

בבית המשפט העליון
בשבתו כבית משפט הגבוה לצדק

בג"ץ 6079/17

בעניין:

1. _____ נתשה, ת"ז _____
2. _____ נתשה, ת"ז _____
3. _____ נתשה, ת"ז _____ (קטינה, ילידת 29.6.2002)
4. _____ נתשה, ת"ז _____ (קטינה, ילידת 20.7.2004)
5. _____ נתשה, ת"ז _____ (קטין, יליד 30.9.2009)
6. _____ נתשה, ת"ז _____ (קטין, יליד 10.2.2016)
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין
אחסתרבה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או
ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או עביר גיוראן-דכוור (מ"ר 44346)
ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או
אלירן בללי (מ"ר 73940)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. **שר הפנים**
2. **הוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים**

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם, מדוע לא יקבלו החלטה בעניינם של העותרים וישדרגו את מעמדה בישראל של העותרת 2, בדרך של מתן מעמד של תושבות ארעית מסוג א/5, במסגרת בקשה לאיחוד משפחות שהגיש עבורה בעלה, העותר 1. זאת, בהתאם להודעת המשיב 1 שניתנה במסגרת בג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים ביום 11.4.2016.

הבסיס להגשת העתירה לבג"ץ

בשנת 2014 נכנס לתוקפו תיקון מס' 22 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **החוק**). במסגרת התיקון נקבע בסעיף 13כג לחוק כי בתי הדין לעררים ידונו בכל החלטה של רשות בענייני כניסה לישראל, שהייה וישיבה בישראל או יציאה ממנה, או בענייני אזרחות, בין היתר לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), למעט

החלטות לפי סעיפים 1א3 (החלטות הוועדה ההומניטארית). ללמדנו, החלטות מכוח סעיף 1א3 יידונו בבג"ץ.

ביום 11.4.2016 הגישו המשיבים בבג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים (תלוי ועומד) הודעה, במסגרתה נמסרה החלטת שר הפנים (המשיב 1 בעתירה דנן), שנוסחה כדלקמן:

בד בבד, שר הפנים החליט לאשר את שדרוג מעמדם של מי שמחזיקים בהיתרי שהייה בישראל ואשר הגישו בקשות לאיחוד משפחות בהתאם להליך המדורג עד לסוף שנת 2003 (והבקשות אושרו), כך שיינתן להם... רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5. השדרוג ייעשה בכפוף לעמידה בתנאים הדרושים לשם בחינת בקשות מעין אלה (קרי, הוכחת מרכז חיים בישראל, הוכחת כנות קשר הנישואין והמשך קיומו, והיעדר מניעה ביטחונית ופלילית). **בהתאם לכך, שר הפנים הנחה את הוועדה המקצועית המייעצת לשר הפנים לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה... [להלן: הוועדה ההומניטארית – ד.ש.], כי מי שיימצא כעומד בתנאים שלעיל, ישודרג מעמדו ומעמד ילדיו הקטינים ישודרג כאמור.**

(הדגשה זו וההדגשות האחרות בעתירה הן שלי – ד.ש.).

העתק ההודעה מצורף ומסומן ע/1.

לפיכך, והואיל והעתירה זכאן עוסקת בהחלטה שאמורה להתקבל בהתאם להודעת המשיב 1 דלעיל, קרי במסגרת סעיף 1א3 להוראת השעה, הסמכות לדון בה מסורה לבית משפט נכבד זה.

הצדדים לעתירה

1. **העותרת 2** (להלן: **העותרת**), ילידת 1980, היא תושבת השטחים במקור, ואשתו של **העותר 1** (להלן: **העותר**, וביחד: **בני הזוג**), תושב ישראל יליד 1975. בני הזוג הם הוריהם של **העותרים 3-6** (להלן: **הילדים**), תושבי ישראל (לבני הזוג עוד שתי בנות בגירות, תושבות ירושלים, שאינן צד להליך זה). העותרת מתגוררת בירושלים מאז שנת 1997, ומאז שנת 2003 חיה בישראל מכוח היתרי שהייה מתחדשים.
2. **העותרת 7** (**המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**), היא עמותת רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. **המשיב 1** (להלן: **המשיב**), הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. הוא אשר פרסם את החלטתו דלעיל שהודעה ביום 11.4.2016, המנחה את המשיבה 2 להחליט בעניינים כגון זה הנדון בעתירה זו.

4. **המשיבה 2** (להלן: **המשיבה**, ועם המשיב 1: **המשיבים**), הינה הוועדה לעניינים הומניטאריים, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה.

עיקרי העובדות

5. העותרת, ילידת 16.4.1980, תושבת השטחים הכבושים במקור, נישאה בחודש יוני שנת 1997, לפני עשרים שנה, לעותר, יליד 19.10.1975, תושב מדינת ישראל.
- העתקים מתעודות הזהות של העותר, העותרת וחווה הנישואין מצורפים ומסומנים **ע/2**, **ע/3** ו-**ע/4**, בהתאמה.
6. מאז הנישואין מתגוררים בני הזוג בדירה בבעלות הוריו של העותר בשכונת ראס אל-עמוד שבירושלים.
7. ברבות השנים נולדו לבני הזוג שישה ילדים, אשר ארבעה מתוכם (שעודם קטינים) הם צד לעתירה. כל השישה נולדו בירושלים והם תושבי קבע של מדינת ישראל, אשר מתגוררים בעיר כל ימיהם. ____ (העותרת 3) נולדה בירושלים ביום 29.6.2002; ____ (העותרת 4) נולדה בירושלים ביום 20.7.2004; ____ (העותר 5) נולד בירושלים ביום 30.9.2009; ו ____ (העותר 6) נולד בירושלים ביום 10.2.2016. לילדים קשרים טובים מאוד עם בני משפחתם מצד אביהם, המתגוררים אף הם בירושלים. הילדים מתחנכים בירושלים מגיל הגן ועד היום, עת הם תלמידי בתי ספר בעיר. חבריהם ירושלמים. כל חייהם מתנהלים כאן מאז ומתמיד.
- צילום מספח תעודת הזהות של העותר בו רשומים ילדיו מצורף וסומן **ע/2**.
8. מרכז חיי העותרים נמצא בכל מובן בירושלים, זה שנים ארוכות: המשפחה חיה כאמור בעיר זה כשני עשורים; העותרים מתפרנסים בעיר מעבודתו של העותר בעבודות מזדמנות; הילדים ____, ו____ מתחנכים במוסדות לימוד בירושלים (הבן קטן מאוד ועודו שוהה בבית עם אימו). גם המוסד לביטוח לאומי מכיר בעותר ובילדיו כתושבי קבע בישראל, והמשפחה מקבלת קצבאות ילדים.
9. לאחר נישואי בני הזוג הגיש העותר, בשנת 1997, בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו לרשות האוכלוסין וההגירה. מספר הבקשה הינו 303/97. מאחר שכאמור אין חולק כי מרכז חיי משפחת נתשה הינו בירושלים, והואיל ולא נמצאה כל מניעה פלילית או ביטחונית בעניינם של מי מבני הזוג, אושרה הבקשה בשנת 2003 (לאחר טיפול כושל של הרשות בשנים שלאחר הגשתה). מני אז ועד עצם היום הזה מקבלת העותרת היתרי שהייה מתחדשים בישראל באופן סדיר.
- העתקים מאישור על הגשת הבקשה לאיחוד משפחות ומהיתר המת"ק הנוכחי מצורפים ומסומנים **ע/5א-ב**, בהתאמה.

ההודעה שנשלחה לעותרים בנוגע לכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת

10. במענה לפניית המוקד, שהחל לטפל בעניין מעמד העותרת, הגיע למשרדי המוקד להגנת הפרט מכתב מטעם המשיב 1, ובו מוזמנים בני הזוג נתשה להגיש את טיעוניהם בכתב

ובעל-פה כנגד הכוונה שלא לתת לעותרת מעמד של תושבת ארעית (א/5), במקום היתרים צבאיים המתחדשים מעת לעת. ההודעה, המתוארכת ליום 31.10.2016, נוסחה כדלקמן:

לאור המידע שהתקבל מגורמי הביטחון, אנו שוקלים לסרב שדרוג מעמדה של גבי נתשה במסגרת בקשת איחוד המשפחות שבנדון מהטעמים המפורטים להלן:

הנך חבר בהתאחדות בלתי מותרת.

אח המוזמנת, ו ___ נתשה, העלה בשנת 2014 פוסט לפייסבוק ובו התבטאות קיצונית.

אח המוזמנת, _____ נתשה, עלה בשנת 2015 כתומך בהתאחדות בלתי מותרת ומצוי בקשר עם פעילים בהתאחדות בלתי מותרת.

העתק ההודעה מצורף ומסומן ע/6.

11. בעקבות ההודעה נערך לבני הזוג שימוע בעל-פה בלשכת משרד הפנים בירושלים המזרחית ביום 16.2.2017. השימוע נסב על ההאשמה לפיה העותר "חבר בהתאחדות בלתי מותרת", ועל קשריהם של בני הזוג עם אחיה של העותרת. במסגרת השימוע נמסרו טיעונים בכתב כנגד הכוונה שלא לשדרג את מעמדה של העותרת.

העתק מהטיעונים בכתב, כפי שנמסרו למשרד הפנים ביום 16.2.2017, ללא הנספחים, מצורף ומסומן ע/7.

12. החודשים חולפים והחלטה סופית בעניינם של העותרים טרם הגיעה. זאת, למרות ניסיונותיו החוזרים ונשנים של המוקד לקבל תשובה מהמשיבים, ולגאול את העותרים מחוסר הוודאות בו הם נתונים.

העתקים ממכתבים שנשלחו למשיבים בדרישה לקבלת תשובה בעניינם של העותרים, מימים 16.3.2017, 16.4.2017, 30.4.2017 ו-14.5.2017, מצורפים ומסומנים ע/א8-ד, בהתאמה.

13. עד למועד כתיבת שורות אלו טרם הגיע מענה מהמשיבים. מכאן עתירה זו.

המסגרת המשפטית

14. עמדת העותרים הינה כי הסחבת וחוסר המעש בהם נוקטים המשיבים בעניין קבלת החלטה בנוגע לשדרוג מעמדה של העותרת, מהווים פגיעה בזכותם של העותרים לחיי משפחה, וגורמים לעותרים מתח נפשי מיותר, בשל הותרם תלויים באוויר, ללא יכולת לכלכל צעדיהם ולדעת בפני מה הם עומדים. בנוסף, יבקשו העותרים לטעון כי הכוונה לסרב לשדרג את מעמדה של העותרת בהתאם להתחייבות המשיב 1 הינה החלטה קשה, בלתי סבירה ובלתי מידתית, ולפיכך פסולה ודינה להתבטל. בנוסף יטען, כי בנסיבות עניינם של בני הזוג שפורטו לעיל, מדובר בהחלטה שסותרת את עיקרון טובת הילד, ופוגעת בזכותם של העותרים לחיי משפחה. נפנה לדברים כסדרם.

אי מענה של המשיבים מנוגד לחובתם לפעול במהירות הראויה

15. בסחבת ובגרירת הרגליים שבהן נוקטים המשיבים בהליך קבלת החלטה סופית בעניין שדרוגה של העותרת למעמד של תושבת ארעית, כמו גם בהתעלמותם הבוטה מהאמור בפניותיו החוזרות של המוקד להגנת הפרט בנושא, פועלים המשיבים בניגוד לחובתם כרשויות מינהליות, לטפל במהירות וביעילות בפניות המועברות לטיפולם.

16. אי המענה חמור במיוחד לאור העובדה כי מדובר באם לילדים, חלקם קטנים, וברעיה של תושב קבע מזה כעשרים שנה. בהשתהותם אם כן פוגעים המשיבים בזכותם של ____, ____, ו____ ושל הוריהם לחיי משפחה, ופועלים בניגוד לטובת הילד, מאחר שהעובדה כי הידיעה על כך שאימם תקבל סופסוף תעודת זהות מושהית במשך חודשים רבים, פוגעת ביציבות המשפחה ובשקט הנפשי של ההורים וילדיהם.

17. אחד מאדני המשפט המינהלי הוא חובתה של רשות מינהלית להשיב לפניות המועברות אליה בתוך זמן סביר. טיפול יעיל ומהיר בפניות הוא מיסודותיו של מינהל תקין. על המשיבים לטפל בפניות המגיעות אליהם בהגינות, בסבירות ובמהירות ראויה.

הרשות לא הוקמה אלא כדי לתת שירות לציבור... אפשר לומר כי החובה הראשונית של הרשות היא להפעיל את הסמכות כך שהשירות לציבור כולו יינתן במהירות הראויה, ללא טרחה יתירה, ברמה גבוהה ובהוצאות נמוכות, ככל שניתן. זוהי חובת היעילות. חובת היעילות, אף היא, כמו חובת ההגינות, נובעת מן המעמד של הרשות המינהלית כנאמן הציבור (י' זמיר, **הסמכות המינהלית** (תשנ"ו) (ב), עמ' 675).

18. על רשות מוסמכת לפעול בסבירות. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר (בג"ץ 6300/93 **המכון להכשרת טוענות בית דין נ' השר לענייני דתות**, פ"ד מח(4) 441, 451). וראו גם: בג"ץ 7198/93 **מיטראל בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר**, פ"ד מח(2) 844, 853 (1994); בג"ץ 5931/04 **מזורסקי נ' מדינת ישראל – משרד החינוך**, פ"ד נט(3) 769, 782 (2004); ע"א 4809/91 **הוועדה המקומית לתכנון ולבניה ירושלים נ' קהתי**, פ"ד מח(2) 190, 219.

19. חובתם של המשיבים לפעול בעניינם של הפונים אליהם בזריזות ראויה, מעוגנת גם בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע לאמור:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור לעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.

20. יפים לענייננו גם דבריו של כבוד השופט לוי ז"ל, המבטאים בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים את החומרה הרבה שבהתנהלות של סחבת, עיכובים ואי מתן מענה ענייני מצד הרשות:

המשיב אינו רשאי לנהוג בעותרים – כמוהם ככל פונה אחר – באופן בו הוא נוהג; המשיב אינו רשאי להותיר את עניינם תלוי ועומד בלא

מענה ענייני... המשיב אינו רשאי להתיש את העותרים ללא תוחלת, לגרום להם להוצאות מיותרות ולעכב, אגב כך, את בירורו המהותי של עניינם. ואם נשתכחו מן המשיב טיבן של חובות בהן הוא חב, כי אז מחובתו של בית המשפט לשוב ולשנן באוזניו (בג"ץ 10399/04 בן אבדקול נ' משרד הפנים, מינהל האוכלוסין, תק-על 2005(3), 1608, 1609).

21. בענייננו הפירו המשיבים את חובתם לפעול במהירות הראויה. חלפה כמעט חצי שנה מאז ערכה המשיבה שימוע לעותרים, שבמסגרתו נמסרה לה עמדת העותרים הכתובה. דא עקא, החלטה סופית בעניינם אָן. לא זו אף זו. במהלך החודשים שחלפו שב ופונה המוקד להגנת הפרט בעניינם של העותרים, אולם ללא הועיל. נדרשת כאן התערבות דחופה של בית המשפט הנכבד, למנוע הימשכות הסחבת וקבלת החלטה בעניין שדרוג מעמדה של העותרת.

החלטת המשיבים בעניין הכוונה לסרב לשדרג מעמד העותרת אינה מתיישבת עם הדין

22. כפי שצינו לעיל, ביום 11.4.2016 הוגשה הודעת שר הפנים במסגרת בג"ץ 813/14, התלוי ועומד בפני בית משפט זה, לפיה הוא מתחייב לשדרג את מעמדם של מי שמחזיקים בהיתרי שהייה צבאיים בישראל, אשר הוגשה בעניינם בקשה לאיחוד משפחות לכל המאוחר עד לסוף שנת 2003, והבקשה אושרה.

23. הרציונל העומד בבסיס ההתחייבות הוא ברור – מאחר שהוראת השעה האוסרת כמעט לחלוטין איחוד משפחות עם פלסטינים תושבי השטחים מוסיפה לחול, כאשר הסוף אינו נראה באופק, הורה בית משפט נכבד זה למשרד הפנים להגמיש את מדיניותו לגבי אנשים, כדוגמת העותרת דן, החיים בישראל זה שנים ארוכות, ואשר מידי שנה מתחדש אישור השהייה הזמני והרעוע, בכפוף לבדיקות ביטחוניות קפדניות. אין שום סיבה שאנשים כאלו, כך נקבע, "ייתקעו" שנים ארוכות במעמד-לא-מעמד של בעלי היתרים צבאיים מתחדשים, תחת שיזכו לחיי משפחה יציבים בארצם. זו תכלית ההודעה לבג"ץ, וזה הצידוק העומד בבסיס הדרישה לשדרוג המעמד של העותרת.

24. הבקשה שהגיש העותר לאיחוד משפחות עבור אשתו **עומדת בתנאי ההודעה לבג"ץ**, מאחר שהוגשה כאמור בשנת 1997 ואושרה. ניתן אף לטעון שבעצם ההודעה על הכוונה לסרב לשדרג מעמד, מובלעת העמדה כי על מעמדה של העותרת להיות משודרג, יחד עם כל יתר הפונים למשיבים, העומדים בקריטריונים שנקבעו על ידם.

25. הודעת המשיבים חורגת אם כן מהדין. הרי ממה נפשך; לשיטת המשיבים, אין כל כוונה לשלול מהעותרת את היתרי השהייה הצבאיים, אותם היא מקבלת מזה כ-14 שנים ברציפות, ובדין אין כוונה שכזו, מאחר שאין חולק כי לא נשקפת ממנה כל סכנה ביטחונית או אחרת. על מה אם כן נסמכת החלטת המשיבים בדבר הכוונה שלא לשדרג מעמדה? אם מהעותרת לא נשקפת כל סכנה ביטחונית, הרי שאין שום סיבה להוציאה באופן שרירותי מקבוצת האנשים הזכאים לשדרוג על פי ההתחייבות בפני בג"ץ. מתעורר החשש שמא

מדובר כאן במתן משקל מכריע לפרטים שוליים שבשוליים, ובכך להיעדר סבירות בקבלת ההחלטה על ידי המשיבים.

26. בעניינם של העותרים, לית מאן דפליג שלא חטאו ולא פשעו. אף גורם, לא משטרת ישראל, לא שב"כ ואף לא רשות האוכלוסין, לא טוען כי בני הזוג היו מעורבים במעשה המסכן את הביטחון בדרך כלשהי. העותר עצמו כלל אינו מבין במה אמורים הדברים בעניינו, בכל הנוגע לקשריו הנטענים עם "התאחדות בלתי מותרת" עלומה, שפרטיה לא ניתנו על ידי המשיבים. העותר נחקר במשך חייו מספר פעמים אודות אנשים אחרים, מכרים, עניין שבשגרה בקרב תושבי ירושלים המזרחית. מעולם לא הועלתה כלפיו טענה של פעילות ב"התאחדות" כלשהי. מסתמא אף לא ננקטו כנגדו הליכים בעניין זה.

27. כך גם לגבי מעשיהם הנטענים של אחיה של העותרת – לבני הזוג לא היה כל קשר לכאלו, כל מעורבות ואף כל ידיעה, ולו הקלושה ביותר בנוגע למעשיהם לכאורה של האחים. על כך מתכוונים המשיבים להשתית סירוב לשדרג מעמד של מי שחיה בישראל מרבית חייה הבוגרים, ומקבלת היתרים מתחדשים לחיות בה? מדובר באבסורד.

28. משכך, והואיל ולא מתקיימים בעניינם של העותרים הטעמים הבסיסיים הנדרשים לביסוס מניעה ביטחונית לשדרוג מעמד בישראל ולהצדקתה, הרי שהכוונה לסרב לשדרג מעמד מהטעמים המצוינים בה, אינה עולה בקנה אחד עם התחייבות הרשות בפני בג"ץ.

בבסיס הכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת עומדים שיקולים זרים

29. לאור הודעת המשיבים נראה כי משפחת העותרים נעשת על ידיהם בין היתר בגין מעשיהם של אחרים, אותם גיסים שכביכול עשו מעשים כלשהם.

30. מדובר בשיקולים שהינם זרים להליך לאיחוד משפחות. שכן, ברי כי שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך לאיחוד משפחות, כנקבע בהוראת השעה ובהתחייבות לבג"ץ, הייתה מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה, כי על אף הטענות בעלמא כנגד העותר, שכאמור לא נחקר ולא נעצר בנושא, ולמרות ענייניהם לכאורה של וגדי ואמג'ד נתשה (ובפרט נוכח העובדה כי שניהם לא עצורים, לא ננקטו כנגדם כל הליכים, ואמג'ד אף לא נחקר), הרי שיש לממש את שדרוג המעמד של העותרת, הזכאית לכך על פי דין.

31. באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט יי כהן ז"ל, כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון, "האם הייתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות, ואם כך היה הדבר, הרי יש לפסול את מעשה הרשות" (בג"ץ 392/72 אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה פ"ד כז(2), 764, 773).

32. משכך, והואיל ונחזה כי השיקולים העומדים ביסוד הכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת אינם אלא שיקולי ענישה קולקטיבית לצרכי הרתעה – שהרי הם אינם ממין העניין של מי שאינו קשור במאומה לכל מעשה המסכן את הביטחון – ומכאן שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין. עמד על כך בית משפט נכבד זה, בפרשה שעסקה בתיווך מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש. באותה פרשה קבע הנשיא (בדימו') א'

ברק כי לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם ממנו לא נשקפת כל סכנה, רק משום שהדבר יביא להרתעתם של אחרים:

נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. **אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים.** כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. **לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור.** זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור. (בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 1021, 1029, עמ' 1029).

33. סירוב לשדרג מעמדה של העותרת בנסיבות המפורטות לעיל אינו אלא ענישה קולקטיבית המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיסה של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורותינו. ספר דברים מבטא תפישה זו באופן המפורש ביותר:

לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומת (דברים כד, טז).

34. הנביאים ירמיהו ויחזקאל חוזרים אף הם על הכלל כי בן משפחה אחד לא יישא בעונו של בן משפחה אחר:

הנפש החוטאת היא תמות. בן לא יישא בעוון האב, ואב לא יישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה, ורשעת הרשע עליו תהיה (יחזקאל יח, כ).

35. המשמעות הקשה שיש לכוונת המשיבים לסרב לשדרג מעמדה של העותרת על חיי משפחת העותרים כולה, ברורה. נגזר על גבי נתשה, אישה ואם לשישה, מהם ארבעה ילדים קטינים, החיה בישראל במשך 14 שנה באופן חוקי, למי שדינה להמשיך לחיות לעד תחת החרב המתהפכת של סכנת גירוש. כתוצאה מכך, מיום קבלת ההודעה שרויה המשפחה בחרדה ובמתח, המלווה את חוסר הוודאות בדבר מעמדה של אם המשפחה. ברור, כי הודעת המשיבים משפיעה גם על ילדיהם של העותרים, ובפרט על הצעירים שבהם, שביטחונם האישי והחרדה מפני מעמדה הרעוע של אימם, פוגעת בהם באופן עמוק.

36. כוונת המשיבים לסרב לשדרג מעמדה של העותרת קשה שבעתיים נוכח העובדה כי מדובר במי שחיה בישראל באופן חוקי שנים כה רבות באופן רציף, תוך שהיא לוקחת חלק בהליך

לאיחוד משפחות ומקבלת היתרי שהייה בישראל, כך שאין חולק כי היא זכאית לשדרוג מעמדה כדין. במהלך תקופה זו נולדו לבני הזוג נתשה ילדיהם, תושבי קבע בישראל. כאן מתגוררת המשפחה. כאן מתחנכים הילדים, כאן התחתנה הבת הבכורה, כאן אף מפרנס העותר את משפחתו וכאן מתנהלים כל חייהם. מרכזי חיי המשפחה הוא איפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המיידית של יישום הכוונה ומתן החלטה סופית המסרבת לשדרוג, היא הותרתה התמידיית של העותרת תלויה בין שמיים וארץ, משוללת זכויות סוציאליות בסיסיות, יחידה מבני משפחתה הגרעינית במצב זה, כאשר חרב הגירוש מתהפכת עד אין קץ מעל לראשה, בלא אפשרות לרכישת מעמד בעירה ירושלים.

הפגיעה בזכות לחיי משפחה ואי העמידה בדרישה לפגיעה מידתית

זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצוי החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאוויי חייו. הזכות למשפחה ניצבת במדרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תיתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים. **במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שישנה הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי** (פס"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס"ד 15 לפס"ד של השופטת פרוקצ'יה, פורסם בנבו, 22.2.2010; להלן: עניין דקה).

37. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל. כל זאת, בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיבים חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותם לסירוב לשדרג מעמד במסגרת בקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניהם, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

38. **חוק הכניסה לישראל וכן הוראת השעה** מאפשרים לשר הפנים להפעיל שיקול דעת רחב באשר לבקשות לאיחוד משפחות, כך שבמקרה בו בן הזוג המוזמן באחמ"ש מהווה סיכון ביטחוני, ניתן לסרב לבקשה (שאלה היא אם ניתן לסרב לשדרג מעמד במצב זה; השאלה נותרת תיאורטית במקרה שלפנינו, מאחר שלא נטען שגב' נתשה עצמה מהווה סיכון כלשהו).

39. אם כן, ככל הגבלה על זכות יסוד, החלטה לסרב לשדרג מעמד של מי שחי בישראל שנים כה רבות **צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות**, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

40. פגיעה בזכות אדם, ובעניינינו פגיעה בזכות לחיי משפחה, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסבירות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 156).

41. כובד משקלן הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של בני הזוג, מחייבת את המשיבים לסמוך את החלטתם על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

42. יפים לעניין זה דבריה של כב' הנשיאה (בדימ') ביניש, בפסק הדין **בעניין דקה** :

כך למשל, על מנת שההחלטה שלא להאריך רישיון ישיבה שהוענק בעבר נוכח סירוב ביטחוני שמקורו בבן משפחה מזרעה קרובה של המבקש תעמוד במבחני המידתיות, מוטלת על שר הפנים החובה לערוך בחינה מדוקדקת וקפדנית של מכלול הראיות המינהליות הניצבות בפניו על-בסיסן מבקש הוא להגדיר את היקף ומידת הסיכון הפוטנציאלי הנשקף מן הזר עבורו מבקש המעמד, ולהוכיח באמצעות ראיות מינהליות משמעותיות כי אכן נשקף סיכון בטחוני ממבקש המעמד בשל הסיכון הנשקף מבן משפחתו (וראו גם, פסקה 17 בעניין אמארה). בהקשר זה מאמצת אני את דברי חברתי בפסקה 41 לפסק דינה באשר למכלול הנתונים שראוי לשקול במסגרת הערכת המסוכנות הנשקפת מן המבקש, כמו גם באשר למשקל המתאים שיש לייחס בהערכת עוצמת הסיכון למידע בטחוני המצביע על סיכון בטחוני ישיר מן המבקש לבין זה המצביע על סיכון עקיף הימנו, בשל קרובי משפחתו.

וכן :

הציפייה הקונקרטית למימוש הזכות למשפחה במקום שניתן היתר איחוד משפחות בעבר ומבקשים את חידושו אינה דומה בעוצמתה לציפייה להיתר במקום שטרם ניתן היתר כזה בעבר.

וכן :

... ככל שהציפייה לאיחוד משפחה הינה בעלת משקל רב יותר על רקע הנסיבות הפרטניות של המקרה, כך נדרש אינטרס ביטחוני בעל עוצמה רבה יותר כדי להצדיק פגיעה בציפייה זו (ס' 24 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

43. ראוי לציין, כי ההבחנה הברורה בין אי מתן רישיון לבין ביטול או אי חידוש רישיון, או הרעת תנאיו של רישיון (כמו בענייננו), שעשה בית המשפט בעניין דקה, אינה חדשה, ומדובר בפסיקה מושרשת מזה שנים. כך בין השאר נקבע בבג"ץ 113/52 **זקס נ' שר התמ"ס**, פ"ד (1) 700, 696, על ידי כב' השופט ויתקון ז"ל:

לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש. רישיון חדש, הרי הלכה פסוקה, שגם חשד מבוסס יכול – בדרך כלל – לשמש סיבה מספקת לסירוב הרישיון, אולם באשר לביטול רישיון שכבר ניתן, סבורים אנו כי אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו.

לעניין זה ראו גם בג"ץ 799/80 **שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה**, פ"ד לו(1) 317, 327 וכן דפנה ברק ארז, **הגנת הציפייה במשפט המנהלי**, עיוני משפט יז 209, 242.

44. אם כן, בבואה להשתמש בסמכות לבטל היתר קיים, חובה על הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות ולעשות זאת תוך הקפדה מיוחדת. יפים לעניין זה דברי כב' השופט ריבלין בבג"ץ 1712/00 **אורבניץ נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(2) 951, 957:

בהקשר בו אנו עוסקים, נדרשת הרשות להקפדה מיוחדת, זאת בשל ההשלכה המהותית של ההחלטה על העוררים. **אכן, אין די בראיות של מה בכך כדי לבטל אשרות שניתנו או לשלול אזרחות שהוענקה** (ראו בג"ץ 3615/98 **נימושין נ' משרד הפנים**, תק-על 2000(3)2916).

45. הנה כי כן, נוכח הפסיקה שהובאה לעיל ובפרט קביעות בית המשפט בעניין דקה, ולאור נסיבות עניינם של העותרים ובראשן כמפורט לעיל, העובדה כי העותר מכחיש כל קשר נטען ל"התאחדות" כלשהי, וכמו כן לעובדה כי לא הייתה להם כל נגיעה, ידיעה או השפעה על מעשיהם לכאורה של קרוביהם, הרי שהודעת המשיבים בדבר הכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת אינה עומדת בסטנדרטים המינהליים הנדרשים. משכך, והואיל ומדובר בהודעה המכוונת לפגיעה בזכות יסוד, הזכות לחיי משפחה של העותרים וילדיהם הקטנים, הרי שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהודעה פסולה.

הפגיעה בטובת הילדים

46. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד.

כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה...

...הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באווירה של אושר, הבנה ואהבה.

סעיף 3(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה...

47. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול-על במשפטנו; לענין זה ראו ע"א 3077/90 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דני"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 **דוד נ' בית הדין הרבני העליון** (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

48. שיקולי טובת הילדים ____, ____, ו ____, צריכים להיות שיקולים ראשונים במעלה כאשר דנים בשאלת הסדרת מעמדה של העותרת. לענין זה, יפים דבריו של בית המשפט בעת"ם (י-ם) 705/07 **מארי לוו רומרו מוסקרה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו):

הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית המוכרת במשפט הישראלי כמו גם במשפט הבינלאומי. לזכות זו שני היבטים: האחד, זכותו של ההורה הישראלי ליהנות מקשר מתמיד עם ילדו ולא להינתק ממנו, והשני, זכותו של הילד הקטין לחיי משפחה כאשר טובתו מחייבת שלא להפרידו מהוריו ולהיות בקשר מתמיד עם כל אחד מהם. מנקודת מבטו של הקטין ניתוקו ולו מאחד מהוריו, עלול להשליך בצורה קשה על חייו והתפתחותו. ראוי להדגיש כי זכותם של ההורים לקשר עם ילדיהם היא עצמאית ועומדת בנפרד לצד זכותם של הילדים לקשר הדוק ותמידי עם הוריהם...

בבחינת הנסיבות ההומניטאריות של המקרה, השיקול של טובת הילד הינו שיקול בעל משמעות מרכזית, אם לא שיקול על. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו גם שיקולים נוספים, אך לרוב יהיו אלה שיקולים משניים שלא ישתוו בחשיבותם לשיקול הראשוני והמרכזי של טובת הילד.

49. פסיקה של בתי המשפט קובעת, כי שיקולי טובת הילד צריכים להילקח בחשבון גם בעת בחינת השאלה של מתן מעמד להורהו הזר, הגם שמעמדו החוקי של הילד בארץ אינו מקים כשלעצמו מעמד להורהו:

ומה הם שיקולים הומניטאריים אלה? מבלי למצות את העניין, ברי כי בנסיבות מעין אלה יש ליתן את הדעת, הן לשיקולים של טובת

הילד והן לשיקולים של הזכות לחיי משפחה. הגם שמעמדו של הילד אינו מקים כשלעצמו מעמד להורהו, הוכר בפסיקה העיקרון לפיו ייתכנו מקרים הומניטאריים אשר יצדיקו, ואף יחייבו, סטייה מהכלל לפיו אין הילד יוצר מעמד להוריו (ראו למשל, בג"ץ 4156/01 דימיטריוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 294 (2002); כן ראו דנג"ץ 8916/02 דימיטריוב נ' משרד הפנים (פורסם בנבו), 6.7.2003; ע"ם 10993/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 10.3.2010).

50. מן הכלל אל הפרט. הודעת המשיבים בדבר הכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת, תוך פגיעה בזכותם של העותרים ושל ילדיהם לחיי משפחה, ללא שיש לעניין הצדקה, ובניגוד מוחלט להתחייבות בפני בג"ץ, מהווה, בנוסף לאמור עד כה, אף הפרה של חובת המשיבים כרשויות מינהליות לשים את עיקרון טובת הילד לנגד עיניהם. לעותרים כאמור ארבעה ילדים קטינים בני 14, 12, 7 ופעוט בן שנה. העותרת היא הנושאת העיקרית בעול הטיפול בילדים. סירוב לשדרג מעמדה של העותרת, והותרתה ללא מעמד בעירה, משמעו בהכרח גם פגיעה בילדים שלא חטאו ולא פשעו, ילדים שמיום לידתם חיים בירושלים וגדלים בה לצד הוריהם, בני משפחתם המורחבת וחבריהם.

סיכומם של דברים

51. מן המקובץ עולה, כי המשיבים נוקטים סחבת בקבלת החלטה בעניינם של העותרים, עובדה הפוגעת בהם ללא כל צורך. בנוסף, ההחלטה בדבר הכוונה לסרב לשדרג מעמדה של העותרת היא החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית, הפוגעת פגיעה קשה ביותר בזכויות היסוד של העותרים.

52. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לקבל החלטה בעניינם של העותרים, ולאשר את שדרוג מעמדה של העותרת בישראל למעמד של תושבות ארעית מסוג א/5. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך דין והוצאות משפט.

ירושלים, 27 ביולי 2017

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 96330)