

המערער:

ב.ב.
דרכון אתיופי מס'

ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או ד"ר יובל לבנת ו/או אורי
שדה ו/או נעמי לבנקרון
ממוקד סיוע לעובדים זרים
רח' החשמל 33, תל-אביב 65117
טל': 03 - 5602530 ; פקס: 03 - 5605175
טל' נייד: 3008035-054

נ ג ד

המשיב:

משרד המשפטים – האגף לסיוע משפטי

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' עוזי חסון 4, ירושלים
טל': 02-6208177 ; פקס': 02-6223140

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על החלטת הלשכה לסיוע משפטי למחוזות ירושלים והדרום מיום 15.11.2005, שהומצאה למערער ביום 22.11.2005, ובה נדחתה בקשת המערער לקבלת סיוע משפטי לצורך ההליכים הננקטים נגדו על ידי משרד הפנים (עמ"נ (ת"א) 201/01 משרד הפנים נ' ב.).

העתק החלטת המשיב מצ"ב ומסומן **מע/1**.

העתק המכתב הנלווה, שצורף להחלטת המשיב, מצ"ב ומסומן **מע/2**.

מבוא

עניינו של ערעור זה בהחלטת המשיב לדחות את בקשת המערער, אזרח אתיופיה חסר מעמד בישראל, לקבל סיוע משפטי לצורך ניהול הליך המתנהל נגדו ביוזמת משרד הפנים, בבית המשפט לעניינים מינהליים, בהתאם לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל). הליך זה, על אף שהוא מוגדר מבחינה פורמלית כהליך "אזרחי", עלול להביא בסיומו לשלילת חירותו של המערער, כפי שיפורט בהמשך.

שני נימוקים עומדים בבסיס החלטתו של המשיב, ולשני נימוקים אלה נתייחס בערעור זה. טענתו הראשונה של המשיב היא כי ההליך, בו מבקש המערער להיות מיוצג, חורג מתחום העניינים בהם מספק המשיב ייצוג לפונים אליו. טענה זו, כפי שנפרט בהמשך, אינה יכולה לעמוד. טענתו השנייה של המשיב הינה כי הוא אינו מעניק סיוע משפטי למי שאינם תושבי ישראל. טענה זו, כפי שנפרט, אף היא נעדרת בסיס בדיון.

יודגש, כי המשיב נמנע מלציין בתשובתו כל נימוק אחר לדחיית הבקשה, ועל כן נקודת המוצא האמורה להנחותנו במהלך הדיון בערעור זה היא כי המערער עומד בתנאי הזכאות הכלכלית לקבלת סיוע משפטי (תקנה 2 לתקנות הסיוע המשפטי, תשל"ג-1973 (להלן – תקנות הסיוע המשפטי)), וכי עמדתו המשפטית בהליך המתנהל נגדו היא עמדה שיש לה בסיס סביר מבחינת הדיון (סעיף 4 לחוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 (להלן – חוק הסיוע המשפטי)).

מבנה הטיעון בערעור זה יהא כדלקמן – תחילה תפורטנה העובדות הרלוונטיות לצורך עמידה על מהות ההליך, שבו מבקש המערער כי המשיב יעניק לו ייצוג משפטי. לאחר מכן נתייחס אל טענת המשיב, לפיה עניינו של המערער אינו מסוג העניינים, בהם מוסמך הוא לספק ייצוג משפטי. בהמשך נעמוד על העדר הבסיס המשפטי לטענת המשיב, לפיה אין הוא מספק שירותים משפטיים למי שאינם תושבי ישראל. לבסוף, מעבר לנדרש ולשם הזהירות בלבד, נעמוד על כך שהמערער עומד אף בשני התנאים הנוספים לזכאות לקבלת סיוע משפטי – תנאי הזכאות הכלכלית והתנאי בדבר סיכויי ההליך המשפטי.

הרקע העובדתי

1. המערער, אזרח אתיופיה, נכנס לישראל כדיון ביום 24.2.2005. עובר לעזיבתו את אתיופיה היה המערער חבר מפלגת ה-"South Ethiopian People's Democratic Unity", מפלגת אופוזיציה המתנגדת לשלטונו של ראש ממשלת אתיופיה.

2. בתקופת הבחירות, שהתקיימו באתיופיה ביום 27.5.2000, היה המערער שותף פעיל למסע הבחירות של המפלגה, ופעל בהתנדבות במטרה לשכנע מצביעים להצביע עבור מפלגתו ולא עבור מפלגת השלטון. ביום קיום הבחירות שימש המערער משקיף בקלפי שבכפר קונטפ. במהלך הבחירות נכנסו אנשי משטרה לקלפי, ניסו להשפיע על מצביעים להצביע למפלגת השלטון, איימו על מצביעים וירו באוויר מחוץ לקלפי על מנת להלך אימים על המצביעים.

3. בהמשך היום התעמתה המשטרה עם מצביעים ואף ירתה בהתקהלות אנשים. כתוצאה מן הירי נהרגו ארבעה אנשים. אחד מחבריו של המערער נפגע מאש המשטרה. במהלך העימותים עם המשטרה השליכו אחדים מן הנוכחים אבנים על שוטרים בתגובה לירי. באותו מעמד נעצרו המערער ושלושה מחבריו למפלגה והועברו לבית כלא בעיר אדיס-אבבא.

4. המערער "בילה" בכלא במשך למעלה משבעה חודשים. במהלך שהייתו בכלא עבר עינויים פיזיים מסוגים שונים, בהם מכות חשמל, ומדרש להודות בביצוע עבירות נגד מפלגת השלטון. המערער נושא על גופו צלקות מן העינויים שעבר בתקופה זו.

5. רק בחודש דצמבר 2000 הובא המערער בפני ערכאה שיפוטית, אשר שחררה אותו על פי התחייבות של דודו, כי אם לא יתייצב למשפט ישלם סכום של birr 20,000 (סכום שווה ערך לכ- 10,000 ₪). בחודש ינואר 2001 שוחרר המערער מן הכלא האתיופי.

6. בידי המערער אישור מן המחלקה לחקירות פליליות באתיופיה מיום 31.1.2001 (התאריך שהאישור נושא הוא על פי הלוח הקלנדרי האתיופי) על כך שנעצר למשך למעלה משבעה חודשים לצורכי "חקירה" בשל פעילות נגד מפלגת השלטון, ועל כך ששוחרר כנגד התחייבות דודו.

העתק האישור מצ"ב ומסומן מע/א3'.

העתק תרגומו המאומת של האישור לשפה האנגלית מצ"ב ומסומן מע/ב3'.

7. נוכח ההתנכלות האלימה של השלטונות באתיופיה למתנגדיהם, שגבלה במקרים רבים במוות, חשש המערער לשלומו הגופני ולחיי אביו אם יישאר באתיופיה ועל כן נמלט מן המדינה. המערער, שהשלטונות אסרו עליו לצאת את אתיופיה, נאלץ לשחד פקיד על מנת שזה יאשר לו לצאת את מדינתו בניגוד לחוק. המערער נכנס לישראל כדין ביום 24.2.2001 באשרת תייר.

8. משנעלמו עקבותיו של המערער באתיופיה, דרשו שלטונות אתיופיה מדודו של המערער לוודא את התייצבותו, ומשלא עשה כן, החלו בהליכים לגביית הסכום, שדודו התחייב לשלם להבטחת התייצבותו.

פניות שלטונות אתיופיה בעניין זה ותרגומיהם מצ"ב ומסומנים מע/א4', מע/ב4', מע/א5', מע/ב5', מע/א6' ו- מע/ב6'.

9. רעייתו של המערער, גב' -----, אותה הכיר מאוחר יותר בישראל, נמלטה אף היא מאתיופיה בשל רדיפה על רקע פוליטי. רעייתו הייתה חברה במפלגת האופוזיציה UEDP, עסקה אף היא בתעמולה פוליטית באתיופיה, ונעצרה בשעה שחילקה עלונים של מפלגתה.

10. רעיית המערער "בילתה" כחודשיים בכלא האתיופי, במהלכם עברה עינויים קשים ונאנסה מספר רב של פעמים על ידי החוקרים ואנשי המשטרה. היא שוחררה לבסוף מן הכלא בערבות של 500 birr, ונמלטה אף היא מאתיופיה.

העתק מכתבה של מפלגת UEDP בעניין הסכנה הנשקפת לשלומה הגופני ולחייה של רעייתו של המערער מצ"ב ומסומן **מע/7**.

11. כחודשיים לאחר הגעתו לישראל פנה המערער אל נציבות האו"ם לפליטים בבקשה לקבלת מעמד פליט על רקע הסכנה הנשקפת לחייו אם ישוב לאתיופיה. המערער קיבל מנציבות הפליטים "ניירות הגנה" זמניים, אשר ניתנו בכל פעם לתקופה בת חצי שנה וחודשו מפעם לפעם.

12. בתחילת שנת 2004 החליט שר הפנים ליתן רישיונות עבודה למבקשי מעמד פליט בישראל, וביום 17.2.2004 קיבל המערער הודעה מנציבות האו"ם לפליטים, לפיה הוא מוזמן לגשת אל משרד הפנים על מנת לקבל אישור לעבוד.

העתק הודעת נציבות הפליטים מיום 17.2.2004 מצ"ב ומסומן **מע/8**.

13. במקביל, בעודם ממתינים לקבלת תשובה סופית בעניין הענקת מעמד פליט בישראל, פנו המערער ורעייתו לפני כשנה אל שגרירות קנדה בישראל בבקשה להעניק להם מעמד בקנדה מטעמים הומניטריים. המערער ורעייתו קיבלו הזמנה לראיון בשגרירות קנדה לצורך זה ליום 10.11.2005.

14. ביום 2.3.2005 דחה משרד הפנים את בקשתו של המערער לקבלת מעמד פליט.

העתק החלטת משרד הפנים מצ"ב ומסומן **מע/9**.

15. ביום 6.6.2005, עוד בטרם קיבל תשובה משגרירות קנדה, נעצר המערער בגין שהייה שלא כדין בישראל והושם במשמורת. לאחר מעצרו נערך לו שימוע על ידי הממונה על ביקורת הגבולות. הממונה החליט ליתן על המערער צו הרחקה וצו משמורת, והוא הועבר לכלא "מעשיהו".

העתק פרוטוקול השימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות מצ"ב ומסומן **מע/10**.

העתק צו ההרחקה, שניתן על המערער, מצ"ב ומסומן **מע/11**.

העתק צו המשמורת, שניתן על המערער, מצ"ב ומסומן מע/12.

16. ביום 8.6.2005 נערך למערער דיון בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. בדיון ציין המערער, כי משרד הפנים דחה את בקשתו למתן מעמד פליט, וכי פנה אל שגרירות קנדה בבקשה לקבל מעמד שם. כמו כן עמד המערער על אי דיוקים שנפלו בפרוטוקול השימוע, שערך יומיים קודם לכן הממונה על ביקורת הגבולות. בית הדין לביקורת משמורת החליט באותו שלב לאשר את צו המשמורת ללא שינויים.

העתק החלטת בית הדין מיום 8.6.2005 מצ"ב ומסומן מע/13.

17. ביום 26.6.2005 התקיים דיון נוסף בבית הדין לביקורת משמורת. בדיון זה יוצג המערער ללא תמורה על ידי מר רום לבקוביץ' מ"מוקד סיוע לעובדים זרים". יצויין, כי מר לבקוביץ' אינו משפטן, והוא ייצג את המערער מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, המאפשר ייצוג ללא תמורה על ידי אדם שאינו עורך דין. יודגש כבר עתה, כי אף על פי שבבית הדין יכול לייצג אדם שאינו עורך דין, לא כך בהליכי הערעור בבית המשפט המחוזי.

18. במהלך הדיון הציג המערער את הזמנתו לראיון בשגרירות קנדה ליום 10.11.2005. בעקבות זאת החליט בית הדין, כי קיימים בנסיבות העניין טעמים הומניטריים מיוחדים המצדיקים את שחרורו של המערער בערבות, והורה על שחרורו עד ליום 31.12.2005.

העתק החלטת בית הדין מיום 26.6.2005 מצ"ב ומסומן מע/14.

19. סכום הערבות שולם על ידי המערער באמצעות כספים שהצליח לחסוך מעבודתו בניקיון עובר למעצרו, אך בעיקר באמצעות סיועם של חברים.

20. במועד לא ידוע, ככל הנראה 4.7.2005, הגיש משרד הפנים בקשה לעיון מחדש בהחלטת בית הדין. משרד הפנים לא טרח להמציא את בקשתו למערער, ועד היום המערער אינו יודע את תוכנה המדויקת.

21. ביום 10.7.2005 דחה בית הדין לביקורת משמורת את בקשת משרד הפנים לעיין מחדש בהחלטתו, והותיר על כנה את החלטת השחרור, שניתנה על ידו ביום 22.6.2005. בין השאר, ועל כך נראה שיצא קצפו של משרד הפנים, דחה בית הדין את טענת משרד הפנים, לפיה שחרור המערער ממשמורת לפי הסמכויות המוקנות לבית הדין מהווה החלפה של שיקול דעתו של הממונה על ביקורת הגבולות ליתן רישיון שהייה בישראל. בית הדין קבע, כי הוא יושב כערכאת ביקורת על החלטות הממונה על ביקורת הגבולות, ועל כן הוא מוסמך במקרים כגון דא, בהם החליט הממונה להותיר אדם במשמורת, להורות על שחרורו.

העתק החלטת בית הדין מיום 10.7.2005 מצ"ב ומסומן מע/15.

22. ביום 28.7.2005 הגיש משרד הפנים ערעור מינהלי כנגד המערער דכאן בבית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (עמ"נ 201/05 (ת"א) משרד הפנים נ' ב. ב.). בערעור נטען, כי בית הדין לביקורת משמורת חרג מסמכותו שעה ששחרר את המשיב (המערער דכאן) ממשמורת, וביקש לבטל החלטה זו של בית הדין. נימוקי הערעור הם נימוקים משפטיים לחלוטין, הנוגעים לסמכויות בית הדין לביקורת משמורת. משמעותה של קבלת ערעורו של משרד הפנים היא ביטול החלטת השחרור של בית הדין לביקורת משמורת והחזרתו של המערער למעצר.

העתק הערעור שהוגש על ידי משרד הפנים מצ"ב ומסומן **מע/16**.

23. ביום 26.9.2005 התקיים הדיון הראשון בערעור המינהלי בפני כב' השופטת מיכל רובינשטיין. המערער, בהעדר אפשרות כלכלית לשכור שירותיו של עורך דין, התייצב לדיון ללא ייצוג, כשהוא מלווה במר עומר אורי, מתנדב "מוקד סיוע לעובדים זרים" שאינו משפטן. בית המשפט החליט לדחות את המשך הדיון על מנת לאפשר למשיב (המערער דכאן) לנסות ולהשיג ייצוג משפטי. בהחלטתו ציין בית המשפט: **"לא הגיע כל כתב תשובה לערעור שכן מדובר בשאלה משפטית שהמשיב אינו יכול להתמודד עימה. המשיב התייצב לדיון כשהוא מלווה במר עומר אורי מהמוקד לסיוע לעובדים זרים. אולם, מר אורי עצמו לא יכול לסייע בנקודות אלה למשיב"**. בית המשפט המליץ, כי "מוקד סיוע לעובדים זרים" ישקול לייצג את המשיב (המערער דכאן), ודחה את המשך הדיון ליום 16.11.2005.

העתק פרוטוקול הדיון והחלטת בית המשפט מיום 26.9.2005 מצ"ב ומסומן **מע/17**.

24. בעקבות המלצת בית המשפט פנתה ביום 2.10.2005 גב' שבי קורזן, מנכ"לית "מוקד סיוע לעובדים זרים", אל בית המשפט והודיעה כי הארגון לא יוכל ליטול על עצמו את מלאכת ייצוגו של המערער. במכתבה הסבירה גב' קורזן מדוע לא יוכל הארגון ליטול על עצמו את ייצוגו של המשיב (המערער דכאן) בהליך הערעור המינהלי, ועמדה על כך ששעה שהמדינה יוזמת הליך משפטי לפי חוק הכניסה לישראל, העשוי הביא לשלילת חירותו של אדם שאינו יכול להרשות לעצמו ייצוג משפטי, חובה על המדינה לספק לו ייצוג משפטי.

העתק מכתבה של גב' קורזן מצ"ב ומסומן **מע/18**.

25. ביום 8.10.2005 הגיש ב"כ משרד הפנים, עו"ד דותן ברגמן מפרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי), תגובה לבית המשפט למכתבה של גב' קורזן. הפרקליטות לא טרחה להמציא תגובה זו למשיב (המערער דכאן), ותוכנה של תגובה זו אינו ידוע לו.

26. ביום 6.11.2005 הגיש המערער בקשה ללשכה לסיוע משפטי בירושלים, בה ביקש כי יוענק לו סיוע משפטי לצורך ההליך המתנהל נגדו בבית המשפט לעניינים מינהליים. לבקשתו של המערער צורף מכתב מאת הח"מ, בו הם עומדים על הבסיס המשפטי, המצדיק היענות לבקשתו.

העתק בקשת המערער מצ"ב ומסומן מע/19.
העתק מכתבם של הח"מ מצ"ב ומסומן מע/20.

27. עם הגשת הבקשה ניתנה למערער הזמנה לראיון בלשכה לסיוע משפטי ליום 7.11.2005.

העתק ההזמנה מצ"ב ומסומן מע/21.

28. כמו כן, ניתן בידי אישור פטור מתשלום אגרת השתתפות, הניתנת למי שהכנסתו החודשית נופלת מסך של 750 ₪.

העתק אישור הפטור מאגרת השתתפות מצ"ב ומסומן מע/22.

29. בבוקר יום 16.11.2005 נמסר למערער בשיחה טלפונית, כי בקשתו לקבלת סיוע משפטי נדחתה. בשיחה זו לא נמסרה לו סיבת הדחייה, ונמסר לו, כי הוא יקבל תשובה מנומקת בכתב בדואר.

30. בצהרי אותו היום התקיים הדיון השני בעניינו של המערער בבית המשפט לעניינים מינהליים בפני כב' השופטת מ' רובינשטיין. אף לדיון זה התייצב המערער כשהוא אינו מיוצג, ונלווה אליו מר רום לבקוביץ', פעיל ב"מוקד סיוע לעובדים זרים", שייצג את המערער בפני בית הדין לביקורת משמורת. מר לבקוביץ' מסר לבית המשפט, כי "מוקד סיוע לעובדים זרים" לא ייצג את המערער בהליך זה, וכי בכוונתו להגיש ערעור לבית המשפט המחוזי כנגד החלטת המשיב דכאן שלא לייצגו לאחר קבלת התשובה המנומקת.

31. במהלך הדיון ביום 16.11.2005 טען עו"ד דותן ברגמן, המייצג את משרד הפנים בערעור המינהלי, ארוכות, והעלה את כל טענותיו המשפטיות גרידא (והשגויות, לעמדת הח"מ) של משרד הפנים באשר לסמכויות בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. כפי שניכר הדבר בפרוטוקול, המשיב (המערער דכאן) לא היה מסוגל להשיב לטענות משפטיות אלה, וכלל לא התייחס אליהן, ולמעשה לא טען כלל בדיון. בסיום הדיון קבעה כב' השופטת רובינשטיין, כי פסק הדין יישלח לצדדים לאחר כתיבתו.

העתק פרוטוקול הדיון והחלטת בית המשפט מיום 16.11.2005 מצ"ב ומסומן מע/23.

32. ביום 20.11.2005 הגישו הח"מ בקשה לבית המשפט לעניינים מינהליים לבטל את ההחלטה לפיה יינתן פסק דין ויועבר לצדדים, הואיל והמשיב (המערער דכאן) לא היה מיוצג. הח"מ ביקשו מבית המשפט ליתן בידי המערער שהות למצות את ההליכים בעניין קבלת סיוע משפטי. כמו כן הדגישו הח"מ, כי אינם מייצגים את המשיב בהליך העיקרי, אלא אך ורק לצורך הבקשה לדחיית המשך ההליכים בתיק עד להגשת ערעור נגד החלטת האגף לסיוע משפטי שלא לייצג את המערער.

העתק הבקשה מיום 20.11.2005 מצ"ב ומסומן מע/24.

33. ביום 21.11.2005 הורתה כב' השופטת רובינשטיין למשרד הפנים להגיב לבקשה בתוך חמישה ימים.

העתק ההחלטה מיום 21.11.2005 מצ"ב ומסומן מע/25.

34. ביום 22.11.2005 הומצאה למערער החלטת הלשכה לסיוע משפטי הדוחה את בקשתו בנימוק, לפיו העניין בו פנה אינו מצוי בתחום טיפולה (נספח מע/1 לעיל). להחלטה צורף מכתב הסבר, הגורס כי ענייני חוק הכניסה לישראל אינם כלולים במסגרת העניינים בהם מטפלת הלשכה לסיוע משפטי, וכי מי שאינם תושבי ישראל אינם זכאים לסיוע משפטי (נספח מע/2 לעיל).

35. ביום 29.11.2005 הוגשה תגובת משרד הפנים לבקשת המשיב (המערער דכאן) לבטל את החלטת בית המשפט מיום 16.11.2005 וליתן בידי המשיב הזדמנות לערער על החלטת הלשכה לסיוע משפטי. התגובה אינה מתייחסת לזכותו של המשיב לייצוג בהליך בו עשויה להישלל חירותו או לחובת המדינה לספק ייצוג במקרים כאלה, וכל כולה היא טרוניה כלפי "קו לעובד" ו"מוקד סיוע לעובדים זרים", אשר אינם נוטלים על עצמם את חובת המדינה לייצג את המשיב.

העתק תגובת משרד הפנים מצ"ב ומסומן מע/26.

36. ביום 1.12.2005 קיבלה כב' השופטת רובינשטיין את בקשת המשיב (המערער דכאן), וקבעה: "מדובר בשאלה עקרונית ויש לתת למבקש את יומו בבית המשפט. כשהוא נעזר בעו"ד אשר על כן אני נעתרת לבקשת המבקש". המשך הדיון נקבע לתזכורת ליום 2.1.2006.

העתק החלטת בית המשפט מיום 1.12.2005 מצ"ב ומסומן מע/27.

37. מספר ימים לאחר הדיון בבית המשפט התקבלה בדואר תשובת שגרירות קנדה, בה נמסר למערער ולרעייתו כי לאחר שנערך עמם ראיון הוחלט לדחות את בקשתם לקבלת מעמד בקנדה.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן מע/28.

38. הואיל והמערער ורעייתו חוששים באמת ובתמים לשלומם הגופני ואף לחייהם אם יגורשו לאתיופיה, הם פנו פעם נוספת לנציבות הפליטים של האו"ם בבקשה לשקול מחדש את ההחלטה בעניינם. לאור קיומן של ראיות חדשות בידי המערער ורעייתו – מכתב ממפלגת UEDP המאשר את הסכנה הנשקפת לרעייתו של המערער (נספח מע/7 לעיל) וכן כתבה בעיתון, בה מוצגת תמונתו של המערער ומופיע שמו, כמי שהשלטונות מעוניינים לתפוס – החליטה נציבות האו"ם לפליטים לקיים עם המערער ועם רעייתו פגישה נוספת על מנת לבדוק מחדש את טענותיהם. פגישה זו טרם התקיימה.

39. העובדות, שפורטו בפרק זה, נתמכות בתצהירו של המערער, המצ"ב ומסומן מע/29.

החלק המשפטי

על חובת המשיב לספק ייצוג משפטי בעניינו של המערער

40. תקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, תשל"ג-1973 (להלן – **תקנות הסיוע המשפטי**) קובעת מה הם העניינים שבהם מוטלת על לשכות הסיוע המשפטי חובה ליתן סיוע משפטי. ניתנת האמת להיאמר, רשימה זו מתחזה להיות "רשימה סגורה", וענייניו של המערער אינו כלול, לכאורה, באותה הרשימה. חרף האמור, קמה ללשכת הסיוע סמכות ליתן למערער סיוע משפטי, ועליה לעשות שימוש בסמכותה זו, והכל מהסיבות המפורטות להלן.

זכותם של מהגרי עבודה לייצוג בהליכי מעצר ביוזמת המדינה

41. בעת חקיקת חוק הסיוע המשפטי והתקנת מכוחו התקנות לא הייתה מוכרת התופעה של "הגירת עבודה" לישראל. הגלים הגדולים של הגירת העבודה לישראל החלו בשנות התשעים, דהיינו כשני עשורים לאחר חקיקת החוק והתקנת התקנות. ייתכן שזו הסיבה לכך שעניינים כה מהותיים כמו החזקת אדם במשמורת והרחקתו מישראל אינם מנויים במסגרת תקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, ואילו עניינים אחרים, אשר הם לכאורה מהותיים פחות (לרבות עניינים כספיים, ענייני רישוי עסקים, תביעות הנוגעות לזכויות של חיילים משוחררים וכיו"ב) מנויים באותה תקנה.

42. ואולם, כאמור, מאז קרה דבר בישראל. מדינת ישראל החלה מנפיקה רישיונות עבודה לתושבי חוץ בתחומים כסיעוד, חקלאות, בניין, תעשייה, מלונאות ומסעדנות, ומהגרי עבודה רבים הגיעו לישראל. מצבם של רובם המכריע קשה הוא, הן מבחינה כלכלית והן מבחינה חברתית, ובתי המשפט עמדו של כך לא אחת (ראו, לדוגמה: ע"ע 1459/02 בוצ'מן – בן בסט ייזום ובניה בע"מ, פד"ע לח 824, 836; ע"פ 2480/04 ליביו נ' מדינת ישראל (טרם פורסם), בפסקה 10 לפסק-הדין; ג' מונדלק, "עובדים זרים בישראל? חוזה התשתית והדפיציט הדמוקרטי", **עיוני משפט** כז, 423). להתפתחות זו יש משמעות, אשר לא ניתן להתעלם ממנה עת באים לפרש את החוק והתקנות, וזאת בוודאי על רקע תכליותיו של חוק הסיוע המשפטי, כפי שתפורטנה להלן.

43. יתירה מכך, מאז נחקק החוק והותקנו התקנות, יצא אל אוויר העולם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בעקבות חקיקת חוק היסוד קבע בית-המשפט העליון כי זכות הגישה לערכאות עלתה לדרגה חוקתית (ע"א 733/95 ארפל אלומיניום בע"מ נ' קליל תעשיות בע"מ, פ"ד נא(3) 577). אחת מגזרותיה של זכות הגישה לערכאות הינה זכות הייצוג. והמדובר לא רק בזכות נגטיבית מסוג חירות (במובן זה שאסור למנוע מאדם שכירת פרקליט שיפעל בעניינו), אלא גם זכות פוזיטיבית, אשר כנגדה עומדת חובתה של המדינה לספק לפרט הנזקק ייצוג משפט:

החירות לשכור את שירותיו של מייצג אינה מסייעת לאדם שאין ידו משגת לשלם את העלויות הכלכליות הכבדות עבור שירותים משפטיים... לכן, מכוחן של זכויות אלה **מוטלת על השלטון החובה הפוזיטיבית להעניק לאדם הרוצה לפנות לבית המשפט כלים למימוש הזכות לפנות לערכאות על מנת להגן על כבודו ועל קניינו. לאור תפיסה זו מעמיד החוק בישראל לרשות האזרח, מייצג במימון המדינה. זאת, עת הנסיבות מלמדות, שאם הרשויות לא תעמדה לרשותו את הכלים להגנה, עלולות זכויותיו הבסיסיות להיפגע באופן מהותי.** (ע"ש 1076/02 יהודה נ' לשכת הסיוע המשפטי מחוז ירושלים והדרום (טרם פורסם), בפסקה 8 לפסק הדין; ההדגשה הוספה).

44. בעקבות חקיקת חוק היסוד והקביעה בדבר היות זכות הגישה לערכאות זכות יסוד חוקתית המעוגנת בחוק היסוד הובעה על ידי לא מעט משפטים, שופטים ואנשי אקדמיה כאחד, הדעה לפיה יש מקום לאפשר ייצוג משפטי גם במקרים החורגים מאלה המנויים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי.

45. כך, למשל, כתב המלומד י' רבין בספרו "זכות הגישה לערכאות כזכות חוקתית", בעמ' 187-188:

כפי שהראנו, קיימים בישראל דברי חקיקה המתייחסים לסיוע משפטי, כגון: חוק הסיוע המשפטי, תשל"ב-1972 וחוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995. השאלה המתעוררת היא, האם במסגרת האיזון האופקי הראוי בין זכות הגישה לערכאות ובין "אינטרס מימון עלויות המערכת", יש להכיר בחובות חוקתיות פוזיטיביות של המדינה להעניק סיוע משפטי כגון מינוי עורך דין מטעם המדינה, הן בהליכים פליליים והן בהליכים אזרחיים. הכרה בחובות שכאלו משמעותם להכיר בסמכותו של בית-המשפט להעניק סיוע משפטי ולמנות עורך דין **גם מעבר לחובות הקבועות בחוק החרות** (קרי: חובות הסיוע הקבועות חוקים הרגילים, אשר מכוחם מעניקה המדינה סיוע פוזיטיבי כאמור). לדעתנו, באיזון האופקי בין זכות הגישה לערכאות של מתדיין חסר אמצעים לבין תחשיב העלויות הכלכליות של המערכת, ידה של זכות הגישה לערכאות על העליונה. **במקרים מסוימים האיזון בין שני האינטרסים יכול להכתיב למדינה את החובה למנות עורך-דין למתדיין חסר אמצעים, הן בהליך פלילי והן בהליך אזרחי, מכוח זכות הגישה החוקתית לערכאות.** אין ספק, כי המקרים הבולטים בהם ראוי לקבוע חובה פוזיטיבית זו על המדינה, הינם כאלה אשר בהם המתדיין נגרר בעל כורחו לערכאות, ומוצא עצמו ניצב בפני אישום חמור בפלילים או תביעה אזרחית רחבת מימדים, אשר בפניהם הוא חייב להתגונן (בהיבט זה אין לדעתנו כל הבדל בין האישום הפלילי או התביעה האזרחית). (ההדגשות הוספו).

46. וברע"א 6810/97 בן שושן נ' בן שושן, פ"ד נא (5) 375 (להלן – עניין בן שושן) כתב כב' השופט טירקל את הדברים הבאים:

חברי הנכבד, המשנה לנשיא ש' לוי העיר בעניין זכות הייצוג לאור הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כי "שאלה שיהיה צורך לבחון אותה בעתיד, לאור הוראות חוק היסוד... אם אין זה מן הראוי, לאור הוראת חוק היסוד, לקבוע את סמכותו של בית-המשפט למנות עורך-דין בהליכים אזרחיים גם מעבר להוראות החוק החרות" (ש' לוי, "חוק יסוד כבוד האדם וחירותו וסדרי הדין האזרחיים", הפרקליט מב 451, בעמ' 458)... סבורני שהגיעה השעה לדון בכך... כך או כך, בטרם יאמר המחוקק את דברו, סבורני שעל בית-המשפט לייחס משקל רב יותר מבעבר לחשיבות הייצוג על ידי עורך דין בהליכים בענייני משפחה, ואולי גם בהליכים אחרים, על כל המשתמע מכך לענייני הבירור לפניהם. שם, עמ' 378-379.

ראו עוד: בש"פ 9016/01 מדינת ישראל נ' ליאוננד (לא פורסם, פסק דין מיום 21.11.2001).

47. ככל שהאינטרס העומד על כף המאזניים כבד יותר וככל שמידת הפגיעה שעשויה להיגרם לזכות יסוד מוגנת כבדה יותר, כך גוברת חשיבותה של הזכות לייצוג על ידי עורך דין. בענייניו של המערער השאלה השנויה במחלוקת בבית המשפט לעניינים מינהליים (שהיא, כזכור, שאלה משפטית גרידא, שאין למערער היכולת להתמודד עמה) עשויה להביא לפגיעה בלב ליבה של הזכות לחירות המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – קבלת ערעור המדינה עשוי להביא לביטול החלטת בית הדין לשחררו ממשמורת, ולהביא להחזרתו למעצר במתקן כליאה של משטרת ההגירה. משכך, גובר משקלה של הזכות לייצוג (ראו והשוו: בג"צ 6302/92 רומחיה נ' משטרת ישראל ואח', פ"ד מז(1) 209, 212; בג"צ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' השר לביטחון פנים ואח', פ"ד נח(2) 746).

48. על התפישה, לפיה שעה שעומדת על הפרק הזכות לחירות גוברת זכותו של אדם להיות מיוצג וגוברת חובתה של המדינה לספק ייצוג זה, ניתן ללמוד מתקנות הסנגוריה הציבורית (תיקון), התשס"ה-2005, אשר פורסמו ביום 25.1.05, שבהם נוספה תקנה 4 לתקנות הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1996. תקנה 4 א קובעת כי:

סבר תובע כי יבקש מבית המשפט להטיל על נאשם שאינו מיוצג עונש מאסר בפועל אם יורשע, והיה לתובע יסוד להניח שהנאשם אינו מיוצג בשל היותו חסר אמצעים, יודיע על כך התובע לבית המשפט בתחילת המשפט, כדי שבית המשפט יוכל לבחון האם נתקיימו התנאים למינוי סניגור לפי סעיף 18(ב) לחוק; סבר התובע כאמור לאחר תחילת המשפט, יודיע על כך לבית המשפט בהזדמנות הראשונה.

49. עוד על חשיבותה היתרה של קבלת ייצוג, שעה שמרחפת מעל ראשו של אדם סכנת שלילת חירותו, ניתן ללמוד מסעיף 21(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), תשנ"ו-1996, המחייב את בית המשפט למנות עורך דין לאדם, שנפתחו נגדו הליכי מעצר לאחר הגשת כתב אישום.

50. כפי שתואר לעיל, בדיון שהתקיים ביום 16.11.2005 בבית המשפט לעניינים מינהליים, בו נטענו טענות לגופו של עניין, טען עו"ד דותן ברגמן מפרקליטות מחוז תל-אביב ארוכות טענות (שגויות, לעמדת הח"מ) באשר למצב המשפטי ובאשר לסמכויות בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. לשיטת משרד הפנים, כפי שהוצגה באותו דיון, יש לבטל את החלטת השחרור, שניתנה על ידי בית הדין. כפי שניתן

לראות בפרוטוקול הדיון מיום 16.11.2005 (נספח מע/23 לעיל), המערער כלל לא השיב לטענות אלה, שכן אין לו הידע המשפטי ואף לא כישורי השפה הנדרשים לצורך זה. לעניין זה אין לנו אלא לשוב ולהפנות אל עניין בן שושן הנ"ל, שעסק בסיטואציה, אשר מתארת במדויק את שהתרחש באולם בית המשפט בעניינו של המערער:

כאן חייב בית-המשפט בזהירות כפולה ומכופלת, בבואו לקבוע את מימצאיו ובבואו לשקול אותם בטרם יסיק את מסקנותיו. חובת זהירות זאת אינה יכולה להתקיים במצב של חוסר שוויון קיצוני כזה בין המתדיינים, **כאשר אחד מהם טוען לעצמו בלשון עילגים ואילו השני, בלשון פרקליטים מלומדת**. הציווי של "שְׁמַע בֵּין-אֲחֵיכֶם וּשְׁפֹטֶתֶם צְדָק" (דברים א, טו) אינו יכול להתקיים במצב כזה. שם, עמ' 378, ההדגשה הוספה.

51. יצויין, כי בית המשפט, שדן בערעור המינהלי שהוגש נגד המערער, עמד אף הוא על פער הכוחות בין הצדדים, ועל חוסר יכולתו של המערער להתמודד ללא ייצוג עם ההליך המדובר. בהחלטת בית המשפט מיום 26.9.2005 (נספח מע/17 לעיל) נכתב על ידי כב' השופטת רובינשטיין, כי **"לא הגיע כל כתב תשובה לערעור שכן מדובר בשאלה משפטית שהמשיב אינו יכול להתמודד עימה"**. כמו כן, בהחלטה מיום 1.12.2005 (נספח מע/27 לעיל), בה התייחס בית המשפט לבקשת המשיב (המערער דכאן) להימנע ממתן פסק דין עד למיצוי ההליכים מול הלשכה לסיוע משפטי, נקבע כי "מדובר בהחלטה עקרונית ויש לתת למבקש את יומו בבית משפט. כשהוא נעזר בעו"ד אשר על כן אני נעתרת לבקשת המבקש".

52. עוד על הקושי בתפקודו של המשיב ובהתייחסותו של הצד שכנגד, משרד הפנים, אל צד לא מיוצג ניתן ללמוד מן העובדה, שככל הנראה הוגשה ביום 8.10.2005 על ידי ב"כ משרד הפנים תגובה לבית המשפט, אשר איש לא טרח כלל להמציא למשיב (המערער דכאן) עצמו, ועליה הוא למד רק מתגובת משרד הפנים מיום 29.11.2005 (ראו נספח מע/26 לעיל, סעיף 5 לתגובה). יש להניח (וכך גם מלמד ניסיונם של הח"מ בעבודתם מול פרקליטות מחוז תל-אביב), כי אם היה המערער מיוצג, תגובה זו הייתה מומצאת כדין לבא כוחו.

53. אין צורך במסגרת הליך זה להכריע בכל השאלות המתעוררות בעניין הסבוך, הנוגע לחובת המשיב לספק ייצוג משפטי למהגרי עבודה באשר הם בהליכי מעצר לפי חוק הכניסה לישראל. השאלה בענייננו היא מצומצמת יותר, ונוגעת לנסיבות הספציפיות והנדירות יחסית של המערער. אין צורך להכריע בשאלה האם בכל מקרה, בו מבקש מהגר עבודה לקיים הליך של ערעור נגד החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, מחוייב המשיב לספק לו סיוע משפטי. במקרה זה אנו עוסקים במקרה פחות שכיח, בו המערער שוחרר ממשמורת לפי החלטת בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין, **והמדינה היא שבחרה ליזום נגדו הליך משפטי שמטרתו להביא לשלילת חירותו**. יצויין, כי למיטב ידיעת באי כוח המערער, העוקבים מזה מספר שנים אחר ההליכים בבית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין ובבית המשפט לעניינים מינהליים, בארבע שנות קיומו של בית הדין לביקורת משמורת, **הוגשו רק ארבעה ערעורים מינהליים על ידי משרד הפנים** כנגד החלטות שחרור של בית הדין (ובכללם הערעור המינהלי

נגד המערער דכאן). במקרים, בהם המדינה "גוררת" מי שנעצר לפי חוק הכניסה לישראל להליך ערעור כזה, לאחר שהערכאה הראשונה החליטה על שחרורו, חובתה לאפשר לו להגן על עצמו באופן אפקטיבי, וזאת ככל שאותו אדם עומד בתנאי חוסר היכולת הכלכלית, ובתנאי בדבר קיום סיכוי סביר להגנה על החלטת בית-הדין למשמורת. בנסיבות שכאלה, למצער, שומה על הלשכה לסיוע משפטי ליתן סיוע למהגר העבודה הפונה אליה.

חוק הסיוע המשפטי אינו יוצר "הסדר שלילי"

54. הפרשנות, שניתנה על ידי המשיב לחוק הסיוע המשפטי, ולפיה אין עניינו של המערער במסגרת העניינים בהם יש ללשכת הסיוע המשפטי סמכות ליתן סיוע משפטי, אינה נובעת בהכרח מלשונו של החוק ואינה עולה בקנה אחד עם תכליותיו. לכאורה בלבד, עניינו של המשיב אינו נכלל בעניינים המנויים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי. אולם ניתוח מעמיק יותר של החוק והתקנות על רקע תכליתו של החוק ילמדנו שלאמיתו של דבר יש גם יש ללשכת הסיוע המשפטי סמכות ליתן למערער סיוע כמבוקש, וכי שומה עליה ליתן סיוע זה.

55. סעיף 2 לחוק הסיוע המשפטי קובע: "לשכת סיוע משפטי תתן שירות משפטי, לרבות ההוצאות הכרוכות בו, בעניינים ובהיקף שנקבעו בתקנות, למי שידו אינה משגת לשאת בהם, או למי שנקבע בתוספת בעניינים ובהיקף שנקבעו בה".

56. לגבי העניינים אשר נכללים בתקנות, קובע חוק הסיוע המשפטי, כי הלשכה תיתן, בלשון ציווי, סיוע משפטי בעניינים שנקבעו בתקנות. במילים אחרות – בעניינים, שקבע שר המשפטים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, קמה סמכות חובה למשיב להעניק סיוע משפטי, כאשר המבקש עומד ביתר התנאים (חוסר יכולת כלכלית וסיכוי להצלחה משפטית בהליך). הסמכות במקרים אלה אינה נתונה לשיקול דעתו של המשיב.

57. יחד עם זאת, העובדה שלשון חוק הסיוע המשפטי היא לשון ציווי בכל הנוגע לעניינים הקבועים בתקנות אין פירושה, כי החוק יוצר חגורה של "הסדר שלילי" ביחס לעניינים אחרים. כל שניתן ללמוד מחוק הסיוע המשפטי, הוא שבעניינים שאינם קבועים בתקנות, סמכותו של המשיב ליתן סיוע משפטי היא סמכות שברשות. בעוד שבמקרים הקבועים בתקנה 5 אין למשיב כל שיקול דעת, הרי שבעניינים שאינם קבועים בתקנות, נתון למשיב מרחב של שיקול דעת.

58. מבחני הפסיקה לגבי האפשרות לקרוא "הסדר שלילי" אל תוך החוק מובילים באופן ברור למסקנה, כי בענייננו אין מדובר ב"הסדר שלילי". בית המשפט העליון, מפי הנשיא ברק, התייחס לעניין זה בבג"צ 212/03 חירות תנועה לאומית נ' יו"ר וועדת הבחירות המרכזית לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(1) 750 (להלן –

עניין חירות). באותו עניין קבע בית המשפט, כי עצם ההסמכה בחוק לבצע פעולה אחת ושתיקתו של החוק בדבר ההסמכה לבצע פעולה אחרת, אינה יוצרת "הסדר שלילי", וזאת בדומה לענייננו:

ודאי שאין לפרש את הסמכתו של יושב-ראש ועדת הבחירות לאשר שידור תעמולת בחירות בטלוויזיה כהסדר שלילי באשר לאי-הסמכתו לאשר שידור תעמולת בחירות ברדיו. **הסדר שלילי קיים כאשר השתיקה היא "מדעת" ... הסדר שלילי קיים מקום שהשתיקה "מדברת" ... שתיקה היא "מדעת", והיא "מדברת" במקום שהגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה בהסדר שלילי.**
שם, עמ' 758-759, ההדגשה הוספה.

59. אין דבר בחוק הסיוע המשפטי, שמלמד על כוונת המחוקק לשלול את הסמכות ליתן סיוע משפטי בעניינים שאינם מנויים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי. אין מדובר ב"שתיקה מדברת", כלשון הנשיא ברק. אף אין מדובר ב"שתיקה מדעת". שני טעמים הם העומדים בבסיס טענתנו זו – הראשון, הוא תכליתו של חוק הסיוע המשפטי. תכלית החוק היא להבטיח את זכות היסוד לייצוג ואת זכות היסוד לנגישות לערכאות, ולהבטיח כי מחסור כיס לא יביא לכך שלאדם לא יינתן יומו בבית המשפט. דברי ההסבר להצעת החוק בעניין זה, שפורסמו ביום 1.11.1970, התייחסו לתכלית זו:

בין שירותי הסעד שמדינה מתקדמת נותנת לנזקקים מצוי גם סעד משפטי, שהרי אין לך אדם שאינו נצרך לעתים ליעוץ משפטי של עורך דין. יתר על כן, עצם עקרון השוויון במשפט, מחייב שלכל אחד מהצדדים תהא אפשרות לפנות למערכת בתי המשפט לתבוע זכותו או להתגונן, וזכות זו לא תקופח רק מחוסר יכולת כספית.
הצ"ח 907 (תשל"א), עמ' 20.

60. ובדברי ההסבר לסעיף 2 להצעת החוק נאמר:

סעיף זה הוא בבחינת הוראת מסגרת. היסוד המונח ביסודו הוא, כי לשכת סעד משפטי חייבת לתת שירותים משפטיים לאדם שידו אינה משגת לשאת בהוצאותיהם
שם, עמ' 21.

61. לאור תכליתו של חוק הסיוע המשפטי, לא ניתן לומר בשום פנים, כי הגשמת תכלית החוק מחייבת הכרה ב"הסדר שלילי" לגבי עניינים שאינם מצויינים בתקנה 5 לפי המבחן שהוצג בעניין חירות הנ"ל. נהפוך הוא.

62. הטעם השני לכך שלא ניתן לקבל טענה בדבר קיומו של "הסדר שלילי" לגבי עניינים שלא נקבעו בתקנות, נוגע לעובדה, שתופעת הגירת העבודה, כפי שצינו לעיל, היא תופעה חדשה יחסית, ועל כן, כאשר נבחנת שתיקת המחוקק בהקשר הנסיבתי של ערעור זה, וודאי שלא ניתן לדבר על "שתיקה מדעת". שעה שנחקק חוק הסיוע המשפטי בשנת 1972 המחוקק לא יכול היה לצפות את תופעת הגירת העבודה לישראל, שהתגברה רק כשני עשורים לאחר חקיקת החוק. וודאי שלא ניתן לייחס למחוקק הראשי כוונה מודעת לשלול את סמכות הלשכה לסיוע משפטי לייצג בהליכים מכוח חוק הכניסה לישראל.

63. סוגי ההליכים המשפטיים אליהם עשויים אנשים חסרי אמצעים להיקלע הם רבים עד מאוד, רבים מכדי שניתן יהיה לצפות כל מקרה ומקרה, בו עשוי אדם להזדקק לשירותי הלשכה לסיוע משפטי. לפיכך, לא ניתן לקבל פרשנות, לפיה על שר המשפטים לצפות מראש את כל סוגי ההליכים, בהם ייתכן שיידרש סיוע משפטי, ולציין אותן בתקנות, תוך שלילת הסמכות להעניק סיוע משפטי בכל עניין אחר. לא ניתן, אם כן, להתייחס אל שתיקת המחוקק ביחס לעניינים שאינם מופיעים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי כ"שתיקה מדעת", שבאה לשלול את סמכות לשכות הסיוע המשפטי ליתן סיוע בעניינים אחרים.

64. **סיכום ביניים:** המסקנה המתבקשת, אם כן, היא שבעניינים המופיעים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי קיימת **סמכות חובה** להעניק סיוע משפטי. לעומת זאת, בעניינים שאינם מופיעים בתקנה זו, קיימת **סמכות שברשות או סמכות שבשיקול דעת** להעניק סיוע משפטי. פרשנות זו היא אף הפרשנות המגשימה את זכות היסוד לייצוג בהליך המשפטי, והעולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אשר בית המשפט מצווה לפרש את דברי החקיקה השונים לאורו, אף אם באו לעולם עובר לחקיקת חוק היסוד (ראו והשוו: דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מ"י, פ"ד מט(4) 589, 648).

חובת המשיב לעשות שימוש בשיקול דעתו ולהעניק למערער סיוע משפטי

65. ואולם, העובדה שמדובר בסמכות רשות ולא בסמכות חובה אין פירושה כי שיקול הדעת הנתון למשיב הוא שיקול דעת מוחלט:

אכן, שיקול-דעת סטטוטורי לעולם אינו מוחלט. אפילו נאמר בדבר החקיקה, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז בעל הסמכות אינו רשאי לעשות כרצונו. ... שיקול-דעת סטטוטורי יכול שיהא רחב ויכול שיהא צר, אך לעולם הוא מוגבל. מספר האפשרויות, העומדות לפני בעל ההחלטה, יכול שיהא רב ויכול שיהא מועט, אך לעולם אינו בלתי מוגבל. בג"צ 742/84 כהנא נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(4) 85, 91-92.

עוד לעניין זה ראו: ד"נ 16/61 רשם החברות נ' כרדוש, פ"ד טו 1151, 1216.

66. ההלכה בעניין סמכות שבשיקול דעת היא ברורה – יש שהסמכות שבשיקול דעת הופכת בהקשר עובדתי כזה או אחר לסמכות שחובה להפעילה:

סמכות הרשות הופכת לסמכות שבחובה, כאשר הנסיבות העובדתיות הן כאלה שערכי היסוד של השיטה החוקתית והמשפטית שלנו הופכים את אי-הפעלתה של הסמכות לבלתי סבירה באופן היורד לשורשו של עניין. בג"צ 3094/93 התנועה לאיכות השלטון נ' ממשלת ישראל, פ"ד מז(5) 404, 421.

67. בנסיבות מקרה זה מצבו הכלכלי של המערער, זכות היסוד לייצוג, העובדה שהמדינה היא שיזמה נגד המערער הליך משפטי שהוא לא חפץ בו, והעובדה שהעדר ייצוג ישליך ישירות על זכותו של המערער

לחירות, כל אלה הופכים את החלטתו של המשיב להימנע משימוש בסמכותו להעניק ייצוג במקרה זה לבלתי סבירה, והופכים את הסמכות שבשיקול דעת לסמכות חובה.

68. יודגש שוב עד כמה מדובר כאן במקרה זועק לשמיים. מדובר במהגר עבודה, אשר נסיבות חייו קשות, ואשר "בילה" כבר תקופה לא מבוטלת במשמורת (דהיינו, מאחורי סורג ובריח). בית-הדין לביקורת משמורת הורה על שחרורו, ועתה מבקש משרד הפנים לערער על החלטה זו. הייתכן כי, בנסיבות אלה, יימנע המשיב מהפעלת שיקול הדעת שניתן לו? האם מדינת ישראל יכולה להתיר לאדם שכזה להתמודד בעצמו מול פרקליטי משרד הפנים, כאשר מעליו מתנופפת חרב בדמות החזרתו למתקן המשמורת?

עוד על הרחבת הזכות לייצוג בהליכים בהם הזכות לחירות עומדת על הפרק באמצעות פרשנות שיפוטית

69. עוד יצויין, כי הרחבת הזכות לייצוג על דרך הפרשנות השיפוטית, שעה שזכות היסוד לחירות עומדת על הפרק בהליכים מינהליים אינה זרה לשיטתנו המשפטית. כך, למשל, ברע"ב 9470/00 סמסון נ' מ"י (החלטה מיום 2.4.2001) הוחלט למנות למבקש עורך דין, אף על פי שדובר בבקשת רשות ערעור על פסק דין של בית המשפט לעניינים מינהליים במסגרת עתירת אסיר. כבוד הרשם אוקון עומד על כך, שאמנם חוק הסניגוריה הציבורית, תשנ"ו-1995 נוקט במפורש בלשון "נאשם", אך אין בכך כדי להגביל שיקול הדעת למנות עורך דין:

סעיף 18(ב) של חוק הסניגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 קובע כי בית המשפט רשאי למנות "נאשם" סניגור אם הוא סבור שאינו יכול לנהל את המשפט, כאשר "הנאשם" אינו מיוצג. כבר הערתי כי התיבה "נאשם" אינה מוצלחת, ויש שהיא מתייחסת ל"עצור", אשר אינו בבחינת "נאשם", או ל"כלוא" ביחס לתנאי כליאתו (אף אם ההליכים המשפטיים לבירור אשמתו הסתיימו). למעשה יש לפרש ביטוי זה בהרחבה, תוך מתן הגנה למי שחירותו עלולה להישלל או נשללה בפועל, וזאת ביחס להליכים בהם נשללת החירות, או להליכים הנוגעים לתנאי הכליאה. פרשנות זו מתחייבת גם מהביטוי "זכאי", המופיע בסעיף 18(א) של החוק, והמתייחסת גם ל"נאשם", "חשוד", או "עצור". זוהי הדרך גם להתייחס לביטוי "הליך פלילי" ו"משפט" המופיעים באותן הוראות. הבחינה הפלילית אינה צריכה להיות מצומצמת לסוג מסוים הליכים לפי כותרת החיקוק, וגם הליכים המוגשים לפי פקודת בתי הסוהר [נוסח חדש], התשל"ב-1972 נופלים לגדרם של ביטויים אלה.

העתק ההחלטה ברע"ב 9470/00 מצ"ב ומסומן מע/30.

70. כך גם במסגרת הליך בבית המשפט הגבוה לצדק (בג"צ 3697/00 הרשטייק נ' מ"י, החלטה מיום 21.3.2001), נקבע באופן דומה:

הגם שמדובר בעתירה לבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק, בפועל מכוונת העתירה להשלכותיהם של הליכים פליליים ולסוגיית הענישה. ההנחה היא שיש

לפרש את המונח "הליך פלילי" ו"נאשם" המופיע בסעיף 18 של חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 באורח מרחיב.

העתק ההחלטה בבג"צ 3697/00 מצ"ב ומסומן מע/31.

71. בשתי החלטות אלה הוחלט למנות עורך דין מטעם הסנגוריה הציבורית חרף לשונו הברורה, לכאורה, של חוק הסנגוריה הציבורית על מנת להגשים את זכות היסוד לחירות ועל מנת להבטיח את זכות היסוד לחירות. כך ראוי לעשות אף לענייננו.

72. לא נכחיש, כי לאור האמור לעיל התלבטו ארוכות החתומים מטה האם לא ראוי לבקש סיוע משפטי דווקא מהסנגוריה הציבורית. בסופו של דבר החליטו הח"מ כי הפנייה ללשכה לסיוע משפטי והגשת ערעור על החלטתה מהווים הדרך הנכונה להתמודד עם המצוקה אליה נקלע המערער. זאת נוכח העובדה שלאחרונה הותקן על ידי שר המשפטים צו הסיוע המשפטי (החלת מתן שירות משפטי), תשס"ד-2004 (להלן – הצו), המתייחס לקורבנות עבירת סחר בבני אדם למטרת זנות, ובו נקבע, כי שירות משפטי לפי חוק הסיוע המשפטי יינתן לנפגעי עבירה זו בעניין "הליכים לפי חוק הכניסה לישראל (להלן – חוק הכניסה), למעט הליכים מינהליים בפני ממונה על ביקורת גבולות, כמשמעותו בחוק הכניסה".

העתק הצו מצ"ב ומסומן מע/32.

73. לאור העובדה ששר המשפטים גילה דעתו, כי הגוף המתאים לטפל בהליכים מכוח חוק הכניסה לישראל הוא אגף הסיוע המשפטי במשרד המשפטים ולא הסנגוריה הציבורית, והואיל וגוף זה כבר הספיק לצבור מידה מסויימת של ניסיון בתחום מאז נכנס לתוקפו הצו, יש להעדיף פרשנות, לפיה ענייניו של המערער – אשר גם הוא קשור בהליכים לפי חוק הכניסה לישראל – יטופל על ידי הלשכה לסיוע משפטי.

74. יצויין, כי אין בעמדה זו משום ויתור של המערער על זכותו לפנות בבקשה למנות לו ייצוג לפי חוק הסנגוריה הציבורית אם יידחה ערעור זה.

לחלופין – על סמכות בית המשפט "לפתוח" את הרשימה, אפילו ייקבע כי מדובר

"רשימה סגורה"

75. כאמור לעיל, עמדת המערער היא, כי הרשימה המופיעה בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי אינה "רשימה סגורה", אלא נועדה להבדיל בין העניינים, בהם קמה למשיב חובה לספק סיוע משפטי, לבין העניינים, בהם מדובר בסמכות שבשיקול דעת. אולם אפילו תידחה טענה זו, ואפילו יסבור בית המשפט כי מדובר ב"רשימה סגורה" אין בכך כדי לסתום את הגולל על טענת המערער, כי חובת המשיב ליתן לו סיוע משפטי. המערער סבור שיש ללכת בדרך הפרשנית שהוצגה עד כה, אולם אם יקבע בית המשפט, כי לא

ניתן לקבל פרשנות זו, לא יהיה מנוס מלבחון את סבירותה של החלטת שר המשפטים שלא לקבוע את העניינים, שבגדרם נופל עניינו של המערער, כעניינים בהם יעניק המשיב סיוע משפטי.

76. האפשרות המשפטית "לפתוח" את הרשימה במקרה זה מבוססת על כללי היסוד של המשפט המינהלי. כאמור, סעיף 2 לחוק הסיוע המשפטי הטיל על שר המשפטים לקבוע עניינים, בהם יוענק סיוע משפטי בתקנות, ומכוח חיקוק זה הותקנה תקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי. אף אם נאמר, כי שיקול הדעת המוקנה לשר המשפטים שעה שהוא מתקין את התקנות הוא שיקול דעת רחב, אף הוא אינו שיקול דעת מוחלט (בג"צ 6432/02 איגוד קופות הגמל הענפיות נ' שר האוצר, פ"ד נז(3) 918, 942). שיקול הדעת כפוף להגשמת תכליותיו של חוק הסיוע המשפטי והוא כפוף למגבלות של סבירות ומידתיות (בג"צ 9232/01 "נח" ההתאחדות הישראלית של הארגונים להגנת בעלי החיים נ' היועמ"ש, פ"ד נז(6) 212, 260). שיקול דעת זה כפוף לביקורתו של בית המשפט, בין שהביקורת נעשית במסגרת הליך של "תקיפה ישירה" ובין שהיא נעשית במסגרת הליך של "תקיפה עקיפה", כפי שנעשה בהליך זה.

77. שעה שנקבע תוכן של התקנות יש לקחת בחשבון הן את תכליותיו הספציפיות של דבר החקיקה המסמך, והן את התכליות הכלליות, הפרושות מעל דברי החקיקה כולם, ובהן התכליות המרכזיות בדבר הגשמת זכויות היסוד של הפרט. שעה שתנאים אלה אינם מתקיימים, שומה על בית המשפט להתערב בתוכנה של חקיקת המשנה (ראו: בג"צ 6741/99 יקותיאלי נ' שר הפנים, פ"ד נה(3) 673; בג"צ 4769/90 זידאן נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מז(2) 147).

78. לא נשוב על כל הדברים שצינו לעיל, הרלוונטיים אף לעניין שאלת סבירות החלטת שר המשפטים שלא לכלול בתקנות הליכים מכוח חוק הכניסה לישראל, הנוגעים לשלילת חירותו של אדם. רק נשוב ונציין, כי עוסקים אנו באוכלוסיה חלשה, שאינה מודעת לזכויותיה, ואשר אינה מסוגלת להתמודד עם פרקליטיה המלומדים של המדינה, בעיקר שעה שמדובר בהליכים, בהם נדונה שאלה משפטית עקרונית, דוגמת ההליך בעניינו של המערער.

79. אם תידחה טענתו הראשונה של המערער, לפיה סעיף 2 לחוק הסיוע המשפטי לא בא לשלול את סמכות לשכות הסיוע המשפטי לשקול ייצוג גם במקרים שאינם מופיעים בתקנה 5 לתקנות הסיוע המשפטי, הרי שמשמעותה של החלטת שר המשפטים, שלא לכלול הליכים מכוח חוק הכניסה לישראל האוצלים על הזכות לחירות בתקנות, הינה כבילה מוחלטת של שיקול דעת הלשכות לסיוע משפטי בעניין זה, **והותרת מהגרי עבודה – אנשים קשי יום, המגיעים מתרבות שונה, ואשר אינם דוברים את שפת המקום – ללא כל אפשרות להגן על עצמם מפני מעצר**. במובן זה, החלטתו של שר המשפטים להימנע מלהכליל עניין זה בתקנה 5 היא בלתי סבירה באופן המצדיק מתן סעד על ידי בית המשפט.

80. יצויין, כי אף אם לפני שנים, שעה שהותקנה תקנה 5, הייתה החלטתו של שר המשפטים שלא להכליל עניין זה בתקנות סבירה, הרי שלאור השינויים שחלו ברקע העובדתי, כפי שתוארו לעיל, ההימנעות מהכללת עניין זה בתקנות הפכה בלתי סבירה בחלוף הזמן:

נדרשים אנו למנגנון-עזר שיקשר בין הזמני לבין העל-זמני (כביכול), בין מהותו של דבר-חוק, שזמני הוא על-פי עצם טיבו, לבין מראה פניו העל-זמני. לעניינה של חקיקת משנה, מנגנון עזר זה יורה אותנו כי חקיקת משנה נזקקת לבחינה ולבדיקה מעת-לעת, אם סבירה היא ואם לאו. מושג הסבירות, על-פי הגדרתו, משמיענו יחסיות, והזמן הוא גורם-יסוד בקביעתה של הסבירות. ... וכך מקום שבו נשתנה באורח מהותי הרקע שעליו נחקקה חקיקת משנה; שעה שסביבת החיים שבה נולדה חקיקת משנה פלונית שינתה פניה כמעט ללא הכר – על דרך ההפלה נאמר: כאשר עליונים הפכו תחתונים ותחתונים הפכו עליונים – שוב אין זכות קיום לאותה חקיקת משנה שכמו נולדה בעולם אחר.

בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גמלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769, 797-798.

הסעד המבוקש – Reading-in

81. משמצאנו, כי החלטת המשיב שלא לכלול בתקנה 5 את ענייני חוק הכניסה לישראל, בהם עומדת על הפרק הזכות לחירות (או, למצער, מקרים בהם המדינה היא היוזמת את ההליך ו"גוררת" אדם למסגרת של דיון בערעור מינהלי), היא בלתי סבירה, עולה השאלה מהו הסעד המשפטי שראוי כי יינתן על ידי בית המשפט. כאמור, אם תתקבל טענתו הראשונה של המערער, לפיה בעניינים שלא נקבעו בתקנות מוקנית למשיב סמכות שבשיקול דעת ליתן סיוע משפטי, לא יהיה צורך להכריע בשאלת סבירות העדרם של ענייני חוק הכניסה לישראל מתקנה 5, אולם אם תידחה טענה זו, לא יהיה מנוס מלהתייחס לטענה החלופית, ולאחר קבלתה להתייחס לשאלת הסעד הראוי.

82. משנקבע, כי הימנעות שר המשפטים מלהכליל את העניינים האמורים בתקנות פוגעת שלא כדין בזכות לייצוג בהליכים, בהם עומדת על הפרק הזכות לחירות, ריפוי הפגם ייעשה באמצעות מתן סעד של Reading-in. סעד זה ידוע בספרות ההשוואתית ופותח בעיקר לעניין חוקים וחקיקת משנה הפוגעים בזכויות יסוד מוגנות (לעניין השימוש בסעד זה בארה"ב ובקנדה, ראו: א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג' – פרשנות חוקתית (נבו, תשנ"ד), עמ' 760-765).

83. גם בישראל עשה בית המשפט העליון שימוש בסעד זה על מנת לתקן הפליה בהסכם קיבוצי, וקבע כי באמצעות השימוש בסעד זה יש להעניק לבני זוג מאותו המין הטבות מכוח הסכם קיבוצי, אף שעל פי שבהסכם הקיבוצי ניתנו ההטבות לבני זוג בני המין השונה בלבד:

התרופה הראויה במצב דברים זה היא זו של הענקת טובת ההנאה גם לאלה החיים חיים משותפים והם בני אותו מין. תרופה זו ידועה בספרות ההשוואתית. היא פותחה בעיקר לעניין חוקים המפריים את עקרון השוויון הקבוע בחוקה. היא מכונה בספרות החוקתית האמריקנית הוספה או הרחבה (extension) על הטקסט הקיים. היא מכונה בספרות החוקתית הקנדית כ"קריאה לתוך ההסדר" (reading in) או שחזור הטקסט (reconstruction).

בג"ץ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 765.

84. בית הדין הארצי לעבודה עמד אף הוא על האפשרות לשימוש בסעד זה על מנת להשלים את החסר בהסדר הנורמטיבי, שעה שנמצא כי אי קיומן של הוראות מסוימות בהסדר הנורמטיבי פוגע בזכויות יסוד או אינו סביר:

טול הסכם קיבוצי שבית משפט מגיע למסקנה שחלקו מפלה. האם עליו לבטל את ההסכם כולו ובכך לפגוע במי שנהנה מחלקו הראוי של ההסכם הקיבוצי? בודאי שלא זה המצב. בית משפט רשאי לבטל חלק מההסכם הקיבוצי, זאת על פי עקרון העיפרון הכחול, אך הוא מוסמך גם להחליף חלק זה בתניות אחרות או להוסיף תניות להסכם תוך שהוא קורא לתוכו את שראוי בעיניו (בחינת reading in).

עס"ק (ארצי) 1018/04 שירותי בריאות כללי נ' וועד מחוז דן (טרם פורסם, פסק דין מיום 30.5.2005, ההדגשה הוספה).

85. בהקשר זה, תוזכר גם עמדתו של השופט חשין בע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד (3) 133. השופט חשין קבע בעניין זה, כי אף שרשימת עילות האימוץ המנויה בסעיף 13 לחוק האימוץ, תשנ"א-1991 היא רשימה סגורה, ואף כי המקרה שבפסק הדין אינו נופל לאף לא אחת מהעילות המנויות בסעיף 13 הנ"ל, בכל זאת יש להכריז על ילד כבר-אימוץ וזאת מכוח עקרון מוסרי כללי. ללמדנו: גם כאשר החוק קובע "רשימה סגורה" של עניינים, יכול בית-המשפט "לפתוח" את הרשימה. דברים אלה שנאמרו על ידי בית המשפט העליון לעניין חוק נכונים, מכוח קל וחומר, ביחס לרשימה המנויה בתקנות, ש"פתיחתה" נדרשת על מנת לאפשר לאדם ייצוג משפטי, ומכוח עקרון משפטי-חוקתי.

86. אף בית משפט נכבד זה בהליך שעסק באותו נושא עצמו – מתן סיוע על ידי המשיב למי שאינם יכולים להרשות לעצמם שכירת שירותים משפטיים – קבע, כי יש לו הסמכות להרחיב את התנאים, שנקבעו בתקנות הסיוע המשפטי, על מנת שאלה יגשימו את תכליותיו של חוק הסיוע המשפטי. בע"ש (י-ם) 1076/02 הנ"ל, אף על פי שהכנסות המבקשת עלו בסכום של 1,334 ₪ על הסכום הקבוע בתקנה 2 לתקנות הסיוע המשפטי, החליטה כב' השופטת שידלובסקי-אור, כי על מנת להגשים את תכלית החוק, יש במקרה זה להרחיב את מעגל הזכאים במקרים מסויימים, וביצעה, הלכה למעשה, מהלך שיפוטי של Reading-in, כמתבקש כאן:

קצבותיה של המערערת מגיעות לסך כולל של כ-6000 ש"ח לחודש, ואילו 67% מהשכר הממוצע כיום מגיע לכדי סך של כ-4,666 ש"ח בקירוב. מכאן עולה, כי על-פי פרוש דווקני של תקנה 2, אין המערערת, במקרה דנן, זכאית לסיוע משפטי, על-פי חוק הסיוע המשפטי. דעתי היא שאין לנקוט בדרך הפרשנות הדווקנית. ככל חוק, גם את חוק הסיוע המשפטי והתקנות על-פיו יש לפרש פרשנות תכליתית שיעדה הוא להגשים באורח ההולם ביותר את המטרות שביקשו להשיג. מקובל עלינו כי יש מקרים שבהם מותר לשופט "להתיר את מוסרותיהן של המלים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית".
שם, סעיפים 6-7 לפסק הדין.

87. הסעד של Reading-in הוא הסעד הראוי במקרה זה, בו נתגלה חסר בתקנה 5, אשר הופך אותה לכוז שאינה כוללת את מלוא המקרים, בהם חובה על המדינה להבטיח את הזכות לייצוג, ומכאן לבלתי סבירה. סעד זה אינו קורא אל תוך חוק הסיוע המשפטי מה שאין בו ואינו קוטע חלקים ממנו או מתוך

תקנה 5 תוך השארת חלל ריק. זהו הסעד המתאים לצורך הבטחה, כי תקנה 5 תמלא את התכליות הספציפיות המונחות ביסוד חוק הסיוע המשפטי ואת התכליות הכלליות של שיטת המשפט הישראלית. לא בכדי הביע הנשיא ברק, בהתייחסו לסעד מן הסוג המבוקש כאן, את תמיהתו על כך שבשם עקרון ההתאפקות מסרבים שופטים "לקטוע אבר מת מגוף החוק או **לשתול בו אבר חי**" (א' ברק, **פרשנות במשפט**, כרך ג' – פרשנות חוקתית, עמ' 775).

תחולת חוק הסיוע המשפטי על מי שאינם תושבי ישראל

88. עד כאן לעניין טענת המשיב, כי חוק הסיוע המשפטי אינו חל על הליכים מכוח חוק הכניסה לישראל. ואולם טענה נוספת מעלה המשיב, טענה שלא ידענו מהיכן שאובה היא. לטענת המשיב חוק הסיוע המשפטי אינו חל על מי שאינם תושבי ישראל (ראו נספח **מע/2** לעיל, סעיף 4). מדובר בטענה כוללת וגורפת, השוללת, לכאורה, את זכותם של מהגרי עבודה לכל סעד שהוא מלשכות הסיוע המשפטי, יהיה אשר יהיה העניין המשפטי אשר ביחס אליו מבקשים הם סיוע.

89. המשיב מפנה בעניין זה לפסק דינו של בית משפט נכבד זה בע"ש (י-ם) 7072/99 **אבו לבדה נגד הלשכה לסיוע משפטי**, פסק דין מיום 1.7.1999, בו נאמר, כי "לא זו בלבד שסיכויי המערער בערעור לבית הדין הארצי לעבודה קלושים - אלא שאיננו זכאי אף לסיוע משפטי מאותו טעם עצמו שאיננו תושב ישראל, שכן סיוע משפטי על חשבון המדינה ניתן אך לתושבי ישראל, ולא לאנשים שאינם תושבי ישראל, יהיה מצבם הבריאותי והסוציולוגי עגום ככל שיהיה".

העתק פסק הדין מצ"ב ומסומן **מע/33**.

90. ראשית יש לציין, כי בפסק הדין המוזכר לא נקבעה כל הלכה בעניין זה, שכן, כפי שניתן לראות מן הציטוט הנ"ל, בית המשפט בחן לעומק את סיכויי המערער, ודחה את ערעורו על בסיס הקביעה, כי סיכויי המשפטיים, גם אם יינתן לו ייצוג משפטי, קלושים. אמירת האגב, לפיה מי שאינם תושב ישראל אינו זכאי לסיוע לפי חוק הסיוע המשפטי, קביעה קצרה ובלתי מנומקת, נאמרה מעבר לנדרש, שכן די היה בבחינת סיכויי הצלחתו של המערער בהליך בו ביקש ייצוג כדי לדחות את הערעור. מבחינה זו, ההערה אינה אלא אוביטר דיקטום.

91. מעבר לכך ייאמר, בכל הכבוד הראוי, כי בית המשפט באותו עניין נמנע מדיון מעמיק בשאלה זו ונמנע ממתן נימוק משפטי לטענה.

92. עמדתו של המערער היא כי אין דבר בחוק הסיוע המשפטי, שבא להגבילו רק לעניינם של תושבי ישראל. החוק קובע כי לשכת הסיוע המשפטי תעניק שירותים משפטיים למי שעומדים בקריטריונים הקבועים בו, ואין בו דבר המסייג את תחולתו כלפי מי שאינם תושבי ישראל.

93. מבחינה מילולית אין כל בסיס לטענה, כי החוק אינו חל על מי שאינם תושבי ישראל. אף מבחינת פרשנותו התכליתית של החוק אין סימוכין לטענה זו. כפי שצויין לעיל, תכליתו של חוק הסיוע המשפטי היא מתן שירותים משפטיים למי שידו אינה משגת לשכור שירותים כאלה בעצמו. הוא נועד להגשים את התכלית של הבטחת זכות היסוד החוקתית לייצוג, ומכאן גם זכויות יסוד אחרות הקבועות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, דוגמת הזכות לנגישות לערכאות, הזכות לחירות, זכות הקניין וזכויות נוספות, שמהן נהנים גם מי שאינם תושבי ישראל (להבדיל מחוק יסוד: חופש העיסוק החל רק על תושבי ואזרחי ישראל). על פרשנותו של החוק מקרינים זכויות היסוד ועקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, ואלה מובילים למסקנה, כי הוא חל אף על מי שאינם תושבי ישראל.

94. כפי שצינו לעיל, בדברי ההסבר לחוק נכתב כי "עקרון השוויון במשפט מחייב, שלכל אחד מן הצדדים תהא אפשרות לפנות למערכת בתי המשפט לתבוע זכותו או להתגונן, וזכות זו לא תקופח רק מחוסר יכולת כספית" (הצ"ח 907 (תשל"א), עמ' 20). אף למי שאינם תושבי ישראל הזכות להתגונן שעה שנפתחים נגדם הליכים משפטיים ואף להם הזכות לקיום הליך הוגן. העקרון שנקבע בדברי ההסבר יפה אף לעניינם, וזאת במיוחד שעה שהמדינה היא שיוזמת הליך ומבקשת לפגוע בחירותו של אדם, שאין לו אפילו את כישורי השפה הנדרשים על מנת לייצג עצמו.

95. הטענה, כי החוק אינו מסמיך את הלשכה לסיוע משפטי לייצג מי שאינם תושבי ישראל, אף אינה עולה בקנה אחד עם התנהלות המשיב עצמו. כאמור לעיל, **לאחרונה הותקן על ידי שר המשפטים צו הסיוע המשפטי (החלת מתן שירות משפטי), תשס"ד-2004 (להלן – הצו), אשר מורה כי יינתן שירות משפטי לקורבנות סחר בנשים, אשר רובן ככולן אינן תושבות ישראל ושוהות בישראל שלא כדין.** למותר לציין, כי הצו עצמו, בהיותו חקיקת משנה אינו יכול להקנות ללשכה סמכויות, אשר נשללו ממנה בחוק, ועל כן אף לשיטתו של המשיב לא ניתן לטעון כי הוא סבור באמת ובתמים, כי החוק אינו חל על מי שאינם תושבי ישראל.

96. יצוין, כי פסק הדין בע"ש (י-ם) 7072/99 (נספח מע/33 לעיל) ניתן בשנת 1999, עובר להתקנתו של הצו, המוכיח את הטענה, כי החוק מקנה סמכות ליתן סיוע משפטי גם למי שאינם תושבי ישראל.

97. בתשובת הלשכה לסיוע משפטי נכתב, כי לא מוענק סיוע משפטי לשוהים שלא כדין. כל שאמרנו לעיל בעניין מי שאינם תושבי ישראל יפה אף לעניינם של מי ששוהים בישראל שלא כדין, אולם אין צורך אמיתי לדון בטענה זו. בהתאם להחלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 10.7.2005 (נספח מע/15 לעיל), החלטת השחרור של בית הדין מהווה רישיון זמני לשיבת ביקור בישראל לפי סעיף 13(ד) וסעיף 13(טו) (ב) לחוק הכניסה לישראל (ראו סעיף ב' להחלטת בית הדין, בו נקבע: "ענינו הרואות – לבית הדין סמכות מקבילה לממונה במתן אשרת ביקור (ולא אשרת עבודה) למי שהוצא לו צו הרחקה").

98. אחת מטענות משרד הפנים בערעור שהגיש נגד המערער דכאן היא שבית הדין לביקורת משמורת חרג מסמכותו בהחלטה בעניין המערער, אולם עד למתן פסק דין בערעור קביעתו של בית הדין שרירה וקיימת, ומכאן ששהייתו של המערער בישראל בשלב זה היא כדין.

מעבר לנדרש

99. מבלי להיכנס לפירוט, יצויין, כי המערער אף עומד בשני התנאים הנוספים, שנקבעו בחוק הסיוע המשפטי לזכאות לסיוע – קיומו של סיכוי משפטי ונצרכות כלכלית. כל שייאמר מכאן ואילך ייאמר רק לשם הזהירות ומעבר לנדרש, שכן הסיבות שבגינן נדחתה בקשת המערער, כפי שבאו לידי ביטוי בתשובת המשיב, הן הטענה שעניינו אינו נכלל בגדר העניינים עליהם חל חוק הסיוע המשפטי, וכן הטענה שהחוק אינו חל על מי שאינו תושב ישראל. ככל שיידרשו, יעמדו הח"מ על עניינים אלה ביתר פירוט.

100. באשר לסיכויים המשפטיים – יש לזכור, כי בית הדין לביקורת משמורת שוהים שלא כדין, שהוא הערכאה המעין-שיפוטית הראשונה המוסמכת לקבל החלטות בעניין שחרור ממשמורת של עצורים לפי חוק הכניסה לישראל, קיבל את טענת המערער כי יש לשחררו ממשמורת, וכי משרד הפנים הוא שערער והוא שמבקש להפוך את ההחלטה. בית הדין לביקורת משמורת, הדין בעניינים של עשרות רבות של עצורים בשבוע, הוא הגוף המוסמך לפרש את הוראות חוק הכניסה לישראל, והוא הגוף בעל הניסיון בתחום זה. יצויין, כי הפרשנות המשפטית שנתן בית הדין לסמכויותיו היא פרשנות משפטית המקובלת על כל חמשת יצויני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים לא כדין, כפי שהדבר עולה מהחלטות דומות שהם נותנים כמעט מדי יום. משכך, וודאי שאין כל בסיס לטענה, ככל שתעלה טענה כזו על ידי המשיב, כי אין למערער (הוא המשיב בהליך בבית המשפט לעניינים מינהליים) סיכוי משפטי, וכי אין סיכוי משפטי שבית המשפט לעניינים מינהליים יקבל את העמדה, שננקטה על ידי בית הדין.

101. באשר לנצרכותו הכלכלית של המערער – המערער עומד בתנאים שנקבעו בתקנה 2 לתקנות הסיוע המשפטי, ואין לנו אלא להפנות בעניין זה לבקשתו, שהוגשה למשיב ביום 6.11.2005, בה מפורט מצבו הכלכלי (נספח מע/19 לעיל).

לאור כל האמור לעיל יתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, ולהורות למשיב ליתן בידי המערער סיוע משפטי בהליך המתנהל נגדו בעמ"נ (ת"א) 201/05.

היום, 22.12.2005

ד"ר יובל לבנת, עו"ד

יונתן ברמן, עו"ד

באי כוח המערער