



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

1

בפני כבוד השופטת אסתר קובו, סגנית הנשיאה

העותר

ריאן הולנדר

ע"י ב"כ עוה"ד י. כהן וע. שץ

נגד

המשיבים

1. שר הפנים

2. משטרת ישראל

3. מדינת ישראל

ע"י ע"י ב"כ עו"ד צ. קימיאגרוב-חיים מפרקליטות מחוז תל אביב (אזרחי)

2

3

פסק דין

4

5

6 עתירה בה תוקף העותר את החלטת המשיב 1 (להלן: "משרד הפנים" או "המשיב") להרחיקו
7 מישראל, לאחר שהשתתף בהפגנות פעילי שמאל בשכונת שיח ג'ראח בירושלים.

8

9

רקע

10

11 1. העותר הוא אזרח אמריקאי שנכנס לישראל בתאריך 21.11.09 באשרת ב/2 (אשרת תייר)
12 בתוקף לשלושה חודשים עד 21.2.10.

13

14 2. בתאריך 11.12.09 נעצר העותר, יחד עם אחרים, על ידי המשיבה 2 (להלן: "המשטרה")
15 בשכונת שייח ג'ראח שבירושלים בגין התפרעות והשתתפות בהתקהלות אסורה (סעיפים
16 150-151 לחוק העונשין, התשל"ז – 1977) (להלן: "המעצר הראשון"). על פי בקשת המשטרה
17 שהוגשה למחרת היום לבית משפט השלום בירושלים, התבקש בית המשפט להוציא צו
18 מעצר למשך 4 שעות לצורך "העברת טיפול למשרד הפנים ליחידת עוז" (ראו בקשה לצו
19 מעצר מיום 12.12.09, נספח א' לעתירה).

20



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

בסמוך לפני הדיון בבית המשפט ביום 12.12.09, משך הטוען המשטרתי את הבקשה למעצר, ולמעשה העותר שוחרר לא תנאי. אלא שעת היה העותר במעצר משטרתי והמתין באולם בית המשפט, הגיעו פקחי יחידת עוז, עצרו אותו והביאוהו למשרדי המשיב בחולון.

3. בפרוטוקול "שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים" שנערך על ידי הממונה על ביקורת הגבולות למחרת היום, 13.12.09, נכתב כי העותר סיפר על מטרת כניסתו לישראל (הכרת שורשיו היהודיים), המקום בו הוא מתאכסן בעת שהותו כאן, האירועים שהובילו למעצרו - כאשר לדבריו נקלע להתקהלות ואין לו היכרות קודמת עם יתר האנשים עימם נעצר, מקום מגוריו בארה"ב ועיסוקו שם. על פי הפרוטוקול "השימוע נעשה בשפה האנגלית להבנתו המלאה" של העותר. כן נכתב שם כי "הוסבר לנתין כי בכך שהשתתף בהפגנה לא חוקית הפר את חוקי המדינה אך לפניו משורת הדין הוא ישוחרר ממשמורת. הוסבר לנתין כי במקרה ואירוע כזה ישנה, והוא יעצר בשנית בגין הפרעה לסדר הציבורי/התקהלות לא חוקית וכו' נפעל להרחקתו מישראל. הנתין הבין את שהוסבר לו" (ראו פרוטוקול שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים מיום 13.12.09, נספח ד לכתב התשובה).

לאורך הפרוטוקול נכתב באותיות קידוש לבנה בכתב יד "שחרור".

ואכן, העותר שוחרר ללא כל תנאי.

4. בחלוף מספר ימים, ובתאריך 18.12.09 בשעות הצהריים, נעצר העותר על ידי המשטרה פעם נוספת (להלן: "המעצר השני"). על פי "הצהרת קצין" שהועברה ממשטרת ישראל למשיב, העותר נעצר במהלך הפגנה שהתקיימה בשכונת שיח-ג'ארה, לאחר שמפגינים התפרעו ולא נענו להוראותיו של קצין משטרה להתפזר. בהצהרתו, עמד הקצין על כך כי מדובר כבר במעצרו השני של העותר וכי לאחר מעצרו הראשון הובהר לו כי השתתפותו בהפגנות לא חוקיות מהווה הפרה של החוק הישראלי. לאור התנהגותו של העותר, המוכיחה לדברי הקצין, כי מדובר ב"עבריין מועד" המפר את הסדר הציבורי באופן עקבי, וכל עוד ימצא בישראל ימשיך לעשות כן, התבקש המשיב לפעול להרחקתו מישראל לאלתר (להלן: "הצהרת קצין", ראו הצהרה מיום 18.12.09, נספח ה' לכתב התשובה).

5. בתאריך 19.12.09 ובמקום להביאו לבית המשפט, הועבר העותר מהמשטרה ישירות לידי פקחי יחידת עוז כשהוא נתון במעצר.

על התייעוד הקיים מיום המחרת, 20.12.09, ראוי לעמוד :



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

א. ביום זה התקיים לעותר שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות. בפרוטוקול "שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים" עמד הממונה על הדברים שנאמרו עוד בפרוטוקול הקודם ועל המלצת המשטרה כמפורט באותה "הצהרת קצין". אשר למעצרו הנוכחי הוסיף הממונה כי העותר טוען שחזר לשכונת שיח ג'ארח משום שרצה לשאול את המשפחה על שום מה התקיימה ההפגנה שבוע ימים קודם לכן, ושוטר שראה אותו שאל אותו לשמו ומשם לקח אותו לניידת. עוד נכתב שם כי הוסבר לעותר בעבר, כפי שהוסבר לו כעת, כי נטילת חלק בהפגנה איננה חוקית, "ועל כן אשרתו מבוטלת מהיום וכן הנתין יועבר למתקן משמורת ומשם ישלח חזרה לארצו". גם שימוע זה נעשה בשפה האנגלית והובן, לדבריו של הכותב, על ידי העותר. כך על פי הפרוטוקול.

סופו של דבר המלצת הממונה על ביקורת הגבולות היתה "פלילי. להשאירו במשמורת עד להרחקתו" (ראו פרוטוקול שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים, מיום 20.12.09, נספח ז לכתב התשובה).

ב. מסמך נוסף הנושא תאריך 20.12.09 הוא "הודעה על ביטול רישיון הישיבה" המופנית לעותר החתומה על ידי מנהל אגף הזרים במשרד הפנים, מר יוסי אדלשטיין. מסמך זה ביטל את אשרתו של המשיב מהסיבה "פלילי". עוד, נכתב שם "ראה נימוק בפרוטוקול שמיעת טענות". בהתאמה, נדרש העותר לעזוב את ישראל לאלתר וללא עיכוב (ראו הודעה על ביטול רישיון מיום 20.12.09, נספח ח לכתב התשובה).

ג. שני המסמכים האחרונים מיום 20.12.09 הינם צו הרחקה שהוצא על העותר וצו משמורת עד להרחקתו (ראו צווי הרחקה ומשמורת מיום 20.12.09, נספח ט לכתב התשובה).

6. בתאריך 21.12.09 הובא העותר בפני בית הדין לביקורת משמורת (להלן: "בית הדין"). כבוד הדיין ליברטי עמד על כך שהעותר שוהה שלא כדין בישראל לאחר שאשרתו בוטלה. עם זאת, מאחר שטופס ביטול הרישיון לא הוצג לפניו, יתכן שמחמת תקלה טכנית, הורה על צירופו עד מחרת היום. צו המשמורת אושר ללא שינויים (ראו פרוטוקול בית הדין לביקורת משמורת מיום 21.12.09, נספח יא' לכתב התשובה).

7. בתאריך 23.12.09 נערך דיון נוסף בפני בית הדין אשר דחה את בקשת השחרור של העותר ממשמורת (ראו פרוטוקול מיום 23.12.09 והחלטת בית הדין מיום 24.12.09, נספח יב לכתב התשובה).



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 09-12-31534 הולנדר נ' מדינת ישראל

8. מכאן עתירה זו התוקפת את החלטותיו של המשיב מיום 20.12.09 לבטל את רישיון הישיבה של העותר ולהרחיקו מישראל. במסגרת העתירה נעתר בית המשפט לבקשת העותר והוציא צו ביניים האוסר על הרחקתו (ראו החלטתו של כבוד השופט ד"ר ורדי מיום 4.1.10). בעקבות הגשת העתירה ומתן צו הביניים, שב ודן בית הדין בשחרורו של העותר, ושחרורו בתנאים (ראו החלטה מיום 6.1.10, נספח יד לכתב התשובה).
9. טרם אדרש לטענות הצדדים, אציין כי אשרתו של העותר פגה בתאריך 21.2.10. רק כחודש ימים לאחר מכן, בתאריך 18.3.10, הגיש משרד הפנים לבית משפט זה בקשה לבטל את צו הביניים האוסר על הרחקתו של העותר. זאת בנימוק כי אין צו הביניים יכול להאריך את שהותו של העותר בישראל מעבר לתוקף האשרה המקורי. הוסיף המשיב כי גם אם יקבל בית המשפט את העתירה, לא יהיה בכך כדי להכשיר את שהייתו של העותר מעבר לתוקף האשרה – סעד שגם ממילא לא נדרש בעתירה.
- בהקשר זה אדגיש כי העותר לא הגיש בקשה להארכת אשרתו, מאחר שהיה מעוניין לצאת את ישראל בהקדם (ראו פרוטוקול מיום 3.5.10). עם זאת, עמד על עתירתו משום קיומו של צו ההרחקה שמשמעותו כי יהא מסורב כניסה לישראל למשך 10 השנים הבאות, בעוד הוא מבקש לשוב ולחזור לכאן לאור מורשתו וקשרים אישיים.
- ניסיון להביא את הצדדים לכלל הסכמה לא צלח, ומכאן הצורך בפסק דין זה.
10. השתלשלות העניינים המפורטת לעיל בהרחבה לא באה אלא כדי לבאר את טענותיו של העותר; לטענתו, עת נעצר לראשונה נעצרו יחד עימו עוד 24 אזרחים ישראלים ושני אזרחים זרים. אף שכל העצורים נחשדו באותן העבירות של השתתפות בהתקהלות אסורה והשתתפות בהתפרעות, לגבי האזרחים הישראלים הציעה המשטרה את שחרורם בערבות ובתנאים שונים ואילו לגבי האזרחים הזרים, והוא בכללם, ביקשה הארכת מעצר בת 4 שעות לצורך העברת הטיפול בהם למשרד הפנים, ליחידת עוז. מטרה זו אינה בין המטרות והתכליות שבגינן יורה שופט על הארכת צו מעצר. עוד מגולל העותר את שהתנהל באולמו של כבוד השופט מלינוב בבית משפט השלום בירושלים, כאשר אנשי יחידת "נחשון" ניסו להוציאו בכוח מהאולם, ומשפעולתם זו זכתה לביקורת בית המשפט, הודיע פקח יחידת עוז כי יעצור את העותר בסוף הדיון. בית המשפט, לדברי העותר, הזהיר את הפקח לבל יחזור על דבריו אלו. אולם, עם סיום הדיון נעצר העותר על ידי פקחי יחידת עוז והובא לפני הממונה על ביקורת הגבולות. לטענתו, הסדרת שהותם והרחקתם של אזרחים זרים הינה במסגרת חוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: "**חוק הכניסה לישראל**" או "**החוק**"). מאחר שבעת מעצרו על ידי המשטרה הוא החזיק ברישיון ישיבה כדן, ומששחרר אף ללא תנאים על ידי בית המשפט - נעדר המשיב כל סמכות לשימו במשמורת או להחזיקו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

1 במעצר באופן אחר. חוק הכניסה לישראל מסמיך את משרד הפנים לעצור ולשים במשמורת
2 רק **שוהה שלא כדין** או אדם המעורר יסוד סביר לחשד כי הינו שוהה בלתי חוקי.

3
4 מכל מקום, שבוע ימים לאחר ששוחרר על ידי המשיב, הוא נעצר בשנית על ידי המשטרה
5 ביום 18.12.09 בשעות הצהריים. לדבריו, היה זה שעתיים לפני שהגיעו לשכונת שיח ג'ארח
6 מאות פעילי שמאל שעשרות מתוכם עתידים היו להיעצר רק לאחר שהתקהלותם תוכרז
7 כהתקהלות בלתי חוקית. לטענתו, נעצר כשהוא יושב בחצרם ובחברתם של בני המקום, על
8 ידי שוטר שזיהה אותו מההפגנה שנערכה שבוע קודם. השוטר טעה לחשוב שגם הוא – כמו
9 העצורים הישראלים אז – שוחרר בתנאים, למרות שבפועל שוחרר ללא כל תנאי. והנה, בעוד
10 יתר עצורי יום ההפגנות של ה – 18.12.09 הועברו לבית המשפט, נמסר העותר בתאריך
11 19.12.09 ישירות לידיהם של פקחי יחידת עוז שעצרוהו. זהו מעצרו הלא-חוקי השני על ידי
12 המשיב, שכן גם באותו מועד החזיק באשרה כדין. שלילת חירותו על ידי המשיב יכול היה
13 שתעשה רק אם בתאריך **מוקדם** להשמטו במשמורת היתה מתבטלת אשרתו. ואשרה זו
14 ניתן היה לבטל רק אם קודם הוזמן לשימוע בו זכאי היה גם להיות מיוצג על ידי עורך דין.
15 לטענת העותר, לא בכדי לא נמצא בתיקו שבבית הדין מסמך ביטול רישיון הישיבה שלו.
16 ספק לו לעותר אם זה היה קיים ביום 20.12.09 כפי שמודפס על המסמך או שמא נשלל
17 הרישיון באופן רטרואקטיבי, לאחר הערתו של הדיין הנכבד. אין העותר מבקש לעמוד על
18 סוגיה זו, שהרי ביטול הרישיון ממילא הוצא יום לאחר שהועבר לידי פקחי עוז כשהוא עצור
19 ובאופן לא חוקי.

20
21 לטענת העותר, המשיב פעל בחריגה מסמכותו כשהוא מונע משיקולים זרים ופוליטיים, וכי
22 החלטתו לבטל את האשרה התקבלה באופן אגבי וכפועל יוצא מכך שפעמיים הושם
23 במשמורת שעות ארוכות אף שהחזיק ברישיון ישיבה כדין. לכל הפחות צומח חשד כי ביטול
24 האשרה נעשה במטרה למצוא צידוק, לכאורה, לשרשרת החלטות ופעולות בלתי חוקיות
25 שקדמו לביטול.

26
27 11. לטענת המשיב בתגובתו המקדמית ובכתב תשובתו, המשטרה חזרה בה מבקשתה לבית
28 המשפט להאריך את מעצרו הראשון של העותר ואף הוציאה אסמכתא לשחרורו כבר ביום
29 מעצרו 12.12.09 בשעה 23:07. הגם שהמשטרה הורתה על שחרורו, קיים בית המשפט דיון
30 בעניינו של העותר, שלמעשה התייטר, והורה על שחרור את העותר ללא כל תנאי.
31 בפרוטוקול הדיון מיום 13.12.09 בשעה 01:17 ציין כבוד השופט מלינוב כי "**ככל שיחידת עוז**
32 **מוסמכת לחקור אותם** [הכוונה לשלושת האזרחים הזרים שנעצרו והעותר בכללם – א.ק] **היא**
33 **בודאי תפעל במסגרת סמכותה**" (ראו פרוטוקול מיום 13.12.09 בתיק 13002/09, נספח ב לכתב
34 התשובה). עד כאן במישור הפלילי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

להבדיל, ובמישור המנהלי, הועבר העותר לידי יחידת עוז לצורך עריכת שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות בהתאם לסמכותו של זה בסעיף 13ב(א) לחוק הכניסה לישראל. ההעברה נעשתה בהמלצת המשטרה, בין היתר בשל השתתפותו של העותר בהפרות סדר באופן פעיל. בשימוע שנערך לעותר בפני הממונה ביום 13.12.09 הוסבר לו כי פעילותו בלתי חוקית ובמידה שיעצר בשנית יפעל המשיב להרחיקו, והוא שוחרר. ואכן, העותר נעצר בפעם השנייה ביום 18.12.09, לאחר שההתקהלות בתוכה נמצא הוכרזה כבלתי חוקית והתגבש חשש כי עבר עבירה בת-מעצר. העותר הועבר על ידי יחידת עוז מבית המעצר לשימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות, והוסבר לו – כפי שנעשה שבוע קודם לכן – כי נטילת חלק בהפגנה בלתי חוקית הינה הפרה של חוק הישראלי. אשרתו של העותר בוטלה, והוצאו כנגדו צווי משמורת והרחקה. בהודעת ביטול הרישיון מצוין אמנם כי הנימוק הינו "פלילי", אך בד בבד יש הפניה לפרוטוקול שמיעת הטענות. הראיות המנהליות שעמדו בפני המשיב הצביעו על כך כי הוא משתתף בהפגנה בלתי חוקית זו הפעם השנייה, ולאחר שהוזהר קודם לכן. לאחר ששקל נסיבות אלו, ובהתאם לשיקול דעתו הרחב הפעיל המשיב את הסמכות שהוקנתה לו בחוק הכניסה לישראל והורה על ביטול האשרה. גם בית הדין לביקורת משמורת עמד על כך כי במישור המנהלי סף הראיות מופחת ואין צורך בהוכחת אשמה מעבר לכל ספק סביר כדי לבסס את החלטת המשיב לבטל אשרה למי שמעורב בפלילים.

המשיב טוען עוד כי מי שמפר את חוקי המדינה, ודי לשם כך בראיות מנהליות, מפר את תנאי ישיבתו בישראל ועל כן קם יסוד סביר לחשד כי אדם זה שוהה בישראל שלא כדין. יסוד סביר זה מסמך את פקחי יחידת עוז לפעול בהתאם לסעיף 13ב(א) לחוק הכניסה לישראל ולדרוש ממחזיק האשרה להילוות אליהם למקום משמורת. עניין זה נכון לשני האירועים שהתקיימו בימים 13.12.09 ו- 19.12.09 בהם הועבר העותר לעריכת שימוע בפני הממונה על ביקורת הגבולות. אשר על כן הטענה כי המשיב פעל תוך חריגה מסמכויותיו ובאופן בלתי תקין איננה יכולה לעמוד. מוסיף המשיב וטוען כי ככל שנפל פגם בהליך, אין טענה עניינית המתייחסת לגוף החלטתו וממילא נופלת היא למתחם הסבירות. והלכה פסוקה היא כי בית המשפט אינו מתערב בשיקול דעתה של הרשות אלא במקרים קיצוניים, שאין הם מתקיימים בענייננו. עוד הוא מוסיף כי נוכח פקיעת רישיון ישיבתו של העותר בישראל, העתירה הפכה תיאורטית ושוב אין מקום לדון בה.

דיון

12. עתירה זו איננה תיאורטית כלל וכלל; אכן, אשרתו של העותר פקעה זה מכבר ולעת זו הוא נמצא בישראל כדין רק מכוח צו הביניים האוסר על הרחקתו. אולם, כפי שהבהיר העותר - משמעות הותרתו על כן של ההחלטות בעניינו הינה כי לא תתאפשר כניסתו לישראל בעשר



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 09-12-31534 הולנדר נ' מדינת ישראל

השנים הבאות, בעוד הוא מבקש לשוב אליה בעתיד. משהמשיב מתעקש להחתיים את דרכונו בחותמת 'מורחק', קם לעותר אינטרס לגיטימי בגינו ראוי לאפשר לו לעמוד על העתירה אשר תכריע בחוקיותן של ההחלטות הנתקפות.

לאחר שעיינתי בכל החומר שהונח לפניי ושמעתי את באי כוח הצדדים, מצאתי כי דין העתירה להתקבל. דינה של ההחלטה על ביטול אשרת הישיבה של העותר בישראל כמו גם דינו של צו ההרחקה – להתבטל. על מנת להרחיק את העותר מישראל נקט המשיב בדרך פתלתלה שבה נמנע מנקיטת הליכים במישור הפלילי שבו רף ההוכחה גבוה יותר, והעדיף את המישור המנהלי הנשען על 'ראיות לכאורה'. ולא זו אף זו, אלא שגם בהפעילו את סמכויותיו במישור המנהלי, עשה כן תוך מעצרו של העותר באופן לא חוקי, ותוך פגיעה בכללי הצדק הטבעי, בחובת השימוע. המשיב גם פעל בחריגה מסמכות ובחוסר מידתיות, עד אשר ההחלטה שהתקבלה כפי שהתקבלה אדניה - רעועים, ודינה כאמור, להתבטל.

סמכות המשיב בענייני אשרות

13. המסגרת הנורמטיבית מצויה בסעיף 1 לחוק הכניסה לישראל הקובע כי מי שאינו אזרח ישראלי, תהא כניסתו וישיבתו בישראל על פי אשרה שתונפק לו לפי החוק. ואכן, סעיפים 2-4 ו-6 לחוק מסמיכים את שר הפנים ליתן בידי מי שאינו אזרח ישראל סוגי אשרות, לפרקי זמן שונים, להחליפם ולקבוע בהם תנאים. על סמכותו של המשיב בכגון דא נאמר כי היא רחבה, ומכאן גם נגזרת סמכותו הרחבה לבטל אשרה, כקבוע בסעיף 11 לחוק:

11" ביטול אשרות וכו'

(א) שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו –

(1) לבטל אשרה שניתנה לפי חוק זה, בין לפני בואו של

בעל האשרה לישראל ובין בשעת בואו;

(2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה."

(לסמכותו הרחבה של שר הפנים ראו ע"מ 2190/06 מדינת ישראל נ' Bueno Gemma [פורסם בנבו], 13.5.08 בפסקה 24); בג"צ 4156/01 דימיטרוב נ' שר הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002).

14. ביטול האשרה כרוך בהליך של שימוע, ויפים דבריו של כבוד השופט שמגר [כתוארו אז] בבג"צ 549/75 סרטי נוח בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים ומחזות, פ"ד לו(1) 757, 763-764 (1976):



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

"... כלל גדול הוא, שהודגש ובואר על-ידי בית-משפט זה לא אחת, כי כאשר רשות שהעניקה רשיון מבקשת לחזור בה מהחלטתה הקודמת ולבטל את הרשיון, חובה עליה לתת תחילה לבעל הרשיון את ההזדמנות להשמיע את טענותיו, וזאת לאחר שהועמד על כך כי קיימת כוונה לשלול את הרשיון שהוענק כבר. לשון אחרת, כללי הצדק הטבעי מחייבים כי כאשר הרשות עומדת לשלול מאזרח רשיון אותו כבר העניקה לו, תהיה לו ההזדמנות לפרוש בפני הרשות נימוקיו נגד ביטול הרשיון כדי שיהיו בפניה הנימוקים בעד הביטול ונגדו, לפני הכרעה העלולה להצר צעדיו של האזרח על-ידי שלילת זכות שכבר הוענקה לו. כלל זה מתחייב מן ההגינות ויש לו כמובן גם ערך מעשי: בדרך זו יכולה הרשות להיות מראש מודעת לכך מה המצב שנוצר אחרי הענקת הרשיון ומה הנזק שייגרם עם ביטולו וההחלטה תינתן איפוא על בסיס ידיעה מלאה ולא על-סמך בחינת צד אחד של המטבע בלבד".

הליך השימוע, שמתכונתו עשויה להיות שונה מרשות לרשות לאור מיהות הרשות, מהות הסמכות ונסיבות המקרה (יצחק זמיר, הסמכות המינהלית 812 (כרך ב', תשנ"ו)) חובק סדרת כללים המבקשים להבטיח כי לאדם תהא הזדמנות הוגנת להשמיע את דברו לפני הרשות. מרכיביו של השימוע הם : (א) כי הרשות הדנה צריכה להיות מוסמכת לקבל החלטה; (ב) כי הרשות תיתן לבעל הזכות הודעה מקדימה על מהות העניין הנדון לפניו; (ג) כי תאפשר לאדם פרק זמן סביר כדי להכין את טיעוניו; (ד) כי תאפשר לטוען או ולבא כוחו להציג טענותיו וראיותיו, (ה) ובמקרים מסוימים – תתיר גם חקירת עדים (**שם**, בעמ' 813-821).

15. אם לאחר מעצרו הפלילי – הראשון או השני - של העותר ביקש המשיב לבטל אשרתו של העותר - הליך **תקין** היה כרוך בזימונו של העותר ל**שימוע** בפני נציג המשיב שהסמכות לבטל רישיון ישיבה לפי סעיף 11 לחוק הואצלה לו על ידי שר הפנים. רק אז, לאחר שמיעת טענות העותר ושקילתן נוכח הראיות שבידיו, היה בידי המשיב לבטל את האשרה. לא הובאה לפני ראיה כי הממונה על ביקורת הגבולות שלפניו נערך פרוטוקול שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים הוא זה שהוסמך על פי החוק לבטל אשרה. גם לא נטען כי השימוע לפני הממונה על ביקורת הגבולות מאפשר החלטה בידי אחר. ומכאן ששימוע, על כלליו, לעניין ביטול האשרה לא נערך לעותר. המשיב הפך את היוצרות ושם את העותר במשמורת עת נטלו מידי המשטרה, טרם שנציגו המוסמך ביטל את רישיון הישיבה שלו. ולא פעם אחת אלא פעמיים.

אציין כי בפרוטוקול 'שמיעת טענות שוהים בלתי חוקיים' מיום 20.12.09, נכתב בראשו כי תאריך הכניסה לישראל הוא 21.11.09, ותוקף האשרה הינה עד ליום 20.12.09. משמע, על



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 09-12-31534 הולנדר נ' מדינת ישראל

פי הרישום, כי בעת עריכת הפרוטוקול ועוד בטרם נשמע העותר ולו לפני הממונה על ביקורת הגבולות, כבר בוטלה אשרתו. עומדת אפוא במלוא עוזה השאלה הכיצד בוטלה האשרה מבלי שנערך לעותר שימוע על כלליו. כל שימוע – הן לעניין מעצרו, הן לעניין ביטול אשרתו.

16. מהאמור לעיל מתברר כי נפל פגם בתקינות ההליך, שדי בו להצדיק את ביטול ההחלטה. ואולם, אין זה הפגם היחיד; השתלשלות העניינים עובר לקבלת ההחלטה מעיבה אף היא על סבירותה ומידת תום הלב של המשיב. לאור העברתו של העותר מידי המשטרה לידיהם של פקחי יחידת עוז, לא יהא זה מיותר לעמוד על סמכויותיהם של האחרונים, שמא היה בסיס חוקי לדרישתם מהעותר להילוות אליהם למשמורת.

סמכות פקחי יחידת עוז

17. סמכות פקחי יחידת עוז קבועה בסעיף 13ב לחוק הכניסה לישראל לאמור:

13ב. משמורת זמנית

(א) היה לשוטר או לפקח... יסוד סביר לחשד כי אדם שוהה בישראל שלא כדין או שניתן עליו צו משמורת או צו החזרה למשמורת, רשאי הוא, לאחר שהזדהה בפניו והסביר לו את סיבת הדרישה, לדרוש ממנו להילוות אליו למקום משמורת; סירב אותו אדם לציית לדרישה כאמור, רשאי הוא להשתמש בכוח סביר כדי להביאו למקום המשמורת;... [הדגשות אינן במקור].

18. סמכותם של פקחי עוז לדרוש מאדם להילוות אליהם הינה רק מקום שבו היה יסוד סביר לחשוד כי עסקין במי ששוהה בישראל שלא כדין. ולהזכיר שכאשר נלקח העותר על ידי פקחי יחידת עוז למשמורת - אם ביום 13.12.09 אם ביום 19.12.09 – הוא החזיק באמתחתו אשרה בת-תוקף. המשיב, כמו מודע לחולשת טיעוניו, מבקש לקשור בין מעשיו הפליליים של העותר, עליהם יש בידו ראיות מנהליות, לכאורה, לבין סמכות פקחיו לפי סעיף 13ב(א) לחוק. לדידו, על פי הראיות המנהליות שבידו, העותר הפר את חוקי המדינה. מכאן, שהפר את תנאי אשרתו לשהייה בישראל. ומכאן קצרה הדרך למסקנה כי קיים יסוד סביר לחשד כי הוא שוהה בישראל שלא כדין, ובהתאמה הנה לנו צידוק להפעלת הסמכויות האמורות של פקחי יחידת עוז. כך המשיב.

19. אינני רואה עין-בעין עם המשיב. חוק הכניסה לישראל מגדיר בסעיף 13 לחוק מיהו אותו



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

"שוהה שלא כדין" שעל הרחקתו יש לעמוד :

13". הרחקה מישראל

(א) מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות,
תש"י-1950, ונמצא בישראל, בלי רישיון ישיבה
(בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם
האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן".

אפנה גם להוראת סעיף 13א(ב) הקובעת "חזקה כי אדם שוהה בישראל שלא כדין אם אין
בידו להציג רישיון ישיבה בלא הסבר סביר". במילים אחרות, המציג רישיון ישיבה נמצא
בישראל כדין כל עוד לא בוטלה אשרתו.

אך לא רק לשון החוק מורה כי הדיבר "שוהה שלא כדין" מתייחס רק לענייני אשרה.
פרשנותו של המשיב המעניקה סמכות לפקחי יחידת עוז לדרוש מאדם הנושא באמתחתו
אשרת בת-תוקף להילוות אליהם למשמורת, משום שיש להם יסוד סביר להניח כי אותו אדם
עבר עבירה פלילית, גולשת מהמישור המינהלי למישור הפלילי. בשונה מסמכותם של
שוטרים באשר לחשד לביצוע עבירה פלילית, אין בסמכויות האכיפה מצומצמות שניתנו
לפקחים בסעיף 13 לחוק כדי להסמיכם לשקול שיקולים שמחוץ לחוק הכניסה לישראל.
מכאן, שהשוהה שלא כדין בישראל הוא מי אשר אין בידו רישיון ישיבה, ולא מי שעל פי
ראיות מנהליות עבר על חוקי המדינה, אפילו יהיה זה הדין הפלילי. על כן, כל עוד החזיק
העותר ברישיון ישיבה שלא בוטל, לא ניתן היה לשימו במשמורת, אפילו היא זמנית.

ההחלטה גופה, וסבירותה

20. לא ניתן לבחון את סבירות ההחלטות לגופן במנותק מאירועים והפעולות שקדמו להן.
השמתו של העותר במשמורת פעמיים כשהוא מחזיק באשרה כדין מטילה צל כבד על מניעיו
של המשיב המכתימות את החלטותיו, גם לגופן, בכתם של חוסר תום לב והעדר הפעלת כל
שיקול דעת. הן נעשו כחלק מסדרת פעולות אוטומאטית שראשיתה בבקשת מעצר על ידי
המשטרה מהטעם "העברת טיפול למשרד הפנים ליחידת עוז" שהדין אינו מכירנו. המשכה
בחלוף שבוע כשהמשטרה העבירה את העותר לידי פקחי יחידת עוז משל היה נטול זכות
כלשהיא. ההחלטות שהתקבלו היו מושפעות במידה רבה מאותן פעולות לא תקינות, ונועדו
ליתן הכשר לפעולות נטולות הסמכות, באופן ההופך את ההחלטה שהתקבלה ללא סבירה
וללא מידתית הן בדרך שבה התקבלה והן לגופה כמפורט להלן.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 09-12-31534 הולנדר נ' מדינת ישראל

21. המשיב ביטל את האשרה מהנימוק "פלילי". אולם, לדעתי, הראיות המנהליות עליהן סמך המשיב ידו בהחלטתו, לאו ראיות מנהליות הן. לו היה מוארך מעצרו של העותר בפעם הראשונה על ידי בית המשפט, היה בכך כדי לבסס ראיה מנהלית כי העותר ביצע עבירה פלילית. אולם בפועל, המשטרה שחררה את העותר ללא תנאי (ובשונה מיתר המפגינים ששוחררו בתנאים) וכלל לא ביקשה את הארכת מעצרו הראשון. גם בית המשפט לא בחן ולא נתן החלטה לגופה האם עבר העותר עבירה כלשהיא ולא ברר עובדות כגון: מתי הפכה ההפגנה בלתי חוקית, מה היה חלקו של העותר בהפגנה ושאלות אחרות שיש לבררן, לפחות לכאורה. ואילו במעצרו השני כלל לא טרחה המשטרה להכין בקשה להארכת מעצר, הסתפקה ב"הצהרת קצין" ששוגרה למשיב והעבירה את העותר לידי יחידת עוז כשהוא עצור.

"כידוע, רשות מינהלית איננה כפופה לדיני הראיות הרגילים ולפיכך, להבדיל מבית המשפט, רשאית רשות מינהלית לקבל כל ראיה "אשר כל אדם סביר היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחתי והיה סומך עליה" (פרשת לנסקי, בע' 357; ראו לעניין זה גם: י' זמיר הסמכות המינהלית (כרך ב', תשנ"ו), 750-756; ב' ברכה משפט מינהלי (כרך ב', תשנ"ו), 288-297)" (עע"ם 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל (לא פורסם, 9.2.05). אך לא ראיתי בראיות שהיו לפני המשיב, עליהן כלל לא חקר ודרש, ראיות שכאלו. אין המדובר בשלילת זכות זוטא, כי אם בשלילת זכות קיימת ובהרחקתו של העותר מישראל על המשמעות שבכך. מידת הראיות המנהליות הדרושות שהיה בהן כדי לשכנע את המשיב לשלול את הזכות, מן הצדק שהיו צריכות להיות ברורות ומשכנעות יותר. "כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות" (בג"צ 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 249-250 (1985) וראו גם בג"צ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327 (1985)). ב"הצהרת קצין" לא היה די במקרה דנן.

סוף דבר

22. הזכות להשמיע דברי ביקורת ולהביע עמדה שונה היא תמציתה של הדמוקרטיה. פקידי המשיב צריכים להפעיל סמכותם במידתיות ובסבירות, תוך שמירה על כללי הצדק הטבעי. במקום שבו יעשו כן, אפילו היה בית המשפט מקבל החלטה שונה בנסיבות, לא תהא זו עילה להתערבותו. שכן, הסמכות – לרשות ניתנה, ואילו בית המשפט אך בביקורת שיפוטית בא (בג"צ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים [פורסם בנבו] 4.11.09, בפסקה 22; בג"צ 4769/95 מנחם רון נ' שר התחבורה, פ"ד נז(1) 235, 268-269 (2002); בג"צ 1/81 ויקי שירן נ' ...)



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו בשבתו כבית-משפט לעניינים מנהליים

31 מאי 2010

עת"מ 31534-12-09 הולנדר נ' מדינת ישראל

רשות השידור, פ"ד לה(3) 365, 378 (1981); בג"צ 389/80 דפי זהב נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421 (1980); זמיר, בעמ' 771-763.

במקרה דנן, היה המשיב שבוי ברצף אירועים קודמים והונע לפעול להשגת מטרות – הרחקה, מבלי לקיים אחר כללי המשפט המנהלי הבסיסיים. המשיב לא היה מוסמך ליטול את העותר למשמורת, כשהוא מונע ממנו להשמיע טענותיו לעניין ביטול אשרתו טרם קיבל החלטה.

מנימוקים אלו, דין העתירה להתקבל. 23.
החלטת המשיב על ביטול רישיון הישיבה ועל מתן צו הרחקה – מבוטלות.
לעותר ניתנת שהות של 10 ימים מיום מתן פסק דין זה לצאת מישראל. אין להחתים דרכונו בחותמת "הרחקה", על כל המשמעויות הכרוכות בכך.

בנסיבות העניין, ישא המשיב בהוצאות העותר ובשכר טרחת עורך דינו בסכום של 25,000 ₪ בצרוף מע"מ. הסכום ישולם בתוך 30 ימים מהיום, שאם לא כן ישא הפרשי ריבית והצמדה כדין מיום מתן פסק הדין ועד לתשלום בפועל.

המזכירות תשלח העתק מפסק דין זה לבאי כוח הצדדים.
ניתן היום, י"ח סיון תש"ע, 31 מאי 2010, בהעדר הצדדים.

אסתר קובו, סגן נשיא