

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט לערעורים

1. בעניין: _____ חמדאן, ת"ז _____
2. _____ חמדאן, ת"ז (5/א) _____
- תושבי עיסאווייה, ירושלים**

ע"י ב"כ עוה"ד אוסאמה חלבי ו/או מחמוד רבאח
מטעם המוקד להגנת הפרט (ע"ר)
מרח' א-זהרא 14
ת.ד. 51596, ירושלים 91514
טל. 02-6261051 פקס 02-6261375

המערערים

נ ג ד

1. **ממשלת ישראל**
2. **שר הפנים**
3. **מנהל הלשכה האזורית למנהל האוכלוסין במזרח ירושלים**

ע"י פרקליטות המדינה
מרח' צלאח א-דין 29, ירושלים

המשיבים

כתב ערעור

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים **בעת"מ 439/03** (כב' השופטת יהודית צור) שניתן ביום 30/9/03 (אשר העתקו נמסר לידי ב"כ המערערים ביום 10/10/03) **לפיו נדחתה עתירתם של המערערים** נגד החלטת משרד הפנים לסרב "מטעמים פליליים" לבקשת איחוד המשפחה (האחמ"ש) של המערער 2 שהגישה עבורו המערערת 1, **וחוייבו בהוצאות המשיבים בסך 3,000 ש"ח.**

*** העתק מפסק הדין של בית המשפט קמא מצ"ב ומסומן **"נספח א"**.

ואלה נימוקי הערעור:

1. טעה בית המשפט הנכבד משקבע כי החלטת משרד הפנים שניתנה ביום 2/6/02 לפיה סירב לאשר את בקשת האחמ"ש "מטעמים פליליים" (להלן: "החלטת הסירוב") הינה החלטה סבירה, מעוגנת ומבוססת כראוי ומשלא התערב בה.
2. טעה בית המשפט קמא משלא קיבל את טענת המערערים ומשלא קבע כי המשיבים לא נתנו בדיון שקדם להחלטת הסירוב (ולא בהחלטה גופה) משקל כלשהו או לא נתנו משקל ראוי לפסק דינו של בית המשפט העליון בע"פ 5404/01

המזכה את המערער 2 ואשר קבע כי : "ההליך שהתנהל לפני בית המשפט המחוזי היה לא תקין" ובהמשך כי "אנו מקבלים את הערעור, מבטלים את הרשעת המערערים ומזכים אותם מהאישומים שבהם הואשמו" (להלן : "פסק הדין המזכה").

3. טעה בית המשפט משלא נתן בעצמו את המשקל הראוי לפסק הדין המזכה של בית המשפט העליון, ומשלא קבע שלא די בהצהרת המשיבים שהם מכבדים החלטה זו ומשלא קבע כי יש בהחלטת הזיכוי כדי להשליך על שאלת קיומן של "ראיות מנהליות", וודאי על שאלת משקלן במקרה דנן.

4. טעה בית המשפט קמא משלא קבע כי כל אחת מהנסיבות/העובדות הבאות מחייבת קבלת העתירה וביטול החלטת הסירוב כהחלטה לא סבירה :

(א) בית המשפט העליון זיכה את המערער 2 שלא מחמת הספק וזאת לאחר ששמע טענות ב"כ הצדדים ועיין בהודעת הערעור ובהודעת הערעור המתוקנת (ההודעה צורפה לסיכומי המערערים בבית המשפט קמא וסומנה ע/30).

(ב) פסק דינו המזכה של בית המשפט העליון נשלח למשיבים ביום 4/6/02 ולא היה בפני מקבל החלטת הסירוב שכאמור ניתנה ביום 2/6/02. ואם נערך דיון נוסף אחרי תאריך 4/6/02 הרי הוא לא היה ענייני כדי "לצאת ידי חובה" כי המשיבי 2 או מי מטעמו פעל כרשות "הנעולה על החלטתה הקודמת".

(ג) העדר ראיות מנהליות "חיצוניות" על "עבר פלילי" נוספות לחומר החקירה שהיה בתיק בית המשפט ושהיה חלק מהליך שיפוטי שבתחילתו הורשע המערער 2 ובסופו זוכה. היינו המערער 2 איננו "עברייני מקצועי" והפשיעה איננה "לחם חוקו".

(ד) העדר אפשרות בפני העותר 2, לאחר זיכוי, לבקש משפט חוזר ולקיים דיון נוסף בעניינו כדי להביא לזיכוי מוחלט היינו זיכוי אגב דיון בחומר הראיות שרק הוא, כך נראה, מספק את המשיבים ואת בית המשפט קמא.

(ה) קיימות סתירות מהותיות בין חלק מ"הראיות המנהליות" עליהן מסתמכים המשיבים לבין עצמן (הודעות "עדי התביעה" בעיקר) וראיות אלו אינן ברורות וחד משמעיות לצורך הוכחת "אשמתו" של המערער 2. בנוסף, עם ביטול ההרשעה בבית המשפט המחוזי בוטל החיזוק שלטענת המשיבים סיפקה החלטת ההרשעה ל"ראיות המנהליות".

(ו) העדר דיון ממשי (להבדיל מאיזכור) מצד המשיבים בהודעות "עדי ההגנה" שבתוך הראיות המנהליות לא בכתב התשובה ולא עובר להגשת העתירה. בנוסף, לא ניתן משקל כלשהו על ידי משיב 2 להודעות אלו מול

המשקל שנתן להודעות התצפיתנים והשוטרים שהם "עדי התביעה", כפי שהדבר משתקף בכתב התשובה.

ז) המשיב 2 או מי מטעמו לא התייחס להודעת הערעור ולהודעת הערעור המתוקנת ולפרוטוקולי הדיון בבית המשפט העליון במסגרת ע"פ 5404/01 כששקל את "הראיות המנהליות" בעניינו של המערער 2 חרף העובדה שהטענות שהועלו בהודעות הערעור מתייחסות לסתירות ולחסרונות בהודעות עדי התביעה עליהן השתית המשיב 2 או מי מטעמו את החלטתו בדבר קיום "טעמים פליליים" ואת סירובו לבקשת האחמ"ש.

ח) תוצאת החלטתם של המשיבים משמעותה הענשתו בשנית של המערער 2 שזוכה בידי בית המשפט העליון לאחר ישיבה בכלא במשך כ- 5 חודשים. החלטת הסירבו, בנסיבות העניין, היתה פגיעה במידה העולה על הנדרש בזכות החוקתית של כבוד המקבצת בתוכה הזכות לקיים חיי משפחה נורמליים.

ט) גם אם מוסמכים המשיבים "להעניש" את המערער 2 בגין האירוע בו הורשע בבית המשפט המחוזי וממנו זוכה ע"י בית משפט נכבד זה – הרה שהחלטת הסירוב שקולה כבחירה ב"עונש" הקיצוני ביותר שמשמעותו פירוק התא המשפחתי של המערערים, ביטול יכולתם להמשיך ולקיים חיי משפחה ופגיעה בזכותם החוקתית לכבוד. זאת במקום החלטה דרסטית פחות ופוגעת פחות כגון: הארכת ההסדר המדורג בתקופה נוספת כדי "לוודא" שאכן המערער 2 איננו "עבריין מקצועי" והפשיעה איננה "לחם חוקן" ולא נשקפת ממנו סכנה לביטחון הציבור או המדינה והיו דברים מעולם.

5. לחילופין, טעה בית המשפט קמא משלא קבע שמשקלן המצטבר של הנסיבות/העובדות המנויות בסעיף 4 לעיל מחייב קבלת העתירה וביטול החלטת משרד הפנים כהחלטה לא סבירה.

6. המערערים יטענו כי, לאור המפורט להלן, טעה בית המשפט קמא משדחה את טענת המערערים לקיום חולשה ניכרת "בראיות המנהליות" ואף סתירות בין הראיות השונות עליהן הסתמכו המשיבים המערערים את מהימנותן ומפחיתות את משקלן, וטעה משקבע כי "הראיות המנהליות" שעמדו בבסיס החלטת המשיבים "מבססות בצורה סבירה את מעורבותו של העותר בביצוע העבירה ואת החלטת המשיב לסרב לבקשת העותר":

א) מעמד זריקת בקבוק התבערה (בו הוחשד והורשע וממנו זוכה המערער 2) לא נראה/נצפה ע"י מי מ"עדי התביעה" ורק לאחר שנזרק הבקת"ב ראה השוטר/העד סולמי להבה סמוך לבית ולאחר מכן ראה שניים בורחים(הודעתו מיום 23/3/01, נספח ה לכתב התשובה, עמ' 1, ש' 12-15). גם התצפיתן _____, על עדותו התבסס כב' השופט בן זמרה והעדיפה

על עדות סולמי, לא ראה מי זרק את הבקת"ב (הודעת) _____ מיום 28/3/01 (נספח ג' לכתב התשובה) עמ' 2 ש' 13-15).

(ב) **לא נראה/לא ידוע מי משתי "הדמויות השחורות" זרקה את הבקת"ב.**
העד השוטר סולמי אומר "הבחנתי בשתי דמויות אבל לא יכולתי לראות את פניהן או צבעי בגדיהן בגלל שהאזור היה חשוך מכדי לראות הפנים והצבעים של הבגדים בבירור (הודעתו מיום 26/3/01, נספח ד' לכתב התשובה, עמ' 2 ש' 28 - עמ' 3, ש' 1-2). גם בהודעתו מיום 28/3/01 (נספח ה' לכתב התשובה) אומר סולמי כי ראה "שתי דמויות שחורות" (עמ' 2 ש' 18). גם העד _____ מודה שלא ניתן לזהות מי זרק את הבקת"ב (הודעת) _____ מיום 8/3/01, נספח ג' לכתב התשובה, עמ' 2 ש' 21).

(ג) **ישנן סתירות בתוך הודעת התצפיתן _____ מיום 28/3/03 (נספח ג' לכתב התשובה) באשר לאפשרות לזהות צבעים בלילה ממרחק 300 מ' (המרחק שלו מהבית) :** בעמ' 2 שורות 24-26 להודעתו הנ"ל, אומר ש"ניתן לזהות צבע של בגדים בצורה די ברורה אם זה בצבע בהיר אבל אם זה כהה כמו שחור וכחול אזי אי אפשר להבדיל ביניהם". ובעמ' 2 ש' 25-26 לאותה הודעה, כשנשאל לצבע הבגדים שלבשו השניים ענה (עמ' 2 ש' 27 עד עמ' 3 ש' 3) שאחד לבש חולצה או אפורה או שחורה (צבע לא בהיר! א.ח.). והשני לבש חולצה סגולה אדומה (אלה צבעים לא בהירים! א.ח.). מושכת את העין ולבש מכנס כהה". התוצאה ההגיונית של דבריו אלה שהיות ובגדי החשודים היו כההים ולא בהירים, הרי שהוא לא יכול היה לזהות את הצבע הספציפי!

(ד) **ועוד, יש סתירות בין הודעתו של התצפיתן _____ מיום 26/3/01 (נספח ב' לכתב התשובה) לבין הודעתו מיום 28/3/01 (נספח ג' לכתב התשובה) באשר לזיהוי השניים שזרקו את הבקת"ב ובעיקר לגבי העותר 2.**
בנספח ב' עמ' 1 שורות 23-26 עונה _____ בחיוב לשאלה אם האנשים שנמצאים בתחנת המשטרה הם אלה שזוהו על ידו כתצפיתן ומוסיף "לגבי המבוגר יותר (העותר 2 א.ח.) אני בטוח עוד יותר מכיוון שכאשר שניהם ברחו הביתה הוא זה שנעצר בכניסה לבית והסתובב לכיוון מקום זריקת הבקת"ב". ונזכור : מדובר בשעת לילה ובמרחק של 300 מטר ממקום התצפית ועד לבית. לעומת זאת, בנספח ג' לכתב התשובה נשאל אותו בוריס "האם עם האמצעים שהיו ברשותך יכול לזהות פנים ממרחק של שלוש מאות מטר בלילה?" והוא משיב בהחלטיות : "לא. זה בלתי אפשרי בלילה אבל ביום זה אפשרי" (עמ' 1 ש' 19-21). הכיצד יכל לדעת מי"המבוגר יותר" כשאיננו יכול לזהות פניהם של השניים שלטענתו זרקו בקת"ב? סתירות אלו אינן ניתנות ליישוב והן פוגמות ומכרסמות באמינות ובמשקל הודעותיו של העד הנ"ל.

(ה) **ישנן סתירות בין הודעות שני התצפיתנים גם בנוגע לכיוון הליכת משליכי הבקת"ב.** על כך עומד בית המשפט המתוזז בהכרעת דינו באומרו : "ער אני לאי ההתאמה שבין עדויות התצפיתנים ע"ת 1 ו _____ בכל הנוגע לכיוון הליכת משליכי הבקת"ב" (עמ' 7 לנספח יח' לכתב התשובה). אולם, השופט בן זמרה מחליט להעדיף עדותו של _____ על

עדותו של התצפיתן השני בנימוק שבידי בוריס היו אמצעי ראיה טובים יותר. אלא מאי? שוכח כב' השופט שהעד בוריס אומר שכשתרחקו מהבית זיהה אותם רק בתור דמויות וכי מיד כשסונוור ע"י הבקת"ב הפסיק להשתמש באמצעי ראיה הלילה ועבר להשתמש במשקפת רגילה (הודעת בוריס מיום 26/3/01, עמ' 2 ש' 10-15) שבאמצעותה לא ניתן לזהות פנים ולא צבעים בלילה. ועוד ובעיקר, כיוון ההליכה (להבדיל מטיב הראיה/הזיהוי של ההולך) איננו משתנה לפי טיב המשקפת שבידי התצפיתן. על כן, סיתרה נותרה לא מיושבת.

(ו) ישנן סתירות בין ההודעות בנוגע לחוזק התאורה בכניסה לבית : בעוד בהכרעת הדין (נספח יח' לכתב התשובה) השופט מציין שהתאורה בכניסה "חזקה" בהסתמכו על עדות אחד התצפיתנים, מציין עד התביעה "בוטבחה" בהודעתו מיום 23/3/03 (נספח חי' לכתב התשובה) כי "במקום יש תאורה אבל לא חזקה..". (עמ' 1 ש' 25).

(ז) גם הודעת העד "שרון צבן" (נספח ז' לכתב התשובה) מעלה תהיות וספקות באשר לזיהוי העותר 2 כאחד משני האנשים שלטענת התצפיתנים זרקו בקת"ב: בעמ' 3 להודעתו בתשובה לשאלה כיצד קישר בין הדיווח של התצפיתנים (המדברים על "דמויות שחורות" ולא יכולים לזהות פנים), לאנשים שעצר הוא טוען שהשניים עונים "לקריטריונים שהתצפיתן דיווח לי זאת אומרת שאחד מהם גבוהה ורזה והשני רזה וקצת יותר נמוך ממנו והם היו הכי צעירים בבית" (הדגשה לשי א.ח.). ראשית - אין הבדל של ממש בגובהה בין השניים ומי שרוצה לסמוך על ראיה מנהלית זו חייב, מטעמי הגינות ויושר לפחות, להתרשם ישירות האם אכן זהו תיאור נכון, והאם קיים הבדל ממשי בגובה בין השניים אם לאו. שנית - עובדה היא העולה מחומר הראיות עצמו (ראה הודעת העותר 2 נספח י' לכתב התשובה) שהמערער 2 איננו הכי צעיר ולא מ"הכי צעירים בבית" הוא היה בן 40+ ורק מר ע' מוסטפא האבא של בעל הבית וחמו של המערער 2 שנכח בבית היה מבוגר ממנו. כל השאר היו צעירים ממנו!!!

(יא) לעומת הסתירות בין ההודעות השונות של "עדי התביעה" ובתוך ההודעות עצמן כפי שראינו לעיל, אין סתירות וודאי לא סתירות מהותיות בנוגע לזריקת הבקת"בים לשאלה אם מישהו יצא מהבית לאחר שהמערער, חמו ובנו של האחרון נכנסו אליו. אין סתירות בין הודעת העותר 2 (נספח י' לכתב התשובה), להודעת ע' מוסטפא (נספח יד'), להודעת מ' מוסטפא (נספח טו') להודעת מ' מוסטפא (נספח יג' ולהודעת נ' מוסטפא (נספח טז' לכתב התשובה) (להלן : "עדי ההגנה").

7. טעה בית המשפט קמא משלא קבע כי בנסיבות העניין - כאשר אין בידי המערער, לאחר זיכוי, דרך משפטית להוכחת חפותו תוך שקילת הראיות לגופן- התעלמות המשיב 2 מהנטען בהודעת המערער ומהודעת הערור המתקנת ומהטענות שהועלו בהן ומפרוטוקולי הדיון בבית המשפט העליון במסגרת ע"פ 5404/01, הינה אידיקציה נוספת לחוסר הסבירות של החלטת הסירוב, וראיה

נוספת למגמתיות בה פעל משרד הפנים בעניינו של המערער 2 ולכך שהוא פעל כרשות הנעולה על החלטה מסויימת אותה קיבלה ביום 2/6/02 (close minded) עוד מלפני שעיינה, אם עיינה, בפסה"ד המזכה שהומצא לה לאחר התאריך הנ"ל.

8. לאור האמור בסעיף 6 לעיל, טעה בית המשפט קמא -

(א) משלא קיבל טענת המערערים ומשלא קבע כי "הראיות המנהליות" במקרה דנן אינן כאלה שאדם סביר היה מסתמך עליהן לקבלת ההחלטה נשוא העתירה.

(ב) משלא קבע כי אין מדובר ב"ראיות מינהליות חזקות, ברורות וחד משמעיות" לכך שהמערער 2 יידה בקבוק תבערה, ומשלא קבע, עקב כך, שלא מתקיים תנאי בסיסי והכרחי שהפסיקה קבעה כדי שראיות מנהליות יוכלו להוות בסיס להחלטה הדרסטית של המשיבים.

9. טעה בית המשפט קמא משלא קיבל טענות המערערים המפורטות להלן ומשלא קבע כי המקרה דנן שונה מהמקרים שעניינם "ראיות מנהליות" והנדונים בפסיקה אליה הפנו המשיבים לביסוס החלטת הסירוב ואף שונה מהמקרים ומהדוגמאות המובאים באותם פסקי דין:

(א) בשונה מהמקרה שנדון בבג"ץ 6177/92, 6163 אייזנברג ואח' נ. שר הבינוי והשיכון ואח' פ"ד מז (2), 229. עניינו במתן אפשרות למערער 2 להמשיך ולחיות עם אשתו וילדיו ולקיים חיי משפחה נורמאליים היינו בשימור מצב אינושי קיים שיאפשר אך את המשך שהייתו כחלק ממשפחה גרעינית ששאר חבריה הם תושבי ישראל, ולא במתן פריבילגיה ובמינוי למשרה בכירה בשירות הציבורי שתהיה לה השפעה מרחיקת לכת על חיי הציבור ואמונו בשירות הציבורי.

(ב) בשונה מהמערער 2 בעניין דנן, אותו אדם שלמינויו התנגדו בבג"צ 6177/92 הנ"ל לא הועמד לדין ולא זוכה.

(ג) המערער 2 לא ניחן בדיעבד במעין מעשה חסד מאוחר כמו אהוד יתום ב"אייזנברג". בבית המשפט העליון זוכה המערער 2 והרשעתו בוטלה בכל הנוגע לאשמות שמקורן אותו חומר ראיות שכיום המשיבים קוראים לו "ראיות מנהליות". זיכוי (של המערער 2 כאן) שלא כחנינה (של יתום בעניין "אייזנברג" המוחקת את ההרשעה לצורך אחד אך לא לצורך אחר כלפי רשות אחת אך לא כלפי רשות אחרת) מוחק את העבירה המיוחסת עצמה ויחד אתה את "העבר הפלילי" שמולידה או יכולה להוליד אותה עבירה. בכך מוחק הזיכוי כלפי כולי עלמא את "הטעם הפלילי" שנעוץ היה באותה עבירה ממנה זוכה ושניתן היה להשתמש בו נגד אותו אדם עד לזיכוי.

(ד) בשונה מבג"צ 6177/92 המערער 2 לא הודה בחקירתו בביצוע העבירה שיוחסה לו. היינו הוא לא הודה "בפני רשות מוסמכת". על כן, אין

מתקיימת במקרה דנן הדרישה/האפשרות להראות "דרך הוכחה אחרת" לקיומו של "עבר פלילי" (השווה : בג"צ "אייזנברג" הנ"ל, עמ' 267).

בשונה מהמקרה בבג"צ 1227/98 מלבסקי נ. שר הפנים פ"ד נב(4), 690, (להלן : בג"צ מלבסקי), וכפי שעולה מסעיף 6 לנימוקי הערעור, נגד המערער לא קיימות ראיות מנהליות "ברורות", חד משמעיות ומשכנעות "להוכחת" "עבר פלילי". החומר עליו מסתמכת המדינה, ואשר צורך לכתב התשובה וסומן כנספלים א-יח, איננו חד משמעי והסיטואציה שמתארים חלק מעדי התביעה סובלת יותר מפרשנות. כך למשל מעבר של אדם בשעת לילה הנצפה ממרחק של 300 מטר ויותר בסמוך לבית יכול להיראות כ"כניסה" של אותו אדם אל "תוך" הבית.

(ה)

אומנם בהתאם לפסה"ד בעניין "מלבסקי" הנ"ל כמו בפסה"ד בעניין "אייזנברג", קיומו של "עבר פלילי" איננו מוגבל למקרה בו קיימת הרשעה בפלילים, ואדם יכול להיחשב כ"בעל עבר פלילי" בטרם הורשע ע"י בית משפט. אולם, הלכה זו איננה בלתי מסויגת. בית המשפט העליון מבהיר כי אדם שלא הורשע ייחשב כ"בעל עבר פלילי" ובקשתו לעליה לישראל (במקרה של מלבסקי) לא תאושר רק אם "הפשיעה היא לחם חוקו" (עמ' 715) או אם "יש הוכחות למכביר כי הוא עבריין מקצועי..". (עמ' 716), אך מסיבה כלשהי עדיין לא נתפס ולא הורשע. כך למשל, נגד העותר "מלבסקי" היו ראיות מנהליות שכללו מסמכים "בהם נאמר כי נפתח תיק פלילי והוא נעצר והיה נתון לחקירה וכן כי הוא מבוקש ע"י המחלקה לטיפול בפשע המאורגן של משרד הפנים ברוסיה בגין ביצוע פשעים חמורים בעיר מוסקבה" (עמ' 712). ובנוסף, הראיות המנהליות הנ"ל שהיו בפני שר הפנים לביסוס "עברו הפלילי" של "מלבסקי" קיבלו חיזוק משמעותי ע"י פסק דין אחר בעניינו שניתן במסגרת בג"צ 7565/96 שעסק גם בחומר החסוי בו נאמר, בין השאר : "...נחה דעתנו כי יש בחומר כדי לחזק חיזוק של ממש את הראיות המנהליות שהיו בפני הרשות המינהלית...". (ראי עמ' 713 בבג"צ 1227/98 הנ"ל).

(ו)

ואם נשוב לעניינו, המערער לא רק שאיננו בעל "עבר פלילי" במובן הנ"ל אלא שהוא הועמד לדין וזוכה ע"י בית המשפט העליון מהאשמות שיוחסו לו. יתירה מזו, משצינו המשיבים סיבה ספציפית לסירוב לבקשת האחמ"ש היינו קיום "טעמים פליליים" הנעוצים באשמה ספציפית המיוחסות לעותר על סמך חומר חקירה מסוים, ומשזוכה המערער בסופו של הליך משפטי מאותה אשמה ספציפית שיוחסה לו בכתב אישום- הרי שמנועים המשיבים גם משפטית וגם מוסרית מלהתעלם מהזיכוי ומביטול האשמות, ומלטעון שהחלטתם מתבססת על "ראיות מנהליות" שאינן למעשה אלא אותו חומר חקירה שהיווה בסיס לאישומים מהם זוכה המערער בסופו של ההליך הפלילי. דברים אלה נטענים מקל וחומר בודענו שהמערער 2 איננו "עבריין מקצועי" ו"הפשיעה" איננה "לחם חוקו" ולמעשה אין למערער "עבר פלילי" נוסף מלבד האשמה של זריקת בקת"ב ממנה זוכה כאמור.

(ז)

10. טעה בית המשפט קמא משלא קבע כי החלטת הסירוב המתעלמת והעוקפת את פסק דינו של בית המשפט העליון (ע/16) היתה נגועה בחוסר תום לב : משאמר בית המשפט העליון דבריו הברורים לטובת המערער 2 ומשחלף המקור של "הטעמים הפליליים" מן העולם, המשיבים אינם רשאים לשלוף מתיק בית המשפט את חומר החקירה שהיווה בסיס להגשת כתב האישום, לכנותו "ראיות מנהליות" ולדבוק בטענה שקיימים "טעמים פליליים" המצדיקים את עמדתם.

11. (א) טעה בית המשפט קמא משדחה את טענות העותרים (מבלי שדן בהן לגופן) נגד הכרעת הדין (של כב' השופט בן-זמרה) שהרשיע את המערער 2 בנימוק ש"החלטת המשיב מבוססת כראוי על חומר החקירה ולא על פסק הדין (צ.ל. הכרעת הדין א.ח.). של בית המשפט המחוזי" (פסקה 22 לפסק הדין נושא הערעור א.ח.).

(ב) טעותו של בית המשפט קמא נובעת גם מן העובדה שהמשיבים התבססו על הכרעת הדין המרשיעה כחלק מ"הראיות המנהליות" וצירפו אותה כנספח יח' לכתב התשובה. יתירה מזו, המשיבים ראו בהכרעת הדין החלטה ה"מחזקת את עמדת המדינה שיש ראיות מנהליות המצדיקות את החלטת משרד הפנים" (סעי' 20 לכתב התשובה א.ח.).

(ג) משהסתמכו המשיבים על הכרעת דינו של כב' השופט בן-זמרה, נסללה הדרך בפני המערערים לטעון נגד עמדת המשיבים הנ"ל ונגד הכרעת-הדין כאחד. על כן, טענו וטוענים המערערים, כי משובטלה אותה החלטה "מחזקת", ונקבע על ידי בית המשפט העליון כי ההליך שהביא ללידתה היה "לא תקין" – הרי שפסק-דינו המרשיע של בית המשפט המחוזי אויין ועמו אויינו יכולתו לחזק החלטה אחרת וגם כל האשמות שהמדינה ביקשה לייחס למערער 2.

(ד) המערערים טוענים כי עיון בהכרעת הדין הנ"ל שכאמור היתה חלק מהראיות המנהליות עליהן הסתמכו המשיבים לביסוס החלטת הסירוב, מלמד כי שם התואר "לא תקין" בו נקט בית המשפט העליון לתיאור ההליך שהתנהל בפני כב' השופט בן-זמרה היה ביטוי של לשון עדינה ומאופקת מאד, וכי עיון זה מחזק את טענת המערערים שבית המשפט קמא טעה משלא נתן משקל ראוי להחלטת הזיכוי של בית המשפט העליון ומשלא קבע שבנסיבות העניין אין הצדקה לצעד הדרסטי בו נקטו המשיבים : סירוב לבקשת האחמ"ש "מטעמים פליליים". להמחשת טענה זו חוזרים המערערים על טענותיהם נגד הכרעת הדין שהועלו בסיכומיהם בבית משפט קמא ואשר לא נדונו לגופן :

(1) בחומר הראיות (שהפך מאוחר היותר ל"ראיות מנהליות") אין ביסוס ל"קביעת" בית המשפט המחוזי בהכרעת דינו בעמ' 5 ש' 13-14 שהבקת"בים "הוכנו בבית או בחצר האחורית שלו". זוהי "שליפה מהמותן" נמהרת, מוזרה וחסרת ביסוס הנוגדת/סותרת קביעת בית המשפט עצמו באותו עמוד שורות 16-17 לפיה : "לא

נמצאו בבית או בסביבתו שיירי אריזה של הבקת"בים, קרעי בדים או סימני בנזין.. (הדגשה שלי א.ח.)."

(2) קביעתו של השופט בן זמרה בעמ' 5 ש' 17-20 להכרעת דינו ש"לא נתברר אם אכן בוצעה בדיקה יסודית למציאת סימנים ליצירת הבקת"בים בו (לבית בו נעצר המערער 2 א.ח.), מבססת "מחדל חקירתי" והעדר ראיה ומן הדין היה שקביעה זו תפעל לטובת הנאשמים באותו תיק ולא להיפך כפי שעשה השופט בצעד לא הגיוני ולא מובן.

(3) בחומר הראיות אין ראיה המבססת את קביעת השופט בן-זמרה בהכרעת הדין לפיה המערער 2 והאדם האחר שהואשם אתו הכינו בקבת"ב נוסף ע"מ להשליכו. מכל מקום על הבקת"ב הנוסף שלא נעשה בו שימוש לא נמצאו טביעות אצבע וודאי לא של המערער 2.

(4) בעמוד 5 בשורות 7-20 להכרעת הדין ממציא כב' השופט "עובדות" שאין להן ביסוס בחומר הראיות: האחת - הנאשמים קבעו "בסיס פעולתם בבית קרוביהם". השניה - הבקת"בים הוכנו באותו בית או בתצר האחורית שלו. השלישית - "העדים (עדי ההגנה) חברו כאחד להצלת הנאשמים **ולהצלת עצמם כשותפים לעבירה**". הרביעית - הנאשמים ובני משפחתם הסתירו היטב כל סימן ליצירת הבקת"בים. הקביעות התמוהות האלו שאינן מגובות בחומר הראיות הן חלק מ"ההליך הלא תקין" אליו כיוון בית המשפט העליון בפסק דינו המזכה לאור הטענות המפורטות שהועלו בהקשר זה בהודעת הערעור המתוקנת שהוגשה לבית המשפט העליון במסגרת ע"פ 5404/01 אליה לא התייחס המשיב 2 כששקל את "הראיות המנהליות" בעניינו של המערער 2 (חרף העובדה שהטענות שהועלו בהודעה מתייחסות לסתירות ולחסרונות בהודעות של עדי התביעה עליהן השתית המשיב 2 או מי מטעמו את החלטתו בדבר קיום "טעמים פליליים" ואת סירובו לבקשת האחמ"ש כתוצאה מכך).

(5) לא מובן מדוע וכיצד העדר סתירה בין עדויות עדי ההגנה פעל דווקא לרעת הנאשמים בתיק, ולא מובן מדוע השופט בן זמרה מאשים את העדים (שלא הוחשדו בדבר ולא עמדו למשפט בפניו כ"מי שחברו כאחד להצלת הנאשמים ולהצלת עצמם כשותפים לעבירה!!!") (שורות 1-6 בעמ' 5 להכרעת הדין). למערערים נראה שמדובר בתוצאה של השפעת דבריו של השופט קודם לכן (עמ' 5 ש' 1-5) עליו עצמו עד כדי כך שהוא איננו מבחין בין "נאשם" לקרוב משפחה שלו, ורואה את כל "הצד הערבי" (במאבק בין "העם הפלשתינאי" לבין "ההתיישבות היהודית") בתיק, לרבות העדים, כאשם.

12. לאור האמור לעיל, טעה בית המשפט קמא משלא קבע כי המשיבים פעלו מתוך שיקולים לא ענייניים ולא רלבנטיים וכי דין החלטה בעניינו של המערער 2 להתבטל גם מטעם זה.

13. טעה בית המשפט קמא משלא קבע, כטענת המערערים, כי החלטת הסירוב (ע/16) פוגעת בזכותם לקיים חיי משפחה תקינים הנגזרת מזכותם החוקתית לכבוד הכוללת בתוכה את הזכות ל"סיפוק צרכים בסיסיים לקיום האנושי", ומשלא קבע כי מהזכות לכבוד, במובנה זה, נגזרת גם זכותם של העותרים לאיחוד משפחה שבלעדיו אינם יכולים לקיים חיי משפחה כאמור.

*** ראה/י: א. בדק, פרשנות במשפט, הוצאת נבו, ירושלים, 1994, כרך 3, 423.

14. (א) לאור המקובץ לעיל, טעה בית המשפט קמא משאשר את החלטת המשיבים לסרב לבקשת האחמ"ש מ"טעמים פליליים". פסק דינו של בית המשפט קמא המאשר החלטה מנהלית לא סבירה, שרירותית ולא מאוזנת הפוגעת למעלה מן הנדרש בזכות חוקתית של העותרים לקיים חיי משפחה, ולא נותנת משקל ראוי לזיכוי של המערער – הינו פסק-דין מוטעה שבית משפט נכבד זה מתבקש לשנותו.

(ב) פסק דינו של בית המשפט קמא מוטעה גם בשל התוצאה הקשה והלא צודקת אליה הוא מוביל: המערער מזוכה מהאשמה שנבעה מאותן "ראיות מנהליות" עליהן מתבססים המשיבים בהחלטתם לסרב לבקשת האחמ"ש מ"טעמים פליליים", אך זיכוי זה (שאומנם לא התבסס על ניתוח הראיות אך איננו זיכוי טכני) איננו מספיק להוכחת חפותו בפני המשיבים. זאת כאשר אין למערער "עבר פלילי" אחר, ולא פתוחה בפניו דרך אחרת משפטית להוכיח חפותו בדרך שתירצה את המשיבים אף לא באמצעות משפט חוזר שכן "מי שזוכה בדינו לא יכול לבקש משפט חוזר". זהו מצב בלתי נסבל ופסק-הדין נושא הערעור משרה אווירה לא בריאה של חוסר ודאות (באשר אדם יכול להיחשב "בעל עבר פלילי" חרף זיכוי), ומערער את אימון הציבור במערכת המשפטית כאחד.

*** לביסוס הטענה של אי-יכולתו של העותר 2 לבקש משפט חוזר ראה/י: מח 2763/90 בלאו נ. מדינת ישראל, פ"ד מד(3), עמ' 224, 226 וראה/י גם: י. קדמי, על סדר הדין בפלילים, חלק שני, ספר שני, עמ' 1230 והאסמכתאות אליהם מפנה.

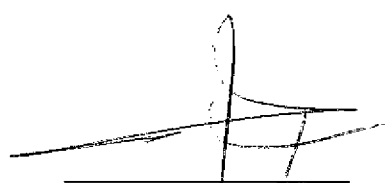
15. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד –

(א) לקבל את הערעור, להורות על ביטול פסק דינו של בית המשפט קמא, על ביטול החלטת הסירוב ולחייב את המשיבים להעניק למערער 2 תושבות קבע בהתאם ל"הסדר המדורג" עליו הוסכם עם המשיבים במסגרת בג"צ 7505/96 חמדאן נ. שר הפנים ואח' ואשר החל ביום 30/10/96. לחילופין – במידה ובית משפט נכבד זה יקבע שהמשיבים היו מוסמכים לשקול

"נקיטת צעדים" נגד המערער 2 חרף זיכוי- מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע שהחלטת הסירוב איננה סבירה בנסיבות העניין, ולהורות על הארכת "ההסדר המדורג" למשך תקופה שלא תעלה על שנתיים נוספות החל מיום 30/1/03 הוא תאריך סיום "ההסדר המדורג" המקורי, וכן לחייב את המשיבים בהוצאות משפט ובשכר טירחת עו"ד.

(ב) **לעכב את ביצוע פסק-דין של בית המשפט קמא** לרבות מניעת גירוש ו/או הוצאתו של המערער 2 מתחומי המדינה. זאת לאור העובדה שביום 22/10/03 וביום 24/10/03 פנה ב"כ המערערים באמצעות הפקסימליה לבית המשפט קמא בבקשה לעיכוב ביצוע אך, בשל העיצומים, ונכון ליום הגשת ערעור זה, לא הודע למערערים דבר ובית המשפט קמא לא הודיע על עיכוב כמבוקש.

*** העתק מבקשת העיכוב מצ"ב ומסומן "נספח ב".


 אוסאמה חלבי, עו"ד
 ב"כ המערערים

Hamdan23/Atirot/Usama