

**העותרים:**

**1. ח.ס.**

דרכון סודני: B 0508275  
מצ"ה: 77258  
מס' תיק בנציבות האו"ם לפליטים: SUD 000385

**2. ס.ח.ס.ס. (קטין)**

מס' תיק בנציבות האו"ם לפליטים: SUD 000385  
יליד 13.12.2000  
באמצעות אביו ואפוטרופסו הטבעי, העותר 1

**3. ס.ח.ס.ס. (קטין)**

מס' תיק בנציבות האו"ם לפליטים: SUD 000385  
יליד 3.5.2004  
באמצעות אביו ואפוטרופסו הטבעי, העותר 1

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או עדי וילינגר ו/או נעמי לבנקרון  
ממוקד סיוע לעובדים זרים  
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154  
טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175  
טל' נייד: 054-3008035

**נ ג ד**

**המשיב:**

**משרד הפנים**

ע"י פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)  
רח' הנרייטה סולד 1, תל-אביב 64924  
טל': 03-6970222; פקס: 03-6918541

**עתירה מינהלית**

מוגשת בזאת עתירה מינהלית, בה יתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע כי התנאי שנקבע בצו המשמורת לשחרורו של העותר 1, מבקש מקלט סודני ואב לשני ילדים קטינים הנמצאים במסגרות חינוכיות בתל-אביב, לפיו הוא "ישהה מצפון לקו חדרה או מדרום לקו גדרה בלבד" בטל.

עתירה זו נתמכת בתצהירו של העותר 1 המצ"ב ומסומן ע/1.

העתק צו המשמורת מיום 12.3.2008, בו נקבע תנאי זה כתנאי לשחרורו של העותר, מצ"ב ומסומן ע/2.

## מבוא

עניינה של עתירה זו בהחלטת המשיב "לתחם" את איזור מגורי העותר 1 (להלן – העותר), מבקש מקלט שודני, וכתוצאה מכך אף את איזור מגוריהם של שני ילדיו הקטינים, העותרים 2-3. משמעותה של החלטה זו משמעה, למעשה, גירושם של העותרים, המתגוררים מאז חודש אוגוסט 2007 בעיר תל-אביב, מעיר מגוריהם.

כפי שיפורט בהרחבה בהמשך, העותר נמצא בישראל מאז חודש יוני 2007, לאחר שנכנס אליה ללא היתר דרך גבולה עם מצרים, יחד עם שני ילדיו הקטינים, בני 3 ו-7 שנים, על מנת לבקש בה מקלט. עם כניסתו לישראל נעצר על ידי הצבא אך שוחרר כעבור יומיים, פנה אל נציבות האו"ם לפליטים, וקיבל "מסמכי הגנה" המעידים על כך שהוא נמצא תחת הגנת הנציבות. בהתאם להסדרים, שנקבעו בין מדינת ישראל לבין הנציבות, העותר רשאי לעבוד מבלי שייאכפו כלפיו הוראות הדין בנוגע לעבודת שוהים שלא כדין, וכך הוא עושה מאז שחרורו.

שעה ששוחרר העותר על ידי הצבא יחד עם שני ילדיו ושעה שפנה אל הנציבות, לא נקבעו תנאים כלשהם ביחס לאזור בו מותרת שהייתו בישראל. לפיכך, עד לסיום הטיפול וההכרעה בבקשתו לקבל מקלט בישראל קבע העותר את מקום מושבו בתל-אביב. בתל-אביב שכר דירה, החל לעבוד, וילדיו החלו לפקוד את מערכת החינוך בעיר.

ואולם, ביום 12.3.2008 נעצר העותר על ידי משטרת ההגירה, בניגוד לסיכומים הקיימים בין נציבות האו"ם לפליטים, שאליהם נתייחס בהמשך, הובא לשימוע בפני ממונה ביקורת הגבולות, שם הוצאו נגדו צו הרחקה וצו משמורת. ממונה ביקורת הגבולות החליט לשחררו עוד באותו היום, אולם כתנאי לשחררו נקבע כי הוא "ישהה מצפון לקו חדרה או מדרום לקו גדרה בלבד".

כפי שיוסבר בהמשך, העותר יטען כי תנאי זה בצו המשמורת נקבע בהעדר סמכות. לחלופין יטען העותר, כי אף אם ייקבע כי למשיב סמכות לקבוע, ככלל, בצו המשמורת תנאים הנוגעים לתיחום גיאוגרפי של מבקשי מקלט, הרי שעליו לבחון כל מקרה לגופו ועל פי נסיבותיו. בנסיבותיו הקונקרטיות של העותר וילדיו, קביעתו של תנאי כאמור אינה סבירה. ראשית, משום שפירושו כי על העותר, לאחר שמצא עבודה באמצעותה הוא יכול לפרנס את שני ילדיו ומקום מגורים, לעקור מן העיר תל-אביב, להתרחק מקהילת הפליטים ומבקשי המקלט הסודנים, הנמצאים בעיר והמשמשים רשת תמיכה חברתית לעותר וילדיו, ולקוות כי המזל יאיר לו פנים וכי יצליח למצוא עבודה באזור אחר ומסגרות מתאימות לטיפול בילדיו.

נוסף על כך, פירושו של התנאי הוא כפיית ילדיו של העותר, העותרים 2-3, לעזוב את המסגרות החינוכיות, בהן הם נמצאים באמצע שנת הלימודים. כפי שיפורט בהמשך, ספק אם באזור מחוץ לתל-אביב יוכלו לקבל את שמעניקות להם מסגרות חינוכיות אלה. בנו בן השלוש, העותר 3, נמצא במסגרת של פעוטון לילדי זרים בתשלום נמוך, כמעט סמלי ביחס למחירים הרווחים. מסגרת מקבילה כזו לא

תימצא לו מחוץ לתל-אביב, ובהעדר אפשרות לעמוד במעמסה הכלכלית של שכירת מטפל או שליחת העותר 3 לפעוטון, לא ברור כיצד יטופל העותר מחוץ לתל-אביב בשעות עבודתו של אביו.

בנו בן השבע, העותר 2, לומד בבית הספר "ביאליק-רוגוזין" בתל-אביב, אשר מעניק לילדיהם של מבקשי מקלט מסודך שירותי "מועדונית" מדי יום עד לשעה 18:00, מסגרת בתקופת החופשות, וארוחות חמות. כל אלה אינם מוענקים על חשבון מדינת ישראל אלא מתרומות שקיבל בית הספר לצורך זה במיוחד. שירותים אלה, הנלווים לשירותי החינוך, לא יוכל העותר 2 לקבל מחוץ לתל-אביב, ופירושו כי אף העותר 2 לא יזכה לטיפול המסור לו הוא זוכה כעת, אם ייאלץ העותר לעזוב את העיר.

כאמור, בנסיבות אלה, כפי שיפורט בהרחבה, התנאי שנקבע בצו המשמורת אינו סביר, ואינו לוקח בחשבון את נסיבותיהם האישיות של העותרים, ובית המשפט יתבקש לקבוע כי הוא בטל.

## החלק העובדתי

### עניינם של העותרים

1. העותר הוא נוצרי קתולי, אזרח סודן, יליד שנת 1976, ואב לשני ילדים – העותר 2 (בן 7 שנים) והעותר 3 (בן 3 שנים). העותר הוא אב יחיד ומגדל את ילדיו לבדו.
2. אמם של הילדים אינה חיה עם העותר וילדיו. עוד בהיותם במצרים עזבה האם את העותר ואת ילדיהם, לטובת בן זוג חדש, ולשניים נולד ילד. האם ובן זוגה החדש הגיעו אף הם לישראל והם מתגוררים באשקלון, אך האם אינה מגדלת את העותרים 2-3 ואינה משתתפת בכלכלתם. מעמסת גידולם ופרנסתם של העותרים 2-3 נופלת כל כולה על כתפי העותר.
3. העותר ושני ילדיו נכנסו לארץ דרך גבול ישראל-מצרים ללא היתר ביום 16.6.2007 על מנת לבקש בה מקלט בהתאם לאמנת האו"ם לפליטים. כפי שנפרט בהרחבה בהמשך, בשלב זה מצויה בקשתם למקלט בישראל בבדיקה, וההליכים בעניינה טרם הסתיימו ואף אינם צפויים להסתיים במועד קרוב. עם כניסתם לישראל המתינו העותרים בסמוך לגבול, ולאחר מספר שעות נעצרו על ידי כוחות צה"ל, שסיירו לאורכו. העותר מסר לחיילי צה"ל כי בשל פחד מרדיפה הוא מבקש להגיש בישראל בקשה למקלט. העותרים נלקחו על ידי החיילים למחנה צבאי בסמוך לגבול, בו הוחזקו במשך יומיים. כעבור יומיים שוחררו העותרים בבאר שבע על ידי הצבא. בעת שחרור העותרים על ידי הצבא לא הוטלו עליהם מגבלות כלשהם ולא נקבעו להם תנאים לשחרור.
4. בבאר שבע אספה את העותרים, יחד עם קבוצת מבקשי מקלט אחרים ששוחררה עמם, קבוצת מתנדבים, והעבירה אותם ללקיה, שם שוכנו במשך יומיים. בחלוף יומיים הובאו העותרים יחד עם

יתר מבקשי המקלט ששוחרו עמם לירושלים, שם פגשו באנשי השגרירות הנוצרית הבינלאומית, שסייעה להם, ופיזרה אותם בקיבוצים.

5. עוד בהיותו בירושלים פנה העותר אל נציבות האו"ם לפליטים בבקשה להכיר בו כפליט ולקבל מקלט בישראל. הנציבות רשמה את העותרים כמבקשי מקלט, החלה לטפל בבקשתם, ונתנה בידיהם מסמכי הגנה, המעידים על היותם מבקשי מקלט המצויים תחת הגנת הנציבות.

6. העותרים נלקחו לקיבוץ, ושם התגוררו במשך כחודשיים. לעותר ניתנה בקיבוץ עבודה בחקלאות, והוא התגורר בחדר משותף עם שני בניו ועם משפחה נוספת עם ילדים. בכל יום קם העותר בשעה 4:30 בבוקר והחל לעבוד משעה 5 בבוקר. בהיותו בקיבוץ ילדיו לא הלכו לבית הספר, ולא זכו לטיפול כלשהו. העותר נאלץ להשאיר את ידיו מדי יום במגוריהם יחד עם ילדי המשפחה שהתגוררה עמם בחדר.

7. העותר עזב את הקיבוץ בחודש אוגוסט 2007 ועבר לתל-אביב. עם הגיעו לתל-אביב אירחה אותו כנסייה בעיר למשך 13 ימים. לאחר מכן הוא אירח אותו אדם סודני שהכיר בכנסייה במשך שלושה שבועות נוספים. במהלך אותם שלושה שבועות החל העותר לעבוד בעבודות מטבח באולם אירועים בגני יהושע, עבודה בה הוא מחזיק עד עכשיו, ולאחר שחסך סכום מועט שכר דירה קטנה בשכונת התקווה בתל-אביב, בה הוא מתגורר עם שני בניו עד היום.

8. מסמך ההגנה מנציבות האו"ם לפליטים, בו החזיקו העותרים ושהונפק להם עוד בירושלים, היה בתוקף לשלושה חודשים. מאז חודש מסמך זה פעמיים, ובמסמך בו הוא אוחז כעת, מסמך הנושא את תמונותיהם של העותרים, מצוין כי העותרים הם מבקשי מקלט הנמצאים תחת חסות הנציב העליון לפליטים בישראל. מסמך זה הונפק ביום 11.2.2008 והוא תקף עד ליום 11.8.2008.

העתק מסמך ההגנה מיום 11.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/3.

9. כפי שיוסבר בהמשך, בהתאם למדיניותם הכתובה של משרד הפנים ומשרד התמי"ת מבקשי מקלט הנושאים מסמכים מן הסוג שנושא העותר רשאים לעבוד (ראו סעיפים 29-32 להלן).

10. העותר 2 (להלן – ס.), בנו בן 7 השנים של העותר, השתלב בחודש ספטמבר 2007 בכיתה ב' בבית הספר ביאליק-רוגוזין בתל-אביב, יחד עם קבוצה של 42 תלמידים מבקשי מקלט מסודן.

11. יודגש כבר עתה כי בית הספר ביאליק-רוגוזין מספק לס. ולילדים אחרים במצבו מסגרת שלא ניתן יהיה לספק להם בבתי ספר אחרים מחוץ לתל-אביב. בבית הספר מרקם ייחודי של ילדים ישראלים, ילדי מהגרי עבודה וילדי מבקשי מקלט. בית הספר מעסיק פסיכולוג המעניק לס. סיוע רגשי. כמו כן הוא מספק ארוחות חמות לילדים והוא כולל מסגרת של "מועדונית", שבה שוהה ס. מדי יום לאחר שעות הלימודים עד לשעה 18:00 בעוד אביו נמצא בעבודה, וזאת תחת לצאת מבית הספר ולבלות שעות ללא השגחה, כפי שקרוב לוודאי יקרה אם ייאלץ לעקור לבית ספר אחר מחוץ

לעיר תל-אביב. בית הספר מספק לתלמידים אף מסגרת יומית עד לשעה 15:00 במהלך ימי החופשה. ממש בימים אלה, ימי חופשת הפסח בבתי הספר, פוקד ס. מדי יום מסגרת זו, וכך יהיה גם בחופשת הקיץ בת החודשיים.

12. במכתב שנכתב על ידי מנהלת קמפוס ביאליק-רוגוזין היא מתארת את מצבו של ס. ואת השירותים המוענקים לו על ידי בית הספר. וכך היא כותבת:

"התלמיד נקלט בביה"ס בראשית השנה עם קבוצה של 42 ילדים פליטי סודאן ודארפור. בתחילה סבל ס. מקשיים רגשיים רבים וקושי להתרגל למסגרת חינוכית. כיום, בחלוף שבעה חודשים ניתן להבחין בהתקדמות רבה מאוד בכל רמות תפקודיו. ס. קלט את השפה העברית החל בתהליך של קריאה וכתובה וידיעת ארבע פעולות חשבון. השתלב עם קבוצת בני גילו מבחינה חברתית ורגשית. בדומה לשאר התלמידים הילד מקבל סיוע רגשי באמצעות פסיכולוג תהליך שתורם לו רבות. ביה"ס פועל במתכונת של יום לימודים ארוך ועבור ילדי הפליטים נפתחה מועדונית המופעלת עד השעה 18:00 מידי יום באמצעות תרומת אלי ויזל. מסגרת זו מספקת לס. העשרה ומוגנות מלאה. במסגרת החופשות ביה"ס פועל עד השעה 15:00. העברתו של התלמיד ס. לביה"ס אחר כתוצאה ממעבר למקום מגורים אחר תפגע פגיעה קשה בו מבחינה רגשית ותפקודית ולימודית."

העתק מכתבה של מנהלת בית הספר מצ"ב ומסומן ע/4.

13. כעולה מן המכתב, שירותים אלה אינם ממומנים על ידי המדינה או העירייה אלא מתרומות, והמסגרות שהוא מספק הן חלק מן ההיערכות הכוללת שקיימת בו להתמודדות עם האוכלוסייה המיוחדת שפוקדת אותן – ילדי מהגרי עבודה וילדי מבקשי מקלט.

14. העותר 3 פוקד מדי יום פעוטון לילדי זרים בתשלום נמוך, כמעט סמלי ביחס למחירים הרווחים. מסגרת מקבילה כזו לא תימצא לו מחוץ לתל-אביב, ובהעדר אפשרות לעמוד במעמסה הכלכלית של שכירת מטפל או שליחת העותר 3 לפעוטון, לא ברור כיצד יטופל העותר מחוץ לתל-אביב, בעוד אביו מפרנסו.

15. ביום 12.3.2008 נעצר העותר בתל-אביב על ידי משטרת ההגירה ונלקח למשרדי יחידת האכיפה של משרד הפנים בעיר חולון. יצוין, כי העותר הציג בפני שוטרי משטרת ההגירה את מסמך ההגנה הנושא את תמונתו, שהונפק לו על ידי נציבות האו"ם לפליטים (ע/3 הנ"ל). כפי שנפרט בהמשך, בהתאם למדיניות משרד הפנים וסיכומיו עם הנציבות, אנשים האוחזים במסמכים מן הסוג האמור כלל אינם אמורים להיעצר, ולא אמורים להיות מוצאים נגדם צווי הרחקה ומשמורת עד לסיום הליכי בקשת המקלט שלהם (ראו הרחבה בסעיפים 33-36 להלן). אף על פי כן, נעצר העותר.

16. לאחר הבאתו למשרדי יחידת האכיפה בחולון נערך לעותר שימוע על ידי ממונה ביקורת הגבולות. בשימוע זה מסר העותר כי הוא מבקש מקלט, הציג את מסמך ההגנה שהונפק לו על ידי נציבות האו"ם לפליטים וסיפר כי יש לו שני ילדים הלומדים בעיר תל-אביב וכי הוא מטפל בהם לבדו. בתום השימוע הוצא נגד העותר צו משמורת, אשר העתקו לא נמסר לו, ונאמר לו בעל פה כי הוא ישוחרר ממשמורת אך עליו לעזוב את העיר תל-אביב, וכי נאסר עליו לשהות בשטח שבין גדרה לחדרה.

17. גם בעת שחרורו לא נמסר לעותר מסמך כתוב כלשהו, בו ניתנו לו הנחיות שלפיהן נאסר עליו לשהות באזור האמור. כל שנמסר לו הוא מסמך, שהונפק על ידי משטרת ההגירה, בו מופיעים פרטיו הנושא את הכותרת "טופס רשומת נתין זר"; טופס ריק של צו הרחקה מתורגם לערבית, בו לא מופיעים תנאי השחרור או כל פרט אחר (וזאת אף על פי שצו הרחקה הוצא נגדו רק 5 ימים לאחר מכן, כפי שנפרט בהמשך); ומפת ישראל קטנה, עליה כיתוב באנגלית (שאותו הוא אינו מסוגל לקרוא) ושני קווי רוחב החוצים את גדרה וחדרה, ללא הסבר מילולי כלשהו באלו אזורים מותרת שהייתו ובאלו היא אסורה.

העתק "טופס רשומת נתין זר", שנמסר לעותר במועד שחרורו, מצ"ב ומסומן ע/5.

העתק טופס צו ההרחקה הריק בערבית, שנמסר לעותר, מצ"ב ומסומן ע/6.

העתק המפה, שנמסרה לעותר, מצ"ב ומסומן ע/7.

18. משכך, פנה העותר אל משרדי מוקד סיוע לעובדים זרים, וביקש לברר את תנאי שחרורו ולקבל עזרה בקבלת תנאים אלה בכתב מאת המשיב. עוד באותו היום, 12.3.2008, פנתה גב' אמי סער ממוקד סיוע לעובדים זרים אל ממונה ביקורת הגבולות, וביקשה לקבל את העתקי מסמכיו של העותר, לרבות צו המשמורת שניתן עליו, על מנת לקבל הבהרה בכתב באשר לפרטי תנאי השחרור שנקבעו לעותר.

העתק פנייתה של גב' אמי סער מיום 12.8.2008 מצ"ב ומסומן ע/8.

19. רק ביום 20.3.2008 הועברו לידי גב' סער בפקס העתקי צו המשמורת ופרוטוקול שמיעת הטענות מיום 12.3.2008 והעתק צו ההרחקה, שהוצא רק מספר ימים לאחר מכן, ביום 17.3.2008.

העתק פרוטוקול שמיעת הטענות מיום 12.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/9.

העתק צו המשמורת צורף לעיל וסומן ע/2.

העתק צו ההרחקה מיום 17.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/10.

20. במועד זה נמסרה לעותר לראשונה בכתב ההחלטה כי אחד מתנאי שחרורו יהיה תיחום מגוריו ואיסור על כניסתו לשטח שבין גדרה לחדרה.

21. עוד באותו היום פנתה גב' סער אל ממונה ביקורת הגבולות וביקשה לבטל את התנאי האמור. בפנייתה ציינה גב' סער, כי העותר הינו משמורן יחיד לשני ילדים קטנים, הלומדים במסגרות חינוכיות בתל-אביב, כי הוא עובד בתל-אביב וכי שכר דירה בעיר. לפנייה צורף העתק אישור, לפיו ס., העותר 2, לומד בבית הספר ביאליק-רוגוזין, וכן מסמך ההגנה של נציבות האו"ם לפליטים.

העתק פנייתה של גב' סער מיום 20.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/11.

העתק האישור על לימודיו של העותר 2 בבית הספר, שצורף לפנייה, מצ"ב ומסומן ע/12.

22. במשך למעלה משבועיים התעלם ממונה ביקורת הגבולות מפנייתה של גב' סער. רק ביום 6.4.2008 השיב ממונה ביקורת הגבולות בתשובה לאקונית ובלתי מנומקת, בה נדחתה בקשת העותר לבטל את התנאי שנקבע בצו המשמורת, לפיו נאסר עליו לשהות במרכז הארץ באזור שבין חדרה לגדרה.

העתק תשובת ממונה ביקורת הגבולות מיום 6.4.2008 מצ"ב ומסומן ע/13.

23. ומכאן עתירה זו.

**המסגרת הכללית בה מצוי עניינו של העותר – מעמדו של העותר כמבקש מקלט, משמעות המסמכים שברשותו והכרת הרשויות בזכותו לעבוד**

24. בטרם נעמוד על נימוקי המשפטיים בנוגע לאי חוקיותן של ההגבלות שהוטלו על העותר במסגרת צו המשמורת, נבקש להציג בפני בית המשפט את המסגרת הכללית, בה מצוי עניינו של העותר.

25. כאמור, העותרים הם מבקשי מקלט מסודן. בהתאם לנהלי מדינת ישראל, ענינם של מבקשי מקלט נבחן על ידי נציבות האו"ם לפליטים, המראינת כל מבקש מקלט, בוחנת את טענתו בדבר רדיפה, ומגבשת את עמדתה בדבר היותו של מבקש המקלט פליט לפי הגדרתו של מונח זה באמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 (כ"א 65, כרך 3, עמ' 5; להלן – **אמנת הפליטים**). לאחר בחינת הבקשה עוברת המלצת הנציבות לוועדה המייעצת לענייני פליטים, המורכבת מנציגי משרדי ממשלה שונים, וזו מגבשת את עמדתה בשאלת היותו של מבקש המקלט פליט. עמדתה מועברת לאחר מכן לידי שר הפנים לקבלת החלטה בדבר מתן מעמד למבקש המקלט. הליך זה מעוגן בנוהל משנת 2002, אשר תוקן בשנת 2005.

העתק הנוהל משנת 2002 והתיקון לו משנת 2005 מצ"ב ומסומנים בהתאמה ע/14 ו-ע/15.

26. העיקרון העומד ביסוד הנוהל, וביסודה של כל מערכת מקלט העומדת בתנאי האמנה, מכונה עקרון ה-*non-refoulement*, עקרון איסור ההחזרה או הגירוש. משמעותו היא כי חל איסור על החזרתו של פליט למקום בו יירדף. עקרון זה חל אף על מבקשי מקלט, שטרם הוכרעה בקשתם לקבלת מקלט, ומכוח עקרון זה מכירה ישראל בכך שלא ניתן, לעת הזו, לגרש את העותרים ואחרים

במצבם, וזאת לכל הפחות עד לסיום ההליכים, בהם יוכרע אם הם אכן עונים להגדרת המונח "פליטי" שבאמנה.

ראו לעניין זה:

UNHCR, "Note on International Protection", UN Doc. A/AC.96/815 (1993), para. 11.

UNHCR Executive Committee Conclusion No. 6 (XXVIII – 1977), "Non-refoulement".

27. יצוין, כי בעניינם של העותרים המצב הוא עוד יותר מורכב. אף אם לא תכיר מדינת ישראל בקיומה של רדיפה אישית כנגד העותרים, הרי שעובדת היותם אזרחי סודן, מדינה המחשיבה את ישראל למדינת אויב, אינה מאפשרת לגרשם למדינת מוצאם, שכן העובדה שהגיעו למדינת ישראל מציבה אותם בסכנה אם ישוּבו לסודן. משום כך, גם אם תידחה בקשתם למקלט על רקע נסיבותיהם האינדיבידואליות, ייחשבו העותרים לפליטי *sur-place*, אשר לעת הזו לא ניתן לגרשם. לכל זאת יש להוסיף את העובדה של ישראל אין יחסים דיפלומטיים עם סודן, וממילא, אף אלמלא האיסור בדין הבינלאומי, אין באפשרותה להשיב את אזרחי סודן למדינת מוצאם.

28. יודגש, כי עתירה זו אינה עוסקת בעניינים הנוגעים להרחקתם של העותרים, אלא אך ורק בתנאי השחרור שנקבע בצו המשמורת, אולם רקע זה, שלו נגיעה גם לסוגיית ההרחקה, מובא על מנת להציג תמונה מלאה בדבר מצבם של העותרים.

29. נוכח מצבם זה של מבקשי המקלט הממתינים להכרעה בעניינם, הוחלו בשנים האחרונות הסדרים אשר מאפשרים למבקשי מקלט לעבוד במהלך ההמתנה, אשר עשויה לערוך לעיתים מספר שנים. כבר לפני שנתיים, ביום 27.3.2006, הוציא משרד התמ"ת הודעה, לפיה העסקת מבקשי מקלט, האוחזים באישור מקורי של נציבות האו"ם לפליטים עם תמונה וחותמת לחץ (דוגמת זה שנושא העותר – נספח ע/3 הנ"ל) לא תיחשב לעבירה של העסקת עובד זר.

העתק ההודעה מיום 27.3.2006 מצ"ב ומסומן ע/16.

30. כעבור כשנה, ביום 18.2.2007, הונפקה הודעה נוספת על ידי משרד התמ"ת, אשר התייחסה באופן ספציפי למבקשי מקלט מסודן, דוגמת העותרים, בה צוין כי העסקת מבקשי מקלט סודניים, האוחזים במסמכי נציבות האו"ם לפליטים, דוגמת זה שבו אוחוז העותר, לא תיחשב עבירה של העסקת שוהה שלא כדין.

העתק הודעת משרד התמ"ת מיום 18.2.2007 מצ"ב ומסומן ע/17.

31. בהמשך, ביום 5.3.2008, סויגה ההודעה האחרונה, והודע כי "אדם שיעסיק נתין זר מכל מוצא שהוא יהא צפוי לעונשים בגין העסקת עובד זר שלא כדין", אולם הובהר כי מבקשי מקלט האוחזים בסוגים מסוימים של מסמכים יוכלו לעבוד. בין אלה מדובר במבקשי מקלט שבידיהם "מכתב

מקורי בתוקף מאת נציב הפליטים של האו"ם בישראל, שעליו תמונה מקורית של מבקש המקלט וחותמת לחץ, לפיו הנתין הזר נושא המכתב הינו בהמתנה להחלטה בנושא מעמדו, או כי הוא מוכר כמבקש מקלט זמני בישראל".

העתק ההודעה מיום 5.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/18.

32. כאמור, העותר נושא מסמך מן הסוג האמור (נספח ע/3 הנ"ל) ולפיכך הוא רשאי לעבוד.

33. יצוין, כי מסמכים מן הסוג שבהם אוחו העותר אמורים, על פי הסיכומים בין נציבות האו"ם לפליטים לבין רשויות המדינה, אף להגן על האוחז בהם מפני מעצר בגין שהייה שלא כדין. לפיכך, עצם מעצרו של העותר ביום 12.3.2008 והוצאת צווי הרחקה ומשמורת נגדו היו פסולים, נוכח היותו תחת הגנת הנציבות.

34. על מנת להבהיר את הנקודה האחרונה, אנו מצרפים לעיון בית המשפט הנכבד את מכתבו של הח"מ אל נציבות האו"ם לפליטים מיום 4.3.2008, בו ביקש הבהרות ביחס למעמדם של מסמכים שונים שהנציבות מנפיקה, ואת תשובת הנציבות מיום 6.3.2008, בה מופיע פירוט של סוגי המסמכים השונים ומשמעותם.

העתק פניית הח"מ אל נציבות האו"ם לפליטים מיום 4.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/19.  
העתק תשובת הנציבות מיום 6.3.2008 מצ"ב ומסומן ע/20.

35. לגבי האיסור לעצור מבקשי מקלט האוחזים במסמכים מן הסוג, בו אוחו העותר, ולהוציא צווי משמורת נגדם, מציינת הנציבות במכתבה מיום 6.3.2008:

"נושא הניירות שהאו"ם מנפיק, מעמדם של הניירות השונים, הימנעות ממעצר או שחרור אנשים שנעצרו על סמך ניירות אלה או אחרים – כל אלה, גם אם אינם מוסדרים בישראל בנוהל כתוב, גובשו עם הזמן והנם מקובלים הן על המדינה והן על הנציבות. הם גם עמדו במבחן ההתנהלות היומיומית ובמבחן הערכאות המשפטיות החל מבית הדין למשמורת וכלה בבתי המשפט השונים שעה שבאו לדון בגורלם של מבקשי מקלט שנעצרו – וקיבלו כנתון שמבקש מקלט אינו נעצר.

...

מקובל על המדינה, בנוהלי פעולה שהתגבשו עם השנים לפי הנורמות הבי"ל ובהסכמה עם הנציבות:

- א. שמבקש מקלט אינו נעצר
  - ב. שאם נעצר הוא נבדק עמנו ואם נמצא שהמדובר אכן באיש הרשאי להחזיק בתיעוד הוא משוחרר
  - ג. אם פנייתו הראשונה אינו הנה לאחר מעצרו אנו מראיינים אותו בכלא ומבקשים את שחרורו להמשך הטיפול במשרדנו.
- מדיניות משרד הפנים ומשטרת ההגירה שלא לעצור אנשים האוחזים במסמכים עם סמל האו"ם מסוג "א", "ב", "ג" ו "ג2" קוימה הלכה למעשה ועמדה במבחן עד למשבר הנוכחי.

הקביעה 'אין לעצרו' [המופיעה במסמכי הנציבות, י.ב.]. נכתבה לא רק ברוח המוסכם והמקובל בעולם ובישראל אלא בייחוד כהנחיה לשוטר הבודק ברחוב, כאינדיקציה לזכותו הבסיסית של מחזיק הנייר. הקביעה מעולם לא הועמדה בספק ע"י המדינה שכבדה זאת כמעט תמיד. ... זה היה הנוהל עד למשבר הנוכחי ולא נמסר לנו שהרשויות חוזרות בהן. כמובן לא התבקשו להפסיק לציין את אי העצירה."

36. הנה כי כן, בהתאם למדיניות המשותפת למשרד הפנים, משטרת ההגירה ונציבות האו"ם לפליטים, מבקשי מקלט האוחזים במסמכים מן הסוג בו אוחז העותר (נספח ע/3 הנ"ל) כלל אינם אמורים להיעצר, וכלל לא אמורים להינתן נגדם צווי משמורת והרחקה, כפי שניתנו נגד העותר.

**"המשבר הנוכחי" – מעצרים של מבקשי מקלט, תיחום מגוריהם והניסיונות לגרשם מתל-אביב ולהביא להעסקתם בענף החקלאות שלא באזור המרכז**

37. כאמור במכתבה של הנציבות (נספח ע/20 הנ"ל), עד למה שכונה על ידה "המשבר הנוכחי" כיבדו רשויות המדינה את הסיכומים עם נציבות האו"ם לפליטים ואת מחויבויותיהם הבינלאומיות ביחס למי שמצויים תחת הגנת נציבות האו"ם לפליטים. ואולם בחודשים פברואר ומרץ 2008 פתחו משטרת ההגירה ומשרד הפנים במבצע מעצרים רחב היקף של מבקשי מקלט ברחבי תל-אביב, בניגוד לסיכומים ובניגוד לחובותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל.

38. במסגרת מבצע המעצרים הועברו רבים ממבקשי המקלט, האוחזים במסמכי נציבות האו"ם לפליטים, למתקני משמורת, בעוד רבים אחרים, דוגמת העותר, שוחררו, אך זאת רק לאחר שהוצאו נגדם צווי הרחקה ומשמורת, כשבצו המשמורת מצוין כי חל עליהם איסור לשהות באזור הגיאוגרפי התחום על ידי קו העיר חדרה מצפון ועל ידי קו גדרה בדרום.

39. ההחלטה לקבוע תנאי שחרור ממשמורת כאמור נועדה, למעשה, "לנקות" את העיר תל-אביב ממבקשי המקלט הרבים שמצאו בה מחסה, ולרכז את מבקשי המקלט באזורי הפריפריה. זאת לאחר שחלק גדול ממבקשי המקלט המצויים בטיפול הנציבות והמחכים לסיום הטיפול בהליכים בעניינם, דוגמת העותרים, בחרו להתגורר בתל-אביב.

40. בחירתם של רבים ממבקשי המקלט להתגורר בעיר תל-אביב בעודם ממתניים להכרעה בעניינם נובעת מכך שבעיר קיימת תשתית של קהילה תומכת, הוקמו בה מקלטים המנוהלים על ידי עמותות ציבוריות, אשר בהם מתגוררים מבקשי המקלט, ארגוני זכויות אדם וארגונים אחרים בעיר מספקים סיוע משפטי וסיוע הומניטארי למבקשי מקלט, קל יותר למבקשי מקלט למצוא בה עבודה, קיימות בה מסגרות מתאימות לילדיהם של מבקשי מקלט ואף העירייה מסייעת בה למבקשי המקלט.

41. במקביל לריכוז מבקשי המקלט בעיר תל-אביב התעוררו בה מקרים של מצוקה קשה ואף של תנאי מגורים בלתי הולמים. רבים ממבקשי המקלט התגוררו במקלטים של עמותות ציבוריות, שבהם התגוררו בתנאים בלתי ראויים, וזאת בשל העדר תקציב מספיק. העיתונות הארצית והמקומית הרבתה לעסוק במצוקתם של מבקשי המקלט בתל-אביב, ונראה כי התדמית התקשורתית של ישראל כמי שאינה מצליחה לגבש מדיניות הולמת ביחס לטיפול במבקשי המקלט שבה, יחד עם הרצון לסגור את המקלטים, שהיוו אטרקציה לתקשורת ביקורתית ביחס להתנהלות המדינה, הם שהובילו להחלטה "לתחם גיאוגרפית" את מבקשי המקלט.

42. על המניעים שמאחורי ההחלטה "לנקות" את תל-אביב ממבקשי המקלט שבה באמצעות הוצאת צווי משמורת, בהם אחד מתנאי השחרור הוא כי מבקש המקלט לא ישהה במרכז הארץ, ניתן ללמוד מפיו של מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, מר יעקב גנות, שהתייחס לסוגיה זו במסגרת ישיבת וועדת הכנסת לעובדים זרים ביום 26.2.2008, שנושאה היה "הטיפול במבקשי מקלט בישראל".

העתק פרוטוקול הדיון בוועדת הכנסת לעובדים זרים מיום 26.2.2008 מצ"ב ומסומן ע/21.  
לפרוטוקול הדיון באתר האינטרנט של הכנסת ראו:

<http://knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2008-02-26.rtf>

43. מדברי מנהל מינהל האוכלוסין עולה כי ההחלטה "לתחם" את מגוריהם של מבקשי המקלט נבעה מן הרצון לרוקן את תל-אביב ממבקשי מקלט ולהביא להעסקתם בחקלאות באזורי הפריפריה. מנהל מינהל האוכלוסין, מר יעקב גנות, ציין בישיבה כי:

"לאור הלחץ שהופעל על מרכז תל אביב ובהמשך לביקור שלך ומשיחות שקיימנו עם אנשי תל אביב, החלטנו ש-500 מאחורוני מקבלי האישורים מבין האריתאראים יקבלו אישור לעבוד בכל מקום, כל עבודה, אצל כל מעסיק מלבד – בין חדרה לגדרה, כדי לאלץ אותם ללכת לפריפריה. ... לצערי, לאחר שפנינו להתאחדות התעשיינים, התאחדות החקלאים, יושב ראש מגדלי הפרחים, קיבלנו הצעות במקומות עבודה – אבל לצערי, הם מעדיפים להתרכז בתל אביב, ואני לא יכול להסכים אתם, אני יכול להבין אותם. טוב להיות בתל אביב, בתנאים מחפירים, תנאים קשים מאד, אבל מגורים במדינת ישראל זה היום 200-300 דולר, ליחיד. שם מתקבצים 3-4 ויכולים לשכור דירה. אבל כרגע שמקבלים מקלט בתנאים מחפירים, אבל אלה התנאים – אני לא יודע למה."

שם, עמ' 5 לפרוטוקול.

44. תכליתה של ההגבלה, אם כן, היא עידודם של מבקשי המקלט לעזוב את תל-אביב ולקבל על עצמם, בלית ברירה, עבודה בתחום החקלאות באזורי פריפריה. ואולם, חשוב לציין כי ניסיונם של ארגוני זכויות האדם שעסקו בתחום, בהם מוקד סיוע לעובדים זרים המייצג את העותרים, וכן של משרד הפנים עצמו, מעלה כי מבקשי מקלט שהועסקו על ידי חקלאים בעבר ספגו פגיעות קשות בזכויותיהם, ובכלל זה אי תשלום שכר מינימום, הלנה בתנאים מחפירים והעדר תזונה ראויה. בשל מיקומם של המעסיקים החקלאיים התקשו עובדים אלה להסתייע בארגוני זכויות האדם הממוקמים במרכז הארץ, והתקשו לעמוד על זכויותיהם או לקבל סיוע הומניטארי לו הם זקוקים.

כעת, באמצעות ההגבלות הגיאוגרפיות, מבקש משרד הפנים להגביל עוד יותר את יכולתם של עובדים כאלה בתחום החקלאות לפנות בבקשה לסיוע או לעזוב מעסיקים מנצלים ולאתר עבודה חלופית.

45. עוד יצוין, כי רשויות האכיפה מתייחסות בשוויון נפש לניצולם של מבקשי המקלט שמגוריהם תוחמו, ושיאלצו לעבוד אצל מעסיקים חקלאיים. דבר זה בא לידי ביטוי באמירותיו של מנהל מינהל האוכלוסין בישיבת וועדת הכנסת הנ"ל, בה התייחס באדישות לכך שבשל תיחום המגורים ייאלצו מבקשי מקלט לעבוד בשכר הנמוך משכר המינימום הקבוע בחוק:

"סיגל רוזן:

...

אבל לצערי ברמת הנגב לא מצאנו מעסיק שמשלם מעל ל – 13 שקל לשעה. אתם, כחברי כנסת, צריכים לחשוב לא רק על הפליטים אלא גם על אותם אזרחי ישראל שצריכים אחר כך להתמודד מול רמת שכר כזאת.

יעקב גנות:

**אדם שצריך לאכול – 13 שקל לשעה זה 150 שקל ליום.**

קריאה:

13 שקל לשעה זה מנוגד לחוק.

שי חרמש:

מה החלופה, להיות בתל אביב במקלט?"

שם, עמ' 14 לפרוטוקול, ההדגשה הוספה.

46. למעשה, מניסיונו של מוקד סיוע לעובדים זרים, כמעט בלתי אפשרי למצוא עבור מבקשי מקלט עבודה בענף החקלאות, בה מוכנים המעסיקים להתחייב על עמידה בתנאי המינימום הקבועים בחוק בנוגע לחובות כלפי עובדיהם. מזה כשנתיים עוסקת גב' סיגל רוזן ממוקד סיוע לעובדים זרים, שתצהירה מצורף, באיתור מעסיקים פוטנציאליים למבקשי מקלט, בין היתר בענף החקלאות. כפי שמפורט מתצהירה, משיחותיה הרבות עם מעסיקים בענף החקלאות, בעלי משקים במושבים, רכזי קיבוצים ואף מזכיר תנועת המושבים, עלה כי מרבית המעסיקים בענף הודיעו באופן מפורש כי לא יסכימו להעסיק מבקשי מקלט עבור שכר מינימום, וכי הם עומדים על "זכותם" לשלם סכום נמוך מן הקבוע בחוק. מבקשי המקלט הרבים שעבדו אצל מעסיקים, שנמצאו להם באמצעות מוקד סיוע לעובדים זרים, לא קיבלו שכר מינימום. כפי שעוד עולה מן התצהיר, בשל התופעה הרווחת של ניצול מבקשי מקלט העובדים בענף החקלאות ובשל סירובם המפורש של מעסיקים בתחום זה לשלם שכר מינימום לעובדים אלה, וכן בשל התעלמות הרשויות מן התופעה, החליטה הנהלת מוקד סיוע לעובדים זרים, כי לא תפעל עוד ל"שידוך" מבקשי מקלט עם מעסיקים חקלאיים. בפועל, בהינתן החלטה זו, אין בידי מבקשי המקלט אפשרות פרקטית למצוא עבודה בענף החקלאות, וודאי שלא בתנאי המינימום הקבועים בחוק.

תצהירה של גב' סיגל רוזן ממוקד סיוע לעובדים זרים מצ"ב ומסומן ע/22.

47. נוסף על כך, בדומה לעניינו של העותר, שנאלץ בעת שהותו בעבר בקיבוץ להשאיר את ילדיו מדי יום ללא השגחה במגורי העובדים, רבים ממבקשי המקלט המטופלים בילדים, שעבדו או עובדים בענף החקלאות, נאלצים למצוא פתרונות מאולתרים ובלתי הולמים או להשאיר את ילדיהם ללא השגחה כלשהי, וזאת להבדיל מהפתרונות הראויים, שנמצאו לעותרים 2-3 בתל-אביב במסגרות, שבהן נקלטו.

48. אף על פי כן, ואף שהדבר הובא לידיעת הרשויות והן מסרבות לפעול על מנת להבטיח תנאי מינימום אלה, מבקש המשיב, באמצעות "תיחום מגוריהם" של מבקשי המקלט, להוציא את כל מבקשי המקלט מן העיר תל-אביב, ולכפות עליהם למצוא תעסוקה בענף החקלאות שלא במרכז הארץ.

## הטיעון המשפטי

### חריגה מסמכות

49. כעולה מצו המשמורת, שניתן על העותר ביום 12.3.2008 (נספח ע/2 הני"ל), הוראת משרד הפנים כי העותר ישהה מצפון לחדרה או מדרום לגדרה מהווה אחד מתנאי השחרור ממשמורת.

50. סמכותו של ממונה ביקורת הגבולות לקבוע תנאים כלשהם לשחרורו ממשמורת של שוהה שלא כדין מעוגנת בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל). כפי שעולה מלשונו המפורשת של הסעיף, הסמכות לקבוע תנאי שחרור נועדה לתכלית אחת בלבד – הבטחת האפשרות להוציא אל הפועל את ההרחקה, כאשר זו תהיה אפשרית, או לצורך הליכים אחרים לפי חוק הכניסה לישראל:

**"שחרור ממשמורת יותנה בתנאים שקבע ממונה ביקורת הגבולות, לרבות בערובה, לשם הבטחת התייצבותו של השוהה שלא כדין לצורך יציאתו מישראל או הרחקתו ממנה במועד שנקבע, או לצורך הליכים אחרים לפי חוק זה."** (ההדגשה הוספה)

51. תנאי השחרור שנקבע, לפיו ישהה העותר מצפון לחדרה או מדרום לגדרה אין לו דבר וחצי דבר עם הבטחת התייצבותו של העותר לצורך יציאתו מישראל. כידוע, שימוש בסמכות מינהלית, שניתנה לרשות, כפוף לתכליותיו של דבר החקיקה המסמיך. לא ניתן לעשות שימוש בסמכות המינהלית שלא לצורך המטרה שלשמה ניתנה לרשות:

"העקרון הכללי הוא, כי כל רשות מינהלית חייבת לפעול בתוך ד' אמותיה של המטרה שלשמה הקנה לה החוק את הסמכות הנדונה; ודין זה חל גם על סמכות שהיא רשאית להפעילה לפי 'שיקול-דעתה המוחלט'. היוצא מזה, שאף במקום שביט-המשפט נוכח לדעת כי השימוש בסמכות כזאת – ויהא שיקול-הדעת, המוקנה לרשות המינהלית, רחב כאשר יהא – נעשה למטרה שהיא זרה לכוונת החוק, הוא יתערב גם יתערב, אלא אם

נשלל ממנו, על-ידי הלשון המפורשת של החוק, הכוח לעשות כן. יצויין כאן, שלא קיים הבדל עקרוני כלשהו בין המקרה שבו המדובר במטרה אשר המחוקק נקב אותה במפורש בתורת זו שלשמה הועיד את השימוש בסמכות הנדונה, לבין המקרה שבו המדובר במטרה העולה מכלל מתוך קריאת הוראות החוק ביחד ובכללותם. בשני המקרים הדין הוא אחד: משעמד בית-המשפט על מהות המטרה ההיא ומצא שבינה לבין זו ששוותה לנגד עיניה הרשות המינהלית אין ולא כלום, שוב חייב הוא לקבוע כי השימוש אשר עשתה ב'שיקול-דעתה המוחלט' הינה חסר תוקף. " בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151, 1162.

ובמקום אחר נפסק:

"על-כן, חייב שיקול הדעת השלטוני לקחת בחשבון אותם שיקולים, הנופלים לדל"ת אמותיו של חוק המסמיך אותו להפעיל שיקול דעת. שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו. זאת ועוד: אין לה, לרשות השלטונית, חופש לעצב לעצמה את המטרות, שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען, ובמסגרת זו בלבד. אפילו נאמר בדבר חקיקה במפורש, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת מטרות החקיקה שמהן יונקת סמכותו." בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 324.

52. המשיב מוסמך, אם כן, לקבוע בהתאם לסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל, אך ורק תנאי שחרור שתכליתם היא להבטיח את יציאתו של אדם מן הארץ. כך, למשל, הוא רשאי לקבוע כי אדם יפקיד ערבות כתנאי לשחרורו, אשר תחולט אם לא ייצא את הארץ במועד שייקבע לו. הוא אף רשאי לקבוע כי אדם יתייצב באופן עיתי במקום שנקבע כתנאי לשחרורו או יעמוד בקשר באופן אחר עם הרשויות. כל אלה נועדו לתמרץ יציאה מישראל של מי שניתן להרחיקו ולקדם את האפשרות לפעול ליציאתו של אדם שלא יצא את הארץ במועד שנקבע לו. ואולם, המשיב אינו רשאי לעשות שימוש בסמכותו לקבוע תנאים לשחרור על מנת לקבוע תנאים שתכליתם היא אחרת, אף אם הוא סבור כי מדובר בתכלית שהיא כשלעצמה ראויה.

53. כפי שעולה מהשתלשלות העניינים, שקדמה לתיחום מגוריהם של מבקשי המקלט (ראו סעיפים 41-45 הנ"ל) וכפי שעולה מדבריו המפורשים של מנהל מינהל האוכלוסין בישיבת וועדת הכנסת לעובדים זרים (נספח ע/21 הנ"ל), מטרתו של התנאי, שנקבע בצו המשמורת של העותר ושל יתר מבקשי המקלט, הוא "לרוקן" את העיר תל-אביב מפליטים, "לפזר" אותם ולהביא להעסקתם בענף החקלאות שלא באזור המרכז.

54. ניתן להתווכח אם תכלית זו היא ראויה או בלתי ראויה, ובמיוחד בהתחשב בעובדה כי באזור המרכז זוכים מבקשי המקלט לסיוע מן העירייה ומארגונים אחרים ולנוכח העובדה כי למשרד הפנים ידוע היטב שמבקשי המקלט לא יוכלו למצוא עבודה בענף החקלאות בה שכרם לא ייפול משכר המינימום. אולם בכך אין לנו צורך לעסוק כאן. די בכך שתכלית זו היא זרה לתכלית הסמכות לקבוע תנאי שחרור ממשמורת, הקבועה בסעיף 13(ג) לחוק הכניסה לישראל.

55. כאמור, תכליתה של סמכות זו היא הבטחת יציאתו של המשוחרר מן הארץ. התכליות שעמדו ביסוד החלטה לתחס את מגוריו של העותר באמצעות קביעת תנאי השחרור ממשמורת אין להן דבר וחצי דבר עם קידום יציאתו מהארץ או איתורו אם לא ייצא את ישראל אם וכאשר תידחה בקשתו לקבלת מקלט בישראל וניתן יהיה להחזירו לסודן או למדינה אחרת.

56. בהמשך, שעה שנתייחס לנסיבותיו הקונקרטיות של העותר, יובהר מדוע הפגיעה בחופש התנועה בו אינה לתכלית ראויה ואינה מידתית, אולם כבר עתה נציין, כי הגבלת חופש התנועה של העותר אינה עולה בקנה אחד עם הצורך

57. בנסיבות אלה, ומשחרגה קביעת התנאי האמור מן התכלית העומדת בבסיס הסמכות לפי סעיף 13(ג), הרי שהתנאי האמור נקבע תוך חריגה מסמכות והוא בטל.

### לחלופין – קביעת התנאי אינה סבירה

58. ואולם, אף אם ייקבע כי בידי המשיב סמכות לקבוע בצו המשמורת תנאי שחרור שאין להם דבר עם הבטחת יציאתו של משוחרר ממשמורת מן הארץ, **וזאת על אף לשונו המפורשת של חוק הכניסה לישראל**, הרי שבכך לא תמה מלאכת הביקורת השיפוטית. חוקיות החלטת המשיב לחייב את העותרים לעזוב את תל-אביב ולהתגורר מצפון לחדרה או מדרום לגדרה, כמו כל החלטה מינהלית אחרת, נבחנת אף במשקפי הסבירות. העותרים יטענו כי בנסיבותיהם, החלטת המשיב לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אינה מתחשבת בכל השיקולים הרלוונטיים, אינה נותנת את המשקל הראוי לשיקולים הרלוונטיים, ואינה לוקחת בחשבון את נסיבותיהם הספציפיות.

59. אף אם מדיניותו של המשיב היא להביא לעזיבתם של מבקשי המקלט מן העיר תל-אביב, לפורם ברחבי הארץ ולהביא להעסקתם אצל חקלאים בפריפריה, הרי שחובה עליו לשקול כל מקרה לגופו, ולבחון בכל מקרה האם יש מקום לסטות ממדיניותו:

”יתר-על-כן: גם לא שמענו על חריגים שנקבעו למדיניות, והרי מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מְסָפִים בלא שמן לְהִסְיָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות.”  
 בג”ץ 3648/97 סטמקה נ’ שר הפנים, פ”ד נג(2) 728, 794.

60. קיומה של מדיניות כללית אינו כובל את שיקול דעתה של הרשות המוסמכת ואינו פוטר אותה מלבחון כל מקרה לגופו ועל פי נסיבותיו. במקרים מסוימים אף קיימת חובה לסטות מהן בנסיבותיו הקונקרטיות של מקרה, שהובא לשיקול דעתה הפרטני של הרשות. **”בנסיבות מסוימות לא אך שניתן לסטות מהנחיות אלא שנוצרת אף חובה לסטות מהן”** (דנג”ץ 10350/02 שר הפנים נ’ מטר, פ”ד נח(3) 255, 267-266. וראו גם: בג”ץ 7053/06 אַמְקוֹר בע”מ נ’ שר הפנים, פ”ד נג(1) 193,

213; בג"ץ 2709/91 חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מה(4)428.

61. ואולם, המשיב, כפי שתואר לעיל, עצר מאות מבקשי מקלט, ומבלי לבחון את נסיבותיהם הקונקרטיות הוציא באופן גורף צווי משמורת, בהם מותנה השחרור בתיחום מגוריהם של מבקשי המקלט ובעזיבת העיר תל-אביב.

62. כאמור, העותר מגדל את שני ילדיו, בני 7 ו-3 שנים, לבדו. הוא מתגורר בדירה בתל-אביב ומצא עבודה בתל-אביב, בה הוא מועסק כדין בהתאם להנחיות משרד התמ"ת ביחס למבקשי מקלט האוחזים במסמכי הגנה מנציבות האו"ם לפליטים מן הסוג בו אוחז העותר (ראו נספח ע/3 הנ"ל).

63. תכליתו המרכזית של תיחום המגורים, כפי שעולה מדברי מנהל מינהל האוכלוסין בישיבת וועדת הכנסת לעובדים זרים (נספח ע/21 לעיל וסעיפים 41-45 לעתירה) היא להביא ל"ריקון" המקלטים, בהם חיים מבקשי מקלט רבים בתנאי מצוקה וללא עבודה, ואולם העותר כלל אינו נמנה על קבוצה זו. העותר עובד בעבודה המאפשרת לו לפרנס את ילדיו והוא מגורר בדירה ששכר, ולא במקלט.

64. תכליתו הנוספת של תיחום המגורים, כפי שעוד עולה מדברי מנהל מינהל האוכלוסין שהובאו לעיל, היא עידוד מבקשי המקלט לעבוד עבור מעסיקים חקלאיים בדרום ובצפון הארץ, ואולם המשיב לא הביא בחשבון את אופי העבודה ואופי המגורים, אשר אינם הולמים אב יחיד לשני ילדים. כידוע, רובם המוחלט של עובדי ענף החקלאות במדינת ישראל הם מהגרי עבודה המגיעים לארץ כשהם אינם מטופלים במשפחות. האמנם מצפה המשיב כי העותר יתגורר יחד עם שני ילדיו במגורי עובדי החקלאות, בקרוואן מבודד בלב שטח חקלאי במושב כלשהו, כפי שחיים עובדי החקלאות הזרים המועסקים על ידי החקלאים? האמנם סבור המשיב כי מעסיק חקלאי, המורגל בהעסקת גברים שאינם מטופלים בילדים ומורגל במתן מגורים לגברים כאלה, יערוך את ההתאמות הנדרשות על מנת לשכן הורה יחיד עם שני ילדיו הקטינים?

65. נוסף על כך, כפי שתואר, המשיב 3, פעוט בן 3 שנים, פוקד, בשעות בהן אביו עובד, פעוטון לילדים חסרי מעמד במחיר נמוך במיוחד. שירות זה, של מסגרות לילדים קטנים של אנשים חסרי מעמד בישראל, הוא ייחודי לעיר תל-אביב. בכל מקום אחר בארץ לא יעלה בידי העותר לאתר מסגרת בה יוכל בנו הפעוט לשהות בשעות העבודה. האמנם מצפה המשיב כי העותר יעבור לצפון או לדרום הארץ ויחדל לעבוד באופן שלא יאפשר לו לדאוג לצרכיו של ילדיו על מנת שיוכל להשגיח כל העת על בנו בהעדר מסגרת בה יוכל להיקלט? או שמא מצפה המשיב כי העותר יותיר את בנו בן ה-3 בשעות היום ללא השגחה כלשהי במגורי עובדים במושב חקלאי?

66. כך גם באשר לעותר 2. העותר 2 הוא, כאמור, ילד בן 7 שנים, הלומד בכיתה ב' בבית הספר ביאליק-רוגוזין בתל-אביב כפי שפורט. בית הספר כולל מרקם ייחודי של ישראלים, ילדי מהגרי עבודה וילדי מבקשי מקלט, והוא ערוך היטב לקליטתם של ילדים שאינם ישראלים. בבית ספר זה העותר 2

לומד בחברתם של ילדים המצויים במצבו ושל ילדים ישראלים שהורגלו בחברתם של ילדים במצבו.

67. בית הספר, כפי שתואר, אף ערוך לספק את צרכיהם הייחודיים של ילדי מבקשי מקלט שהוריהם עובדים. באמצעות תרומות ולא על חשבונה של המדינה או של העירייה מתאפשר לבית הספר לספק לילדים אלה, ובהם העותר 2, ארוחות חמות, ולטפל בהם ולהפעילם מדי יום מעבר לשעות הלימודים עד לשעה 18:00. מעבר לכך, בית הספר ערוך לספק השגחה לילדים אלה ולילדים אחרים גם בימי החופשות, וכך, למשל, בימים אלה של חופשת הפסח, העותר 2 פוקד את בית הספר במסגרת, שתעמוד לרשותו ולרשות ילדים אחרים במצבו אף במהלך חופשת הקיץ.

68. אף אם ייקלט העותר 2 בבית ספר אחר בצפון או בדרום, הוא יהיה מבודד בו, ללא ילדים במצבו, אשר חברתם חשובה להתפתחותו התקינה, ומעבר לכך – לא יעמדו לרשותו השירותים שמציע בית הספר ביאליק-רוגוזין, המבטיחים כי הוא יהיה תחת השגחה בשעות בהן אביו עובד.

69. למעלה מכך, דרישת המשיב כי העותר וילדיו יעזבו את תל-אביב מיידית פירושה כי העותר 2 ייעקר מבית הספר, בו כבר השתלב היטב, ללא התראה וללא הכנה באמצע שנת הלימודים (ראו להרחבה בעניין זה סעיפים 10-13 הנ"ל, וכן מכתבה של מנהלת בית הספר, גב' קארן טל, נספח 4/ע הנ"ל).

70. כאמור לעיל, בתקופת שהייתם בת החודשיים של העותרים בקיבוץ, נאלץ העותר להשאיר את ילדיו מדי יום ללא השגחתו במגוריו בעת שעבד. זהו, ככל הנראה, הפתרון שרואה המשיב בעיני רוחו, שעה שהוא מבקש לחייב את העותרים לעזוב את העיר תל-אביב.

71. העותר הסתמך על שחרורו על ידי הצבא ללא תנאים של תיחום גיאוגרפי, על המדיניות שפורטה לעיל בדבר אפשרותם של מבקשי מקלט הנושאים מסמכים מן הסוג שבידיו לעבוד (ראו סעיפים 29-32 הנ"ל) ועל ההוראות שלא לעצור ולא להוציא צווי משמורת נגד מבקשי מקלט המחזיקים במסמכים מן הסוג בו הוא אוהז עד לסיום בחינת בקשתם למקלט בישראל (ראו סעיפים 33-36 הנ"ל). על יסוד הסתמכותו זו הוא שכר דירה בתל-אביב, החל לעבוד בתל-אביב וילדיו השתלבו במסגרות מתאימות.

72. אחד מעקרונות היסוד של המשפט המינהלי הוא כי על רשות מינהלית, קודם שהיא מקבלת החלטה בעניינו של אדם, לשקול את כל השיקולים הרלוונטיים ולתת להם את המשקל הראוי (ראו: בג"ץ 2245/06 דבורין נ' שירות בתי הסוהר, טרם פורסם, פסק דין מיום 13.6.2006, פסקה 17 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה והאסמכתאות הנזכרות שם). בענייננו נמנע המשיב מלתת משקל כלשהו לעובדת היותו של העותר אב לילדים, שהצבת התנאי שנקבע בצו המשמורת תפגע קשות בטובתם, ולמצער לא נתן לעובדה זו את המשקל הראוי לה ולא איזן אותה באופן הולם אל מול השיקולים האחרים.

73. כידוע, עקרון טובת הילד הוא שיקול לו יש לתת משקל מכריע בכל החלטה של כל רשות מינהלית. שיקול זה "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460). שיקולים אחרים, דוגמת אלה ששקל המשיב שעה שקבע את תנאי השחרור בצו המשמורת שניתן על העותר, ייסוגו מפני שיקול טובת הילד:

"שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד."  
דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119.

74. גם **האמנה בדבר זכויות הילד (1989)** (כ"א 1038, כרך 31, 221), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. סעיף 3(1) לאמנה קובע:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית או פרטיים ובין בידי בתי המשפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה."

75. זכויות הילד המנויות באמנה מובטחות **לכל ילד**. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 2(1) לאמנה). כן מחויבות המדינות החברות לנקוט "בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה, או ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופסיו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 2(2) לאמנה).

76. למעלה מכך, בנסיבותיהם של העותרים, שתוארו לעיל, מוליד התנאי שנקבע בצו המשמורת פגיעה בשורה של זכויות נוספות הקבועות באמנה בדבר זכויות הילד, ובהן הזכות לתנאי חיים הולמים (סעיף 27 לאמנה) והזכות לחינוך (סעיפים 28-29 לאמנה).

77. נוסף על כך האמור, ניכר על החלטת ממונה ביקורת הגבולות, כי לא ניתן בה כל משקל להיותו של חופש התנועה בבחינת זכות יסוד חוקתית הנגזרת מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כדברי הנשיא ברק, "לרוב, מעמידים את חופש התנועה בתוך גבולות המדינה על רמה חוקתית דומה לזו של חופש הביטוי" (בג"ץ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 49, להלן – עניין חורב). על מנת שיתאפשר לרשות לפגוע בזכותו של אדם לחופש תנועה עליה לעשות זאת בהתאם לתנאי פסקת ההגבלה שבחוק היסוד, כלומר לתכלית ראויה, במידה שאינה עולה על הנדרש, ומכוח חוק או הסמכה מפורשת בו (עניין חורב, עמ' 41). כפי שעולה מן האמור בעתירה זו, אף לא אחד מתנאי פסקת ההגבלה לפגיעה בחופש התנועה של העותרים מתקיים בענייננו.

78. למותר להזכיר, אך נזכיר בכל זאת, כי תחת זכויות היסוד החוקתיות, הקבועות בחוק יסוד : כבוד האדם וחירותו, חוסה כל אדם באשר הוא, אף אם הוא חסר מעמד בישראל (ראו : בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, טרם פורסם, פסק דין מיום 30.3.2006).

79. ההחלטה לתחם את מגורי העותר באמצעות קביעת תנאי בעניין זה בצו המשמורת התקבלה במסגרת החלטת מדיניות גורפת, אשר לא לקחה בחשבון את נסיבותיהם הספציפיות של העותרים ולא נתנה משקל כלשהו (ולמצער, לא נתנה את המשקל הראוי) לעקרון טובת הילד ולחופש התנועה כזכות יסוד חוקתית. בנסיבות אלה, אפילו נאמר כי למשיב סמכות לקבוע תנאי כאמור בצו המשמורת (ועמדת העותרים היא, כאמור, כי אין בידו סמכות לעשות כן), החלטתו האינדיבידואלית ביחס לעותרים איננה סבירה ודינה בטלות.

נוכח כל האמור יתבקש בית המשפט להורות כמבוקש בראש עתירה זו, ולהשית על המשיב שכ"ט עורך דין והוצאות עתירה זו.