12.03 פנתה הח"מ למשיב, ופירטה את הבעיות הקיימות במצב הנוכחי ביחס לשחרורם של מהגרים, המוחזקים במשמורת, ובעיקר הדרישה ביחס להיותו של הערב שוהה בישראל כדין וכן שעות השחרור המוגבלות. מכתב זה לא נענה עד היום.

מצ"ב העתק הפניה מיום 24.12.03 כנספח 11/ע

25. ביום 18.5.04 פנתה עו"ד יעל כץ- מסטבאום, מהמחלקה המשפטית של העותר, אל היועצת המשפטית של משרד הפנים, עו"ד שרית דנה, בבקשה לגבש נוהל לשחרור מידי של מוחזק במשמורת לאחר החלטת השחרור. במכתב נטען כי קיימים עיכובים חוזרים בשחרורם של עצורים, וכי יש לקבוע נוהל אחיד שיקבע הליך שחרור פשוט, ברור ונגיש. כפי שהובהר במכתב, כליאת אדם מעבר לזמן ולהיקף שנקבעו בהחלטה השיפוטית, מנוגדים לחוק. אף פניה זו לא נענתה עד היום.

מצ"ב העתק הפניה מיום 18.5.04 כנספת ע/12

26. אף בעניינה של גב' ג. ס. (שעניינה מפורט בסעיף 8 ב לעתירה) פנתה הח"מ אל המשיב לאחר שמושרד הפנים בנתב"ג סירב לשחררה בערבות של שוהה שלא כדין.

מצ"ב העתק הפנייה מיום 9.8.04 כנספת ע/13

27. למרות כל פניות העותר, המצוינות לעיל, לא ניתנה עד היום תשובה מטעם המשיב, המבהירה את עמדתו בנושא זה די צרכה, את נימוקיה ואת טעמיה. תשובה מעין זו ניתנה רק בעת"מ (ת"א) 2373/04, המוזכרת בסעיף 8 ב לעתירה זו. כאמור, המשיב סירב לשחרר את העותרת באותה עתירה, כיוון שלא עלה בידה להשיג ערב השוהה בישראל כדין. בתשובת המדינה לבקשה למתן פסק דין כתבה עו"ד נורית טביב מפרקליטות מחוז תל אביב את הדברים הבאים:

"...שוהה שלא כדין המגיע להפקיד ערבות עבור חברו, שוהה שלא כדין הנתון במשמורת, דינו הרחקה ושהייה במשמורת עד הרחקתו, לפי חוק הכניסה לישראל. **המשיבים סבורים כי אין מקום שרשות ממלכתית תבוא בדין ודברים בהקשר זה, עם שוהה שלא כדין, ותתעלם מכך שהלה עובר עבירה של שהייה שלא כדין לפי סעיף 12 לחוק הכניסה לישראל. מדיניות כזו עלולה להתפס כ"הכשרת" שהייתו הבלתי חוקית של הערב ומתן גושפנקא למעשיו**". (ההדגשה הוספה)

28. בנוסף, מציינים המשיבים בתגובתם לעת"מ 2373/04 את הקושי בחילוט הערבות במידת הצורך:

"המשיבים יטענו אפוא כי בבסיס הנוהל עומדים גם טעמים פרקטיים, שעניינם הקושי לחלט הערבות- במידת הצורך- כאשר הערב הינו שוהה שלא כדין ונעדר כתובת מסודרת וברורה בישראל. ומה לי כאשר הערב, השוהה שלא כדין, יעמוד בפני הרחקה מישראל, ואז יבקש להישאר בישראל עד פקיעת תוקף הערבות שהפקיד? והרי משרד הפנים נותן מענה לאלה שהפקידו ערבות ומבקשים לבטל את חילוטה. האם עד מתן המענה לפנייה תעוכב הרחקתו של השוהה שלא כדין הערב? האם הרחקתו תעוכב עד שתוחזר לו ערבותו או יפקע תוקפה? גם נסיבות אלו יוצרות קושי פרקטי ניכר, אשר אף הוא נכנס במניין השיקולים להותרת הנוהל על כנו, שעה שמדובר במקרים מעטים בהם מבקש שוהה שלא כדין להפקיד ערבות בנקאית; ושעה ששוהים רבים שלא כדין משתחררים ממשמורת בהתאם לנוהל, ללא קושי וכדבר שבשגרה, חדשות לבקרים"

מצ"ב העתק תגובת המדינה בעת"מ (ת"א) 2373/04 כנספה ע/14.

הטיעון המשפטי

1. מדיניות המשיב נעדרת סמכות

א. העדר הסמכה בחוק

29. עקרון חוקיות המינהל מחייב, כי לכל פעולה מינהלית יהא מקור סמכות, הקבוע בחוק או מכוח החוק. רשות מינהלית, ובכלל זה המשיב, רשאית לפעול אך ורק על פי הסמכויות, שהעניק לה הדין, וכל דבר החורג מדל"ת אמותיו של החוק בטל ומבוטל הוא.

30. רשות שלטונית אינה רשאית לכפות אדם, הנזקק לשירותיה, למלא אחר דרישות, שאינו חייב בהן. כלל יסודי זה נובע מהיחס בין כוחה העצום של הרשות לבין תלותו המוחלטת של הפרט בה, אשר נאלץ לפעול, על כורחו, כפי שיורו לו, אף אם הדרישה המועלית בפניו אינה חוקית:

"... אכן, היחיד הניצב לפני הרשות אין ברירה של ממש בידו אם ייעתר לדרישת הרשות, אם לאו, שבידי הרשות הכוח לכפות עליו את רצונה אף אם אין לדרישתה כל עיגון בדין. מקור הכוח הוא במונופול המוקנה לשלטון בביצוען של פעילויות מסוימות - אישור, רישוי, רישום וכיו"ב - ובהיעדר חלופה זמינה העומדת לרשות היחיד". (ע"א 2299/99 שפייר נ' חברת דיור לעולה בע"מ, פ"ד מה(4) 213, 232-233).

31. היקף שיקול הדעת הנתון למשיב על פי חוק הכניסה לישראל נדון לא פעם בבית משפט נכבד זה וכבר נקבע, כי למרות שלכאורה מקנה החוק למשיב שיקול דעת "מוחלט" בהפעלת סמכותו, הרי שהתואר "מוחלט" אינו יאה לו, שכן גם שיקול-דעת זה כפוף לכל עילות הביקורת של המשפט המנהלי, בדומה לכל שיקול-דעת אחר המסור לרשות מנהלית.

"יגעתי ולא ידעתי מדוע זכה – או מדוע נתחייב – שיקול-דעתו של שר הפנים בחוק הכניסה בתואר של שיקול-דעת "מוחלט". שיקול-דעת "מוחלט" פירושו, כפשוטו, שיקול-דעת חופשי ומשוחרר מביקורת, שיקול-דעת שלמעשה אין אחריו ולא כלום... נמצא לנו אפוא, שאותו שיקול-דעת "מוחלט" אינו מוחלט כל עיקר, והרי מניין עילות הביקורת עליו כמניין עילות הביקורת על שיקול-דעת אחר, שיקול-דעת שאינו "מוחלט". (השופט חשין בבג"צ 758/88 קנדל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 505, 527-528).

וראו גם:

בג"צ 3403/97 אנקין ואח' נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525-526;

בג"צ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים ואח', פ"ד מב(2) 424, 434.

32. בנושא שבדון, מהווה המשיב זרוע טכנית בלבד, שתכליתה לבצע את החלטות בית הדין, באשר לדרך שחרורם של מהגרי העבודה המוחזקים במשמורת מכוח צו משמורת. אין זה מתפקידו, ואין זה בסמכותו למנוע שחרורו של אדם, על ידי הוספת תנאים נוספים לשחרורו לתנאים שקבע בית הדין.

33. הסמכות שמתיימר המשיב לקחת לעצמו – הוספת תנאים לתנאים שקבע בית הדין לשחרורו של אדם ממשמורת – טמונה בה פגיעה קשה בקשת רחבה של זכויות יסוד, בראשן פגיעה בחירות. אחד הכללים הבסיסיים של המשפט המנהלי, עוד קודם לחקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומקל וחומר לאחר חקיקתו, היא כי סמכות של הרשות המינהלית לפגוע בזכות יסוד, צריכה שתהיה מעוגנת במפורש בחקיקה ראשית. בהעדר עיגון מפורש כזה, לא קמה לרשות המינהלית סמכות לנקוט בפעולות הפוגעות בזכויות יסוד, בהן הזכות לחירות:

"כאשר מדובר על הסמכה כללית וסתמית, אך טבעי הוא, כפועל יוצא מן האמור לעיל, כי היא תפורש באופן השולל הקניית סמכות להגבלתה של זכות יסוד. זכות יסוד אינה ניתנת לשלילה או להגבלה אלא על-פי דבר חקיקה מפורש של המחוקק הראשי, ונוסף לכך, כל עוד אין חוק יסוד הקובע אחרת, גם על-ידי מחוקק המשנה, שהוסמך לכך על-ידי המחוקק הראשי". (בג"צ 337/81 מיטרני ואח' נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337, 358).

34. הלכה זו המשיכה וקנתה לה אחיזה אף לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

"התפתח קו ברור של פסיקה אשר קבע כי במקום שהסדר החקיקתי פוגע בחירותו של הפרט, נדרש בדרך-כלל כי הסמכתו של המינהל בחקיקה הראשית תהא ברורה, מפורשת וחד-משמעית. [...] גישה זו הינה - כפי שנקבע בפרשת מיטרני - בעלת אופי כללי, וחלה בכל מקרה שבו ההסמכה היא לפגיעה בחירויות יסוד של האדם. [...] הסמכתו של המחוקק הראשי התפרשה בדרך-כלל כמאפשרת פגיעה בחירות הפרט רק אם ביטויה היה מפורש, ברור וחד-משמעי". (בג"צ 3267/97 רובינשטיין ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 520-521)

35. החלטה של רשות מינהלית, הפוגעת בזכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק, כפי שנעשה בנסיבות המתוארות בעתירה זו, עת בא המשיב והטיל מגבלות נוספות על המגבלות שקבע בית הדין, דינן בטלות. הגורם שהוסמך בחוק הכניסה לישראל לקבוע את תנאי השחרור הוא בית הדין, ובית הדין לבדו. אף אם נניח כי הייתה המגבלה המדוברת מגבלה סבירה, הרי שהגורם הרשאי להטילה הוא בית הדין, והוא בלבד. משלא נמסרה למשיב סמכות להטיל מגבלות אלה, לא בחקיקה ראשית ולא בכל דין

אחר, הרי שאין בסמכותו להטילן, שכן פגיעה בזכויות יסוד יכול שתיעשה רק מכוח הסמכה בחקיקה ראשית:

"אמת, במשטר דמוקרטי יש לא פעם צורך - למען הגשמת אינטרס הכלל - בפגיעה בזכויות הפרט. עם זאת, דרישה היא כי פגיעה זו, אפילו מוצדקת היא, תיקבע בחקיקה הראשית, ולא תימסר לידיה של הרשות המבצעת עצמה. [...] אומנם, ייתכן כי פגיעה בחופש העיסוק בתחיקת-משנה, ולא-כל-שכן בחוזרי מנכ"ל או בסוגים אחרים של הנחיות מינהליות, היא יעילה יותר. [...] אך יעילות אינה דווקא יתרון מקום בו עומדת על הפרק פגיעה בזכויות-האדם."

בג"צ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 683-

684

36. אין חולק כי ישנן עילות העשויות להצדיק סירוב לשחרור בערבות. עם זאת, סירוב מעין זה הוא **נחלתה של ערכאה שיפוטית בלבד**, קרי של בית הדין לביקורת על משמורת של שוהים שלא כדין, או של בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, ולא של רשות מנהלית. אם יש בידי המשיב סיבות כלשהן למניעת השחרור, הרי שערעור על החלטת בית הדין הוא הצעד הנכון, ולא מניעת השחרור באמצעות הכוח המוקנה לו בהליכי השחרור.

37. בצעד מעין זה יש למעשה נטילת חופש ושיקול דעת מוחלטים על ידי המשיב, אשר נוטל לעצמו את הסמכות השיפוטית בפועל, לקבל את ההחלטה האם להעניק או לשלול זכות אדם בסיסית, כזכות לחירות. זוהי דרך פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם מנהל ושלטון תקינים.

38. על-מנת להבטיח קבלת החלטות שאינן שרירותיות, חובה היא כי הפרדת הרשויות תשמר, באופן זה שבית הדין יהא הפוסק היחיד באשר לתנאי השחרור ממשמורת, ומשרד הפנים ייטול לעצמו את המקום הקבוע לו בחוק- **ביצוע החלטותיו** של בית הדין, או **הגשת ערעור** עליהן על פי כל דין. לא יעלה על הדעת מצב בו שיקול הדעת של המשיב הוא שלמעשה חורץ לבדו את גורל בקשותיהם של אלפי מהגרי עבודה מבית הדין.

ב. "אין מרות על בית הדין זולת מרותו של הדין"

39. סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל קובע כי "בקיום תפקידיו אין מרות על בית הדין זולת מרותו של הדין".

40. עם כניסתו לתוקף של תיקון 9 לחוק הכניסה לישראל, הפך בית הדין להיות חלק ממשד הפנים; זאת, למרות שאת החלטותיו של משרד זה הוא אמור לבקר, והיותו שייך, למעשה, למשרד זה, הקשתה עליו את מלאכתו במידה רבה. בחודש יוני 2004 עבר בית הדין למשרד המשפטים, אולם משרד הפנים ממשיך, באמצעות הסמכות שניתנה לו ביחס לשחרור מהגרי עבודה המוחזקים במשמורת, לבקר למעשה את החלטות בית הדין, ולהקשות על ביצוען, במידה כזו או אחרת.

41. אם סבור המשיב כי החלטות בית הדין שגויות, מסיבה כזו או אחרת, וכי דינו של אותו אדם להישאר במשמורת, יכול היה להגיש ערעור על עצם החלטת השחרור. אולם משלא עשה כן, שומה עליו לשחרר ללא כל שהיות נוספות. הימנעות משחרור מוחזקים במשמורת, על ידי הוספת תנאים חדשים, למעשה, להחלטת השחרור, נעשית ללא כל סמכות, בניגוד לדין הקיים, ותוך פגיעה חמורה בזכויותיהם של המוחזקים במשמורת.

42. בעניין צירינסקי נקבע:

"אין צורך להכביר מילים הרבה על מנת להבהיר - ולשכנע - שאין לך שיפוט ראוי לשמו, אלא אם כן השופט הינו עצמאי ובלתי תלוי. עצמאותו של השופט - קרי: אי תלותו בגורם כלשהו וכפיפותו לחוק בלבד - עומדת בבסיס האמון שרוחש הציבור למערכת השופטת והיא הערובה למשפט צדק. לא בכדי על כן, שומרים אנו על עצמאותו של השופט - בתיפקודו השיפוטי - מכל משמר. זהו נכס חברתי ראשון במעלה; כאשר כל כירסום בו, מעמיד בספק את צדקת ההכרעה השיפוטית הלוקה "בתלות" בגורם זר כלשהו." (בג"צ 188/96 צירינסקי נ' סגן נשיא בית המשפט השלום, פ"ד נב(3) 721, 736-737).

כמו כן ראו:

בג"צ 732/84 ח"כ יאיר צבן נ' השר לענייני דתות ואח', פ"ד מ(4) 141, 147-148;
ע"א 835/93 איגנט נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה, פ"ד מט(2) 793, 809-810.

43. במעשיהם, יוצרים פקידי המשיב חזות לפיה החלטות בית הדין הן לעתים בגדר המלצה בלבד, בעוד שהם הפוסקים האחרונים, למעשה, האם ישוחרר מוחזק במשמורת מסוים אם לאו.

2. פגיעתה של המדיניות בזכות לחירות

א. הזכות לחירות

44. תכליתו של מעצר מכוח חוק הכניסה לישראל איננה למנוע מסוכנותו של אדם או למנוע שיבוש הליכי חקירה. כל מטרת המעצר היא הבטחת היכולת להוציא אל הפועל את צו הגרוש:

"הסמכות למעצר בנסיבות אלה הינה סמכות נלווית, הבאה להבטיח את תכלית צו הגירוש, דהיינו יציאתו או גירושו של המוחזק במשמורת מישראל. אין המעצר בא לשרת מטרה עונשית. [...] הוא גם לא בא לשרת מטרת כפייה. 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).

45. החזקת אדם במעצר, בין אם שעה נוספת ובין אם יממה נוספת, פוגעת בזכותו של האזרח הזר לחירות. פגיעה מעין זו מנוגדת לחוקי היסוד של מדינת ישראל, ולפסיקה שהתפתחה בה במשך השנים, אף לפני חקיקתם של חוקים אלו.

46. הזכות לחירות עוגנה בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, הקובע בסעיף 5:

"אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת."

בסעיף 8 נקבע:

"אין פוגעים בזכויות שלפי חוק-יסוד זה אלא בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש או לפי חוק כאמור מכוח הסמכה מפורשת בו."

ובסעיף 11:

"כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק יסוד זה."

47. בית משפט נכבד זה הדגיש לא אחת את חוקתיותן של הזכויות לחיים, לכבוד ולחירות, ואת עליונותו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המעגן את אותן זכויות, על מערך החקיקה והנורמות המחייבות את רשויות השלטון. לעניין הפגיעה בזכות לחירות נאמר בבג"צ 5304/92 פר"ח 1992 סיוע לנפגעי חוקים ותקנות למען ישראל אחרת נ' שר המשפטים, פ"ד מז(4) 715, 765:

"כליאתו של אדם מאחורי סורג ובריח, ללא הסמכה מפורשת בחוק, ולו לדקה אחת, דינה כדין שלילת חרות לשעה אחת, ל-72 שעות, ולכל תקופה שהיא. אין מידה ואין שיעור לערכה ולאורכה של חירות האדם".

48. בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 261, קבע בית המשפט:

"החירות האישית היא, מכוח סעיף 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, זכות חוקתית. יתרה מזאת: החירות האישית היא זכות חוקתית מן המדרגה הראשונה, ומבחינה מעשית, היא גם תנאי למימוש זכויות יסוד 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."

49. מהגרים, ובכללם מהגרי עבודה, מהווים את הציבור החלש, העני והנזקק ביותר מבין החיים כיום במדינת ישראל. לפיכך, יש להקפיד קלה כבחמורה בכל הנוגע לזכויותיהם, ובראש ובראשונה - בזכות לחירות. נהלים מעין אלה שיצר המשיב, אינם פרוצדוראליים גרידא. הם מהותיים, והשלכותיהם על זכויותיהם ועל חירותם של מהגרים בישראל חמורות וקשות.

50. על המשיב מוטלת החובה לכבד את זכותם של מהגרים לחירות. אין חולק, כי בסמכותו של המשיב להחליט על מעצרו של בני אדם השוהים בישראל ללא היתר. עם זאת, הרי שעם קבלת החלטה על שחרורם בבית הדין, ולאחר שמתמלאים תנאי הערבות **כפי שהוכתבו על ידי בית הדין**, שומה על המשיב לשחררם לאלתר. באם לא יעשה כן, הופך המעצר לבלתי חוקי.

ב. ביקורת בית המשפט על מדיניות השחרור של המשיב

51. אף בית משפט נכבד זה התייחס לא פעם לסוגיה זו, של שחרור מוחזק במשמורת בידי המשיב.

52. כך, למשל, בעניין **ריי אדן**, שם סירב המשיב לשחרר את העותר בשל השעה בה נתבקש שחרור זה,

נקבע:

"שחרורו של העותר ממעצרו, כ-10 שעות לאחר שהופקדה הערבות עבורו, היא תופעה קשה שהדעת אינה סובלת, והיא קשה שבעתיים כאשר היא נגרמת עקב תקלות טכניות או בגין סדרי עבודה לקויים של גוף כזה או אחר של הרשויות. לפיכך, הגשתה של העתירה לא היתה מיותרת כלל, ועניינו של העותר מחייב בחינה מחודשת של ההסדרים הקבועים לשחרור כדי שמקרה כזה לא יישנה, וטובה שעה אחת קודם". (בג"ץ 10718/03 פרנסיס ריי אדו נ' שר הפנים (לא פורסם)).

מצ"ב העתק החלטת בית המשפט בבג"צ 10718/03 כנספח עת/15.

53. בעניינה של מרלינבה דומינגו רניג'י, אזרחית הפיליפינים, הוגשה עתירה מנהלית, ובית המשפט המחוזי קבע כי יש לשחרר את העותרת באופן מיידי. קביעה זו נתקלה בסירובו של משרד הפנים בנתב"ג, שכן השעה הייתה 15:00, ועובדי המשרד סרבו לטפל בשחרורם של מהגרים בשעות אלה. בעתירה שהוגשה בו ביום לבית המשפט העליון, בדרישה לשחרורה המיידית של העותרת, קבע כב' השופט אדמונד לוי:

"לא נהיר לי הסעד אותו מבקשת העותרת מבית משפט זה, שהרי בית המשפט הנכבד הורה של שחרורה של העותרת בכפוף להפקדת ערבויות, מכאן שאם מלאה העותרת אחר החלטת בית משפט, על הרשות לשחרר את העותרת לאלתר, ושיקולים של שעה מאוחרת ופרוצדורה כזו או אחרת אסור להם שיהוו עילה להוסיף ולהחזיק במעצר. כמובן, שאם הרשות לא תמלא אחר (החלטת) בית המשפט כלשונה, פתוחה בפני העותרת הדרך לתבוע סעדים ככל שתהיה זכאית להם. מכאן שבית משפט זה לא צריך להורות דבר נוסף ועל הרשות לגשת מיד לבצע את החלטת בית המשפט". ((בג"צ 10874/02, מרלינבה דומינגו רניג'י נ' שר הפנים (לא פורסם))).

מצ"ב העתק החלטת בית המשפט בבג"צ 10874/03 כנספח ע/16.

54. נושא מדיניות השחרורים של המשיב בא לידי ביטוי גם בפסיקתו של בית המשפט המחוזי. בעניין דומברובסקי עוכב אזרח פולין בחדר המסורבים בנתב"ג. בית המשפט הורה על שחרורו. ההחלטה הומצאה ללשכת משרד הפנים בנמל התעופה, אשר סירב לקבלה בשל השעה בה הוגשה ההחלטה (22:30). עורכת דינו של המוחזק במשמורת פנתה בבקשה לבית המשפט לפי פקודת ביזיון בית המשפט, נגד שר הפנים והממונה על ביקורת גבולות. וכך נקבע בעניין זה על ידי בית המשפט המחוזי:

"עקרון השוויון, הטבוע בסעיף 2 לחוק לתיקון סדרי הדין האזרחי (המדינה כבעל דין), תשי"ח-1958, הוא אחד מערכי היסוד של השיטה. החובה המוטלת על רשויות המדינה

לכבד את צו בית המשפט, אינה קלה ולו בנוצה, מזו המוטלת על היחיד. מן הכלל אל נסיבות המקרה שבפנינו; המבקש עוכב במתקן כליאה, כ-14 שעות לאחר שהומצאה כדין החלטה לשחררו בערבות אישית וכספית, לבית המארח הישראלי. בכך לא צייתה משיבה 2 להחלטה, אלא באיחור. הפעם מדובר ב-14 שעות, אולם מי יערוב לנו כי בפעם הבאה לא ידובר ב-14 ימים". (עת"מ 1293/04 דוברומבסקי ווג'מיש נ' שר הפנים (טרם פורסם)).

בעניין דומברובסקי, שוחרר העותר לבסוף ממעצרו, ולכן צומצמה העתירה לדיון בבקשה לחיוב המשיבים בהוצאות גבוהות. ואמנם, בית המשפט פסק לעותר הוצאות ושכר טרחת עו"ד בסך של 15,000 ₪ בתוספת מע"מ.

מצ"ב העתק החלטת בית המשפט בעת"מ 1293/04 כנספה ע/17

55. אף בעניין ברני קר מצא בית המשפט לנכון להציע לרשויות כי ימנעו מלהטיל מגבלות מיותרות וקשות על מהגרי העבודה:

"מן הראוי להנחות את הגורמים המוסמכים למעצר ולמשמורת של עובדים זרים כדי שידם לא תהיה קלה במעצר, או באי שחרור או בהטלת תנאי ערובה שהעובד הזר אינו מסוגל לעמוד בהם ההופכים למעשה למעצר". (עת"מ (י-ם) 398/03 ברני קר נ' שר הפנים, תק-מח 2003(1), 2183)

מצ"ב העתק החלטת בית המשפט בעת"מ 398/03 כנספה ע/18

3. המדיניות אינה עומדת בחובות הכלליות של המשיב

א. תכליתה של המדיניות אינה ראויה ולוקה בשיקולים זרים

56. כפי שפורט בסעיפים 27-28 לעתירה, ובנספח ע/14, הרי שתכליתה של המדיניות באשר לזהותו של הערב, מבוססת על השיקולים הבאים:

- a. "אין מקום שרשות ממלכתית תבוא בדיון ודברים בהקשר זה, עם שוהה שלא כדין"
- b. קל יותר לחלט את הערבות כאשר הערב הוא אדם השוהה בישראל כדין.

c. מדובר במקרים מעטים בלבד, בהם שוהה שלא כדין מבקש להפקיד ערבות בנקאית, ובמרבית המקרים עצורים משתחררים ממשמורת "בהתאם לנוהל, ללא קושי וכדבר שבשגרה, חדשות לבקרים".

57. שיקולים אלה אין בהם דבר – למעשה ולהלכה.

58. למעשה – רשויות ממלכתיות באות במגע יומיומי עם שוהים ללא היתר. טענה כי אין זה ראוי שרשות ממלכתית תבוא בדברים עם שוהה שלא כדין הינה טענה גזענית, משפילה ומפלה, וראוי היה שלא תבוא כלל אל אוויר העולם. מקס פריש, אשר תאר את המציאות שנוצרה במערב אירופה לאחר הבאת מהגרי העבודה אליה, כתב כי "הבאנו עובדים וקבלנו בני אדם". מהגרי העבודה הינם בראש ובראשונה בני אדם בעלי זכויות, בני חורין, ואין לפגוע בזכויות היסוד שלהם למעלה מן הנדרש. אף אם שהו בישראל שלא כדין, אין פשר הדבר כי בשל כך אין להם כל זכויות שהן. ובעניין זה, לא נותר אלא לצטט הדברים ששם שקספיר בפיו של היהודי שילוק:

"האין ליהודי עיניים? האין ליהודי ידים, אברים, קומה ותואר, חושים, מאויים, רגשות? האם לא כמוהו כנוצרי אותו לחם יאכל, באותם כלי משחית יפצע, באותן מחלות יפגע, באותן רפואות יתרפא, באותו חום יחם לו בקיץ ובאותו קור יקר לו בחורף? אם תדקונו, הלא נזוב דם? אם תדגדגו אותנו, הלא נצחק? אם תרעילונו, הלא נמות? ואם תעשקונו, האם לא נתנקם? אם כמוכם כמונו בכל, נדמה לכם גם בזאת" (הסוחר מוונציה, מערכה שלישית, תמונה ראשונה, לפי תרגומו של ש' הלקין, בהוצאת הקיבוץ המאוחד).

59. "רשויות ממלכתיות" באות במגע חדשות לבקרים עם שוהים שלא כדין, על מנת לסייע להן בעמידה על זכויותיהם:

- שוהה שלא כדין שנפצע וזקוק לסיוע רפואי, גם אם אין בידיו ביטוח בריאות, יכול לפנות לבית חולים לצורך קבלת טיפול רפואי דחוף;
- מהגרות עובדות הכורעות ללדת זכאיות לפנות לחדרי הלידה שבבתי החולים;
- ילדי מהגרי עבודה לומדים במערכת החינוך, ומבוטחים בקופת חולים;
- למהגרי עבודה השוהים בארץ שלא כדין זכות גישה לערכאות המשפטיות;
- למהגרי עבודה השוהים בארץ שלא כדין, אשר נפגעו בפעילות פלילית, זכות לפנות למשטרה לשם הגשת תלונה;

- למהגרי עבודה השוהים בארץ שלא כדין זכות להגיש תלונה למשרד התמ"ת אודות מעסיקיהם, שהפרו את זכויותיהם כעובדים;
- מהגר עבודה שנפצע בתאונת עבודה יפוצה על ידי ביטוח לאומי.

60. בשעה שמדובר בזכויות היסוד של מהגרים רשויות ממלכתיות באות עימם במגע יומיומי, הגם ששהייתם עלולה להיות שלא כדין. מדובר בחובה, המשולה לזכויות היסוד של הפונים אל הרשויות. קל וחומר אין בידי המשיב כל יסוד להתנער מחובתו להבטיח את חירותם של עצורים לאחר ששוחררו על ידי בית הדין, כי אין זה "יאה", לטעמו, שיבוא הוא עצמו, כרשות ממלכתית, במגע עם שוהים שלא כדין.

61. יתירה מזו: מנהלת ההגירה פרסמה הנחיות מפורשות, המפרטות שורת מקומות בהם אין לבצע מעצרים, ובהם מוסדות דת, מוסדות רפואה, מתקני חינוך, משרדי ארגוני זכויות אדם ועוד. במקומות בהם נוצר "מגע בלתי ראוי", כטענת המשיב, בין "רשות ממלכתית" לבין שוהה שלא כדין, הורתה המנהלת מפורשות כי אין לעצור שוהים ללא היתר במקרה והם נדרשים לשירותיה של אותה רשות. אשר על כן, נדמה כי לא תתעורר כל בעיה אם יפיץ המשיב אצל פקידי הנחיה דומה, ביחס לשוהים ללא היתר, המעוניינים להפקיד ערבות. בהסתמך על הנחיות אלו, שלח מפקד מינהלת ההגירה לשעבר, ניצב ברטי אוחיון, מכתב נוסף ביום 3.6.04, בו קבע גם כי "על העקרון הנ"ל ברור הוא שלא מבצעים מעצרים בלשכות מינהל האוכלוסין" (כך במקור).

העתק הנחיות משטרת ישראל, הקובעות כי אין לעצור שב"ח בין כתלי בית המשפט, מצ"ב ומסומן נספח ע/19

העתק הנחיות מנהלת ההגירה, בנושא "שמירה על כבודם וזכויותיהם של עובדים זרים" מצ"ב ומסומן נספח ע/20

העתק מכתבו של ניצב ברטי אוחיון מיום 3.6.04 מצ"ב ומסומן נספח ע/21

62. לא ברור מה מקור הטענה, כי המדובר "במקרים מעטים" בהם שוהה שלא כדין מעוניין להפקיד ערבות בנקאית, בשעה שרובם המכריע של המוחזקים במשמורת משוחררים בהתאם לנוהל הקיים. אף אם קיים אדם אחד בלבד, שלא עלה בידו להשתחרר ממעצר בשל נהלי המשיב, הרי שדי בו על מנת לפסול נוהל זה. אין בידעת המשיב, כמה אנשים לא הצליחו להשתחרר בשל נוהל זה, ונאלצו לעשות שימוש בערבים שכירים, הגובים תשלום ניכר על שירותיהם אלו, או שלא הצליחו להשתחרר כלל.

63. אין כל קושי בחילוט ערבות מאדם השוהה בישראל שלא כדין. כאשר מדובר בהפקדת כסף מזומן, אין כל נפקות לחוקיות שהותו של הערב: הכסף מצוי בבנק, ואם יחפוץ המשיב לחלטו יוכל לעשות כן בקלות רבה.

כל עוד מתחייב הערב למסור כתובת קבועה, אליה תוכל להישלח אליו הודעה בדבר רצונו של המשיב לחילוט הערבות, וכל עוד ברי ומובן לו כי אם ישנה כתובתו, מבלי להודיע על כך למשיב, תחולט ערבותו, די בכך. אף אם ייעצר הערב, ויגורש מישראל, אין הדבר מעניינו של המשיב, כי אם בעייתו של הערב, שיגורש מישראל ללא כספו. ניתן להבהיר לערב, בעת שהוא חותם על הערבות, כי דרישה לטיפול בהשבת הערבות לא תהווה עילה לדחיית גרושו, במידה וייעצר, ודי בכך

64. גם להלכה אין בשיקולים, העומדים ביסוד המדיניות דבר. למעשה מדובר בשיקולים זרים ופסולים.
65. בעניין צמח נפסק, כי ביחס לשיקולים זרים ופסולים של רשות מנהלית, מוטל על העותר להוכיח את קיומה של ראשית ראייה לשיקולים מעין אלו. מרגע שהוכח כי קיימת ראשית ראייה לשיקולים זרים, יעבור אל שכמ הרשות הנטל להוכיח, כי לא שיקול זר עמד ביסוד החלטתה, וכי החלטתה כשרה וסבירה על פי אמות המידה של המשפט המנהלי. בכך נבדל נטל ההוכחה בהליך המנהלי מנטל ההוכחה בהליך הפלילי או בהליך האזרחי: "אם נתעורר ספק מהותי בחוקיות של החלטה מינהלית, ראוי לברר ספק זה, כדי שלא תישאר החלטה בלתי-חוקית על כנה" (בג"צ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פ"ד נג(5) 241, 268).
- בעניין זה ראו גם:
- בג"צ 651/86 מלכה נ' שר המשטרה, פ"ד מ(4) 645, 659-660;
- בג"צ 465/89 רסקין נ' המועצה הדתית ירושלים, פ"ד מד(2) 673, 677-678;
- בג"צ 95/52 דיב נ' המפקח על המזונות ירושלים, פ"ד ו(2) 1079, 1087.
66. בשורה ארוכה של פסקי דין נקבע כי החלטה בה נשקלו שיקולים זרים הנה פסולה (בג"צ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות ירושלים, פ"ד י 47; בג"צ 392/72 ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבניה, פ"ד כז(2) 764; ע"א 577/66 וולוכבינסקי נ' עופר, פ"ד כ"א(2) 36, 40).
67. מתוך בחינה מעמיקה של דרך התנהלות פקידי המשיב ביחס למהגרי העבודה לישראל, קשה לחמוק מן התחושה, כי שיקולים זרים הם אלה המניעים אותם בקביעת המדיניות נשואת עתירה זו; שיקולים פסולים, שמקומם לא יכירם במדינה דמוקרטית. נראה כי מטרת המשיב היא לוודא כי מספר מועט ככל האפשר של מהגרי עבודה ישתחרר ממעצר. תכלית הדרישה כי ערב יהא רק אדם השוהה בישראל כדין, הינה, כביכול העובדה כי קל יותר לפנות לבעל חשבון השוהה בישראל כדין, ולחלט את הערבות במידת הצורך; ואולם ביחס לשעות הפעילות המצומצמות, וביחס לעובדה שפקידי המשיב בנתב"ג אינם עובדים בימי שביתה, לא הוצגה מעולם כל תכלית שהיא, למעט אמירות לקוניות שהיו מנת חלקם של מהגרי עבודה במהלך השנים, כגון "ככה זה וזהו". יתירה מזו: העובדה כי ביחס לעצורים פליליים, שעברו עבירות חמורות בהרבה, לא נדרשת כל דרישה ביחס לזהות הערב, וביכולתם להשתחרר 24 שעות ביממה מן הכלא, ואף בימי שביתה, אף היא מעידה כאלף עדים על תכליתו האמיתית של מדיניות שחרור המהגרים - הערמת קשיים רבים ככל האפשר על המבקשים להשתחרר בערבות.

68. על מטרה זו אפשר ללמוד, בין השאר, גם מאי הארכת כהונתו של מר הרצל גדז', אשר כהן כמנהל מנהל אוכלוסין עד חודש מאי השנה. בין שאר התלונות שהופנו כנגד גדז', במהלך מילוי תפקיד, ניתן למצוא זלזול המערכת השיפוטית וניסיון להשפיע עליה, סירוב לבצע מדיניות שקבע השר ועוד;

69. בחודש ספטמבר 2004 הוגש על ידי נציבות שירות המדינה כתב אישום כנגד אמיר גל, ממונה ביקורת גבולות במשרד הפנים, המייחס לו איומים כלפי דיין בית הדין, עו"ד אלעד אזר, בגין שחרור מהגרי עבודה ממעצר.

70. דרך התנהלותו של המשיב ביחס למהגרי עבודה באה לידי ביטוי גם בפסיקת בתי המשפט המחוזיים בשבתם כבתי משפט מנהליים לא פעם. כך למשל, בפסק דינו של כב' השופט עודד מודריק בעניין איקסנגונג הנ, מצא בית המשפט לנכון להסב את תשומת ליבו של המשיב, וכן של נציבות המדינה, לעובדה כי "כלולות במערכת המטפלת בהרחקת שוהים שלא כדין כמה נקודות תורפה המציבות סימן שאלה ביחס להגנותה". בין השאר מונה בית המשפט גירוש ללא ביקורת שיפוטית הולמת, בהליכים שבהם אין אפילו מתורגמן הדובר את שפתו של העצור.

"אני מפנה את פסק הדין גם לידיעת שר הפנים כדי שיבחן את הצורך בבדיקה מערכתית. אעיר, בהקשר זה, כי מזווית הראיה שלי כשופט הדין בעתירות של עובדים זרים, כלולות במערכת המטפלת בהרחקת שוהים שלא כדין כמה נקודות תורפה המציבות סימן שאלה ביחס להגנותה. אלה העניינים העיקריים:

א. מורחקים רבים הם עובדים שלא הספיקו לשהות בישראל אלא חודשים ספורים. בהינתן קשיי השפה (במיוחד לסינים) וידיעה מוגבלת מאד של הכללים והנהלים, איך אפשר להרחיק אותם (ולשקעם בחובות עתק) מבלי לחקור כדבעי את הנסיבות שטבעו אי חוקיות בשהותם כאן. ניהא כאשר מדובר בעובד שכניסתו לישראל הותרה כדי לעבוד בתחום הסיעוד והוא נמצא עוסק בתחום הבנייה. לא כן כאשר אדם הורשה להיכנס לפי אשרה של מעסיק א' (בעל היתר העסקה) ונמצא עובד אצל מעסיק ב' (שאינו לו היתר) או שהורשה לעבוד בתחום התעשייה ונמצא עובד בתחום הבנייה. בנסיבות כאלה מתעוררת שאלת אחריות המעסיק להונאה והטעייה של העובד הזר. אינני יכול לומר שגורמי הרשות השונים אינם מתעניינים במעסיקים המפריים את הוראות החוק וחורשים על גבם (חירותם וקניינם) של הזרים, אלא שלא ברור לי שיש מנגנון של תיאום והשלכה בין חקירת עניינו של המעסיק לבין הרחקת העובד הזר. הרושם הוא הפוך; היינו, שעובד שנמצא חורג מתנאי אישור השהות שלו בישראל מורחק בלי קשר לשאלת אחריות המעסיק ליצירת המצב הזה.

ב. עשרות (ואולי מאות) טופסי "שימוע" שראיתי מציבים סימן שאלה על הגינותו של ההליך. במקרים רבים הטופס נראה כ"כתב אישום". הוא כולל את פרטי הגעת העובד לישראל סוג האשרה שניתנה בידו ותוקפה ונסיבות מעצרו. דבר לא נרשם מפי העובד (למרות שזה עיקר התכלית של ה"שימוע") ובמקרים רבים גם אין יכולת לרשום מפיו דבר שכן עורך השימוע אינו דובר את שפת העובד הזר (לעתים מצוינת על טופס השימוע העובדה שעורך השימוע נעזר במתורגמן טלפוני אלמוני. לא ראיתי אף פעם ציון פרטים של המתורגמן ואין כל אפשרות לדעת מה הייתה מידת היכולת שלו לקיים תקשורת מתאימה הן עם העובד שנעצר והן עם עורך השימוע.

ג. העתירה הנוכחית מצביעה על מחסומים ביורוקרטיים ומכשולים שונים הניצבים על דרכו של עורך דין המבקש לקיים מגע עם גורמי הרשות השונים כדי לגרום ל"ניוד" עובד זר. אינני יודע אם דברי העתירה משקפים מצב דברים אובייקטיבי לא תקין או שמא מדובר במקרה בודד של "קצר תקשורת" או פגם אחר שנפל ביחס שבין בא כוח העותר לבין גורמי הרשות שאליהם פנה. (עת"מ 1860/04 איקסנגונג הו' נ' שר הפנים (טרם פורסם)).

מצ"ב העתק ההחלטה בעת"מ 1860/04 כנספח ע/22

ב. המדיניות אינה סבירה ואינה מידתית

71. אפילו נאמר, כי שיקולי המשיב נופלים כולם בגדר השיקולים הרלבנטיים להפעלת סמכותו על פי חוק הכניסה לישראל (ולא היא, שהרי מדיניותו של המשיב נעדרת כל סמכות שבדין!) הרי שנוכח הפגיעה הקשה שנוצרה בחירותם של מהגרי העבודה, התנהגות המשיב הינה בלתי סבירה בעליל, ואינה מידתית.

"יכול שיווצרו נסיבות בהן לא נשקל על ידי הרשות המינסטריאלית שיקול זר, והובאו בחשבון אך ורק שיקולים שהם רלבנטיים לעניין, אולם לשיקולים הרלבנטיים השונים יוחס משקל בפרופורציה כה מעוותת ביניהם לבין עצמם, עד כשהמסקנה הסופית הפכה מופרכת מעיקרה ובשל כך בלתי סבירה לחלוטין". (בג"צ 156/75 דקה נ' שר התחבורה, פ"ד ל(2) 94, 105).

וראו גם: בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 446; בג"צ 935/89 גנור נ' היועמ"ש, פ"ד מד(2) 485, 514; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1.

72. אף אם נניח כי תכלית ההנחיות בעניין שחרור מהגרי עבודה היא לאפשר למשיבים לחלט את הכסף ללא קשיים מיותרים באם המוחזק במשמורת המשוחרר בערבות אינו עוזב את ישראל, הרי שהנוהל אינו מקיים את דרישות מבחן המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן הפגיעה הפחותה; ומבחן המידתיות במובנה "הצר" (בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 776-777).

73. אין קשר רציונלי בין האמצעי שננקט, דרישה לערב השוהה בישראל כדין, לבין המטרה - הסדרת חילוט הערבות, במקרה הצורך. הערבות היא ערבות בנקאית ואפשר לחלטה בכל עת, ללא קשר להסכמתו של הערב.

74. זאת ועוד - עצור פלילי, המבקש להשתחרר בערבות, יכול להשתחרר במשך 24 שעות ביממה, 7 ימים בשבוע, וגם בימי שבתה. כאשר דברים אמורים בהפקדת ערבות בנקאית, יכול **כל אדם** להפקיד ערבות מעין זו, וזאת, נזכיר, כאשר דברים אמורים באדם שעבר עבירות חמורות בהרבה מעבירות על חוק הכניסה לישראל.

75. ב"כ העותר נתייגעה רבות למצוא את המקור הנורמטיבי למדיניות שחרורים מוחלטת זו, במהלכה כל עצור יוצא אל החופשי ברגע שבו ניתנה החלטת הערכאה השיפוטית בעניינו, ולא מצאה; אולם כל עורך דין פלילי אליו פנתה אמר לה כי "מובן מאליו" שזכות שחרור מיידית קיימת, מבלי להצביע על כל מקור מפורש-חוק, תקנה, צו, או הנחיות, מכוחן נקבעה מדיניות זו. קרי: הדברים כה פשוטים, וכה נהירים, עד כי אין כל צורך לקבוע אותם בהנחיות כתובת- כאשר ערכאה שיפוטית אומרת את דברה, יש לשחרר את העצור לאלתר, ואין לפקפק על שיקול דעתה או להתמהמה בביצוע ההחלטה ולו לרגע. לעניין זה, ראה תצהירו של עו"ד אביגדור פלדמן.

מצ"ב תצהירו של עו"ד אביגדור פלדמן כנספח ע/23

76. את תכלית המדיניות אפשר להשיג באמצעים אחרים, שפגיעתם בזכויות היסוד פחותה בהרבה, כגון הפקדת הכספים בלשכות המשיב, בערים השונות. אין כל טעם הגיוני בדרישת המשיב, כי ערבות תופקד בנתב"ג דווקא. לשכת המשיב בנתב"ג אמורה להיות האפשרות האחרונה, למצבים בהם משוחרר אדם באישון ליל, והלשכות הרגילות סגורות. אין כל יתרון במיקומה של לשכה זו בנתב"ג דווקא, שכן מהגרי עבודה עוזבים את ישראל גם דרך הגבולות היבשתיים. בנוסף, כל לשכות מנהל אוכלוסין, וגם סניפי יחידת האכיפה מחוברים למערכת "אביב", המערכת הממוחשבת של מנהל האוכלוסין וביקורת הגבולות. בנוסף, כל לשכות מנהל אוכלוסין מיומנות לקבל ערבויות, ולחלטן אם אדם אינו יוצא מישראל במועד. כך, למשל, אדם המבקש להזמין נתין זר לביקור, נדרש לעתים

להפקיד ערבות כספית להבטחת יציאתו של אותו אדם מישראל. ערבות זו מופקדת בלשכות מנהל אוכלוסין השונות, ולא בנתב"ג דווקא.

הפקדת כספים במזומן אצל נציגי המשיב המצויים במתקני הכליאה השונים, בעת שחרור המוחזק במשמורת. כפי שהוסבר לעיל, לעתים נעצרים אנשים כאשר ברשותם סכום הכסף המזומן הנדרש לערבות, אך אין להם כל קרוב ומודע מחוץ לכתלי הכלא.

אין לדרוש מן הערב להמתין עד כי פקידי המשיב יוודאו אם מצוי דרכון במתקן הכליאה בו מצוי העצור, אם לאו, שכן, כפי שפורט לעיל, קשיים רבים עומדים בדרכו של ברור מעין זה. אם אין באפשרותו של המשיב לקבוע נוהל עבודה ברור ומוסדר מול מנהלת ההגירה בנושא זה, שיאפשר מתן תשובה "בזמן אמת", הרי שיש ליצור חזקה שתפעל לטובת העצור, כי הדרכון מצוי במתקן הכליאה, אלא אם הוכח אחרת, ויש לפסול מכל וכל את עמדתו של המשיב היום, הקובעת, למעשה, חזקה לפיה הדרכון **איננו** במתקן הכליאה, אלא אם הוכח אחרת.

יש לקבוע כי כל אדם רשאי להיות ערב למהגר השוהה במעצר, ולא רק אדם השוהה בישראל כדין.

יש לקבוע נהלים, שיאפשרו שחרור בעת שביתה.

77. במצב הקיים היום, אין יחס ראוי בין התועלת שמביא הנוהל למשיבים לבין הנזק, הנגרם לזכויות יסוד. התועלת שבבסיס הנוהל לא הוכחה מעולם, ומניסיונו של העותר חולטו בעבר ערבויות של שוהים שלא כדין ללא קשיים מיוחדים, אם חפץ המשיב בכך. כאשר אל מול נוהל שאינו נחוץ ואינו הכרחי עומדת פגיעה כה קשה בזכות יסודית כמו הזכות לחירות, נראה כי אחד דינה של המדיניות: בטלות.

4. חובת פרסום הנחיות מינהליות

א. החובה לקבוע הנחיות

78. על רשות מנהלית מוטלת החובה להסדיר עניינים מסוימים בהנחיות מנהליות, ובמקרים מסוימים אין היא רק רשאית לעשות זאת, אלא אף חייבת לעשות כן. בעניין הרי נקבע:

"קיומם של קריטריונים להפעלת שיקול-הדעת המסור לנושא משרה שלטונית, הוא אחד מסממניו של מינהל תקין, והוא עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. כשם שאין במדינת חוקי סתר (בג"ץ 4950/90, בשג"ץ 1644/91 פרנס ואח' נ' שר הביטחון ואח', בעמ' 42; בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח'; ע"א 421/61 מדינת ישראל נ' האז, בעמ' 2204-2205), כן אין בה קריטריונים שבסתר למתן רישיונות והיתרים שבכוחו של בעל משרה לתתם על-פי דין." (בג"צ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15).

79. דברים דומים כתב פרופ' יצחק זמיר:

"לא זו בלבד שמותר לרשות מנהלית לקבוע הנחיות להפעלת סמכותה, אלא אפשר שבעניין מסוים תהיה עליה חובה לקבוע הנחיות, כתנאי להפעלת הסמכות. הכיצד? אפשר שלא ניתן יהיה להפעיל סמכות מסוימת באופן שוויוני, הוגן וסביר אלא אם הסמכות תופעל לפי מבחנים ברורים, ענייניים וידועים לכל... אפשר לומר כי החובה נובעת מן המעמד של הרשות כנאמן הציבור, ואפשר לומר כי היא נובעת מערכי השוויון, ההגינות והמינהל התקין." (יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (נבו, תשנ"ו) 780-782).

לעניין זה ראו גם: יואב דותן, הנחיות מנהליות (תשנ"ו) 120.

ב. החובה לפרסם הנחיות מנהליות

80. חובת פרסומם של נהלים על ידי הרשויות נקבעה בשורה ארוכה של פסקי דין, ואף עוגנה בחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (בפרק זה: החוק).

81. סעיף 6 לחוק קובע:

6. הנחיות מנהליות וחוקי עזר

(א) רשות ציבורית תעמיד לעיון הציבור את ההנחיות המינהליות הכתובות שעל פיהן היא פועלת ושיש להן נגיעה או חשיבות לציבור.

(ב) הוראות סעיף 9 יחולו, בשינויים המחויבים, על העמדת הנחיות מינהליות לעיון הציבור לפי סעיף זה.

(ג) רשות מקומית תעמיד לעיון הציבור את חוקי העזר שלה.

82. מטרת המחוקק, בסעיף זה, הייתה להביא לידיעת הציבור את ההנחיות המינהליות שלפיהן רשות ציבורית פועלת. על החובה לפרסם הנחיות מנהליות עמד השופט א' גולדברג בעניין נמרודטקס:

"חובה זו מושתתת על שני טעמים עיקריים: טעם אחד מתמקד בפרט, והטעם השני מתמקד בשלטון. הטעם המתמקד בפרט, שורשו בהכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו. טעם זה יש בו כדי להצדיק את פרסומן של נורמות חקוקות, נורמות פסוקות ואף נורמות מינהליות (הנחיות פנימיות)... בפרסום בא לידי ביטוי משטר חופשי ודמוקרטי המבטיח את יכולתו של האדם לתכנן את חייו כרצונו... חובת ההגינות של השלטון כלפי האזרח מחייבת פרסום גם של ההנחיות הפנימיות, שהרי גם בהן יש כדי להשפיע על מהלך חייו של האזרח... הטעם השני המצדיק פרסומן של הנחיות פנימיות נוגע בעיקר לתקינותו של השלטון. לתקינות זו שני פנים: ראשית, יש בפרסומם של הכללים אשר לפיהן פועלת הרשות המינהלית כדי להוות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית, ואף כנגד הפליה נסותרת... שנית, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של זו האחרונה." (בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193, 199)

אותם רציונאליים אומצו על ידי בית משפט נכבד זה גם בכל הנוגע לחובת פרסומם של נוהלי משרד הפנים (ראו בג"צ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481).

ג. מן הכלל אל הפרט – החובה לקבוע הנחיות בעניין המדיניות דגן

83. ישנו צורך דוחק בקביעת נוהל עבודה מוסדר, לפיו ישוחררו מהגרי עבודה המוחזקים במשמורת. מחובתו של המשיב, כרשות מנהלית, לקבוע נהלי עבודה גלויים, ברורים וידועים, המצויים בהישג ידם של הזקוקים להם, ושעיקרי המדיניות המעוגנים בהם אינם נופלים בהבטחתם את זכויות היסוד של העצורים על פי חוק הכניסה לישראל מאלה הנהוגים ביחס לעצורים פליליים.

84. נהלים אלו צריכים לעמוד בתנאים שנקבעו בפסיקה לגבי הנחיות מנהליות. עליהם להיות ברורים, שקופים וסבירים; מיושמים בצורה שוויונית; מפורסמים באופן אפקטיבי, כך שיגיעו לידיעת הציבור עליו הם חלים.

85. נהלים סבירים בנושא יצטרכו להשוות, לכל הפחות, את מעמדם של עצורים על פי חוק הכניסה לישראל למעמדם של עצורים פליליים ישראלים, ולכל הפחות את אלו: שחרור לאורך כל שעות היממה; שחרור בימי שבתה במשק; לכלול קביעה מפורשת כי כל אדם יכול לשחרר עצור בערבות; לקבוע אפשרות שחרור בערבות במקומות נוספים, ולא רק בנמל התעופה (למשל, שחרור בכל לשכות

המשיב בישראל בשעות היום, אפשרות שחרור במתקני הכליאה, ושחרור בנתב"ג 24 שעות ביממה); לקבוע אפשרות להפקדת ערבות במזומן במשרד הפנים ובמתקני הכליאה

86. יש לקבוע במסגרת נהלי העבודה הסדרים באשר לדרישה להימצאותו של דרכון במתקן הכליאה. יש לקבוע, כי אי יכולת של פקידי המשיב להשיג את נציגי המנהלת במתקן הכליאה, יוצרת חזקה כי הדרכון אמנם מצוי במתקן ויש לשחרר את העצור, ולא כפי שהדברים מתנהלים כיום, כאשר אי יכולת להשיג את פקידי המשיב יוצרת את החזקה ההפוכה, כי הדרכון איננו במתקן ואין לשחרר את העצור.

5. על סמכות בג"צ לדון בעתירה

87. העתירה שבנדון עוסקת בדרישה לקביעת הנחיות ביחס לדרך בה מתבצע שחרורם של מהגרי עבודה ממשמורת בידי המשיב. סמכות זו נתונה לבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, מכוח ס' 15 (ג) לחוק יסוד: השפיטה, הקובע כי בית המשפט העליון, בשבתו כבית דין גבוה לצדק, ידון בעניינים אשר הוא רואה צורך לתת בהם סעד למען הצדק ואשר אינם בסמכותו של בית משפט או בית דין אחר.

88. בפרט 12 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 נקבע כי בית המשפט לעניינים מינהליים ידון בהחלטת המשיב "בענייני אשרות כניסה ורישיונות ישיבה ועבודה, לרבות ענייני הרחקה, משמורת ושחרור בערובה, לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952; בפרט זה, "החלטה" – למעט התקנת תקנות".

89. בעניין שבנדון, אין דברים אמורים ביחס להחלטה קונקרטי של המשיב בעניינו של אדם מסוים, אלא מבוקש כאן סעד כללי ועקרוני, ובשל כך, אין הנושא כלול בתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, והסמכות לדון בעתירה נתונה, באופן בלעדי, לבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט גבוה לצדק.

סוף דבר

90. בבג"צ 6214/01 נדון סרובו של המשיב לתת אשרת כניסה לישראל לזמר ניגרי, בשל שיקול זר-האפשרות כי הופעה של הזמר תתן לגיטימציה למהגרי עבודה, השוהים בישראל שלא כדין. בעניין זה אמר בית המשפט הנכבד את הדברים הבאים: "נבקש להטעים, כי עם תופעת העובדים הזרים השוהים בישראל שלא כדין רשאי משרד הפנים (וכמדומה שהוא אף חייב) להתמודד במסגרת סמכותו ובדרכים הנאותות. מניעת כניסתם של אומנים, אך בשל כך שלעובדים זרים השוהים בישראל שלא כדין עשוי

להיות עניין מיוחד באומנותם, אינה יכולה להיחשב כאמצעי לגיטימי להתמודדות עם תופעת העובדים הזרים. יש להצטער שבית המשפט נאלץ לעסוק בעניין אלמנטארי, שיכול וצריך היה למצוא את פתרונו במתן ייעוץ משפטי ליחידה במשרד הפנים המופקדת על בדיקתן של בקשות מסוג זה." (בגצ 6214 / 01 איתן הלר נ' שר הפנים [פדאור (לא פורסם) 01 (1) 419], עמוד 2). ואם כך הם הדברים ביחס למניעת כניסת אמנים, על אחת כמה וכמה חמורה מדיניות המשיב כלפי מהגרי עבודה, כאשר היא פועלת באופן המתואר בעתירה, להקשות בכל דרך אפשרית על שחרורם בערבות.

91. המעשים המתוארים בעתירה זו אינם בגדר טעות מקרית של פקיד בשדה התעופה, או כשל בירוקראטי זניח. המדובר בשיטה מובנית היטב, פרי תכנון ומחשבה תחילה, אשר ביסודה עומד הרצון להכביד על מהגרי עבודה, ולמנוע כליל, או להקשות ככל האפשר, את שחרורם בערבות עובר לגרושם.

92. לאור התשתית העובדתית והמשפטית שפורטה לעיל, טען העותרת כי מדיניותו של המשיב ביחס למהגרי עבודה, הינה נעדרת סמכות, פוגעת פגיעה אנושה בזכות לחירות, מנוגדת לעיקרון השוויון ולכבוד האדם ואף מנוגדת לחובה החלה על מוסדות השלטון במדינת חוק, לשמור על הפרדה בין הרשויות השונות.

93. מדיניות המשיב אינה מעניקה משקל הולם לחובה ליתן הגנה על חירותם של מהגרי עבודה בישראל, ולהימנע ממעצר שרירותי שלהם. מדיניות זו דינה להיפסל, לאור הטיעונים שהועלו בעתירה זו, והמשיב נדרש לקבוע מדיניות חדשה המעניקה משקל הולם לזכויות אלו.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיב לעשות את הצו על תנאי למוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בהוצאות עתירה זו.

26.12.04

תאריך

נעמי לבנקרון, עו"ד

ב"כ העותר