

## מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

### יובל לבנת\*

המאמר נסב סביב מקרה של זר, אשר סירב למסור לרשויות מידע על שמו הפורמלי ועל מדינת אזרחותו, ועל כן הושם מאחורי סורג ובריח. בהתבסס על התאוריה של לואי אלטוסר על מנגנוני מדינה מכניעים ועל מנגנוני מדינה אידאולוגיים, נטען במאמר שהתנהגותו נוגדת ההגמוניה של הזר נענתה בתגובה מכניעה מצד מנגנוני המדינה המכניעים, לרבות בית הדין לביקורת משמורת. הואיל ולמרות פעולות ההכנעה עמד הזר בסירובו למסור את פרטיו המזהים, נטש בית הדין, חמש שנים מאוחר יותר, את האמצעים המכניעים שנקט, ובחר בגישה חלופית, שעל פיה הזר הנו בלתי שפוי. בעשותו כן, ביקש בית הדין להציל את כבודו: הוא שחרר את הזר (ובכך שירת את האידאולוגיה הליברלית, המתנגדת למעצר ארוך ובלתי מוגבל בזמן בגין עברה פעוטה), ובד בבד לא הודה בכישלונם של מנגנוני המדינה המכניעים בטיפול בעניינו. בכך, בית הדין – כמו בית המשפט העליון בפרשת **מטמבו** – התחמק מלדון בדילמה שעמה נאלצות מדינות ליברליות להתמודד: כיצד לנהוג בזר, המסרב לשתף פעולה עם הרשויות, ובכך מסכל את גירושו שלו?

- א. מבוא. ב. המקרה של ליאו; 1. החלטותיו של בית הדין למשמורת;
2. פגישותיי עם ליאו בכלא (וגם: על סוגים שונים של לקוחות);
3. שחרורו של ליאו. ג. ניתוח המקרה של ליאו; 1. מוסדות משפטיים רחוקים מן העין: בית הדין למשמורת; 2. כיצד מתמודדים מנגנוני המדינה המכניעים עם אנשים שאי-אפשר להכניעם?; 3. ליאו במכבש מנגנוני המדינה המכניעים. ד. סוף דבר.

\* דוקטור למשפטים; הקליניקות המשפטיות, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. רשימה זו נכתבה בסיוע מלגה מאת מרכז מינרבה לזכויות אדם. ברצוני להודות לד"ר צבי טריגר, לעו"ד דורי ספיבק, לד"ר אדריאנה קמפ, לד"ר טלי קריצ'מן ולד"ר יופי תירוש, על שקראו את טיוטת המאמר, והעירו הערות חשובות. כן אבקש להודות לגב' מרים קוגן אשר סייעה לי במחקר, בכישרון רב. כל התרגומים במאמר זה הם של המחבר.

א. מבוא

בחדש אוגוסט 2005, בעת ששימשי היועץ המשפטי של עמותת "קו לעובד", צלצל הטלפון במשרדי. מהשפופרת בקע קולו של עורך דין מן הלשכה המשפטית של משטרת ההגירה<sup>1</sup>. עורך הדין פתח ואמר שהוא פונה אליי "בבקשת עזרה". הואיל ולא הייתי מורגל לבקשות סיוע מצד משטרת ההגירה, גברה סקרנותי.

הפרקליט ממשטרת ההגירה סיפר שמדובר בעניינו של אדם העונה לשם ליאו<sup>2</sup>, אשר נעצר בחדש יולי 2001<sup>3</sup> לאחר שסירב להזדהות בפני שוטר. "מדינת אזרחותו של ליאו אינה ברורה", סיפר לי הפרקליט, "שכן הוא מסרב להציג כל תעודה רשמית. הוא מזדהה כמי שמשתייך ל'ממלכת ישו'". הפרקליט המשיך בהסברו: "הועלו השערות שהוא קנדי, או בלגי, בגלל המבטא שלו; אך איש אינו יודע בודאות מהי מדינת אזרחותו".

הפרקליט המשיך וציין, כי במהלך ארבע השנים מאז מעצרו של ליאו, הוא סירב בעקשנות לחשוף את זהותו ה"רשמית" ואת מדינת אזרחותו, והוא אינו נכון לשנות מדרכו זו. לאחר תקופת מעצר ארוכה באגף השהים שלא כדין בכלא מעשיהו, הועבר ליאו למחלקת בריאות הנפש בבית הסוהר מג"ן, כנגד רצונו, לצורך בדיקה פסיכיאטרית. ואולם הגורם האחראי באותו המוסד הגיע למסקנה שליאו אינו עומד בקריטריונים לבדיקה פסיכיאטרית כפויה<sup>4</sup>, ועל כן הוא הוחזר לכלא "מעשיהו", מבלי שנבדק.

- 1 משטרת ההגירה, או בשמה הרשמי, "מנהלת ההגירה", הוקמה על פי החלטה 2327 של הממשלה ה-29 "רפורמה בשוק העבודה – הקמת רשות הגירה" (30.7.2002). היא פורקה ב-1.7.2009, ומרבית סמכויותיה הועברו למשרד הפנים.
- 2 מטעמי ההגנה על הפרטיות, לא מצוין שמו הרשמי של האדם, כפי שהוא מופיע בפרוטוקולים ובהחלטות של בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן: "בית הדין למשמורת"). עם זאת, ראוי לציין, כפי שיפורט להלן, שאין כל ודאות שהשם המופיע באותם פרוטוקולים הנו אמנם שמו ה"אמיתי" (הרשמי, על פי רישומי מדינת אזרחותו) של האדם. בהחלטת בית הדין למשמורת מיום 10.5.2005 נכתב: "לא ברור אם זה שמו האמיתי, ובזמן האחרון הוא מתנכר לשם המשפחה אותו מסר בראשית דרכו".
- 3 מהחלטות בית הדין למשמורת בעניינו של ליאו עולה כי, למעשה, נעצר עוד קודם לכן. בכל אחת מההחלטות נכתב: "תאריך המעצר: 1.1.2001". לא ברור אם מדובר בתאריך המעצר האמיתי, או שמא מדובר בתאריך ש"עוגל". בהחלטת בית הדין מיום 16.3.2004 נכתב כי "המוחזק שוהה למעלה משלוש שנים במשמורת", ואילו בהחלטת בין הדין מיום 10.5.2005 נכתב "המוחזק נמצא במשמורת כ-4.5 שנים". מכאן עולה, כי ליאו נעצר, כנראה, בתחילת 2001, ולא ביולי 2001, כפי שנמסר לי על ידי אותו פרקליט.
- 4 הקריטריונים לביצוע "בדיקה [פסיכיאטרית] כפויה לא דחופה" באדם קבועים בס' 7 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991 (להלן: "חוק טיפול בחולי נפש").

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

לדברי הפרקליט, בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (להלן: "בית הדין למשמורת"), אשר דן בעניינו של ליאו, פנה למשטרת ההגירה בבקשה שיוגש נגד ליאו אישום פלילי בגין שהייה בישראל שלא כדין, שכן אז תקום לבית המשפט שידון בתיק הפלילי, סמכות להפנותו לבדיקה פסיכיאטרית כפויה<sup>5</sup>. לדברי הפרקליט, בחודשים האחרונים דנו בהמלצה זו של בית הדין למשמורת, ובעניינו של ליאו ככלל, נציגי רשויות שונות; ואולם אין שיתוף פעולה בין הרשויות, והמקרה של ליאו נופל בין הכיסאות. הוא הוסיף שבמקרים דומים בעבר, נמצא בסופו של דבר ל"מוחזק" (כלומר, לאדם העצור מכוח צו משמורת שהוציא משרד הפנים) פתרון במסגרות שונות של משרד הרווחה, אולם הדבר הסתייע רק לאחר שעורך דין מטעמו של ה"מוחזק" הגיש עתירה בעניינו לבית המשפט. על כן ביקש הפרקליט שאשקול הגשת עתירה בשמו של ליאו.

כפי שאתאר ברשימה זו, בעקבות פנייה זו יצאתי למסע שבמהלכו למדתי להכיר מעט את ליאו, והרבה יותר את המערכת שטיפלה בו, ובמרכזו בית הדין למשמורת. מדובר במוסד חסר כל זוהר או יוקרה, הממוקם אי שם בתחתית הפירמידה השיפוטית. עד לאחרונה, לא התפרסמו החלטותיו כלל. מאז הקמתו ב-2002 הוא דן בעניינם של אלפים רבים של בני אדם, אלא שאף אחד מהם לא היה אזרח המדינה. רבים מאזרחי המדינה – ואף מן המשפטנים שבקרבם – אינם מודעים כלל לקיומו. מסיבות אלה, כנראה, לא נכתב על בית הדין למשמורת עד היום, למיטב ידיעתי, ולו מאמר אקדמי אחד.

ברשימה זו אנתח את החלטותיו של בית הדין בעניינו של ליאו, עד לשחרורו מכלא "מעשיהו", כחמש שנים לאחר מעצרו<sup>6</sup>. בניתוח ההחלטות אשתמש בתאוריה של לואי אלטוסר (Louis Althusser) בדבר קיומה של ההגמוניה מכוח פעילותם המשולבת של מנגנוני המדינה המכניעים ומנגנוני המדינה האידאולוגיים. אנסה להראות כי מצב שבו שוהה שלא כדין מצליח לסכל את גירושו מישראל על ידי סירובו לחשוף את זהותו, הוא מצב שעלול לחשוף ברבים את העובדה שההגמוניה המדינתית בתחום ההגירה – אשר אחד מעקרונות היסוד שלה הוא כוחה של המדינה לקבוע מי מקרב הזרים זכאי לשהות בשטחה – אינה כה מבוצרת, כפי שמנגנוני המדינה האידאולוגיים מבקשים לשכנע. בנסיבות אלה תפקד בית הדין, במשך שלוש שנות מעצרו הראשונות של ליאו, כמנגנון מדינה מכניע, וביקש לשבור את רוחו של ליאו באמצעות החזקתו הממושכת במעצר. האגרסיביות שבה נהג בית הדין במהלך אותן שנים (ובמרכזו הסירוב הנמשך למנות לליאו עורך דין והפגיעה

5 ראו ס' 15(ג) לחוק טיפול בחולי נפש.

6 ברשימה זו אשתמש במונחים "מעצר" ו"גירוש", ולא במונחים "משמורת" ו"הרחקה", הקבועים בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל"), משום שהם משקפים נכון יותר, לדעתי, את הדברים כהווייתם.

בזכויות דיוניות שונות שלו) מלמדת על הקלות שבה מוסד רחוק מן העין עלול לפגוע בזכויות האדם של הנתונים למרותו, והכול לצורך קידום המשנה ההגמונית שהוא נועד לשרת. לעניין זה, המקרה של ליאו הוא רק מקרה קיצון, שיש בו כדי ללמד על תופעה רחבה יותר.

לאחר שדרך זו – הניסיון לשבור את רוחו של ליאו – התגלתה כעקרה, פנה בית הדין לדרך חלופית: הגדרת ליאו כחולה נפש. נקיטת קו חלופי זה אפשרה לבית הדין, כך אטען, לשחרר את ליאו ממעצרו, וזאת מבלי להודות בתבוסת המערכת ההגמונית. בנוסף, אפשר פתרון זה למערכת המשפט הישראלית להמשיך ולהתחמק מדיון נוקב בבעיה שאכנה "דילמת הזר שמסרב להזדהות". בעיה זו מתעוררת מאחר שמחד גיסא, מערך ההגירה ההגמוני אינו יכול להשלים עם כך ששוהה בלתי-חוקי יסכל את גירושו שלו, ואף ישוחרר לחופשי נוכח סירובו לחשוף את זהותו; ואילו מאידך גיסא, החזקה ארוכת שנים (וללא תאריך סיום) של אדם במעצר בגין עברה של שהייה שלא כדין, נתפסת כנוגדת את תפיסת העולם הליברלית.

## ב. המקרה של ליאו

נחזור לעניינו של ליאו. בהיותי חשדן מעצם טבעי, מיד לאחר קבלת שיחת הטלפון מעורך הדין של משטרת ההגירה, פניתי למוקד הסיוע לעובדים זרים. מדובר בעמותה, המקיימת ביקורים סדירים של מועמדים לגירוש מישראל במתקני המעצר השונים ברחבי המדינה. אנשי ה"מוקד" ידעו מיד במה מדובר. הם מסרו לי שליאו הוא אדם בעל חזות מערבית, דובר אנגלית (אף כי לא ברור אם זוהי שפת האם שלו), הטוען לקשר לישות משיחית כלשהי. הוא מוחזק במעצר בכלא "מעשיהו" זה שנים ארוכות. לדברי נציגי ה"מוקד", כל ניסיון מצדם לסייע לליאו – נכשל. ליאו, כך נמסר לי, אינו מעוניין בייצוג משפטי, ומבקש שיניחו לו לנפשו. הוא הדף בתקיפות כל ניסיון של אנשי ה"מוקד" לשוחח עמו בכלא, ולסייע לו להשתחרר ממעצרו. אין בפיו כל טרזניה על שהותו הממושכת במעצר, ואין בכונתו לעזוב את ישראל.

באותן השנים לא הייתה לבית הדין מזכירות, והחלטותיהם של הדיינים לא פורסמו. אנשי ה"מוקד" הם אלה אשר סייעו לי להשיג חלק מההחלטות של בית הדין למשמורת בעניינו של ליאו. האחרונה שבהן ניתנה יום אחד לפני שהתקשר אליי עורך הדין מהלשכה המשפטית של משטרת ההגירה, ב-11.8.2005. בהחלטה זו כתבה הדיינת: "אשקול את שחרורו של המוחזק, אשר להבנתי סובל משיפוט לקוי של המציאות ואין לו מקום במאסר עולם במסגרת צו משמורת". אינני יודע אם הפרקליט היה מודע להחלטה זו – הראשונה שבה בית הדין למשמורת רמז על האפשרות שליאו ישוחרר ממעצרו – אך קינן בי החשד

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

שהחלטה זו הוסתרה מפניי, באותה שיחת טלפון מפתיעה, ביודעין. החלטתי אפוא לצאת למלאכת בילוש וחקירה בעצמי.

#### 1. החלטותיו של בית הדין למשמורת

אינני יודע אם הצלחתי להשיג את כל ההחלטות שנתן בית הדין למשמורת בענייניו של ליאו במהלך השנים<sup>7</sup>, אך בוודאי הצלחתי לשים ידי על רובן המכריע<sup>8</sup>, באופן שמאפשר לי להשלים פאזל, המלמד על הטיפול המשפטי שליאו זכה לו מאז נכנס למעצר ועד לשחרורו, כמעט חמש שנים מאוחר יותר.

מקריאת החלטותיו של בית הדין בענייניו של ליאו למדתי באופן שאינו משתמע לשתיה פנים על ההפקרות שבהתנהלות בית הדין למשמורת. תופעות תמוהות כמו "התכתבות פנימית" בין בית הדין לבין רשויות המדינה, לרבות מסירת שלמי תודה לגורמים ממשלתיים שונים במסגרת ההחלטות, אי-יידוע העצור על אודות ההחלטות שמתקבלות בענייניו,

7 כאמור, בשנים הראשונות לקיומו לא היו לבית הדין למשמורת שירותי מזכירות, ובמקרים רבים ההחלטות "תויקן" במחשביהם האישיים של הדיינים באופן בלעדי. בנוסף, ס' 13 יד לחוק הכניסה לישראל מסדיר את הביקורת השיפוטית הראשונית של בית הדין על צו המשמורת, בסמוך לאחר כניסתו של ה"מוחזק" ל"משמורת", אך אינו קובע הוראה ברורה באשר לביקורות תקופתיות נוספות. הסיפה של ס' 13 טו(א) לחוק הכניסה לישראל קובע כי בית הדין "רשאי [...] להורות כי ענינו של המוחזק במשמורת יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע, ובלבד שפרק הזמן עד לקיום הבחינה הנוספת לא יעלה על 30 ימים". במהלך השנים הראשונות לקיומו של בית הדין, לא הקפידו הדיינים לבחון מחדש את המשך החזקתם של עצורים במעצר, בוודאי לא באופן סדיר ותדיר. שינוי משמעותי חל עם פרסום "ביקורת תקופתית על החזקה במשמורת" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 1.2400 (התשס"ה)

www.shamaim.justice.gov.il/NR/rdonlyres/4A232057-BC6D-465F-9667-0AC9B15C9CE9/0/12400.pdf (נבדק לאחרונה ב-27.6.2010). בהנחיה זו כתב היועץ, בנוגע להוראת ס' 13 טו(א) הנ"ל, כי "אף שמבחינה לשונית גרידא ניתן לגרוס כי לבית הדין מסור שיקול דעת אם לערוך בחינה חוזרת, וכי אם מצא לנכון לעשות כן, הבחינה תבצע תוך פרק זמן שלא יעלה על 30 יום; הרי שמהקשר הדברים ותכליתם ברור כי בית הדין מחוייב לערוך בחינה חוזרת תוך פרק זמן שלא יעלה על 30 יום". ראו עוד: הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון – חובת קיום עיון חוזר של אישור צו משמורת), התשס"ט-2009.

8 בידי החלטות של בית הדין למשמורת מן התאריכים: 4.12.2002, 16.3.2004, 13.9.2005, 27.1.2005, 2.2.2005, 10.5.2005, 26.5.2005, 26.6.2005, 4.7.2005, 11.8.2005, 25.9.2005. כפי שצוין לעיל, החלטותיו של בית הדין למשמורת לא פורסמו באופן שנים. כמו כן לא קיימים "כללי ציטוט אחיד" באשר להחלטות בית הדין למשמורת. מכאן, שכל ההפניות להלן להחלטות של בית הדין למשמורת בענייניו של ליאו תהיינה על פי תאריך קבלתן. "מספר המוחזק" של ליאו היה 32.

"המלצות" שונות של בית הדין לגורמים שונים, ללא כל סמכות שבדין, ושאר עניינים יוצאי דופן, אשר יפורטו להלן, נפרשו בפניי. אכן, לעתים אין כמו מקרה הקיצון כדי ללמדנו כיצד באמת פועלת ה"מערכת"<sup>9</sup>.

כל מי שרגיל בקריאת החלטות של בית הדין למשמורת, מכיר את המבנה הקבוע שלהן: בחלק הראשון של המסמך מצוינים נתונים "יבשים" כמו "שם המוחזק במשמורת", "מספר המוחזק", "אזרחות", "דרכון בתוקף" (יש/אין), "כסף לכרטיס טיסה" (יש/אין), "תאריך המעצר" וכיוצא בזה. בחלק השני מפורטים "דברי המוחזק במשמורת". החלק השלישי הוא ההחלטה, שעליה חותם הדיין. גם ההחלטות בעניינינו של ליאו, אשר ניתנו במהלך כמה שנים, על ידי שתי דיינות, נכתבו באותה המתכונת.

כך, למשל, בכל אחת מן ההחלטות בעניינינו של ליאו מצוין בחלק העליון: "דרכון בתוקף: אין", "כסף לכרטיס טיסה: אין", "תביעה כספית: אין", "נעצר בגין: שב"ח". באשר למדינת האזרחות, הרי בהחלטות הראשונות נכתב: "אזרחות: קנדה". עם זאת, החל מ-10.5.2005 שונה הכיתוב, ומאז ועד לשחרורו נכתב על ידי בית הדין למשמורת "אזרחות: לא ידועה".

ההחלטה המוקדמת ביותר של בית הדין למשמורת בעניינינו של ליאו, אשר מצויה בידי, נושאת את התאריך 14.7.2002. תחת הכותרת "דברי המוחזק במשמורת" נכתבו הדברים הבאים, מפיו של ליאו: "אני נציג של אלוהים ואני לא מתכוון לצאת מפה. אני לא אגיד לך את הכתובת שלי – רק שאני מגן העדן של האלוהים". בהמשך העמוד, נכתבה החלטתה הקצרה של הדיינת, עורכת הדין שרון בבלי-לארי: "אני סבורה שהמוחזק אינו משוגע כפי שהוא מנסה להצטייר. הוא יודע היטב מה הוא אומר. הנני מאשרת את צו המשמורת ללא שינויים".

החלטה שנייה אשר מצויה בידי, נושאת את התאריך 4.12.2002. אינני יודע אם ניתנו החלטות כלשהן בין ההחלטה מיום 14.7.2002 לבין החלטה זו, שכן הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר עריכת שימועים חודשיים לעצורים שממתינים לגירושם ניתנה רק כשנתיים וחצי מאוחר יותר<sup>10</sup>. בכל אופן, החלטה זו כוללת את החלק הראשון של פרטי המידע היבשים, אך אינה כוללת את "דברי המוחזק במשמורת". עם זאת, ישנה החלטה נסערת של הדיינת בבלי-לארי: "היום, עת קיימתי דיונים בעניינם של מוחזקים במשמורת, התפרץ המוחזק אל החדר שבו התקיימו הדיונים והחל לצעוק עליי. תחילה צעק שלא הצלחנו לאתרו באמצעות טביעות אצבעותיו וכי לעולם לא נדע מי הוא. לאחר מכן איחל הוא לי שאמות, שאשרף בגיהנום וכי לא תהיה לי כל מחילה עד שאחזור בתשובה. הוא לא

9 קרל שמיט תיאולוגיה פוליטית 35 (רן כהן מתרגם, 2005).

10 לעיל ה"ש 7.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

חדל מקריאותיו חרף בקשותיי כי יעזוב את המקום. הזעקתי את סוהרי האגף והמוחזק נלקח להמתנה (בידוד). בנסיבות העניין אני פונה אל מחלקת האסיר ואל גורמי שב"ס בבקשה כי המוחזק יועבר לכלא ניצן". למיטב ידיעתי, בקשתה זו של הדיינת כי ליאו יועבר לכלא "ניצן" – אשר לא ברור באיזו סמכות ניתנה ומהו הרציונל העומד מאחוריה (נראה שכלא "ניצן" נחשב למאובטח יותר בעיני הדיינת) – מעולם לא יושמה, והוא נשאר בכלא "מעשיהו".

ההחלטה הבאה שבידי נושאת את התאריך 16.3.2004. היא אינה כוללת את "דברי המוחזק במשמורת", ולא ברור אם ניתנה לאחר שהדיינת נפגשה עם ליאו ושמעה את דבריו, או בהיעדרו (בהחלטות מאוחרות יותר, אשר ניתנו מבלי שדבריו של ליאו נשמעו, ואשר תפורטנה להלן, מתנוסס הכיתוב "בהיעדר"). לא ברור מה עומד מאחורי העיתוי של מתן החלטה זו, שהרי באותו זמן, כאמור, טרם ניתנה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין קיום שימועים חודשיים לעצורים. נראה אפוא שהדיינת בכלי-לארי עשתה שימוש בסמכות הכללית שנתונה לה על פי חוק הכניסה לישראל, וקיימה "דיון" מחדש (בהיעדר צדדים) בעניינו של ליאו, בשל משך הזמן הארוך ששהה באותה העת במעצר. ואכן, החלטתה של הדיינת נפתחת במילים המודגשות "המוחזק שוהה למעלה משלוש שנים במשמורת". אך חיש מהר מסבירה הדיינת מדוע, חרף חלוף הזמן, לא תורה על שחרורו של ליאו ממעצרו: "מאחר והמוחזק [כך במקור] מסרב למסור את פרטיו המזהים כמו גם את לאומו – אין סיכוי שאורה על שחרורו, בשום תנאי". ומיד לאחר מכן, כותבת הדיינת את הדברים הבאים:

"ואולם – אינני יכולה להשלים עם מצב בו הגורמים האמונים על הרחקתו של המוחזק אינם עושים כל נסיון, בפועל, להרחיקו [...] אמנם המוחזק הוא אדם מסובך וייתכן שהוא 'אגוז קשה לפיצוח', אולם גורמי החקירה בישראל הצליחו לפצח, בעבר, אגוזים קשים ממנו.

משטרת ההגירה – נא לחקור את המוחזק לאלתר ובאופן אינטנסיבי, עד שתבורר זהותו ומולדתו. כמו-כן אבקש להעביר, פעם נוספת, את טביעות אצבעותיו לאינטרפול בנסיון נוסף להביא לזיהויו".

זוהי ההחלטה האחרונה אשר נתנה, כנראה, הדיינת בכלי-לארי בעניינו של ליאו. מסיבות שאינן ידועות לי, הועבר לאחר מכן הטיפול בעניינו של ליאו לטיפול של דיינת אחרת, עורכת דין שרה בן שאול ויס. נראה שלאור העובדה שהיה זה מפגשה הראשון של בן שאול ויס עם ליאו, הרי ההחלטה הראשונה שנתנה בעניינו, מיום 27.1.2005, נכתבה לאחר פירוט רב יותר של "דברי המוחזק במשמורת", בהשוואה לפירוט הקצרצר

בפרוטוקול שערכה הדיינת בבלי-לארי מיום 14.7.2002. וכך תועדו דבריו של ליאו בפני הדיינת בן שאול ויס:

"לא שיניתי את דעתי. אני רוצה להיות בישראל. אני לא רוצה כלום מהממשלה, אני רק רוצה לנשום כאן את האוויר ולשתות את המים של ישראל. אין לי יותר דרישות. אין לי עו"ד. אני לא צריך עו"ד. אני ממלכת ישו [כנראה צ"ל מממלכת ישו] אני לא צריך דרכון, ולא אכפת לי מה אתם, בני-האדם חושבים. אם אתם לא שומרים את דברי התורה, מי אתם שתגידו לי איזה חוק לשמור.

אני מבין שעליי לצאת למדינת אולם אינני מוכן לכך. לא אומר מהיכן אני. אני לא חלק מעולם הזה. הייתי בקנדה וגם בצרפת וגם בשוויץ. לא אומר איפה עוד הייתי. אני מוכן להשאר כאן עוד 4 שנים. בארץ אני כבר 5 שנים ומשהו".

בהמשך מובאת החלטתה של הדיינת. מההחלטה נוסבת רוח אחרת, בהשוואה להחלטותיה של הדיינת בבלי-לארי. לעומת החלטותיה של הדיינת בבלי-לארי שבהן בלט רוגז רב כלפי ליאו וכלפי הרשויות (בשל אזלת ידן בטיפול בעניינו, על פי המתווה שהיה ראוי ללכת בו לדידה), הרי מבין השורות של החלטתה של הדיינת בן שאול ויס מבצבצת רוח מבודחת הרבה יותר. היא פותחת את החלטתה במילים הבאות: "זהו, כמובן, אינו הדיון הראשון של המוחזק. המוחזק צודק באומרו כי לא שינה את דעתו, וככל הנראה לא ישנה אותה. כיוון שהמוחזק אינו מציא דרכון של ממלכת ישו, לא ניתן להרחיקו לשם" (ההדגשה שלי – י.ל.). בהמשך מציינת הדיינת, שוב בנימה צינית: "כמובן לא אוכל לשקול את שחרורו של המוחזק, המסרב לצאת מן הארץ ולרדת אל העם, בכל תוקף". היא מאשרת את צו המשמורת של ליאו, בנימוק ש"הרחקתו של המוחזק נמנעת בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצידו, לעניין הבהרת זהותו".

לצד ההחלטה בדבר הותרת ליאו במעצר, נתנה הדיינת הוראות לשני גופים מנהליים. למנהלת ההגירה היא הורתה לשלוח את טביעות האצבעות של ליאו לאינטרפול, ואילו משירות בתי הסוהר היא דרשה לשלוח את ליאו "להערכה פסיכיאטרית מסודרת". ראוי לציין כבר כעת, שלא ברור מהו מקור הסמכות של בית הדין למתן הוראות מעין אלה. סעיף 13 יב לחוק הכניסה לישראל קובע כי "בית הדין יקיים ביקורת שיפוטית על החלטות בדבר החזקת שוהה שלא כדין במשמורת, לרבות לענין שחרור בערובה ולענין התמשכות ההחזקה במשמורת בשל עיכוב בביצוע צו הרחקה". סמכויותיו לצורך ביצוע תפקיד זה



מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

מפורטות בסעיף 13טו(א) לחוק<sup>11</sup>. בנוסף, סעיף 13יט(ג) לחוק קובע כי "לבית הדין יהיו הסמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה, תשכ"ט-1968, בשינויים המחויבים לפי הענין". מדובר בסמכות להזמין אדם להעיד או להציג מסמכים, ולקנוס אדם שסירב לעשות כן. ספק רב אם יש לבית הדין סמכות להורות לרשות כלשהי (שאינה משרד הפנים, שהוא בבחינת "צד" להליך, כמי שהוציא את צו המשמורת) לפעול בדרך כלשהי (להבדיל מלהתייצב או להציג מסמך כלשהו).

שלושה חודשים וחצי מאוחר יותר, ב-10.5.2005, נתנה הדיינת בן שאול ויס החלטה נוספת. בהחלטה זו ניתן למצוא, לראשונה, שינוי בגישת בית הדין אל ליאו. הדיינת כותבת כי "פסיקה נרחבת של בית המשפט [...] כבר הבהירה, כי כל תכליתה של ההחזקה במשמורת היא לשם קידום הרחקתו של המוחזק בה. עינינו הרואות, החזקתו של המוחזק הנ"ל במשמורת אינה מקדמת את הרחקתו" (ההדגשה שלי – י.ל.). בהמשך, כתבה הדיינת את הדברים הבאים:

"ביום 27.1.2005 וביום 2.2.2005 ביקשתי משב"ס לערוך למוחזק הערכה פסיכיאטרית כדי לקבוע האם כושר השיפוט של המוחזק או כשרו לביקורת המציאות פגומים.

המוחזק סרב להבדק, ומהשב"ס נמסר לי בעל פה ודרך אגב, כי אין בסמכותם לערוך בדיקה למי שמסרב להבדק.

לפיכך, נמצא המוחזק במשמורת, אשר החזקתו בה אינה מסייעת, ככל הנראה להרחקתו, מבלי שניתן לדעת האם הוא עושה זאת מבחירה חופשית (ואז אין מניעה, להבנתי, להחמיר את תנאי החזקתו) או שכושר השיפוט

11 "בית הדין רשאי – (1) לאשר את צו המשמורת, בשינויים או בלא שינויים ורשאי הוא להורות כי ענינו של המוחזק במשמורת יובא לפניו לבחינה נוספת בהתקיים תנאים שקבע או בתוך פרק זמן שקבע, ובלבד שפרק הזמן עד לקיום הבחינה הנוספת לא יעלה על 30 ימים; (2) לבטל את צו המשמורת ולהורות על שחרורו בערובה של המוחזק, אם שוכנע כי התקיימו בו התנאים לשחרור בערובה לפי סעיף 13, וכפוף לסייגים הקבועים בו; (3) להורות על שחרורו בערובה של המוחזק במשמורת בתום פרק זמן שקבע, אם לא הורחק מישראל קודם לכן, אם שוכנע כי הרחקת המוחזק מישראל מתעכבת בלא הצדק סביר למרות שיתוף פעולה מלא מצדו, וכי ניתן לבצע את צו ההרחקה בתוך פרק הזמן שקבע, ובלבד שלא ישוחרר המוחזק אם יש בשחרורו כדי לסכן את ביטחון המדינה, את שלום הציבור או את בריאותו; (4) להורות על שינוי תנאי ערובה שנקבעו לפי סעיף 13(ג), וכן על חילוט ערבות עקב הפרת תנאי שחרור בערובה".

שלו פגום, ונמצאנו מחזיקים חולה נפש במשמורת, ללא טעם, תוחלת או צידוק מוסרי.

כיוון שכל הליך של בדיקה כפויה שכזו אינו ניתן לאכיפה על ידי בית הדין, אלא על ידי בית משפט פלילי (סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-2001) [...] ועצם הפתיחה בהליך כזה מסורה לשיקול דעתו של גורם אחר [...] אין לי אלא לצוות על הבאתו של תיקו הרפואי של המוחזק לעיוני, כדי שאוכל לשקול את דרך הפניה הטובה ביותר".

בהמשך פירטה הדיינת את מקור הסמכות שנתונה בידה להורות על הבאת תיקו הרפואי של ליאו לעיונה<sup>12</sup>, ודרשה לקבלו תוך שבועיים. החלטתה זו של הדיינת נשאה פרי, ותיקו הרפואי של ליאו הובא לעיונה. בהחלטתה מיום 26.5.2005, אשר ניתנה "בהיעדר", כתבה עו"ד בן שאול ויס את הדברים הבאים:

"לאחר שהחומר הנ"ל [התיק הרפואי של ליאו] הומצא לידי ועיינתי בו, הגעתי למסקנה כי ההליך הנכון לבירור עצם החזקתו של המוחזק

12 הדיינת ביצעה מהלך משפטי מתוחכם, שבסופו קבעה שיש לה סמכות להורות להציג את תיקו הרפואי של ליאו בפניה. היא פתחה בס' 13 יט(ג) לחוק הכניסה לישראל, שקובע ש"לבית הדין יהיו הסמכויות לפי סעיפים 9 עד 11 לחוק ועדות חקירה". משם המשיכה להוראת ס' 9(א)(1) לחוק ועדות חקירה, התשכ"ט-1968 (להלן: "חוק ועדות חקירה") שקובעת שליו"ר ועדת חקירה יש סמכות "להזמין [...] אדם לבור לפני הוועדה ולהעיד או להציג מסמכים [...] שברשותו", וכן להוראת ס' 9(ב) לחוק ועדות חקירה שקובע כי "סמכויותיו של יו"ר הוועדה לעניינים אלה יהיו כשל בית משפט בהליך אזרחי". או אז הפנתה הדיינת להוראת ס' 49(א) לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 (שמשליך על סמכויותיו של בית משפט בהליך אזרחי), שלפיו "רופא אינו חייב למסור ראייה על דבר הנוגע לאדם שנוקק לשירותו [...] אלא אם ויתר האדם על החסיון או שמצא בית המשפט כי הדרך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה". לסיכום, קבעה הדיינת כי היא מצאה "כי לשם עשיית צדק עם המוחזק, הגם שאינו חפץ בכך, נדרש עיון מצדי בתיקו הרפואי". המהלך האחרון הנ"ל של הדיינת הוא הבעייתי ביותר מבחינה משפטית, שכן המשמעות של ס' 49(א) לפקודת הראיות היא, בדרך כלל, שבית המשפט יורה לרופא למסור ראייה חסויה לכאורה, על פי בקשתו של צד שכנגד, וזאת לאחר שמצא ש"הדרך לגלות את הראייה לשם עשיית צדק עדיף מן העניין שיש שלא לגלותה". ואילו כאן, הדיינת היא שפנתה להוראת ס' 49(א) מיזמתה שלה, מבלי שצד כלשהו (ליאו או משרד הפנים) ביקש ממנה לעשות כן. בשיטת משפט אדוורסרית, מדובר בהתנהלות יוצאת דופן. ואולם ייתכן כי האופי המיוחד של ההליך בבית הדין למשמורת (ובעיקר השתייכותם של רוב העצורים לאוכלוסייה מוחלשת, והיותם בלתי מיוצגים), מצדיקים מהלך אינקוויזטורי מעין זה מצד בית הדין.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

במשמורת יהיה בירור מצבו הנפשי על ידי בדיקה פסיכיאטרית כפויה, במסגרת הליך פלילי.

לפיכך, אני ממליצה למשטרת ההגירה לפתוח בהליך של הגשת כתב אישום נגד המוחזק, באשמת שהיה בלתי חוקית, על מנת שלפי סעיף 15 לחוק טיפול בחולי נפש, התשנ"א-1991, ניתן יהיה לבצע בדיקה פסיכיאטרית כפויה, במסגרת אותו הליך.

משטרת ההגירה תודיעני תוך שבועיים אם קיבלה את המלצתי (הגם שנעשתה ללא סמכות כלשהי), ותפרט את נימוקיה אם לאו.

בהיעדר תשובה מספקת, אשקול את צעדי הבאים בעניין המוחזק, בהתחשב בכך שהחומר הרפואי בעניינו כבר הוצג בפני.

בשלב זה, הנני מאשרת את צו המשמורת בלא שינויים.

ראוי לציין כי הדיינת אינה מפרטת מה מצאה בתיקו הרפואי של ליאו, אשר היה בו כדי להובילה ל"מסקנה כי ההליך הנכון לבירור עצם החזקתו [...] במשמורת יהיה בירור מצבו הנפשי על ידי בדיקה פסיכיאטרית כפויה, במסגרת הליך פלילי". ייתכן שמשום שלא מצאה שם דבר (או כמעט דבר), הגיעה למסקנה זו. השערה זו נתמכת בהתנגדותו של ליאו לבדיקה פסיכיאטרית, ובכיבוד התנגדותו על ידי הרשויות הרפואיות בשב"ס והימנעותן מלערוך לו בדיקה כפויה. הדיינת חותמת את החלטתה במילים הבאות: "בשולי הדברים אבקש להוסיף את תודותי לעו"ד שרונה עבר הדני, לשכת היועצת המשפטית, משרד הבריאות"<sup>13</sup>.

חודש מאוחר יותר, ב-26.6.2005, כתבה הדיינת בן שאול ויס "בהמשך להחלטתי מיום 26.5.2005, ולאחר שמצאתי כי אין כל תועלת בהבאת המוחזק עצמו לפני, על אף הנחיות היועץ המשפטי לממשלה [בדבר עריכת שימועים חודשיים לעצורים], אבקש כי משטרת ההגירה תודיעני האם הוחל בהליכי העמדתו לדין של המוחזק".

13 בהחלטה מאוחרת יותר, מיום 13.9.2005, כתבה הדיינת: "לבקשתי [מיום 11.8.05] [...] להעמיד לדין את המוחזק, קדמה התייעצות עם הלשכה המשפטית במשרד הבריאות, והבנתי כי כיוון שאין המוחזק מוכן לעבור אבחון פסיכיאטרי מרצון, הוא אינו מהווה סכנה לציבור או לעצמו, ואף לא ניתן לומר שהוא אינו דואג לצרכיו הבסיסיים, לא ניתן לערוך לו אבחון כזה בכפיה ללא העמדה לדין פלילי". נראה כי התודה שמסרה הדיינת לעו"ד עבר הדני קשורה למידע זה, שנמסר לדיינת על ידי עו"ד עבר הדני במסגרת ה"התייעצות עם הלשכה המשפטית במשרד הבריאות".

ביום 11.8.2009 נתנה הדיינת החלטה נוספת "בהיעדר". בהחלטה זו ניתן לגלות שזרע השחרור, אשר זרעה הדיינת בן שאול ויס בהחלטתה מיום 10.5.2005, נקלט בקרקע פורייה, והוא מתחיל לנבוט. להלן ההחלטה – אשר נתקבלה, כאמור, יום לפני שפנה אליי עורך הדין מן הלשכה המשפטית של משטרת ההגירה – במלואה:

"ביום 9.8.2005 נערכה ישיבה רבת משתתפים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ). באותה ישיבה הודיעה עו"ד אורנה נחמני, היועצת המשפטית של משטרת ההגירה, כי תבדוק שוב את נושא העמדתו לדין של המוחזק, ותודיע למשנה ליועץ המשפטי לממשלה את מסקנותיה והמלצותיה, תוך זמן סביר.

בהיעדר סמכות לכפות על גורם כלשהו את העמדתו לדין של המוחזק, אמתין לתוצאות הדיונים הפנימיים במשטרת ההגירה עד ליום 1.9.2005.

לא תתקבל תשובה מלאה ומניחה את הדעת עד המועד האמור, אשקול את שחרורו של המוחזק, אשר להבנתי סובל משיפוט לקוי של המציאות ואין לו מקום במאסר עולם במסגרת צו משמורת.

**בשלב זה, הנני מאשרת את צו המשמורת בלא שינויים."**

המפנה הדרמטי בפרשה בא לידי ביטוי בהחלטתה של הדיינת בן שאול ויס מיום 13.9.2005. לאחר שציינה כי לא קיבלה ממשטרת ההגירה כל התייחסות להצעתה להעמיד את ליאו לדין, כותבת הדיינת את הדברים הבאים:

"כיוון שלדעתי אין בית הדין למשמורת מהווה אופציית מאסר למי שאינו שפוי בנפשו (בוחן המציאות שלו לקוי), ואני סבורה כי יש יסוד לחשש סביר כי המוחזק אכן חולה נפש, לא אמתין יותר.

לאור התנהגותו של המוחזק ב-4 השנים האחרונות (למי ששכח – הוא נעצר על שפת הים, טוען ברבים שהוא שליחו של ישו, ולא סר מטיעון זה מאז), השתכנעתי כי מחמת גילו או מצב בריאותו של המוחזק החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

לפיכך – בהתאם לסעיף 13(א)3 לחוק הכניסה לישראל הנני מורה על שחרור המוחזק<sup>14</sup>.

בהמשך מפרטת הדיינת את התנאים לשחרור: יתגורר בכתובת שימסור; יתייצב פעמיים בשבוע בתחנת משטרת ההגירה בחולון; וכן "יעזוב את הארץ לא יאוחר מתוך שנה, זולת אם יקבל אשרת שהיה חוקית ממשד הפנים".

הדיינת הורתה לעכב את השחרור בשבועיים "וזאת על מנת שמשרד הפנים יוכל לערער על החלטה". בהחלטה מיום 25.9.2005 מורה הדיינת לעכב את שחרורו של ליאו בשבוע נוסף, על פי בקשת משרד הפנים אשר נומקה בכך ש"עניינו של המוחזק מורכב ביותר וטרם התגבשה החלטה בפרקליטות המדינה כיצד לנהוג בהחלטתי [החלטת השחרור מיום 13.9.2005]". משחלף שבוע, ולא נתקבלה כל תשובה ממשרד הפנים – שוחרר ליאו לחופשי, וזאת לאחר ששהה כחמש שנים במעצר.

## 2. פגישותיי עם ליאו בכלא (וגם: על סוגים שונים של לקוחות)

כמה ימים לאחר שקיבלתי את שיחת הטלפון הנזכרת בראשית המאמר, נסעתי לכלא "מעשיהו" לפגוש את ליאו. לא קבעתי יעד ברור לביקורי זה. לא הייתי בטוח אם בכוונתי לקבל על עצמי את הייצוג בתיק<sup>15</sup>, ואם כן – באילו דרכים אפעל על מנת לקדם את האינטרסים של ליאו. סברתי שיהיה נכון ראשית לפגוש את ליאו, לשמוע את סיפורו, ולהחליט רק לאחר מכן אם ברצוני לקחת על עצמי את ייצוגו. בנוסף, ידעתי מאנשי מוקד הסיוע לעובדים זרים, שליאו דחה בעבר כל הצעת עזרה, ועל כן יצאתי לפגישה מתוך ידיעה שיתכן שירחיק אותי מעל פניו.

14 ההפניה ל"גילו או מצב בריאותו" של ליאו לקוחה מס' 13(ו)3(א) לחוק הכניסה לישראל, אשר מוזכר אמנם בהחלטת הדיינת, ואשר בשילוב עם ס' 13(א)2 לחוק מאפשר לבית הדין לשחרר עצור אם השתכנע ש"מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו במשמורת עלולה לגרום נזק לבריאותו". עם זאת, ראוי לציין שההפניה ל"גילו" של ליאו נראית בלתי-רציונלית בעליל. בפגישותיי עם ליאו, שעליהן אדווח בהמשך המאמר, התרשמתי שליאו הנו בן כ-35-40.

15 שיקול מוסדי משמעותי שהיה עליי להביא בחשבון הוא אם בכלל יש מקום שעמותת "קו לעובד", אשר עוסקת בהגנה על זכויות עובדים, תייצג את ליאו. העמותה אמנם מייצגת מהגרי עבודה רבים, גם בהליכי מעצר וגירוש (לדוגמה, קרבנות "הסדר הכבילה", מתוך תפיסה ערכית שאין זה ראוי, ואין זה חוקי, שעובד יהיה כבול למעסיקו; ראו בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 24.11.2008), ואולם לא נראה שמקרהו של ליאו קשור בכלל לענייני עבודה, ועל כן לכאורה הטיפול בענייניו לא היה כלל ב"מנדט" של העמותה. כאן אכן מתעוררת שאלה מעניינת: האם עורך דין העובד בארגון רשאי ויכול לקחת על עצמו, במסגרת עבודתו בארגון, ייצוג בתיקים אשר אינם בליבת העשייה המוצהרת של הארגון, וזאת נוכח שיקולים כמו סקרנות אינטלקטואלית (או אחרת) והתפתחות מקצועית.

עם זאת, החלטתי שאגיע לפגישה בראש פתוח, ומתוך עמדה בלתי-סמכותית ובלתי-ביקורתית. כלומר: לא כעורך דין המגיע ליעץ ללקוח פוטנציאלי, מצויד בידע מקצועי, ובוודאי ובוודאי לא כבעל עמדה שיפוטית (ביקורתית) בנוגע להתנהגותו ולהתנהלותו, אלא כמי שבא להקשיב, ורק לאחר מכן, אולי, לנסות לגבש – יחד עם ליאו – תכנית פעולה שתסייע לשחרורו מהכלא. אף על פי כן ראוי לציין שהגעתי לביקור בעמדה נורמטיבית מגובשת למדי, שלפיה אין זה ראוי (ואין זה חוקי) שאדם שמסרב להזדהות בפני הרשויות יישאר ב"משמורת" על פי חוק הכניסה לישראל לתקופה בלתי מוגבלת או ארוכה במיוחד. סברתי אפוא שמבחינה ערכית לא יהיה לי כל קושי לקחת על עצמי את הייצוג בתיק<sup>16</sup>. הגעתי לכלא "מעשיהו", ולאחר כל הפרוצדורות הרגילות (הסדרת אישור הכניסה, הפקדת הטלפון הנייד, ליווי לאגף על ידי סוהר וכיו"ב) נכנסתי לאגף 3 של הכלא. הצגתי את תעודת עורך הדין וביקשתי לשוחח עם ליאו. לאחר המתנה של דקות אחדות התייצב לפני ליאו – אדם כבן 35–40, בעל חזות מערבית, מזוקן, שיערו אסוף בקוקו. הוא לבש חולצת טריקו ומכנסיים קצרים, והתיישב לצדי מחוץ. הצגתי את עצמי, וסיפרתי לו על הפנייה של משטרת ההגירה. עדכנתי אותו בדבר תוכן ההחלטות האחרונות של בית הדין בענייניו – ההמלצה של הדיינת שיוגש נגדו כתב אישום פלילי, והמשפט שהוסיפה בהחלטתה האחרונה, שלפיו אם לא יוגש אישום פלילי תשקול את שחרורו לחופשי. ליאו לא ידע דבר וחצי דבר על כל זאת. לדבריו, איש לא עדכן אותו באשר להחלטות שקיבל בית הדין בענייניו, העובדה שהדיינת עיינה בתיק הרפואי שלו, סברתה שאינו יציב בנפשו, המלצתה להגיש נגדו כתב אישום פלילי וה"אזהרה" ששיגרה למשרד הפנים, שאם לא יוגש אישום פלילי נגד ליאו היא עשויה לשחררו לחופשי. איש אף לא מצא לנכון לספר לליאו שהתקיימה בענייניו פגישה במשרדו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, מר מייק בלס. לאחר שלב ההיכרות והעדכונים שאלתי את ליאו כיצד היה רוצה לפעול. הוא אמר שהדבר החשוב ביותר מבחינתו הוא להמשיך ולשהות על אדמת ארץ הקודש, ולא אכפת לו

16 נראה שאחת מהפריבילגיות שנתונה לחלק גדול מעורכי הדין למטרות חברתיות, ושאינה נתונה בדרך כלל למרבית עורכי הדין האחרים, הנה הלגיטימציה לסרב לייצג אדם או עניין, אשר עורך הדין אינו מזדהה עמו באופן ערכי. מבחינה פורמלית גרידא, כל עורך דין זכאי שלא לקבל עניין לטיפולו. ראו ס' 12 לכללי לשכת עורכי הדין (אתיקה מקצועית), התשמ"ו-1986. עם זאת, עורכי הדין למטרות חברתיות נוטים יותר מחבריהם לעשות שימוש בחירות זו. "עורכי דין לשינוי חברתי (cause lawyers) בוחרים את הלקוחות ואת התיקים שלהם על מנת לקדם את הפרויקטים האידיאולוגיים והרטרוביוטיביים שלהם, והם עושים זאת לא כעניין של יכולת טכנית אלא כעניין של מעורבות אישית. אין להם כל עכבות לאמץ את הערכים והמטרות של האנשים אותם הם מייצגים. למעשה, הם גאים באופן בו הם מאתגרים בכך את התפישות המסורתיות של המקצוענות". AUSTIN SARAT & STUART SCHEINGOLD, CAUSE .LAWYERING AND THE STATE IN A GLOBAL ERA 13 (2001).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

להמשיך ולהישאר בכלא עוד שנים ארוכות. אמרתי לו שאני מבין זאת, ושאם הוא יבקש את סיועי לא אעשה דבר נגד רצונו להישאר בשטח המדינה. הוספתי שאין לי כל עניין לדעת מהי מדינת המוצא שלו, ולא אשאל אותו בדבר. עם זאת, שאלתי אם הוא מעדיף לשהות בארץ הקודש ובתוך הכלא, או בארץ הקודש ומחוץ לכלא. הוא ענה שמבין שתי הבררות הללו, הוא מעדיף את השנייה. נראה שמשהו באופן הצגת השאלה הזו ובהסרת האופציה של יציאה מתחום המדינה, מצא חן בעיני ליאו. סברתי שהשעה בשלה להציע לליאו שימנה אותי כעורך דינו.

בשלב זה הצגתי לליאו ייפוי כוח. היה זה טופס סטנדרטי של ייפוי כוח (באנגלית) שהעמותה נהגה להחתים עליו לקוחות, ואשר כלל התייחסות למגוון נושאים משפטיים. ליאו קרא בעיון את ייפוי הכוח, מתחילתו ועד סופו, ואז החל בינינו משא ומתן על תוכנו. כך, למשל, הוא ביקש למחוק כליל את הסעיף האחרון לייפוי הכוח, שבו מסמיך הלקוח את עורך הדין (כלומר, אותי) "להעביר ייפוי כוח זה, על כל הסמכויות שבו או חלק מהן, לעורך דין אחר, עם זכות העברה לאחרים, לפטרם ולמנות אחרים במקומם ולנהל את ענייני הנ"ל לפי ראות עיניו ובכלל לעשות את כל הצעדים שימצא לנכון ומועיל בקשר עם המשפט או עם ענייני הנ"ל". כמו כן, דרש ליאו למחוק סעיף המתיר לי להעביר את הנושא לבוררות (לשאלתו, השבתי שלמעשה אין רלוונטיות לבוררות כאשר עוסקים בסוגיה של שחרור ממעצר; "אם כך", ענה ליאו, "אין טעם שאחתום על סעיף לא רלוונטי"; נאלצתי להודות שיש היגיון רב בעמדתו). בנוגע לסעיף המתיר לי "להתפשר בכל עניין הנוגע ו/או הנובע מהעניינים האמורים לעיל לפי שיקול דעתו של בא כוחי ולחתום על פשרה כזו בבית המשפט או מחוצה לו", דרש ליאו שנוסיף את המילים, "לאחר קבלת הסמכה מפורשת ממני". בנוגע לסעיף שמסמיך את עורך הדין "לבקש ולקבל חוות דעת רפואית מכל רופא או מוסד שבדק אותי או חוות דעת אחרת הנוגעת לענייני הנ"ל", דרש ליאו שאוסיף את המשפט "האמור לעיל אינו בבחינת הסמכת עורך הדין להסכים בשמי לקבלת טיפול רפואי ו/או אשפוז בבית-חולים בעתיד".

בתום משא ומתן – שבו הסכמתי, למעשה, לכל תיקון שביקש ליאו לערוך, ותפקידי התמצה בניסוח התיקונים באופן שיניח את דעתו – חתם ליאו על ייפוי הכוח. מאחר שכל הליך החתימה על ייפוי הכוח ארך זמן רב, אמרתי לליאו שעלי לחזור למשרד, ושאושר לבקר בקרוב. נתתי לו כרטיס ביקור, ונפרדתי ממנו לשלום.

בדרכי חזרה מהכלא הפכתי בשאלה כיצד ליאו, אשר סירב לקבל כל סיוע משפטי בעבר<sup>17</sup>, הסכים בכל זאת להסמיך אותי לפעול בשמו. מובן שאינני יכול לדעת בוודאות מהי הסיבה לכך. עם זאת, נראה לי שסייעו לכך האופן שבו פניתי אליו, וקיבלתי את חוסר נכונותו לצאת מישראל כנתון שאין להרהר אחריו; העובדה שלא הגעתי מצויד בהצעות לפעולה, ולא נתתי לו "סקירה משפטית" על מצבו ועל סיכויי השחרור שלו; העובדה שאפשרתי לו לקרוא בקפידה את ייפוי הכוח, סעיף אחר סעיף (ולא דחקתי בו לחתום בנימוק ש"כולם חותמים על זה", או ש"אלה סעיפים סטנדרטיים") וקיבלתי את הערותיו. לדעתי, כל אלה העניקו לליאו תחושה של שליטה על ההליך המשפטי.

לקוחות, ככל בני האדם, אינם עשויים מקשה אחת. ישנם לקוחות שמבקשים לפרוק מעל כתפיהם את העול המשפטי שהם נושאים בו, ומתאווים להעביר את המשא אל כתפי הפרקליט, מתוך אמונה (או תקווה), ש"הוא יודע הכי טוב" איך לפתור את הסבך המשפטי. לעומתם, לקוחות אחרים חוששים שהסמכת עורך הדין פירושה אבדן שליטה על חייהם. הם חוששים ממצב שבו הפרקליט יפעל על דעת עצמו, מבלי להתייעץ עמם או ליידע אותם, מבלי להסביר להם את אופי הפעולות הננקטות, הסיכויים והסיכונים שטמונים בהן, ובכך אולי יגרום בסופו של דבר יותר נזק מתועלת. בין שני הטיפוסים הללו ישנן כמובן גם גישות ביניים רבות ומגוונות בקרב הלקוחות בעניין אופי יחסיהם עם באי כוחם.

על ההבדלים בין הלקוחות השונים ועל ההשלכות שיש להבדלים אלה על עבודתי כעורך דין, למדתי בזמן עבודתי ב"קו לעובד". בתחילת עבודתי בעמותה, הענקתי ייצוג משפטי בעיקר למהגרי עבודה. היו אלה אנשים שלא דיברו עברית, ועל כן לא היה באפשרותם לקרוא מסמכים שכתבתי בעניינם – מכתבים לרשויות, מסמכי בית דין ועוד. בנוסף, בחלק גדול מן המקרים, היו אלה אנשים יראי סמכות, לעתים כנועים ממש. רבים מהם הגיעו לעמותה כאשר נקלעו לסטטוס לא חוקי (היעדר אשרה כדין). הם היו מבוהלים ושיוועו לעזרה. רבים מהם התרגלו לעבוד תחת מעסיקים תובעניים, ולהיות נתונים למרותן של חברות כוח אדם, אשר היו רגילות לירות לעברם פקודות, ללא כל התחשבות ברצונותיהם. נראה כי הנסיבות הללו הובילו רבים מהם שלא להעמיק חקר באשר לאופי ואיכות הטיפול המשפטי שהענקתי להם. הם לא שאלו שאלות, לא הציעו תובנות, רק ענו על שאלותיי והקשיבו לדבריי.

כשנה לאחר תחילת עבודתי בעמותה ייצגתי לראשונה עובדת ישראלית (בהמשך ייצגתי עובדים ישראלים נוספים בכמה הזדמנויות, כמו גם עובדים פלסטינים). המפגש אתה היה

17 כאמור, אנשי מוקד הסיוע לעובדים זרים מסרו לי שליאו סירב לחתום על ייפוי כוח שיסמיך אותם לפעול בענייניו. ראו גם את דבריו של ליאו בפרוטוקול בית הדין מיום 27.1.2005: "אין לי עו"ד. אני לא צריך עו"ד".



מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

עבורי תזכורת באשר לצרכים לגיטימיים של לקוח. לפתע ביקשה הלקוחה לקרוא את המסמכים שהגשתי בשמה (שכן לא היה לה כל קושי לקרוא בעברית); היא העירה הערות (חלקן מחכימות); היא שאלה שאלות; היא ביקשה לדעת כמה זמן יארך ההליך המשפטי ואם ישנן דרכים לקצרו, ועוד כהנה וכהנה. לאחר שקיבלתי תזכורת זו השתדלתי לפרט יותר גם ללקוחתיי הלא ישראליים על אודות ההליכים המשפטיים שניהלתי בעניינם: אופי ההליך, סיכויי וסיכונים, משכו וכיוצא באלה פרטים. חלקם, כך גיליתי, ביכרו שלא להיות מעודכנים בכל התפתחות בתיק, והעדיפו לתת לי יד חופשית לפעול בעניינם לפי מיטב שיקול דעתי. אחרים, לעומת זאת, הגיבו באופן חיובי לניסיונותי האקטיביים להגביר את מידת מעורבותם בניהול התיק.

לדעתי, על עורך הדין מוטלת אחריות להיות רגיש לנסיבות חייו, לרצונותיו ולצרכיו של הלקוח. אם עורך הדין חושד שמעורבותו המועטה של הלקוח בתיק אינה נובעת מבחירה חופשית, במובן המהותי של הביטוי, אלא מנסיבות כגון: אי-הבנת הכתוב, המבוכה או החשש מפני פנייה ישירה לעורך הדין וכיוצא בזאת, סבורני שמוטלת על עורך הדין החובה לנסות ולערב את הלקוח יותר בניהול התיק. חובה זו מקורה בהכרה בערך האוטונומיה של הפרט. האוטונומיה של הפרט הוכרה כבעלת משמעות מוסרית ראשונה במעלה על ידי שורה ארוכה של פילוסופים<sup>18</sup>. היא אף הוכרה כזכות משפטית בישראל<sup>19</sup>. עורך הדין עוסק, בסופו של דבר, בענייני האישי של הלקוח. מן הראוי, על כן, לאפשר ללקוח מעורבות בתיק, ככל שהוא מעוניין במעורבות שכזו. כאשר מדובר בלקוחות מוחלשים, עירובם בניהול התיק עשוי אף להביא להעצמתם<sup>20</sup>.

18 לדוגמה: JOSEPH RAZ, THE MORALITY OF FREEDOM 390–395 (1986).  
19 לדוגמה: ע"א 2781/93 דעקה נ' בית-החולים "כרמל", חיפה, פ"ד נג(4) 526, 571–572 (1999).

20 על העצמה במשפט, על חשיבותה ועל תפקידו של עורך הדין בתהליך ההעצמה ראו: מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק "העצמה במשפט" העצמה במשפט 9 (מימי אייזנשטדט וגיא מונדלק עורכים, התשס"ח). במאמרם כותבים אייזנשטדט ומונדלק: "ייצוג על ידי עורך דין יכול ללקוח בכשלי העצמה ואף לשבש חלק ממשמעויות המושג שהוצגו לעיל. הייצוג משמר את הפסיביות של הלקוח. עורך הדין ממשיך להיתפס כמומחה וכמוציא לפועל, והוא אינו בהכרח מאפשר ללקוח להחליט החלטותיו בעצמו. עורך הדין מספק סיוע בתרגום נקודתי של השפה המשפטית לחוויה הפרטית של הלקוח, אך אין הוא יוצר תשתית המאפשרת ללקוח לעשות זאת באופן עצמאי בהמשך. הייצוג המשפטי הוא הייררכי, והוא ממקם דווקא את האוכלוסייה המוחלשת במצב מתמשך של תלות באחרים. החלטות בדבר קבלת הסכם פשרה, המשך התדיינות משפטית, הגדרת האמצעים והסיכונים – נעשית לא פעם על ידי עורך הדין עצמו, ושיתוף הלקוח כמתבקש מהאתיקה של המקצוע אינו מתממש". ובהמשך כותבים אייזנשטדט ומונדלק: "לא פעם מה שנדרש הוא תהליך שבו פרטים וקבוצות יגדירו בעצמם את הבעיות ואת הפתרונות הרצויים. אלה המקרים שבהם עורך הדין צריך להיות נאמן לתפקיד

להגברת מעורבותו של הלקוח בניהול התיק ישנו, ללא ספק, מחיר, מבחינת הפרקליט. כך, למשל, היעדר הצורך להסביר ללקוח את המהלכים בתיק, פירושו חיסכון בזמן. זאת בעיקר ככל שהסוגיה המשפטית הנה סבוכה יותר, וככל שהלקוח מבין פחות. נוכח עומס העבודה הרב שמוטל על עורכי דין רבים, מדובר בשיקול שאין לזלזל בו. בנוסף, שיתוף הלקוח בניהול התיק עלול להוביל את הפרקליט לדילמה אתית: מה יעשה אם רצונו של הלקוח (לנקוט מהלך זה או אחר במסגרת ניהול התיק) נוגד, לדעת הפרקליט, את טובתו של הלקוח, ופוגע בסיכויי ההצלחה בתיק? הגברת מעורבותו של הלקוח בתיק יש בה גם כדי לפגוע בתחושת הכוח של עורך הדין. נראה כי ככל שהלקוח נותר מבולבל יותר באשר לאופן התנהלות ההליך המשפטי, כך עורך הדין שומר בידיו – לעתים באופן בלתי מודע – תחושת אדנות מסוימת, הנובעת מהשליטה בחייו של אחר.

נוכח הערך הרב שאני מייחס לאוטונומיה של הפרט, ונוכח החשיבות שאני מייחס – כמו רבים מחבריי, עורכי הדין לשינוי חברתי – לכך שההליך המשפטי לא יחליש עוד יותר את הלקוחות המוחלשים ממילא<sup>21</sup>, סבורני שברובם המכריע של המקרים חובה על הפרקליט לעשות מאמצים לשיתוף לקוחו בהליך המשפטי, לפחות ככל שהלקוח מעוניין בכך. שיקולים שמקורם בתחושת הכוח של עורך הדין בוודאי אינם שיקולים שיש להביא בחשבון. גם שיקולים שמקורם בהימנעות מהצורך להתמודד עם דילמות פוטנציאליות, אינם לגיטימיים בעיניי. אם אמנם עלולה להתעורר דילמה נוכח חשיפת רצונו האמיתי של הלקוח, מן הראוי להתמודד עמה נכוחה. שיקולי זמן ויעילות אינם יכולים לגבור על שיקולים ערכיים כמו הזכות לאוטונומיה של הלקוח, אלא במקרים חריגים ביותר.

נחזור לענייניו של ליאו: הוא, להבדיל מרוב לקוחותי הזרים, היה מסוג הלקוחות שביקשו מלכתחילה לשמור את הכוח ואת השליטה בחייו (ובניהול התיק) – בידיו. נראה שנוכח אישיותו הייחודית, בבררה בין אי-ייצוג לבין ייצוג אשר פירושו אבדן כלשהו של שליטה כאמור – היה ליאו מעדיף את האפשרות הראשונה. אני מאמין שרק כאשר השתכנע שלא אטול כוח ושליטה אלה מידי – ניאות לאפשר לי לשמש כעורך דינו.

כשבוע מאוחר יותר הגעתי שוב לבקר את ליאו בכלא. ביקשתי שיספר לי על אמונתו הדתית. באותו הזמן סברתי שדרך מקורית להתמודד עם הפרת החוק של ליאו (שהייתו ללא אשרה בישראל, בניגוד לחוק הכניסה לישראל) הנה לפתח טיעון משפטי, שלפיו מדובר

של המוציא לפועל של הפרוייקט של האחר. הדבר מחייב להאזין ללקוח, להתייחס ללקוח כשווה ולהגדיר עמו את הבעיה ואת הפתרון ולאפשר לו להגדיר את צרכיו בהליך רפלקסיבי ומתמשך". שם, בעמ' 35–36.

21 נטע זיו "עריכת דין לשינוי חברתי בישראל: מבט לעתיד לאחר שני עשורי פעילות" **מעשי משפט** א 19, 23 (2008); לוסקי א' וייט "הכפפה, כישורי הישרדות טוריים ונעלי יום ראשון: הערות על השימוע בעניינה של גברת ג'" **מעשי משפט** ב 119 (2009).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

בסרבנות מטעמי דת (או מצפון), שבנסיבות מסוימות על שיטת משפט דמוקרטית להסכין אתה<sup>22</sup>. ליאו שמח על ההזדמנות לפרט בפניי את אמונתו הדתית, והוא ניסה להסביר לי את עקרונות היסוד של תפיסת עולמו הדתית (כיכבו בה האל, המשיח, האדם, היקום, העולם הזה והעולם הבא, גן העדן והגיהנום), המחיר החברתי שהוא שילם עקב דבקותו בתפיסתו הדתית ועוד פרטים אישיים שונים.

הסברתי לליאו את קו הטיעון שלי – שהישארותו בישראל נובעת מאמונתו הדתית שלפיה שומה עליו לשהות בארץ הקודש, ועל כן מדובר בהפרת חוק מטעמי דת או מצפון, שאין מקום להענישו בגינה, לא באופן פלילי ולא באופן מנהלי. שאלתי אותו אם קו זה מקובל עליו. הוא ענה בחיוב. עם זאת, המלצתי לליאו שנמתין עוד זמן מה לפני שאפנה לבית הדין למשמורת בבקשת שחרור. זאת, נוכח החלטתה האחרונה דאז של הדיינת, שבה כתבה שבהיעדר תשובה ממשטרת ההגירה (באשר להגשת כתב אישום), תשקול את שחרורו של ליאו. ליאו הסכים עמי גם בעניין זה, ונפרדתי ממנו לשלום. זו הייתה הפעם האחרונה שראיתיו.

### 3. שחרורו של ליאו

ב-13.9.2005 החליטה הדיינת, בהחלטה שנסקרה לעיל, לשחרר את ליאו. כזכור, אחד מהתנאים שקבעה הדיינת לשחרורו היה שליאו "יתגורר אך ורק בבית שכתובתו תמסר לרישום במעשיהו ולמשרד הפנים שם". מוקד הסיוע לעובדים זרים, אשר נהג לקבל באופן שוטף את כל ההחלטות של בית הדין למשמורת, יידע אותי על ההחלטה. אני יידעתי את ליאו, אשר לא ידע על כך דבר (גם החלטה זו נתקבלה "בהיעדר", ולדברי ליאו איש לא טרח ליידע אותו על אודותיה), בשיחה טלפונית. בקולו של ליאו לא נשמעה שמחה מיוחדת, והוא היה שווה נפש למדי למשמע מה שנתפס בעיניי כחדשות מרעישות. משיחותיי עם ליאו בכלא, ידעתי שלפני כליאתו היה נע ונד ברחבי הארץ, ללא מקום מגורים קבוע (לדבריו הוא נהג לעמוד בפינות רחוב שונות ברחבי הארץ, ולהטיף לעוברים ולשבים על חשיבות ההתקרבות הרוחנית לאל, על ביאת המשיח וכיוצא באלה). נוכח כך הוטרדתי מפרט אחד בהחלטת השחרור של הדיינת, והוא התניית השחרור בכך שליאו ימסור כתובת מגורים טרם שחרורו. העליתי בפני ליאו את האפשרות שאנסה ליצור קשר עם קהילות של יהודים משיחיים, ואברר עבורו אם אחת מהן תהיה מוכנה לאפשר לו לגור בקרבה לאחר שחרורו מן המעצר. ליאו ענה לי שסידור זה לא יענה על צרכיו, שכן הוא מעוניין לנוע ולנוד ברחבי הארץ, על מנת להפיץ את הבשורה בקרב כמה שיותר יהודים. זה

22 ראו לדוגמה: בג"ץ 7622/02 זונשיין נ' הפרקליט הצבאי הראשי, פ"ד נז(1) 726 (2002).

היה שלב מתסכל עבורי. לא יכולתי להבין את התעקשותו של ליאו: הנה, השחרור כה קרוב, ובאופן בלתי־רציונלי לחלוטין (לדידי), הוא מסכל את שחרורו שלו בגלל התעקשות ילדותית (שוב, לדידי). בסופו של דבר, שכנעתי את ליאו שאמשיך לנסות לאתר קהילה שתסכים לקלוט אותו, ואם אצליח, נתמודד עם סוגיית הנוודות שהוא כמה לה.

בימים שלאחר מכן הצלחתי ליצור קשר עם מנהיג של אחת מקהילות ה"יהודים משיחיים" אשר הביע נכונות עקרונית לסייע במגוריו של ליאו בקרב הקהילה. ליאו הביע חוסר שביעות רצון מהתפתחות זו. הוא שב ואמר שלא יוכל להיות קשור למקום גאוגרפי אחד, משום שיהיה עליו להסתובב ברחבי המדינה במסגרת שליחותו הדתית. כמו כן אמר שלא יסכים להתחייב על מגורים באותו המקום, לפני שייפגש עם נציגי הקהילה וישוחח עמם. הוא ביקש שנציגי הקהילה יתכבדו ויגיעו לבקרו בכלא "מעשיהו" כתנאי להסכמתו לגור בקהילתם. בשלב זה הבנתי שדרך זו לא תצלח. מנהיג הקהילה ששוחחתי עמו גילה חשדנות רבה כלפי ליאו, והיה צורך במאמצי שכנוע מצדי על מנת שייתן לי הסכמה עקרונית רופפת בדבר קליטתו עם שחרורו מהכלא. היה לי ספק רב אם יאות לנסוע עמי לכלא לבקר את ליאו, ולא היה לי ספק שלאחר שיבין שליאו, למעשה, עורך לו "ריאיון קבלה" בכלא, הוא ימשיך ידו מכל תכנית הקליטה של ליאו לאחר שחרורו. בתסכולי כי רב, החלטתי לא לעשות עוד מאמצים לאתר עבור ליאו כתובת מגורים לאחר שחרורו מהכלא. ב־3.10.2005 שוחרר ליאו מכלא "מעשיהו". למיטב ידיעתי, לא מסר כל כתובת מגורים עם שחרורו. עד היום לא ברור לי כיצד הצליח להשתחרר ללא מסירת כתובת, אף שמדובר היה באחד מתנאי השחרור, וייתכן שמדובר בכשל ביוורקרטי גרידא של נציגות משרד הפנים ב"מעשיהו". לאחר שחרורו, לא התקשר אליי ליאו, ואף אני לא התקשרתי אליו. אינני יודע מה עלה בגורלו.

### ג. ניתוח המקרה של ליאו

כפי שניתן ללמוד מהשתלשלות העניינים שתוארה לעיל, בסופו של דבר לא נדרשתי לעשות כל פעולה רשמית בעניינו של ליאו. לא הגשתי אף בקשה לבית הדין למשמורת, לא טענתי אף טיעון משפטי בפני גורם רשמי כלשהו. למעשה, בחרתי באופן מודע שלא לפנות בעניינו לבית הדין<sup>23</sup>. השאלה מתי עדיפה אי־פעולה על פני פעולה של עורך דין, וסוגיית האתיקה של אי־פעולה של עורך דין, מצדיקות מאמר נפרד, ולא אעסוק בהן כאן.

23 כשהתחלתי את הטיפול בעניינו של ליאו, היה זה לאחר שהדיינת בן שאול ויס כבר נתנה החלטה שלפיה אם לא יוגש כתב אישום, תשקול את שחרורו של ליאו. במצב זה, ולאחר שצפיתי שלא יוגש כתב אישום, נוכח הקשיים המשפטיים הכרוכים בכך (ראו להלן), סברתי

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

חלף זאת אעסוק בשני נושאים אחרים, אשר הטיפול בענייניו של ליאו גרם לי להרהר בהם. נושא אחד הוא אופן הפעולה המטריד של בית הדין למשמורת. אטען כי מדובר במוסד משפטי רחוק מן העין, אשר הוא גם רחוק מן הלב. זהו בן-כלאיים משפטי – בין רשות מנהלית לרשות שיפוטית, אשר פועל באופן פרוע למדי, תוך פגיעה בזכויות אדם בסיסיות של האנשים אשר בעניינם הוא מטפל. נושא שני שאעסוק בו הוא האופן שבו המדינה והמשפט מתמודדים עם מקרה קשה, כאשר הרשויות אינן מצליחות להשיג את יעדיהן, בשל חוסר שיתוף פעולה של הסובייקטים שהם אמורים למשטר. אנתח את המקרה של ליאו – זר המסרב להזדהות, ובכך מסכל את ניסיונות ההרחקה שלו מתחומי המדינה – כמקרה מבחן לאופנים שבהם מוסדות המדינה המכניעים (על פי הטרימינולוגיה של אלתור, שתידון להלן) אינם מצליחים להכניע.

#### 1. מוסדות משפטיים רחוקים מן העין: בית הדין למשמורת

בית הדין למשמורת הוא גוף סטטוטורי אשר הוקם בשנת 2002 מכוח תיקון מספר 9 לחוק הכניסה לישראל<sup>24</sup>. התיקון החקיקתי בא לעולם בתגובה לעתירה, אשר הוגשה על ידי האגודה לזכויות האזרח לבג"ץ, ואשר עמדה על הכשל החוקתי בהיעדר ביקורת שיפוטית על החלטות מנהליות בדבר מעצר זרים המיועדים לגירוש מישראל<sup>25</sup>.

למרות הוראת המחוקק שבית הדין יקיים "ביקורת שיפוטית" על החלטות משרד הפנים בדבר החזקת שוהה שלא כדין במשמורת<sup>26</sup> (כלומר במעצר), בית הדין חסר חלק מהמאפיינים המהותיים של בית משפט, ולמעשה אינו מתפקד כבית משפט. כך, למשל, אף על פי שסעיף 13 יג לחוק קובע כי "בקיום תפקידיו אין מרות על בית הדין זולת מרותו של הדין", החוק המסמיך את בית הדין אינו מקנה ערובה מספקת לאי-התלות של הדיינים באנשי הרשות המבצעת. לדוגמה, מינויו של דיין בבית הדין אינו מינוי עד לפרישתו לגמלאות, כמקובל אצל שופטים<sup>27</sup>, אלא מינוי לתקופה מוגבלת של חמש שנים, אשר יכולה

שעדיף להמתין להחלטת הדיינת, מתוך תקווה שלא תוכל לסגת מאיומיה כלפי הרשויות לשחרר את ליאו. גם לאחר מתן החלטת השחרור, ומשגיליתי שלא אוכל לסייע לליאו באיתור כתובת מגורים קבועה, העדפתי שלא לפנות לבית הדין בדבר, מתוך מחשבה שאם ידע בית הדין שליאו מיוצג, יעמוד על דרישה זו (מתוך אמונה שהפרקליט יוכל לשכנע את ליאו לציין כתובת מגורים קבועה כלשהי, או שיצליח להוציא [לבית הדין] את הערמונים מהאש בדרך אחרת). סברתי שללא פנייה מעורך דין, קיים סיכוי שליאו ישוחרר גם ללא ציון כתובת כאמור, כפי שאמנם קרה בסופו של דבר.

24 '13 יא(א) לחוק הכניסה לישראל.

25 בג"ץ 4963/98 חסן בארי ססאי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 3.9.2000).

26 '13 יב לחוק הכניסה לישראל.

27 '17(1) לחוק-יסוד: השפיטה.

להיות מוארכת בחמש שנים נוספות<sup>28</sup>. הדבר עלול להביא לתלות של הדיינים באנשי הרשות המבצעת<sup>29</sup>. בנוסף, הדיינים אינם נבחרים על פי המתווה שנקבע בחוק לבחירת שופטים<sup>30</sup> ואינם מקבלים שכר של שופטים.

על היות בית הדין יצור כלאיים מנהלי-שיפוטי תמיד יותר מכול הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מספר 1.2400<sup>31</sup>, אשר קבעה כי "יש לפרש את סעיף 13טו(א)(1) לחוק כמטיל חובה על בית הדין למשמורת לקיים ביקורת יזומה בתוך פרק זמן שלא יעלה על 30 ימים ממועד הביקורת הקודמת". מן הסתם, ליועץ המשפטי לממשלה אין כל סמכות להורות לרשות שיפוטיה כיצד לפרש את החוק (לרבות פירוש החוק הקובע את סמכויותיה שלה). הרי פרשנות חוקים נמצאת במסגרת ליבת הסמכות של הרשות השופטת, ובעניין זה אין על שופט מרותו של איש (למעט מרותה של הערכאה השיפוטית הגבוהה יותר), לרבות היועץ המשפטי לממשלה. ואולם לעניין סמכות בית הדין למשמורת, לא ראה היועץ המשפטי לממשלה כל מניעה לכך שיפרש את הוראת החוק הקובעת את אופן הפעלת סמכויותיו, והורה, למעשה, לבית הדין כיצד לפעול. מעניין לא פחות מדוע לא מחו דייני בית הדין למשמורת על מה שעלול היה להתפרש כהתערבות בלתי-חוקית מצד היועץ המשפטי לממשלה בעניינים המסורים לסמכותם, וקיבלו את ההנחיה כמחייבת (אף שהלכה למעשה הם אינם תמיד פועלים על פיה)<sup>32</sup>. ראוי לציין עוד, שבאתר האינטרנט של משרד המשפטים מופיעים "בתי הדין למשמורת" כיחידה של המשרד, ובדף האינטרנט של יחידה זו נכתב כי

- 28 ס' 13א(ג) לחוק הכניסה לישראל.
- 29 בשנת 2004 הגישה נציבות שירות המדינה כתב אישום לבית הדין המשמעתי של עובדי המדינה נגד מרדכי ברקוביץ', אשר שימש באותה העת כראש יחידת האכיפה של משרד הפנים במחוז הצפון. בכתב האישום נטען, בין השאר, כי "במספר הזדמנויות, פנה הנאשם אל שופט בית הדין [לביקורת משמורת] עו"ד אלעד אזר, והבהיר לו כי אינו שבע רצון מהחלטותיו, שניתנו מעת לעת, לשחרר שוהים או לקבוע סכומי ערבות לשחרור השוהים, שהיו נמוכים מדי לדעת הנאשם. כמו כן, הודיע לשופט כי אם ימשיך לתת החלטות מסוג זה, ידאג לפיטוריו". מאוחר יותר, עם זאת, הוגש נגד ברקוביץ' כתב אישום מתוקן, אשר לא כלל את האישום הנ"ל. ברקוביץ' הורשע בעברות חמורות פחות של חתימה על צווי משמורת ללא סמכות ושל שימוש ברכב היחידה לצרכים אישיים (בד"מ 98/04).
- 30 לעניין מינוי שופטים ראו ס' 4 לחוק-יסוד: השפיטה; לעניין מינוי דייני בית הדין למשמורת ראו ס' 13א(א) לחוק הכניסה לישראל.
- 31 לעיל ה"ש 7.
- 32 גם בית המשפט לעניינים מנהליים דן באחרונה בהנחיה זו של היועץ המשפטי לממשלה כהנחיה המחייבת את בית הדין למשמורת: עמ"נ 15/09 פופאנה איברהים נ' בית הדין לביקורת משמורת (פורסם בנבו, 10.9.2009).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

“יחידת בתי הדין פועלת במשרד המשפטים ומשויכת, מבחינה ארגונית, כתת יחידה בלשכת היועץ המשפטי למשרד המשפטים”<sup>33</sup>.

לסיכום נקודה זו, מאז הקמתו יש לבית הדין זהות מפוצלת: לכאורה, מדובר בגוף בעל אופי שיפוטי, אשר בודק את חוקיות החלטותיה של רשות מנהלית (משרד הפנים), בסוגיה חשובה במיוחד של חירותם של בני אדם. ואולם סמכויותיו של בית הדין מצומצמות מלכתחילה: הוא אינו מוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על צו ההרחקה שהוציא משרד הפנים כנגד מאן דהוא<sup>34</sup>, אלא אך ורק על צו המשמורת שהוציא המשרד, כעניין נלווה לצו ההרחקה; סמכויות העזר שלו מוגבלות מאוד ביחס לסמכויות שנתונות לבתי משפט בהליכים אזרחיים או מנהליים<sup>35</sup>; הדיינים אינם שופטים, לא מבחינת אופן בחירתם, לא מבחינת משך כהונתם, ולא מבחינת שכרם. הם גם אינם נופלים בהגדרת “שופט” בסעיף 1 לחוק נציב תלונות הציבור על שופטים, התשס”ב-2002, ועל כן אינם נתונים לביקורת של נציב התלונות על שופטים (אלא לשיפוט משמעתית על ידי נציבות שירות המדינה); ולבסוף, היועץ המשפטי לממשלה רואה בבית הדין יחידה של משרד המשפטים, וסבור שהם כפופים להנחיותיו, ככל גוף מנהלי במדינה.

היחס שזוכים לו דייני בית הדין למשמורת, גם מצד גורמי המדינה האחראים לתקצוב בית הדין ולקיום התשתית הלוגיסטית הנדרשת לתפקודו התקין, אינו תמיד יחס של כבוד. כך, למשל, קבע מבקר המדינה כי “בשנת 2003 כיהנו ארבעה דיינים בבית הדין למשמורת. מספר זה נקבע מבלי שנעשתה בדיקה שתקבע כמה דיינים דרושים לבית הדין, ועוד תקבע תקן מחייב לעומס העבודה שאפשר להטיל על הדיינים בלי לפגוע בהליך התקין של ביקורת המשמורת”<sup>36</sup>. בהמשך כותב המבקר, שעקב מינוי מספר נמוך מדי של דיינים, בשילוב העובדה שלא מונו מחליפים לדיינת שיצאה לחופשת לידה ולדיין שנפצע בתאונת דרכים, “היו ימים שבהם דנו הדיינים ב־50–65 תיקים ביום”<sup>37</sup>. נכתב בדו”ח שבחלק מן המקרים

33 [www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishmoret/About.htm](http://www.justice.gov.il/MOJHeb/Mishmoret/About.htm) (נבדק לאחרונה ב־27.6.2010).

34 סמכות זו נתונה לבית המשפט לעניינים מנהליים על פי ס’ 15(1), בשילוב עם פרט 12(1) לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מנהליים, התש”ס-2000.

35 חוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ”ד-1984 (להלן: “חוק בתי המשפט”) מעניק לבית משפט סמכויות שונות, שאינן נתונות לבית הדין למשמורת, כגון: הסמכות להעניש אדם המפריע להליך המשפט במאסר או בקנס. ס’ 72(א) לחוק; הסמכות “לתת פסק דין הצהרתי, צו עשה, צו לא-תעשה, צו ביצוע בעין וכל סעד אחר, ככל שיראה לנכון”, ס’ 75 לחוק. תקנות סדר הדין האזרחי, תשמ”ד-1984, מעניקות לבית משפט אזרחי סמכויות נוספות, אשר אינן נתונות לבית הדין למשמורת, כגון: הסמכות ליתן צו גילוי מסמכים, תקנה 112; הסמכות להורות על עריכת חקירה או חשבון אף אם הם חורגים מהסעד המבוקש, תקנה 123.

36 מבקר המדינה דו”ח שנתי 55ב – לשנת 2004 ולחשבונות שנת הכספים 2003 383 (2005).

37 ש.ש.

נערכו דיונים בכלי רכב שחנו במגרש החניה מחוץ לכלא "מעשיהו". בהיעדר דיינים בבתי הכלא האחרים הוסעו עצורים מבתי כלא אחרים ברחבי הארץ לכלא "מעשיהו" לצורך קיום הליך הביקורת השיפוטית. בהמשך ציין המבקר כי "בית הדין למשמורת פעל ללא תנאים נאותים וללא שירותי מזכירות: לא נקבעו לבית הדין חדרים מתאימים לשיבותיו. במתקן המשמורת במעשיהו, לדוגמה, קוימו הישיבות בחדר לא ממוזג, ששימש לצרכים שונים, ובהם בין השאר, לאחסון ארעי של חפצים; בית הדין פעל ללא שירותי מזכירות, פקסימיליה, וטלפונים, וכאמור, ללא שירותי תרגום ראויים. כל אלה הקשו עליו לתפקד וגרמו לזילות בית הדין"<sup>38</sup>.

מקריאת החלטותיהן של הדיינות בעניינו של ליאו, ניתן ללמוד על התסכול שהאופי ההיברידי הזה של בית הדין גורם להן. כך, למשל, הדיינות מתיימרות לתת צווים לרשויות שונות, אך הרשויות אינן מתייחסות לצווים אלה ברצינות, ולבית הדין אין כל דרך ממוסדת לכפות על הרשויות ציות<sup>39</sup>.

בהחלטתה מיום 4.12.2002 ביקשה הדיינת בבלי-לארי שליאו יועבר לכלא "ניצן". למיטב ידיעתי, בקשה זו מעולם לא מולאה. בהחלטתה מיום 16.3.2004 הורתה הדיינת בבלי-לארי שטביעות אצבעותיו של ליאו יועברו לאינטרפול, אך כפי שניתן ללמוד מהחלטה מאוחרת יותר, גם בקשה זו זכתה להתעלמות מצד הרשויות<sup>40</sup>. גם הוראתה של הדיינת "משטרת ההגירה – נא לחקור את המוחזק לאלתר ובאופן אינטנסיבי, עד שתוברר זהותו ומולדתו" לא מולאה, למיטב ידיעתי.

ב-27.1.2005 הורתה הדיינת בן שאול ויס לשירות בתי הסוהר לשלוח את ליאו ל"בדיקה פסיכיאטרית מסודרת". בהחלטה מאוחרת יותר, מיום 10.5.2005, כותבת הדיינת ש"המוחזק סרב להיבדק, ומהשב"ס נמסר לי בעל פה ודרך אגב, כי אין בסמכותם לערוך בדיקה למי שסרב" (ההדגשה שלי – י.ל.). עינינו הרואות, שחרף מתן הוראה ברורה מצד בית הדין לקיים בדיקה פסיכיאטרית לליאו, לא רק שהשב"ס אינו מקיים הוראה זו, אלא שאף אינו טורח ליידע את הדיינת על אודות אי-קיום הוראתה, והדבר נודע לה במקרה. בהמשך, הדיינת ממליצה להעמיד את ליאו לדין פלילי. עם זאת, הדיינת מודעת לכך שאין

38 שם.

39 ס' 6 לפקודת בזיון בית המשפט, התשכ"ג-1962 מקנה לבית המשפט סמכות לאכוף על אדם, בקנס או במאסר, לצייט לכל צו שניתן על ידו. סמכות שכזו אין בידי בית הדין למשמורת.

40 בהחלטתה מיום 27.1.2005 (כלומר, יותר מעשרה חודשים לאחר מתן ההחלטה הנ"ל של הדיינת בבלי-לארי), כתבה הדיינת בן שאול ויס: "עיון בתיקו של המוחזק, מעלה כי לפני זמן ניכר ביקשה עו"ד בבלי-לארי כי טביעת האצבעות של המוחזק ישלחו לאינטרפול, אך להבנתי לא נעשה דבר. משטרת ההגירה – נא לשלוח את טביעות האצבעות של המוחזק לאינטרפול". לא ברור אם בקשתה זו של הדיינת בן שאול ויס מולאה.



לה כל סמכות להורות על פעולה כאמור<sup>41</sup>. כזכור, גורמי המדינה הרלוונטיים לא קיבלו גם המלצה זו של בית הדין למשמורת, מה שהוביל בסופו של דבר לשחרורו של ליאו ממעצרו. כעורך דין העוסק בהגנה על זכויות האדם בישראל, מטרידה אותי במיוחד האנדרלמוסיה שבה מתנהל בית הדין למשמורת, שכן היא פוגעת בזכויות אדם בסיסיות של האנשים שבעניינם הוא דן. סעיף 13 יט(א) לחוק הכניסה לישראל קובע כי "בית הדין יקבע את סדרי עבודתו ודיוניו במידה שלא נקבעו לפי חוק זה". כיום, יותר משמונה שנים ממועד הקמתו של בית הדין ניתן לומר בביטחון מלא, שהריק אשר הותר המחוקק באשר ל"סדרי עבודתו ודיוניו" של בית הדין גרם לפגיעות קשות מאוד בזכויות היסוד של האנשים המוחלשים ממילא, שבעניינם דן בית הדין. יתרה מכך, מקריאת פסיקת בית המשפט לעניינים מנהליים ניתן ללמוד, שחרף הערות חריפות של בית משפט זה באשר לנוהלי העבודה של בית הדין למשמורת, ממשיך בית הדין בפעילותו הפוגענית כמעט ללא שינוי. זה המצב, למשל, בכל הנוגע לזכותם של עצורים להיות מיוצגים באופן יעיל, היינו שעורכי דינם ינכחו בדיונים אשר מקיים בית הדין למשמורת בעניינם. בפרוטוקול הדיון של בית המשפט לעניינים מנהליים בחיפה בעמ"נ 438/04 סביתלאנה נ' מדינת ישראל<sup>42</sup>, מיום 4.8.2004, מצוטטת באתר כוח המדינה כמי שמודה שבית הדין נוהג לנהל דיונים ללא נוכחות באי כוחם של העצורים. השופט גרשון אינו מקבל התנהלות זו של בית הדין, וקובע כי "יש כאן תקלה המצריכה תיקון. לא ייתכן ששוהה בלתי חוקי המבקש להיות מיוצג בידי עורך דין לא יוכל לזכות ליצוגו של עורך דין [...] זכות הייצוג בידי עורך דין הינה זכות יסוד חשובה והעובדה שבית הדין משוחרר מדיני ראיות והוא עצמו קובע את סדרי עבודתו אינה משחררת את בית הדין מחובתו לאפשר לעורך דין המייצג שוהה בלתי חוקי להתייצב בפניו ולטעון את טענותיו"<sup>43</sup>.

שלוש שנים מאוחר יותר, דבר לא השתנה. לבית המשפט לעניינים מנהליים בחיפה הוגש ערעור על החלטת בית הדין שלא לשחרר ממעצר קטין מגינאה קונקרי<sup>44</sup>. באתר כוח הקטין ביססה את ערעורה, בין השאר, על העובדה שלא זומנה לדיון האחרון אשר קיים בית הדין בענייניו של הקטין. בית המשפט מקבל טענה זו, ולאחר שהוא כותב מסה קצרה על חשיבותה של זכות הייצוג, מצייין:

41 בהחלטתה מיום 26.5.2005 כתבה הדיינת בן שאול ויס: "משטרת ההגירה תודיעני תוך שבועיים אם קיבלה את המלצתי (הגם שנעשתה ללא סמכות כלשהי)"; בהחלטתה מיום 13.9.2005 כתבה: "לבקשתי (בהיעדר סמכות להורות) להעמיד לדין את המוחזק".

42 פורסם בנבו, 4.8.2004.

43 שם, פס' 4 לפסק דינו של השופט גרשון.

44 עמ"נ 448/07 פלוני נ' בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין (פורסם בנבו, 15.7.2007).

”במסגרת דיון במספר עררים דומים, התברר לבית משפט זה כי קיימות תקלות רבות בקשר שבין בית הדין לעורכי הדין שמונו לייצג. כך למשל הוגש בפני ערר כאשר בית הדין לא הודיע כלל לעורך הדין שמונה כי העוררת שוחררה ממשמורת ואין כלל צורך בערר. כך במקרה נוסף בו לא זומן עורך הדין לדיון [...]”

לא ניתן לקיים הליך שיפוטי תקין בלא שהוסדרו כל ההיבטים המנהליים של ההליך כנדרש, כגון זימון עורכי הדין, העברת חומר למותב וכד'. במקרה זה, ככל הנראה בהיעדר מנגנון מסודר של מזכירות בית דין ושל סדרי דין ברורים, ומחמת תקלה, לא זומן עורך הדין<sup>45</sup>.

שנה וחצי נוספות חלפו, ובית הדין כמנהגו נוהג. עורכי דין המייצגים עצורים עדיין אינם מיודעים על תאריכי הדיונים, ואינם זוכים לטעון בפני בית הדין למשמורת. בעמ”נ 14556-12-08 פלוני נ’ משרד הפנים<sup>46</sup> מיום 1.1.2009, מתח השופט רון שפירא ביקורת נוקבת על אופן התנהלותו האדמיניסטרטיבית של בית הדין למשמורת, ובכלל זה החשדות שלפיהם כתבי טענות כלל אינם מועברים לעיון הדיינים, ומותב אחד של בית הדין אינו מודע להחלטות שנתן מותב אחר של בית הדין בעניינו של אותו עצור, כמו גם אי-זימון של עורכי דין לדיונים שמקיים בית הדין. ביקורת זו הצטרפה לביקורת שמתח השופט שפירא בפרשה מוקדמת יותר, שבה הוא אף העלה ספק בדבר האותנטיות של הפרוטוקולים שמנהלים דייני בית הדין למשמורת<sup>47</sup>.

לא רק בית הדין מתעלם מעובדת היות עצור מסוים מיוצג. משרד הפנים, שחקן חוזר המהווה צד קבוע להליכים בפני בית הדין, נמנע גם הוא מלשלוח לפרקליטי העצורים העתקים של כתבי טענות (המנוסחים כ”מכתבים”, ולעתים כפניות בלתי רשמיות), אשר מוגשים לבית הדין. ביום 10.8.2009 – יותר משבע שנים מיום הקמתו של בית הדין למשמורת – קבע הדיין דן ליברטי, בעקבות תלונתו של פרקליט מ”מוקד סיוע לעובדים זרים”, את המובן מאליו בכל הליך שיפוטי תקין: “אבקש להבהיר בצורה נחרצת את עמדת ביה”ד לפיה כל בקשה המוגשת ע”י מי מהצדדים לביה”ד תוגש במקביל גם לצד שכנגד”<sup>48</sup>.

45 ש.ם.

46 פורסם בנבו, 1.1.2009.

47 עמ”נ 379/06 פלוני נ’ משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.1.2007); ביקורת דומה נמתחה על ידי השופט מודריק בעת”מ Niang Quijan 2036/04 נ’ שר הפנים (פורסם בנבו, 13.7.2004).

48 ראו החלטה בעניינו של מוחזק מס’ 88713; העתק החלטה נמצא בידי המחבר. דוגמה נוספת לפגיעה של משרד הפנים בזכות הייצוג של זרים היא סירובו לאפשר לעורכי דינם של מבקשי מקלט לנכוח בראיונות שהם עוברים על ידי פקידי משרד הפנים במסגרת בחינת בקשתם

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

למעשה, ההחלטות בעניינו של ליאו מלמדות כאלף עדים על האופן שבו עצור עלול להיות בלתי מיועד באופן כמעט מוחלט על אודות ההליכים המנהלים והשיפוטיים המתנהלים בעניינו שלו, הן מצד הרשויות (ובראשן משרד הפנים, "הצד שכנגד"), והן מצד בית הדין עצמו. שמונה ההחלטות האחרונות בעניינו של ליאו ניתנו "בהיעדר", מבלי שנשמעו דבריו, ומבלי שנכח ב"דיון". כל זאת, אף על פי שעניין נוכחותו של העצור בהליכים שמתנהלים בעניינו מוסדר בחוק הכניסה לישראל (להבדיל ממרבית ענייני הפרוצדורה האחרים, שבהם, כאמור, הותר המחוקק לבית הדין שיקול דעת רחב)<sup>49</sup>. במסגרת אותן החלטות, שעל אודותיהן לא ידע ליאו דבר, הורה בית הדין על קבלת תיקו הרפואי של ליאו משירות בתי הסוהר, המליץ על הגשת כתב אישום נגדו, ולבסוף – הורה על שחרורו. בהחלטה מיום 26.6.2005 קבעה הדיינת בן שאול ויס שלא תקיים את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בדבר קיום דיון חודשי בעניינו של עצור, וזאת בנימוק ש"אין כל תועלת בהבאת העצור עצמו לפני". מקריאת ההחלטות ברור כי בית הדין נחשף למסמכים שונים, מבלי שהעתק מהם נמסר לליאו: תיקו הרפואי, דיווח על אודות "שיבה רבת משתתפים" אשר התקיימה במשרדו של המשנה ליועץ המשפטי לממשלה, ובקשה מצד משרד הפנים לעיכוב שחרורו של ליאו ממעצרו. מידע אחר קיבל בית הדין שלא בכתובים. כך, למשל, עמדת השב"ס שלפיה אין בסמכותם לערוך לליאו בדיקה פסיכיאטרית כפוייה נמסרה לדיינת "בעל פה ודרך אגב", כפי שציינה בהחלטתה מיום 10.5.2005, וספק אם נמסרה לליאו עצמו. כמו כן, כמצוין לעיל, הדיינת קיימה התייעצות (כנראה טלפונית) עם הלשכה המשפטית של משרד הבריאות, אשר לא תועדה בשום מקום (למעט במסגרת החלטת הדיינת מיום 13.9.2005), ואשר תוכנה מעולם לא נמסר לליאו. המקרה של ליאו מטריד במיוחד, משום שהוא מלמד על הקלות שבה אדם, אשר יציבותו הנפשית מוטלת בספק, עלול לשבת כמעט חמש שנים מאחורי סורג ובריח, וזאת מבלי שהוא זוכה לייצוג משפטי. ככל שמדובר בהליך פלילי, המחוקק הישראלי הביע דעתו, שאדם זכאי לייצוג משפטי – לרבות במימון המדינה – בכל מקרה שבו הוגש נגדו

למעמד פליט. ראו: בג"ץ 8993/09 המרכז לקידום פליטים אפריקאיים נ' שר הפנים (עתירה תלויה ועומדת).

49 ס' 13 כ לחוק הכניסה לישראל קובע: "שוהה שלא כדין המוחזק במשמורת [...] רשאי להיות נוכח בכל הליך בעניינו לפני בית הדין"; ס' 13טו(ג) לחוק קובע: "החלטת בית הדין תכלול את עיקרי טענות הצדדים, תהיה מנומקת ובכתב, ותימסר לשוהה שלא כדין בו במקום, במידת האפשר". על זכותו החוקתית של אדם לנכוח בדיון שבו דן בית המשפט בפגיעה בחירותו (לפחות במסגרת הליך פלילי) ראו בש"פ 8823/07 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 11.2.2010).

כתב אישום, וקיימת אפשרות שייענש במאסר<sup>50</sup>. בנוסף, זכאי נאשם בפלילים להיות מיוצג, בכל מקרה שבו "יש חשש שהוא חולה נפש"<sup>51</sup>, וזאת ללא קשר לעברה המיוחסת לו, או לחומרת העונש שצפוי לו. גם לנאשמים אחרים עשויה להיות זכות לייצוג משפטי, ככל שיעמדו בקריטריונים של חוסר יכולת כלכלית<sup>52</sup>, והוא הדין בנוגע לעצורים חסרי אמצעים<sup>53</sup>. גם נאשם אשר הוגשה נגדו בקשה למעצר עד תום ההליכים זכאי לייצוג משפטי במימון המדינה.<sup>54</sup> לבית המשפט ישנו שיקול דעת להעמיד סנגור לחשוד או לעצור גם במקרים אחרים<sup>55</sup>.

והנה, חרף כל הוראות החוק הללו, אדם יכול לשבת בישראל בבית סוהר במשך כמעט חמש שנים, מבלי שזכה לפגוש עורך דין. אמנם נכון, שביום 27.1.2005 מצוטט ליאו כמי שאומר לדיינת "אני לא צריך עו"ד", וייתכן בהחלט שהדבר נאמר במענה לשאלה ישירה מצד הדיינת, אך שאלה זו נשאלה (ככל שנשאלה) – יש לזכור – לאחר שליאו שהה במעצר כבר כארבע שנים. יתרה מכך, גם אם הביע ליאו חוסר רצון בייצוג משפטי, הרי לפחות ביחס לנאשמים בפלילים, הביע המחוקק את דעתו שחובת מינוי הסנגור על ידי בית המשפט, בנסיבות שפורטו לעיל, הנה חובה מוחלטת, במובן זה שרשאי, ואף חייב, בית המשפט לכפות על הנאשם את מינוי הסנגור<sup>56</sup>. רק אם מתברר, **לאחר** המינוי, שהנאשם אינו משתף פעולה עם הסנגור שמונה לו, וכי אין כל תועלת במינוי סנגור אחר, רשאי בית המשפט לנהל את ההליך המשפטי כאשר הנאשם אינו מיוצג<sup>57</sup>. בענייננו, ראוי להזכיר, שלמרות הדיפת הצעות הייצוג במהלך השנים, הסכים בסופו של דבר ליאו לייצוג משפטי (על ידי), וייתכן שלו היה ממנה בעבורו בית הדין עורך דין כמה שנים קודם לכן, לא היה יושב במעצר תקופה כה ארוכה.

החקיקה הישראלית אשר הוזכרה לעיל אמנם אינה קובעת מפורשות זכות ייצוג של אדם שנעצר על פי חוק הכניסה לישראל, וישנה אף עמדה – שבנוסחה הכוללני אינני מסכים לה – שאנשים שאינם תושבי המדינה, אינם זכאים לזכויות "חיוניות" שונות, המצריכות

- 50 ס' 15(א), 15(א)(6) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], התשמ"ב-1982 (להלן: "חוק סדר הדין הפלילי").
- 51 שם, ס' 15(א)(3).
- 52 ס' 18(א)(4) לחוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1996 (להלן: "חוק הסנגוריה הציבורית").
- 53 שם, ס' 18(א)(7).
- 54 ס' 21(ג) לחוק סדר הדין הפלילי (סמכויות אכיפה – מעצרים), התשנ"ו-1996.
- 55 ס' 15(ד) לחוק סדר הדין הפלילי; ס' 18(ב) לחוק הסנגוריה הציבורית.
- 56 ע"פ 632/83 הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד לט(1) 253, 266 (1985).
- 57 ע"פ 5889/01 נחום נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(5) 817 (2005); ע"פ 7576/09 הסנגוריה הציבורית מחוז דרום נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 24.9.2009); יעקב קדמי על סדר הדין בפלילים 1082 (2004).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

הקצאת משאבים מצד המדינה, לרבות זכות הייצוג<sup>58</sup>. ואולם ראוי לזכור שחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין נוטלים ואין מגבילים את חירותו של אדם במאסר, במעצר, בהסגרה או בכל דרך אחרת"<sup>59</sup>. הוראה זו מדברת בזכויות של "אדם", ולא של אזרח או תושב דווקא. מצב שבו אדם יושב כמעט חמש שנים ב"משמורת" מכוח חוק הכניסה לישראל מבלי שמונה לו עורך דין, הנו מצב בלתי נסבל מבחינת דיני זכויות האדם. ואמנם, בהקשרים אחרים של שלילת חירות, כבר פסקו בתי המשפט בישראל כי עשויה להיות לאדם המוחזק מאחורי סורג ובריח זכות לייצוג על ידי הסנגוריה הציבורית, גם אם אין מדובר בחשוד או בנאשם בפלילים<sup>60</sup>.

58 כך, לדוגמה, בע"ש (י-ם) 7072/99 **אבו לבדה נ' הלשכה לסיוע משפטי** (פורסם בנבו, 1.7.2009) דחה בית המשפט המחוזי בירושלים ערעור של תושב השטחים הכבושים על סירוב הלשכה לסיוע משפטי, הפועלת מכוח חוק הסיוע המשפטי, לייצגו בערעור נגד המוסד לביטוח לאומי בבית הדין לעבודה, וזאת, בין השאר, בנימוק שהמערער "איננו זכאי [...] 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 והסוציאלי עגום ככל שיהיה". מנגד, ראו לאחרונה פסק דינה של הנשיאה ביניש בע"ע 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ** (פורסם בנבו, 11.8.2009) (להלן: עניין **געאביץ**), שבו קבעה: "מבקשת אני להעיר כי אותה תפיסה הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג שהוא כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד [...] בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים לשעריהן [...] גישה זו משליכה מטבע הדברים על מערכת האיוונים המחייבת את רשויות השלטון, הנדרשות לאזן בין זכויותיו של הזר לבין אינטרסים ציבוריים שונים".

59 ס' 5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.  
60 ראו לדוגמה פסק דינו של השופט אוקון, כרשם בית המשפט העליון ברע"ב 9470/00 **סמסון נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 2.4.2001), בעניינו של אדם אשר נכלא בגין סירובו לתת לאשתו גט: "ס' 18(ב) של חוק הסנגוריה הציבורית, התשנ"ו-1995 קובע כי בית המשפט רשאי למנות 'לנאשם' סנגור 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 שבהם נשללת החירות, או להליכים הנוגעים לתנאי הכליאה. פרשנות זו מתחייבת גם מהביטוי 'זכאי', המופיע בס' 18(א) של החוק, והמתייחסת גם ל'נאשם', 'חשוד', או 'עצור'. זוהי הדרך גם להתייחס לביטוי 'הליך פלילי' ומשפט המופיעים באותן הוראות". ראו עוד: רע"ב 11834/05 **אמבאו נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 3.4.2006); בג"ץ 5439/00 **האדי עבד אל חוסיין נ' שר הביטחון** (פורסם בנבו, 9.2.2001); רע"ב 5303/00 **סבח נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 19.4.2001); רע"א 6810/97 **בן שושן נ' בן שושן**, פ"ד נא(5) 375 (1997). בשנת 2004 תוקן חוק הסיוע המשפטי, התשל"ב-1972, וקבע כי לאדם יש זכות לייצוג משפטי במימון המדינה בפני ועדה פסיכיאטרית הדנה באשפוזו

בית הדין למשמורת הוא אכן רחוק מהעין. הוא מקיים את דיוניו בתוך "מקומות המשמורת" – מתחמים סגורים, הממוקמים לעתים בבתי כלא פליליים<sup>61</sup>. מטבע הדברים, הציבור הרחב אינו יכול להיכנס למקומות המשמורת, ומכאן שגם אינו יכול לצפות בדיוני בית הדין למשמורת. בכך מסוכל העיקרון החוקתי בדבר פומביות הדיון<sup>62</sup>, והרציונלים שעומדים בבסיסו, ובהם: שמירה על תקינות ההליך שיפוטי ועל אמון הציבור במערכת השיפוטית<sup>63</sup>. האנשים אשר בית הדין דן בענייניהם הם כולם זרים. אין להם, ברוב המכריע של המקרים, בני משפחה או מכרים ישראלים. הם אינם דוברים את השפה העברית (ולעתים דוברים שפות אשר אין כמעט מי שדובר אותן בישראל), ואינם מכירים את הדין הישראלי – ולו בקווים כלליים ביותר. חלקם מגיעים ממדינות דיקטטוריות, שבהן הרעיון של זכויות אדם מוגנות אינו מוכר כמעט. פעמים רבות, אין להם יכולת כלכלית לשכור את שירותיו של עורך דין, ולעתים גם אינם יודעים כיצד ליצור קשר עם פרקליט ישראלי. בנסיבות אלה, אין מדובר באנשים שיש להם קול, הנשמע באזני הציבור או הממשל הישראלי. ואכן, הרוב המכריע של הציבור בישראל, לרבות ציבור המשפטנים, אינו מודע לאופן הבעייתי שבו מתנהלים הדיונים בבית הדין למשמורת. הזרים אשר מצטופפים מאחורי שערי "מקומות המשמורת" רחוקים מהעין, וגם מהלב של הציבור הישראלי.

המקרה של ליאו הוא אמנם מקרה קיצוני של אדם שסירב בנחישות לגלות את מדינת אזרחותו, והביא על עצמו שהייה ארוכה בבית הסוהר (וזאת ככל שניתן להטיל אחריות

הכפוי: ראו ס' 2 לחוק, וס' 2 לתוספת לחוק. למעשה, גם שאלת חובתו של בית הדין למשמורת למנות לעצור על פי חוק הכניסה לישראל עורך דין נדונה כבר, וזאת בהקשר של עצורים קטינים. בעמ"נ 379/06 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 24.1.2007). קבע השופט שפירא ששומה היה על בית הדין למנות לעצור בן ה-15 עורך דין. לאחר שהוגשה עתירה נוספת בעניין, עמ"נ 412/07 פלונית נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 13.7.2004), הנחה מנכ"ל משרד המשפטים את האגף לסיוע משפטי לייצג קטינים בפני בית הדין למשמורת, ובהליכי ערעור על בית הדין. במאמרם של יששכר רוזן צבי וטליה פישר "מעבר לאזרחי ולפלילי: סדר דין חדש לסדרי דין" משפטים לח 489 (2008), טוענים המחברים, שההבחנה הדיכוטומית בין הפרוצדורה האזרחית לפרוצדורה הפלילית אינה מוצדקת. הם מציעים חלופה, שלפיה כללי הפרוצדורה ייקבעו על סמך שקלול של שני שיקולים: יחסי הכוחות בין הצדדים וחומרת הסנקציה או הסעד. על פי חלוקה זו ניתן להגיע למסקנה, כי למי שמצוי ב"משמורת" על פי חוק הכניסה לישראל עומדת זכות לייצוג משפטי (ואולי אף זכויות "פרוצדורליות" נוספות), שהרי פערי הכוחות בין המדינה לבין הזר הם תהומיים, והסנקציה המופעלת נגד הזר – מעצר – חריפה מאוד.

- 61 להגדרת "מקום משמורת" ראו ס' 13א(א) לחוק הכניסה לישראל; ס' 13 יח לחוק קובע: "בית הדין יקיים את דיוניו במקום המשמורת שבו מצוי המוחזק".
- 62 ס' 3 לחוק-יסוד: השפיטה; ס' 68 לחוק בתי המשפט.
- 63 ע"א 2800/97 ליפסון נ' גהל, פ"ד נג(3) 718, 714 (1999).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

מוסרית על אדם אשר אינו יציב נפשית, בהנחה שזהו אמנם היה מצבו של ליאו). אבל דווקא במקרה קיצוני זה יש כדי ללמדנו על אופן פעילותו של בית הדין. והמראה שנשקף לנגד עינינו מטריד.

2. כיצד מתמודדים מנגנוני המדינה המכניעים עם אנשים שאי אפשר להכניעם ?

על פי אלתוסר, קיימים שני סוגים של מנגנונים מדינתיים, המסייעים בקיומה הנמשך של ההגמוניה: מנגנוני מדינה מכניעים ומנגנוני מדינה אידאולוגיים<sup>64</sup>. מנגנוני מדינה מכניעים פועלים בעיקר על דרך של הפעלת אלימות (ממוסדת), לפחות כמוצא אחרון. לעומתם, מנגנוני המדינה האידאולוגיים פועלים בעיקר על דרך הפצתה והטמעתה של האידאולוגיה (המשרתת את הקבוצות החזקות במדינה, כלומר, ההגמוניה), באמצעים לא אלימים בעיקרם.

על פי החלוקה הזו של אלתוסר יש למערך המשפטי ייצוג בשני סוגי המנגנונים. הכללים המשפטיים – בעיקר הכללים הבסיסיים ביותר (עקרונות היסוד המשפטיים) – אלה שלא רק עורכי דין מכירים, אלא הציבור בכללותו – מרכיבים יחד את מנגנון ה"משפט", שהוא מנגנון מדינה אידאולוגי. ככזה, המשפט הוא אוסף של כללים, שנתפסים בעיני הרוב המכריע של הציבור כמובנים מאליהם, ולעתים אף כ"טבעיים" או כהכרחיים, וזאת גם בנסיבות שהכללים הללו הם, לאמיתו של דבר, כללים מסוימים מבין כללים אפשריים רבים אחרים, המשרתים אזרחים מסוימים על חשבון אזרחים אחרים.

לצד היות הכללים ועקרונות היסוד המשפטיים בבחינת מנגנון מדינתי אידאולוגי, **בתי המשפט** הם מנגנון מדינתי מכניע. אל בתי המשפט מגיעים אותם מקרים שבהם מנגנוני המדינה האידאולוגיים לא פעלו באופן יעיל דיו, וכך אירעה "תקלה" ואדם מסוים פעל באופן נוגד-הגמוניה. ה"תקלה" נגרמת לא בכך שהאדם מצליח ליישם רצון לפעול באופן נוגד-הגמוניה, אלא בעצם העובדה שהוא רוצה לפעול באופן כזה. שכן במצב הגמוני מושלם, אנשים – לרבות אלה שנפגעים מן הנורמות ההגמוניות – אינם מעלים על דעתם את האפשרות לפעול כך.

אכן, אחת התובנות המעניינות ביותר של אלתוסר היא, שככל שההגמוניה שלמה יותר, כך יש למדינה פחות צורך להשתמש בכוח אלים לשם קיום משטר פוליטי נתון. מצב של הגמוניה חזקה הוא מצב שבו השליטה וכללי המשחק (המאפשרים את השליטה) נתפסים כמובנים מאליהם, ואין מי שיערער עליהם ויקרא עליהם תיגר. הסדר ההגמוני מתחזה להיות ניטרלי, הכרחי לוגית (רציונלי), אוניברסלי וטבעי, אף על פי שלאמיתו של דבר

LOUIS ALTHUSSER, LENIN AND PHILOSOPHY AND OTHER ESSAYS 125–157 (Ben Brewster 64 .trans., 1971)

מדובר בסדר פרטיקולרי, המשרת קבוצות מסוימות בחברה. זוהי "מערכת של פרקטיקות, משמעויות וערכים, הכוללת ציפיות, אמונות והבנה עד כדי רמת 'השכל הישר' בנוגע לטבעם של האדם והחברה"<sup>65</sup>.

במילים אחרות, את עיקר העבודה בקיום ההגמוניה, בשעתוקה ובהנצחתה עושים מנגנוני המדינה האידאולוגיים. מנגנוני המדינה המכניעים נכנסים לתמונה רק כאשר מנגנוני המדינה האידאולוגיים לא תפקדו באופן מספק, וכך אירע שאדם מסוים העז לפעול נגד הסדר ההגמוני. מנגנון המדינה המכניע נדרש אז לטפל באותו אדם: להפעיל נגדו אלימות (לדוגמה: כליאה; אשפוז בבית חולים פסיכיאטרי; הוצאת ילדיו מחזקתו וכו'), מתוך ציפייה שבעקבות תגובה זו יחזור האדם להתנהל באופן הגמוני, שמעשיו האנטי-הגמוניים יוסתרו מעיני שאר האוכלוסייה או שענישתו תעביר מסר בדבר אי-קבלת התנהגות נוגדת הגמוניה בחברה.

במדינת ישראל, כמו ברוב המכריע של מדינות הלאום בעולם המודרני, האידאולוגיה ההגמונית כוללת הפרדה דיכוטומית ברורה בין "אזרחים" לבין "זרים". בתחום המשפטי, הדבר בא לידי ביטוי באחד מכללי היסוד של המשפט הבין-לאומי הפומבי, הקובע שלמדינה עומדת זכות שלא להתיר כניסתם של זרים לשטחה, מכל סיבה – ואף "ללא סיבה"<sup>66</sup>. לעקרון היסוד הזה ישנם חריגים מעטים בלבד<sup>67</sup>. מנגנוני המדינה האידאולוגיים במדינות הלאום השונות ברחבי העולם פועלים ללא הרף ביצירת ובתחזוק "קהילות מדומיינות"<sup>68</sup> אשר יש בהן כדי להפוך את החלוקה בין "אזרחים" ל"זרים" למוכנת מאליה. ואילו מנגנוני המדינה המכניעים אמורים לפעול במקומות שבהם המנגנונים האידאולוגיים

65 דני פילק פופוליוזם והגמוניה בישראל 26 (2006).

66 ס' 1 לאמנת האג משנת 1930 בעניין כללי ברירת הדין באשר לאזרחות (The Hague Convention on Certain Questions Relating to the Conflict of Nationality Law) קובע כי (בתרגום חופשי) "לכל מדינה נתונה הרשות להכריע בהתאם לדיניה מי הם נתיניה" ("It is for each State to determine under its own law who are its nationals"); בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113 (1972); ראו עניין געאביץ, לעיל ה"ש 58, פס"ט לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

67 אחד החריגים הללו הוא עקרון האי-החזרה (Non Refoulment), האוסר החזרת זר למדינת אזרחותו, בנסיבות שבהן הוא צפוי שם לפגיעה חמורה בחייו או בחירותו או בזכות יסוד בסיסית אחרת. עיקרון זה קבוע בס' 33(1) לאמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים 1951, כ"א 65, 3 (נפתחה לחתימה ב-1951), אשר היקפה הורחב בפרוטוקול האמנה הבינלאומית בדבר מעמדם של פליטים, כ"א 690, 21. עקרון יסוד זה הוכר כנורמה "מנהגית", ראו בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995). ראו עוד: ס' 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, כ"א 1039, 31 (נפתחה לחתימה ב-1984).

68 .BENEDICT ANDERSON, IMAGINED COMMUNITIES (1991)



מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

לא השיגו את המטרה. הפעילות העיקרית של המנגנונים המכניעים הנה במעצר ובגירוש של זרים ללא אשרת שיהיה אל מחוץ לגבולות המדינה. כפי שצויין להלן, בתחום זה (הקרוב "הגירה"), בהשוואה לתחומים אחרים, מרבית לפנות למנגנוני מדינה מכניעים. בישראל מנגנוני המדינה האידאולוגיים (והמכניעים) פועלים במלוא עוזם אף כדי ליצור הבחנה בין שני סוגים של זרים: יהודים (ובני משפחותיהם) ולא יהודים. ישראל פועלת על מנת לייבא זרים (מבחינת אזרחותם המשפטית) למדינה, ובלבד שהם יהודים או בני משפחתם של יהודים. הבאתם נעשית על דרך של עידוד (באמצעות מנגנוני גיוס שונים שמפעילה המדינה בישראל וברחבי העולם) וכן על דרך של סיוע פיננסי, אדמיניסטרטיבי ולוגיסטי. חרף זאת מצליחה מדינת ישראל להמשיך להציג את עצמה כמדינה שאינה מדינת הגירה. זאת, על ידי יצירת חיץ לשוני ואידאולוגי בין "עלייה" (של יהודים או של בני משפחותיהם, על פי חוק השבות) לבין "הגירה" (של לא יהודים, על פי חוק הכניסה לישראל)<sup>69</sup>.

מדיניות ההבחנה הזו ממשיכה חרף העובדה שמאז שנות התשעים מכניסה ישראל עשרות אלפי בני אדם (לא יהודים) לצורך עבודה בענפי החקלאות, הבניין, הסיעוד, התעשייה, המלונאות והמסעדנות<sup>70</sup>. מדינת ישראל ממשיכה להתנגד בתוקף למתן אזרחות, או אף מעמד משפטי נחות יותר למהגרי עבודה אלה, גם כאשר מדובר באנשים שנכנסו לישראל בהזמנתה, ונשארו בה כדין שנים ארוכות<sup>71</sup>. מנגנוני המדינה האידאולוגיים פעלו במלוא עוזם על מנת לשכנע בדבר ההכרח בגירוש מסיבי ובלתי-מתפשר של אלפי זרים "בלתי-חוקיים" במדינת ישראל (וזאת, תוך כדי שעשורות אלפי מהגרי עבודה חדשים

Guy Mundlak, *Litigating Citizenship Beyond the Law of Return*, in TRANSNATIONAL MIGRATION TO ISRAEL IN GLOBAL COMPARATIVE CONTEXT 51 (Sarah S. Willen ed., 2007).

70 דו"ח הצוות הבינמשרדי בנושא תכנון שיטת העסקת עובדים זרים בישראל ותנאים למתן רשיונות להעסקת עובדים זרים (ד"ר יעל אנדרון יו"ר), מיום 5.8.2004, [ozar.mof.gov.il/budget/2004-7211.pdf](http://ozar.mof.gov.il/budget/2004-7211.pdf) (נבדק לאחרונה ב-12.7.2010); דו"ח הצוות הבינמשרדי לבחינת ענף הסיעוד מיום 3.9.2006 (רביב סובל יו"ר), [www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/F4E8CF47-2DF4-4F39-B51A-09AE7151738C/0/siuddoch.pdf](http://www.moital.gov.il/NR/rdonlyres/F4E8CF47-2DF4-4F39-B51A-09AE7151738C/0/siuddoch.pdf) (נבדק לאחרונה ב-10.7.2010); דו"ח הוועדה לעיצוב מדיניות בנושא עובדים לא-ישראלים מיום 20.9.2007 (פרופ' צבי אקשטיין יו"ר), [www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-AC73F96FABD2/0/foreignworkers.pdf](http://www.pmo.gov.il/NR/rdonlyres/A8774D06-ECC6-4A39-95B2-AC73F96FABD2/0/foreignworkers.pdf) (נבדק לאחרונה ב-12.7.2010); אדריאנה קמפ ורבקה רייכמן **עובדים זרים** 105–114 (2008); DAVID BARTRAM, INTERNATIONAL LABOR MIGRATION: FOREIGN WORKERS AND PUBLIC POLICY 66–102 (2005).  
71 עת"מ 1708/07 זנן אמון נ' שר פנים (פורסם בנבו, 25.9.2008).

נכנסים במקומם, ברישיון<sup>72</sup>). כך, למשל, משטרת ההגירה מימנה, באמצעות לשכת הפרסום הממשלתית, קמפיין תקשורתי רחב היקף תחת הססמה "העסקת עובד זר ללא היתר – זה לא חוקי, וזה לא עובד"<sup>73</sup>. לצד זאת, גורמי מדינה שונים הרבו להציג בכלי התקשורת את עמדתם בדבר ההכרח לפעול בנחישות לגירוש מסיבי של מהגרי עבודה מישראל<sup>74</sup> (שוב, אף על פי שרבים אחרים המשיכו להיכנס ברישיון לישראל).

ואולם למרות הפעילות האינטנסיבית של מוסדות המדינה האידאולוגיים ליצור הבחנה ברורה בין "אזרחים" לבין "לא אזרחים", ובין "עולים" לבין "עובדים זרים", נותרה מלאכה רבה למנגנוני המדינה המכניעים. נראה שבתחום ה"הגירה", מסרבים בני הקבוצות המוכפפות ובנותיה ("הזרים") לציית לכללי הדיכוי באופן נחוש יותר מאשר האופן שבו קבוצות מוכפפות מגלות התנגדות (אם בכלל) בתחומי חיים אחרים של המדינה המודרנית. בישראל, כמו במרבית מדינות העולם המערבי, חלק לא מבוטל של מהגרי עבודה, אשר הוזמנו על ידי המדינה לתקופה מוגבלת, מסרבים לצאת את המדינה משתמה תקופה זו (אינני מתייחס כאן לעשרות אלפי המהגרים, אשר נקלעו לסטטוס לא חוקי זמן קצר לאחר הגעתם לישראל, עקב "הסדר הכבילה", אשר מעורר סוגיות אחרות לחלוטין<sup>75</sup>). אחרים נכנסים לישראל באשרת תייר או מסתננים מהגבול עם מצרים, ומשתקעים בישראל ללא כל היתר מן המדינה (אינני מתייחס כאן לפליטים, הנמלטים מרדיפות בארצותיהם, והשוהים בישראל כדין מכוח אמנת הפליטים). עשויות להיות לכך סיבות שונות, ואין זה המקום לנתח את כולן.

ברוח אלטוריאנית, עם זאת, ראוי להזכיר שה"זרים" לא גדלו ולא התחנכו במדינה ה"מארכת"<sup>76</sup>, ומכאן שמדובר באנשים אשר לא עברו אינדוקטרינציה הגמונית, לפחות בנוסח המקומי שלה. יתרה מכך, משום שאינם מרגישים שייכות לחברה המקומית שבה הם מתארחים, יש להניח שהם גם מושפעים פחות מהאפשרות של נידוי וגינוי חברתי מצד החברה המארכת (תחושת אי-השייכות מתעצמת, כמובן, ככל שהחברה המארכת אינה

72 שרון אסיסקוביץ "הכלכלה הפוליטית של הגירת עבודה לישראל ומדיניות ההגירה כלפי עובדים זרים בשנות התשעים" **עבודה, חברה ומשפט** י 79, 85 (2004).

73 משטרת ההגירה גם ניהלה במהלך השנים (עד לפירוקה ב-30.6.2009 והעברת סמכויותיה ליחידת "עוז" של משרד הפנים) אתר אינטרנט שבו הפיצה את משנתה: [www.hagira.gov.il](http://www.hagira.gov.il) (נבדק לאחרונה ב-12.7.2010). לתמליל ההודעות ברדיו, במסגרת הקמפיין הנ"ל משנת 2003, ראו: [www.hagira.gov.il/ImmigrationCMS/NewsPapersParts/b1.htm](http://www.hagira.gov.il/ImmigrationCMS/NewsPapersParts/b1.htm) (נבדק לאחרונה ב-12.7.2010).

74 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 135.

75 ראו עניין **עמותת קו לעובד**, לעיל ה"ש 15.

76 אליבא דאלתוסר, מנגנון המדינה האידאולוגי המשפיע ביותר על עיצוב האוכלוסייה בתקופה המודרנית (במערב) הוא מערכת החינוך. ראו ALTHUSSER, לעיל ה"ש 64, בעמ' 157.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

מקבלת את הזרים שבקרבה ופוגענית כלפיהם). קבוצת ההתייחסות שלהם נותרת, פעמים רבות, לאורך זמן, החברה במדינת המוצא שלהם<sup>77</sup>. נסיבות אלה (לצד נסיבות וסיבות נוספות, כמוכן) עשויות להסביר מדוע חלק ממהגרי העבודה אינם מהססים להפר כללים מסוימים, אשר המדינה המארחת מתייחסת אליהם ככללים מהותיים וקשיחים, ובראשם חוקי ההגירה.

בשנת 2002 הוקמה משטרת ההגירה – מנגנון מדינתי מכניע בעיקרו (אף כי תפקד, כמתואר לעיל, גם מנגנון מדינה אידאולוגי), אשר הוקם במיוחד לצורך הטיפול במהגרי העבודה. בד בבד, ובמהלך השנים, נתקבלו כמה החלטות ממשלה אשר קבעו יעדים ברורים למעצר ולגירוש של אזרחים זרים, במספרים שהגיעו לעשרות אלפים<sup>78</sup>. משרד האוצר עקב מקרוב אחר אופן הביצוע של החלטות ממשלה אלה, והדבר הוביל לסיטואציות מתמיהות ביותר, שבהן פקידי משרד האוצר נלווים לפעילות מבצעית של משטרת ההגירה<sup>79</sup>. היעדים הממשלתיים בדבר הרחקה של עשרות אלפי מהגרי עבודה בשנה, ותחושת השליחות שננסכה, כך נראה, בליבותיהם של שוטרי משטרת ההגירה ופקידי יחידת האכיפה של משרד הפנים, גרמה להם לעתים לפעול בכוחניות, ואף בניגוד לדין, והכול על מנת לעצור

77 Douglas S. Massey, *Theories of International Migration: A Review and Appraisal*, 3 *POPULATION & DEVELOPMENT REVIEW* 431, 442 (1993): "למרות שמהגר עשוי להיות מודע לכך שעבודה זרה היא בעלת סטטוס נמוך במדינה שאליה הגיע, הוא אינו תופס את עצמו כחלק מהחברה הקולטת. תחת זאת, הוא רואה את עצמו כחבר בקהילת המוצא שלו, שבה עבודה בחו"ל ותשלומים במטבע זר מעניקים למבצעים או למקבלים אותם כבוד ויוקרה".

78 ראו לדוגמה: החלטה 2328 של הממשלה ה-29 "השתלבות ישראלים בשוק העבודה במקום עובדים זרים" (30.7.2002), שבה הוחלט כי אחד מן היעדים של פעולות האכיפה בנושא עובדים זרים יהיה "להביא ליציאתם מישראל של לפחות 50,000 עובדים זרים השהים בישראל ללא אשרת עבודה תקפה, מתוכם הרחקה של לפחות 30,000 עובדים זרים כאמור"; החלטה 99 של הממשלה ה-30 "תוכנית המשך לטיפול בנושא עובדים זרים" (25.3.2003), שבה הוחלט לתקן את החלטה 2328 הנ"ל, ולקבוע במקומה כי "יעד פעולות האכיפה בשנת 2003 יהיה יציאתם מישראל של לפחות 100,000 עובדים זרים השהים בה שלא כדין, ובכללם לפחות 60,000 זרים כאמור שיורחקו מישראל על ידי רשויות האכיפה; החלטה 4099 של הממשלה ה-30 "הגדלת אפשרויות התעסוקה של ישראלים" (9.8.2005), שבה נקבע כי "יעדי פעולות האכיפה בתחום העובדים הזרים של הגופים הממלכתיים האחראים לנושא לגבי שנת 2006 יהיו כדלקמן: יציאתם מישראל של לפחות 50,000 עובדים זרים השהים בה שלא כדין, ובכללם לפחות 25,000 שיורחקו מישראל על ידי רשויות האכיפה".

79 ו"ע 124-06 דגש עאטף נ' קצין התגמולים (פורסם בנבו, 15.7.2009).

ולגרש כמה שיותר בני אדם<sup>80</sup>. מנהלת ההגירה הפעילה מנגנון של מלשינים בתשלום (או בטובות הנאה אחרות)<sup>81</sup>, מקרב מהגרי העבודה<sup>82</sup> ומחוצה להם<sup>83</sup>, על מנת לאתר שוהים שלא כדין ולהרחיקם. ואמנם, שילוב הכוחות של משטרת ההגירה ושל משרד הפנים, אשר פעלו במקביל בין השנים 2002–2009<sup>84</sup>, תפקד כמכונה משומנת אשר עצרה והרחיקה אלפי מהגרי עבודה בשנה<sup>85</sup>.

אנו רואים אפוא שהפרת הכללים ההגמוניים, הקובעים שאין לאדם זכות לשהות במדינה שאינה מדינת אזרחותו, גוררת תגובה נמרצת של המנגנונים המכניעים בישראל. כאשר הזר מסרב לשתף פעולה עם המדינה ביציאתו מישראל, המנגנונים המכניעים, שעמם נמנה בית הדין למשמורת, פועלים באופן נמרץ במיוחד. החלטות בית הדין בעניינו של ליאו הם עדות מרתקת למרחק הרב שמוכן בית הדין למשמורת ללכת על מנת להכניע זר סורר, המסרב לציית לכללי המשחק של משטר ההגירה בישראל. אני סבור שנסיונות עניינו של ליאו הובילו את בית הדין להתנהגות אגרסיבית של מנגנון מכניע, אשר מסרב להשלים עם חוסר יכולתו להכניע בנסיבות העניין, ושעקב סירובו נרמסו גם זכויות יסוד של ליאו (אשר עומדות לו ללא כל קשר לשאלה אם עצם הימצאותו בישראל הנה כדין אם לאו). ניתוח המקרה של ליאו יסייע לנו לבחון מקרוב, כמקרה מבחן, מה קורה כאשר מנגנון מדינה מכניע אינו מצליח להכניע.

### 3. ליאו במכש מנגנוני המדינה המכניעים

לפני שאנו פונים לנתח את החלטות בית הדין בעניינו של ליאו, ראוי להזכיר את הוראות חוק הכניסה לישראל. סעיף 113(א) לחוק קובע שממונה ביקורת הגבולות רשאי לשחרר בערובה שוהה שלא כדין, אשר הוצא נגדו צו הרחקה, בנסיבות מסוימות, המפורטות באותו

80 ראו לדוגמה: ע"ב 1389/04 גרטי נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 22.6.05); ע"ע 502/05 גרטי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 25.7.2006); בג"ץ 2442/02 קיסס נ' השר לבטחון פנים (פורסם בנבו, 4.6.2002).

81 בעת"מ 558/07 התנועה לחופש המידע נ' מנהלת ההגירה (פורסם בנבו, 16.9.2008) דחה בית המשפט לעניינים מנהליים עתירה לקבלת נתונים בדבר הסכומים המדויקים ששולמו על ידי משטרת ההגירה למודיעים לצורך קבלת מידע המיועד לסייע במעצרו של עובדים זרים ללא רישיון, וכן את הרשימה המלאה של טובות הנאה שניתנו או הובטחו למודיעים תמורת הסיוע שסיפקו, וזאת בנימוק שהמידע חוסה תחת הסייג הקבוע בס' 14(א)(9) לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

82 עת"מ 1295/07 ויורל נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 5.11.2007).

83 ע"ב 4305/06 מוני בנייה ופיתוח בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 25.7.2006).

84 ב-1.7.2009 עברו סמכויות האכיפה של משטרת ההגירה לידי יחידת "עוז" של משרד הפנים.

85 קמפ ורייכמן, לעיל ה"ש 70, בעמ' 135–138.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

סעיף. אחת מאותן נסיבות היא שאותו אדם "שוהה במשמורת יותר מ-60 ימים ברציפות"<sup>86</sup>. ואולם סעיף 13(ב) קובע כי "על אף הוראות סעיף קטן (א), לא ישוחרר בערובה שוהה שלא כדין אם התקיים אחד מאלה: (1) הרחקתו מישראל נמנעת או מתעכבת בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצדו, לרבות לעניין הבהרת זהותו או להסדרת הליכי הרחקתו מישראל". על פי סעיף 13טו(א) לחוק, קריטריונים כמעט זהים לשחרור חלים גם על בית הדין למשמורת, המקיים ביקורת שיפוטית על החלטת ממונה ביקורת הגבולות.

המחוקק אפוא הביע דעתו, שאמנם יש לשחרר שוהה שלא כדין המצוי במעצר שישים יום<sup>87</sup>, אולם אין לעשות כן בנוגע לשוהה שלא כדין אשר אינו משתף פעולה. המחוקק שתק, עם זאת, באשר לשאלה **עד מתי יש להחזיק במעצר זר כאמור אשר אינו משתף פעולה**. המחוקק כמו מסרב להעלות על דעתו סיטואציה של סירוב ממושך, מצד העצור, לשותף פעולה. אכן, ההגמוניה פועלת, בין השאר, בדרך של שתיקה על אודות מה שאמור להיות בלתי-אפשרי (גם אם בפועל הוא אפשרי). כך נותר בית הדין כמעט לבדו במערכה, ונגזר עליו להתמודד עם התנהגותו נוגדת ההגמוניה של ליאו.

החלטותיו הראשונות של בית הדין למשמורת אכן מגלות זעם רב, ואף תסכול נוכח חוסר "שיתוף הפעולה" של ליאו, דבר המסכל את גירושו מישראל. בהחלטתה מיום 16.3.2004 – למעלה משלוש שנים מיום מעצרו של ליאו – כותבת הדיינת בבלי-לארי, באותיות מודגשות: "מאחר והמוחזק [כך במקור] מסרב למסור את פרטיו המזהים כמו גם את לאומו – אין סיכוי שאורה על שחרורו בשום תנאי". היא גם מורה למשטרת ההגירה "לחקור את המוחזק לאלתר ובאופן אינטנסיבי, עד שתוברר זהותו ומולדתו". היא מבטאת את תסכולה הרב נוכח אי-הרחקתו של ליאו מישראל במהלך אותן השנים: "החזקת המוחזק במשמורת עלתה עד כה למדינת ישראל למעלה מ-150,000 ש"ח !!! אין ספק בלבי כי שכירת חוקר אשר יחקור את המוחזק לעניין זהותו הייתה עולה למשל המיסים פחות". למרות הכעס והתסכול של הדיינת, נראה שהיא עדיין לא התייאשה כליל מיכולתם של מנגנוני המדינה המכניעים בישראל לסיים את מלאכת ההרחקה של ליאו: "אמנם", היא כותבת, "המוחזק הוא [...] 'אגוז קשה לפיצוח', אולם גורמי החקירה בישראל הצליחו לפצח, בעבר אגוזים קשים ממנו".

תגובתה של הדיינת מלמדת על סוג אחד של תגובה של מנגנוני מדינה מכניעים. מנגנונים אלה, אשר פועלים על דרך הכוח, נוטים במקרים של תסכול נוכח אי-השגת יעדיהם, להפעיל כוח נוסף. על כן מורה הדיינת על חקירה אינטנסיבית של המוחזק. שהייה של שלוש שנים במעצר לא דרבנה את ליאו לחשוף את זהותו? ב"חקירה אינטנסיבית",

86 ס' 13(א)(4) לחוק הכניסה לישראל.

87 בר"ם 173/03 מדינת ישראל נ' סלאמה (פורסם בנבו, 9.5.2005).

סבורה הדיינת, לא יוכל לעמוד. הוא יישבר ויחשוף את הפרטים הנדרשים. מה הכוונה ב"חקירה אינטנסיבית", אגב, לא פירטה הדיינת. ראוי להזכיר שבשיטות משפט מערביות מודרניות, חקירת אדם על דרך העינויים אסורה<sup>88</sup>. גישה זו, של מנגנוני מדינה מכניעים שאינם מוכנים לקבל את האפשרות שלא יצליחו לעמוד ביעדיהם, באה לידי ביטוי גם בפרשת מטמבו<sup>89</sup>. כדאי להתעכב על פרשה זו, כדי להיווכח שהמקרה של ליאו אינו כה יוצא דופן כפי שאולי נדמה. אותו עניין עסק באישה אשר הגישה בקשה למקלט מדיני בישראל. היא הציגה את עצמה כאזרחית זימבאבוה, טענה שהשמידה את דרכונה, ואין לה כל מסמך מזהה. הנציגות בישראל של נציבות האו"ם לפליטים, אשר ראינה אותה, הגיעה למסקנה כי האישה לא הוכיחה את עובדת היותה אזרחית זימבאבוה, ומכאן שאינה זכאית למקלט מדיני. על בסיס חוות דעת זו דחה משרד הפנים את בקשת המקלט של האישה. סמוך לאחר מכן נעצרה והושמה במעצר. בפני בית הדין למשמורת המשיכה האישה לטעון שהיא אזרחית זימבאבוה, ושאינן ככוונתה לצאת מישראל, אלא לשוב ולפנות לנציבות האו"ם לפליטים. בית הדין סירב לשחררה ממעצר. כחמישה חודשים לאחר מעצרה הגישה האישה עתירה מנהלית באמצעות עורכת דינה. לאחר הגשת העתירה, הציגה האישה העתק של תעודת לידה מזימבאבוה. ואולם שלטונות זימבאבוה קבעו שמדובר בתעודה מזויפת. השופטת גדות, אשר דנה בעתירה, גילתה כעס רב כלפי הרשויות אשר אינן מטפלות כראוי במקרים של זרים אשר אינם משתפים פעולה ובכך מסכלים את גירושם שלהם מישראל. בהחלטה מיום 17.10.2007 (אשר מצוטטת בפסק הדין) היא קבעה כדלקמן:

1. בית משפט זה נתקל פעמים רבות, רבות מדי, במקרים שבהם שוהים בלתי חוקיים אינם משתפים פעולה עם צו הרחקה, אינם מוסרים מרצונם פרטים ולעתים גם מתכחשים לאזרחותם, לארצם הנטענת.
2. בתיקים רבים נתקל בית המשפט בתגובות איטיות מדי של המשיב.
3. איני מעלה על הדעת כי מדינת חוק ריבונית ודמוקרטית איננה יכולה להרחיק אדם רק משום שהוא איננו משתף פעולה.

88 האמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים, לעיל ה"ש 67 ; בג"ץ 5100/94 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817 (1999).

89 עת"מ 1923/07 מטמבו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 20.1.2008) (להלן: עת"מ מטמבו).

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

4. עולה בי חשש כי הסיבה להתמשכותם של הליכים אלה היא חוסר טיפול יעיל ונמרץ מטעם משרד החוץ ו/או גורמים אחרים.

[...]

10. אי לכך העתירה נדחית לדיון נוסף [...] באותה ישיבה יתייצב מנכ"ל משרד החוץ או מי ממשרדו אשר יאיר את עיני ביהמ"ש ויסביר מהם ההליכים בדיוק להרחקתו של שוהה זר מישראל אשר אינו משתף פעולה"<sup>90</sup>.

האמור בסעיף 3 להחלטה זו, "איני מעלה על הדעת כי מדינת חוק [...] איננה יכולה להרחיק אדם רק משום שהוא איננו משתף פעולה" מבטא את סירובו של המנגנון המכניע להכיר בחוסר יכולתו (או בחוסר יכולתה של המערכת שהוא חלק ממנה) להכניע. כפי שנראה להלן, השופטת גדות המשיכה לדבוק בעמדה זו גם לאחר שהתייצבו בפניה בישיבה העוקבת שני עובדי מדינה, אשר פירטו את המגבלות הבלתי-פתירות ביכולת ההרחקה של אנשים שאינם משתפים פעולה (בעניין חשיפת זהותם), כמו גם של אנשים המגיעים ממדינות שאין לישראל יחסים דיפלומטיים אתן. ראש מדור קשרי חוץ ועובדים זרים בחטיבה הקונסולרית של משרד החוץ, אשר התייצבה בפני השופטת גדות, אמרה לבית המשפט ללא כחל וסרק ש"אם מדינת המקור של הזר לא משתפת פעולה, אין לנו מה לעשות ואנו מודיעים זאת למנהלת ההגירה" (ההדגשה שלי – י.ל.). בדומה, הצהירה קצינת תיאום נציבות זרות במנהלת ההגירה בפני השופטת ש"אדם אינו יכול לצאת את גבולותיה של כל מדינה ללא מסמך נסיעה, וללא שיתוף פעולה של אותו אדם יכולים להיווצר קשיים רבים בהרחקתו".

חרף דברים אלה, כותבת השופטת גדות בפסק דינה, כאילו מעולם לא שמעה את עדויותיהם הנ"ל של אנשי הרשויות, "לתומי סברתי כי המשיב יזרו את טיפולו וידאג להרחקת העותרת מהארץ"<sup>91</sup>. לאיזו מדינה היה אמור משרד הפנים לגרש את העותרת, אם היא טוענת שהיא מזימבאבווה, וזימבאבווה מכחישה טענה זו? השופטת גדות אינה מפרטת בדבר. תחת זאת, היא חוזרת על עמדתה שלפיה "אין זה מתקבל על הדעת כי לא קיימת דרך להרחקתו של אדם השוהה בישראל שלא כדין, גם ללא הסכמתו". כידוע, אמירות מסוג "לא ייתכן", "אין זה מתקבל על הדעת", "מובן מאליו כי" ודומיהן אין צורך לנמק. אכן, כפי שצוין לעיל, "עובדות הגמוניות" לא רק שאינן ניתנות להפרכה, אלא שלא עולה על הדעת אפילו לבדוק אותן. כך פועלת השופטת גדות במקרה דנן. היא חוזרת

90 שם, פס' 11 לפסק דינה של השופטת גדות.

91 שם, פס' 14.

וטוענת שהאפשרות שמדינת ישראל איננה יכולה להרחיק את העותרת היא "אפשרות שאיננה נראית לי סבירה"<sup>92</sup>, ומכאן לכאורה ש"מדינת ישראל יכולה להרחיק את העותרת גם ללא שיתוף פעולה, אך היא איננה עושה כן במהירות הראויה"<sup>93</sup>. בנסיבות אלה, היא מחליטה לשחרר את העותרת בערבות. נראה שבהחלטתה זו מבקשת השופטת גדות להעניש את המנגנונים המכניעים (משרד הפנים, משרד החוץ, משטרת ההגירה), אשר התרשלו לדעתה במילוי תפקידם.

על פסק דין זה הגישה המדינה ערעור. לאחר שמורה בית המשפט העליון על עיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט המחוזי<sup>94</sup>, הוא מקבל את הערעור<sup>95</sup>, ומורה על המשך מעצרה של גב' מטמבו. הוא מנמק את קביעתו במילים הבאות:

"בית המשפט המחוזי קיבל את העתירה שהוגשה מטעם המשיבה לאחר שסבר שאין זה מתקבל על-הדעת כי לא קיימת דרך להרחקתו של אדם ששוהה בישראל שלא-כדין, גם ללא הסכמתו, וסבר כי אין עוד מקום להחזיק את המשיבה במשמורת. תוצאה זו אין לקבל בעיקר מהטעם שהמשיבה עצמה היא שמונעת את הרחקתה לארץ מוצאה, בעצם העובדה שהיא השמידה נתונים מזהים על אודותיה ומסרבת לגלות נתוני אמת בנוגע לעברה. מפתחות הכלא הם לפיכך בידיה והיא בחרה במודע שלא לעשות בהם שימוש"<sup>96</sup>.

אנו רואים אפוא שבית המשפט העליון מסרב להטיל על רשויות המדינה את האחריות לכך שהאישה טרם הורחקה מישראל. לכאורה אפוא הוא אינו שותף לעמדת השופטת גדות ש"לא יעלה על הדעת" שמדינת ישראל לא תוכל להרחיק משטחה אדם, רק מכיוון שזה מסרב "לשתף פעולה"; כלומר, הוא מכיר בכך שמנגנוני המדינה המכניעים אינם כל יכולים. ואולם מצד שני, נראה כי המשמעות האופרטיבית של החלטתו הנה שבית המשפט טרם הרים ידיים באשר ליכולת ההרחקה של רשויות המדינה, גם בנסיבות של זר המסרב לשתף פעולה. שהרי בית המשפט העליון הורה על המשך שהיית האישה במעצר (וזאת לאחר שישבה כבר חמישה-עשר חודשים בכלא), ואילו על פי פסיקתו שלו החזקה

92 שם, פס' 16.

93 שם.

94 ע"ע"ם 1793/08 מדינת ישראל נ' מטמבו (החלטת השופט גרוניס מיום 5.3.2008) (להלן: ע"ע"ם מטמבו); ההחלטה פורסמה באתר בתי המשפט: [elyon2.court.gov.il/files/08/930/](http://elyon2.court.gov.il/files/08/930/) (נבדק לאחרונה ב-11.8.2010).

95 ע"ע"ם 1793/08 מדינת ישראל נ' מטמבו (פורסם בנבו, 25.6.2008) (להלן: עניין מטמבו).

96 שם.



מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

ב"משמורת" על פי חוק הכניסה לישראל אינה באה לשרת מטרה עונשית, אלא נועדה אך ורק לקדם את הליך ההרחקה, כאשר הדבר אפשרי<sup>97</sup>. מכאן נובע, לכאורה, שבית המשפט העליון עודו מאמין כי באמצעות הפעלת כוח נוסף (המשך ההחזקה במעצר) אכן תוכנע הזרה הסוררת. כלומר: על פי בית המשפט העליון, מנגנון המדינה המכניע (אשר הוא חלק ממנו) צריך להמשיך במאמצי ההכנעה.

בהמשך פסק הדין אומר בית המשפט העליון את הדברים הבאים:

"אכן, העובדה שהמשיבה מצויה, בשל התנהגותה, במעצר יוצרת מציאות קשה ומן הראוי שהמערערת תיתן דעתה לצורך למצוא פתרון מהיר ויעיל בעניינה של המשיבה ובמקרים אחרים מסוג זה. על המערערת לשקול במסגרת המאמצים האלה את האפשרות לשחרר את המשיבה לתקופה מוגבלת בערבויות מתאימות, על מנת לאפשר לה בתוך פרק זמן מוגדר לנקוט בפעולות כדי לקדם את האפשרות שתוכל לעזוב את ישראל. מאליה מובן כי בהינתן ההזדמנות הזו, על המשיבה לנצל אותה, שאם לא כן היא עשויה לשוב ולהיעצר"<sup>98</sup>.

בכל הכבוד, דבריו של בית המשפט העליון באותה פסקה סתומים, ואין בהם כדי להתמודד עם השאלות הקשות שהמקרה מעורר. אל פתחו של בית המשפט העליון התגלגלה שאלה קשה: מה ייעשה עם אדם אשר שרוי במעצר על פי חוק הכניסה לישראל, אלא שהרחקתו מהמדינה אינה מתאפשרת, בגין סירובו של אותו אדם לגלות מהי מדינת אזרחותו (על פי עמדת הרשויות). מדובר בדילמה לא פשוטה: מצד אחד, אין זה ראוי (מבחינת התפיסה ההגמונית של אזרחות) לאפשר לאדם "לכפות" המשך שהייה לא חוקית על המדינה, על דרך של סירוב להזדהות בפני השלטונות<sup>99</sup> (ובאופן כללי יותר: אין זה ראוי לאפשר לאדם לכפות על המדינה, בדרך מניפולטיבית, פתרון שפירושו עקיפת דרישות הדין). מצד שני, אין זה מקובל במדינה דמוקרטית-ליברלית להחזיק אדם חודשים ושנים במעצר, כאשר מועד השחרור אינו נראה באופק, והכול בגין עברה, שאינה נחשבת לעברה פלילית חמורה, של שהייה שלא כדין. נקרא לדילמה זו "דילמת הזר שמסרב להזדהות".

97 בג"ץ 1468/90 **בן ישראל נ' שר הפנים**, פ"ד מד(4) 149, 151–152 (1990); עניין **אל טאיי**, לעיל ה"ש 67, בעמ' 851.

98 עניין **מטמבו**, לעיל ה"ש 95.

99 ראו לדוגמה בג"ץ 332/87 **בן שלמה נ' שר הפנים**, פ"ד מג(3) 353, 356 (1989): "אין להעמיד את רשויות המדינה במצב, שבו חייבות הן להיכנע לתחבולותיהם של המתמידים בשהייה במדינה בניגוד לחוק".

למרבח הצער, בית המשפט העליון מתחמק מההתמודדות עם דילמה זו. הוא כותב, אמנם, כפי שצוטט לעיל, שעובדת שהייתה הארוכה של גב' מטמבו במעצר "יוצרת מציאות קשה" – דבר שמרמז על מודעותו לדילמה שהוצגה לעיל, אך בהמשך מתברר שבית המשפט אינו מתכוון להתמודד עמה, אלא להטיל את האחריות לפתרון התסבוכת על גב' מטמבו<sup>100</sup>. מקריאת המשפט העוקב, ברור שבמילה "לה" מתכוון בית המשפט למשיבה (דהיינו, לגב' מטמבו). כלומר, בית המשפט העליון חוזר להנחיה שלפיה על גב' מטמבו לפעול ליציאתה מישראל, וזאת אף על פי שמהחלטות בית הדין למשמורת, מהחלטות בית המשפט לעניינים מנהליים ומהחלטותיו שלו<sup>101</sup>, עולה שאין לה כל כוונה לעשות כן. בהמשך, כותב בית המשפט העליון כי "מאליו מובן כי בהינתן ההודמנות הזו, על המשיבה לנצל אותה, שאם לא כן היא עשויה לשוב ולהיעצר". והרי לכם דרך מושלמת להימנע מלהכריע בסוגיה קשה, והיא: האם ניתן להחזיק במעצר ללא הגבלה שוהה שלא כדין, המסרב להזדהות בפני שלטונות המדינה (או המוסר להם פרטים שקריים)? ואם לא – מהו משך הזמן הסביר להחזקת אדם כאמור במעצר (או על פי אילו קריטריונים יקבע משך הזמן)? והאם יש מקום לקבוע הוראות נוספות באשר לאופן הטיפול במקרה מעין זה (כמו, למשל, מינוי עורך דין מטעם המדינה)?

התמודדות עם דילמת הזר שמסרב להזדהות היא קשה ומסוכנת למערך המדינתי ההגמוני בתחום ההגירה, שכן כל ויתור לזר שמסרב להזדהות (כלומר, שחרורו ממעצר) פירושו כרסום במערך ההגירה הישראלי, אשר מציג את עצמו כבעל כוח בלתי נדלה לאיתור, מעצר וגירוש של שוהים שלא כדין בישראל. ויתור, כאמור, אם ייוודע ברבים, עלול גם להתפשט כאש בשדה קוצים: מי יתקע לידינו שזרים נוספים לא ינקטו אותה הדרך (סירוב להזדהות), רק על מנת להמשיך ולהישאר בישראל? מאידך גיסא, סירוב לשחרר את הזר המסרב להזדהות בכל מחיר, גם לאחר שהייתו במעצר שנים ארוכות, עלול לפגוע בתדמית הליברלית של מדינת ישראל, ולמעשה עלול לעמוד גם בסתירה לתקדימי בית המשפט העליון עצמו<sup>102</sup>. בית המשפט העליון עושה אפוא מאמץ אקרויטי על מנת להתחמק מהתמודדות עם הדילמה. בית הדין למשמורת, בדונו בעניינו של ליאו, פועל באופן דומה.

הבה נשוב אפוא לעניינו של ליאו. ראינו שכל עוד דנה הדיינת בבלי-לארי במקרה של ליאו, גישתה הייתה: "מה שלא עובד בכוח – יעבוד בעוד יותר כוח". היא סירבה לקבל את

100 כפי שעולה מהציטוט הצמוד לה"ש 98.

101 ראו גם החלטת השופט גרוניס מיום 5.3.2008, לעיל ה"ש 94, שבה קיבל את בקשת המדינה לעיכוב ביצוע פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים, בין השאר "לאור היעדר שיתוף פעולה מצד המשיבה שמצא ביטוי בצורות שונות".

102 ראו עניין **בן ישראל**, לעיל ה"ש 97; עניין **אל טאיי**, לעיל ה"ש 67.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

האפשרות שכוחם של מנגנוני המדינה המכניעים מוגבל, ועל כן לא מצאה לנכון להתמודד עם דילמת הזר שמסרב להזדהות. אם חקירה אינטנסיבית תחליף מפיו של ליאו את ארץ אזרחותו, הרי שאין כל סיבה לדבר על דילמה: הבעיה ניתנת לפתרון. נראה שעם קבלת התיק של ליאו לידיה של הדיינת בן שאול ויס השתנתה הגישה. בן שאול ויס קבעה כבר מהחלטתה הראשונה בעניינו של ליאו כי "המוחזק צודק באומרו כי לא שינה את דעתו, וככל הנראה לא ישנה אותה". כלומר, יש כאן ראשית הכרה באפשרות שזהותו של ליאו לא תיורדע לעולם לשלטונות המדינה. אמנם הדיינת מבקשת שוב שטביעות אצבעותיו של ליאו יועברו לאינטרפול, אך לא נראה שהיא תולה בכך תקוות גדולות. תחת זאת, היא פותחת באותה החלטה בקו החדש, הלא הוא הקו הפסיכיאטרי. בהחלטתה מיום 2.2.2005, המבהירה את החלטתה מיום 27.1.2005, מבקשת הדיינת מרשויות השב"ס לקבל חוות דעת פסיכיאטרית "האם המוחזק כשיר, מבחינה נפשית, להיות במעצר".

תיוג אדם כחולה נפש או כבעל בעיה פסיכיאטרית הוא דרך ידועה של השלטון והחברה להגיב למגוון התנהגויות נוגדות הגמוניה של בני אדם<sup>103</sup>. זוהי דרך מתוחכמת ביותר של מנגנוני המדינה להתמודד עם התנהגות חתרנית: הכנעתו של האדם בעל ההתנהגות נוגדת ההגמוניה אינה כרוכה עוד בהפעלת אמצעים לשינוי דרכיו. תחת זאת, המנגנונים האידאולוגיים פועלים לתיוגו כמשוגע, ובכך מגדירים את התנהגותו נוגדת ההגמוניה, מניה וביה, כבלתי-רציונלית וכמגוחכת, ומכאן ככזו שאינה מאיימת על הסדר ההגמוני. ככל שאין די בכך, מנגנונים מכניעים מסוג אחר (חוק הטיפול בחולי נפש, הפסיכיאטר המחוזי, בתי החולים הפסיכיאטרים) יכולים לפעול לצורך אשפוזו הכפוי של האדם, דבר שיביא לידי הרחקתו מן העולם ההגמוני באופן פיזי ממש<sup>104</sup>.

103 מישל פוקו **תולדות המיניות – הרצון לדעת** כרך ראשון 39–40 (גבריאל אש מתרגם, 1996); מישל פוקו **תולדות השיגעון בעידן התבונה** (אהרן אמיר מתרגם, 1986).

104 אבקש להדגיש, שהטיעון שלי אינו נעוץ בעמדה פוסט-מודרנית רדיקלית, שלפיה אין כל דרך "מדעית" להבחין בין "שפוי" לבין "משוגע". הטיעון, שלפיו תיוגו של ליאו כמשוגע אפשר לבית הדין להתחמק מהודאה בכישלונו כמנגנון מכניע, תקף גם מבלי לנקוט עמדה זו. ראשית, כיצד רק לאחר יותר מארבע שנות מעצר, הגיע בית הדין למשמורת למסקנה של ליאו אינו יציב בנפשו (או לפחות שעולה חשש כי אינו יציב בנפשו?). מדובר בתקופה ארוכה ביותר של ישיבה מאחורי סורג ובריח, ולכאורה תמוה שבית הדין למשמורת סירב לבחון אפשרות זו לעומק קודם לכן. שנית, אפילו ניתן לקבוע שמבחינה קלינית ליאו הנו חולה נפש, הרי אין בכך כדי לגרוע מהטענה שלי, שיש בסיווג זה כדי לאפשר לבית הדין מוצא מהתסבוכת שאליה נקלע: חשיפת אזלת ידו של בית הדין מול זר סרבן. בית הדין, כפי שאראה להלן, משתמש בסיווגו של ליאו כחולה נפש כפתח מילוט. הוא מורה על שחרורו של ליאו על בסיס חוסר שפיותו, ובכך נמנע מלהודות שהרים ידיים בנוגע לחוסר יכולתו לגרשו מישראל.

בניגוד לדיינת בבלי-לארי אשר נקטה את הגישה המסורתית של ההגנה על הסדר ההגמוני (אדם שסטה מן הסדר ההגמוני ייענש על ידי מנגנוני המדינה המכניעים עד שישנה דרכיו), הדיינת בן שאול ויס נוקטת דרך מתוחכמת יותר לשמירה על הסדר ההגמוני: תיוגו של ליאו כמשוגע, דבר שמסביר, לשיטתה, את התנהגותו נוגדת ההגמוניה. גישתה זו של הדיינת בן שאול ויס מועילה יותר למנגנוני המדינה בנסיבות העניין, שכן תיוגו של ליאו כמשוגע מעקר את ההכרח להכיר בכישלונם של המנגנונים המכניעים להכניע. שהרי משוגעים, מעצם הגדרתם (ועל פי התפיסה המסורתית-עממית של חולי נפש), אינם חלק ממערך החיים הנורמטיבי, ואנו אף נמנעים מלהחיל על מעשיהם שיפוט מוסרי (או משפטי), נוכח מוגבלותם.

על ההבחנה הדיכוטומית בין "שפוי" לבין "משוגע", ועל המשמעות האופרטיבית של הבחנה זו עבור זר שמסרב לגלות את ארץ מוצאו, ניתן ללמוד מהחלטתה של בן שאול ויס מיום 10.5.2005. הדיינת כותבת כי נוכח העובדה שלא נערכה לליאו בדיקה פסיכיאטרית "נמצא המוחזק במשמורת [...] מבלי שניתן לדעת האם הוא עושה זאת מבחירה חופשית (ואז אין מניעה, להבנתי, להחמיר את תנאי החזקתו) או שכושר השיפוט שלו פגום, ונמצאו מחזיקים חולה נפש במשמורת, ללא טעם, תוחלת, או צידוק מוסרי".

על פי חלוקה זו של הדיינת בן שאול ויס, ישנם שני תסריטים אפשריים: האחד, ליאו בריא בנפשו ("הוא עושה זאת מבחירה חופשית"), שאז המנגנון המכניע צריך לפעול ביתר שאת להכנעתו ("אין מניעה [...] להחמיר את תנאי החזקתו"); השני, ליאו חולה נפש, שאז יש לשחררו ממעצרו (שכן אין "טעם, תוחלת או צידוק מוסרי" להחזיק חולה נפש במעצר). אנו רואים אפוא שהדיינת בן שאול ויס מצאה דרך מקורית לעקוף את הצורך להתמודד עם דילמת הזר שמסרב להזדהות. אם רק תצליח להוכיח שליאו חולה נפש, לא יהיה צורך להתמודד עם הדילמה, שכן מקובל בשיטתנו המשפטית (ובתפיסתנו המוסרית) שאין מענישים חולי נפש (אלא, לכל היותר, מטפלים בהם). ואכן, נראה כי הדיינת בן שאול ויס גמרה אומר בלבה להוכיח שליאו משוגע, ויהי מה. מהחלטה להחלטה ניתן לחוש את התגברות השכנוע העצמי של הדיינת באשר לנכונות הרעיון שפיתחה (ליאו משוגע, ועל כן יש לשחררו ממשמורת), והיא מוכנה ללכת רחוק מאוד על מנת להוציאו אל הפועל.

כך, לדוגמה, מאז נקיטת הקו הפסיכיאטרי באותה החלטה מיום 27.1.2005, נתנה הדיינת לא פחות משמונה החלטות נוספות בעניינו של ליאו, אך אף לא באחת מהן מתועדים "דברי המוחזק במשמורת", ונראה כי כולן נתקבלו "בהיעדר". נראה שברגע שתייגה הדיינת בן שאול ויס את ליאו כ"לא שפוי", לא היה עוד טעם מבחינתה בשיח ושיג עמו. כפי שכותב עדי אופיר, ברוח פוקיאנית, "בין השפוי ללא שפוי אין אפשרות של

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

קומוניקציה", שכן "מן הרגע שבו פצה המשוגע את פיו יש לדיבורו רק משמעות אחת, דיבורו יובן תמיד כסימפטום של מחלה"<sup>105</sup>.

כזכור, לאחר שהורתה בן שאול ויס לשלטונות שב"ס לערוך לליאו בדיקה פסיכיאטרית, נודע לה שהללו מסרבים לעשות כן, נוכח התנגדותו של ליאו לעבור את הבדיקה, והיעדר סמכות חוקית לבצע בדיקה פסיכיאטרית כפויה, בנסיבות העניין. לכאורה, במצב זה היה על הדיינת להתמודד עם דילמת הזר המסרב להזדהות, ולהחליט אם יש להמשיך ולהחזיק את ליאו במעצר לאחר ארבע שנים וחצי של שהייה מאחורי סורג ובריח, אם לאו. ואולם הדיינת אינה מוכנה לזנוח את התכנית שרקמה להתחמקות מהתמודדות עם הדילמה. תחת זאת, היא מקדמת תכנית חדשה, מפתיעה במקוריותה ובתעוזתה, ולפיה הרשויות המוסמכות (התביעה המשטרתית או הפרקליטות) יגישו כנגד ליאו כתב אישום, וכך יוכל בית המשפט שידון בהליך הפלילי לכפות על ליאו בדיקה פסיכיאטרית – הכול על פי סעיף חוק, שאיתרה ומצאה, המסמיך בית משפט פלילי לעשות כן.

משלב זה ואילך התנהלותה של בן שאול ויס עיקשת ונחושה. היא עושה כן, למרות קשיים משפטיים של ממש, אשר אמורים היו להיות ידועים לה היטב כמשפטנית. לכאורה, הגשת כתב אישום מתוך מניע ברור ויחיד של עריכת בדיקה פסיכיאטרית כפויה לאדם, הנה בבחינת פעולה מנהלית הנגועה בשיקולים זרים, וככזו היא עומדת בניגוד לכללי המשפט המנהלי<sup>106</sup>. דרך נוספת לתקוף הגשת כתב אישום כאמור, היא באמצעות סעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי ("הגנה מן הצדק"). בנוסף, ספק רב אם החלטה לשלוח אדם שנאשם בעברה פלילית לא חמורה של שהייה שלא כדין<sup>107</sup> (אשר בדרך כלל אין מגישים בגינה כתב אישום, אלא מסתפקים בגירושו של השוהה שלא כדין מהמדינה) לבדיקה פסיכיאטרית כפויה, עומדת בדרישת המידתיות. כל זאת, לבד לעצם העובדה – אשר הוכרה על ידי הדיינת עצמה – שאין לה כל סמכות לכפות על מי מרשויות המדינה לפעול להגשת כתב אישום כנגד מאן דהוא.

כתב אישום לא הוגש בסופו של דבר נגד ליאו, אולי בגלל הקשיים המשפטיים שעמדתי עליהם, ואולי מסיבות אחרות. הרשויות ביכרו לסכור פיהן, חרף הפצרותיה של הדיינת.

105 עדי אופיר "על מישל פוקו ועל תולדות השיגעון בעידן התבונה" מישל פוקו תולדות השיגעון בעידן התבונה 218 (אהרן אמיר מתרגם, 1986).

106 על תחולת כללי המשפט המנהלי (ובהם הכלל האוסר עשיית מעשה מנהלי מתוך "שיקולים זרים" או ל"מטרות זרות") על ההחלטה להעמיד לדין פלילי, ראו בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485 (1990); בג"ץ 329/81 נוף נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לז(4) 326 (1983); בג"ץ 6396/96 זקין נ' ראש עיריית באר-שבע, פ"ד נג(3) 289 (1999).

107 ס' 12 לחוק הכניסה לישראל.

ביום 13.9.2005 כתבה בן שאול ויס: "כיוון שלדעתי אין בית הדין למשמורת מהווה אופציית מאסר עולם למי שאינו שפוי בנפשו (בוחן המציאות שלו לקוי), ואני סבורה כי יש יסוד לחשש סביר כי המוחזק אכן חולה נפש, לא אמתין יותר". היא עושה שימוש בהוראת סעיף 113(א)(3) לחוק הכניסה לישראל, הדן באדם אשר "מחמת גילו או מצב בריאותו החזקתו עלולה לגרום נזק לבריאותו", ומורה על שחרורו ממעצרו<sup>108</sup>. היא מוסיפה ומורה, כי "המוחזק [...] יעזוב את הארץ לא יאוחר מתוך שנה זולת אם יקבל אשרת שהיה חוקית ממשרד הפנים". באופן אירוני, משמעות החלטתה זו של הדיינת היא שבמשך שנה מיום שחרורו של ליאו, הוא נחשב למי ששוהה בישראל כדין<sup>109</sup>.

## ד. סוף דבר

חלק מהקוראים בוודאי לא יגלה אמפתיה רבה לליאו, אדם המסרב לגלות את זהותו, ובסופו של דבר מצליח לכופף את ידה של מדינת ישראל ולצאת לחופשי, מצויד באישור שהייה לשנה לפחות. בסופו של דבר, יטענו אותם הקוראים, אנו חיים בעולם שבו עקרון הריבונות של המדינה מוכר ומקובל. גם אם ראוי לשנות עיקרון זה, ולעבור לסדר גלובלי המקדם צדק חלוקתי בדרך טובה יותר, הדבר צריך להיעשות תוך שיתוף פעולה בין-לאומי, ואין לדרוש ממדינת ישראל להיות חלוצה בעניין זה. מכאן שדרישתה של המדינה מליאו שיעזוב את גבולותיה, הייתה לגיטימית.

מאמר זה אינו דן, עם זאת, בשאלה אם היה לליאו צידוק חוקי או מוסרי להישאר בשטחי המדינה אם לאו. המאמר יוצא מנקודת ההנחה שהמדינה הייתה רשאית, מבחינה משפטית, להרחיקו מישראל, ואולי אף לעצרו לצורך כך<sup>110</sup>. הסוגיה שהמאמר מתמקד בה

108 מבחינה משפטית, החלטתה של הדיינת שגויה, לפחות ככל שהיא מתבססת על הוראות חוק הכניסה לישראל בלבד. ס' 113(ב) סיפה קובע שככל שמדובר באדם אשר הרחקתו מתעכבת בשל היעדר שיתוף פעולה מלא מצדו, הרי בית הדין רשאי להורות על שחרורו מסיבות בריאותיות רק ככל ש"אין דרך אחרת למנוע את הנזק לבריאותו". הדיינת לא בדקה אם אין דרך אחרת למנוע את "הנזק לבריאותו" של ליאו במסגרת הכלא. למעשה, כלל לא ברור ש"בריאותו" (הנפשית) של ליאו מחוץ לכותלי הכלא תהא טובה יותר מזו בין כותלי הכלא.

109 עע"ס 334/04 דרקואה נ' משרד הפנים, פ"ד נח(3) 354, 369 (2004).

110 למרות זאת, עמדת האישית הנה שבנסיבות העניין היה מקום להכיר בסרבנותו של ליאו לקיים את הוראות חוק הכניסה לישראל כסרבנות על רקע דת או מצפון, שאין להעניש בגינה – לא באופן פלילי ולא באופן מנהלי. ראו לעיל ה"ש 22. איש מאנשי רשויות המדינה לא ניסה לברר סוגיה זו, למיטב ידיעתי.

מעצרו ושחרורו לחופשי של הזר שסירב להזדהות

היא אופן התנהלות הרשויות במצב שבו אדם מסרב לשתף עמן פעולה לצורך גירוש מהמדינה.

ניתוח המקרה של ליאו מלמד על האופן הכוחני שבו מגיבות הרשויות נוכח היעדר שיתוף פעולה של הזר בהרחקתו. התגובה היא בעלת אופי מצ'ואיסטי ממש: לא נאפשר לאדם אחד בודד וחלש לכופף את המדינה החזקה. המערכת נאחזת במנטרות כגון "לא יעלה על הדעת שלא נצליח להרחיק אדם רק משום שאינו משתף פעולה", אף על פי שהמציאות מלמדת שזוהי דווקא אפשרות ממשית. ההתעלמות המוחלטת מאפשרות זו גורמת לרשויות המדינה לנקוט צעדים קיצוניים נגד אותו אדם, מתוך אמונה שכוח יפתור את הבעיה. וכך בני אדם מוחזקים חודשים ושנים ארוכות במעצרים הרחק מעין הציבור, ולעתים מבלי שאיש, למעט אנשי הרשויות, יודע על קיומם. ליאו, כזכור, ישב כמעט חמש שנים במעצר מבלי שאיש – אף לא בית הדין למשמורת – דאג למנות לו עורך דין. אף עיתונאי לא ידע על קיומו. הדיינת בבלי-לארי קבעה ש"המוחזק אינו משוגע כפי שהוא מנסה להצטייר" והורתה למשטרה "לחקור את המוחזק לאלתר ובאופן אינטנסיבי, עד שתוברר זהותו ומולדתו". כמוה, כך גם בית המשפט העליון בפרשת מטמבו שנדונה לעיל, סירב לקחת בחשבון את האפשרות שהאזרח הזר לא יישבר. הסירוב להכיר באפשרות זו, מוביל את המערכת המשפטית להמשיך ולהתעלם מדילמת הזר המסרב להזדהות, דילמה שראוי היה לתת את הדעת עליה.

מבחינה פוליטית-אסטרטגית (להבדיל ממשפטית ולוגית) ייתכן שהסירוב לדון בדילמת הזר המסרב להזדהות משרת את רשויות המדינה באופן אופטימלי. משטר של עמימות הוא, לא אחת, משטר המשליט כוח באופן הטוב ביותר, על ידי מי שהחלטה (על פי הכללים העמומים, או היעדר הכללים) נתונה בידיו<sup>111</sup>. כלל ברור ("אדם המסרב לגלות זהותו ישוחרר בתוך שנה ממעצר") עשוי לסייע לזרים לכלכל צעדיהם, ואולי לדרבן חלק מהם שלא לגלות זהותם, ובלבד שיוכלו להשתחרר לאחר אותו פרק זמן. היעדר הכלל, או היותו עמום מסייע, כאמור, לרשויות המדינה בהשגת יעדיהם, ואולם – ספק רב אם הוא עומד בנורמות של זכויות אדם.

עניינו של ליאו הסתיים ללא דיון בדילמת הזר המסרב להזדהות, ותוך שמירה על עמימות נורמטיבית. הדיינת בן שאול ויס תייגה את ליאו כלא שפוי – אף שלא הייתה לה כל אסמכתה מקצועית (פסיכיאטרית) שגיבתה את אבחנתה. בכך פתרה הדיינת את התסבוכת

John Calvin Jeffries, *Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes*, 71 111 VA. L. REV. 189, 195 (footnote 15) (1985); Zach Georgopolous, *Soviet and Chinese Criminal Dissent Laws: Glasnost v. Tienanmen*, 14 HASTINGS INT'L & COMP. L. REV. 479 (1991).

שאליה נקלעו רשויות ההגירה עקב התנהגותו של ליאו (שאיים לגלות ש"המלך הוא עירום") תוך ספיגת נזק מינימלי למשטר ההגירה ההגמוני<sup>112</sup>. בדרך נפגעו כמה מזכויות האדם של ליאו, אבל בכך לא גילו הרשויות כל עניין.

112 ייתכן שאנשי משרד המשפטים ביכרו שלא להגיש כתב אישום נגד ליאו מסיבה זו ממש. שכן מה היה קורה אילו היו מגישים כתב אישום, והייתה נערכת לליאו בדיקה פסיכיאטרית כפוייה שממצאיה היו מעלים שמדובר באדם שפוי? כיצד אז הייתה נפתרת התסבוכת בעניינו של ליאו, מבלי לגרום למשטר ההגירה הישראלי נזק רב יותר?