

**בבית הדין לעררים
מחוז ירושלים**

ערר 1806/16

- בעניין :
1. חטיב, ת"ז _____
 2. חטיב, ת"ז _____
 3. חטיב, ת"ז _____ (קטין)
 4. חטיב, ת"ז _____ (קטינה)
 5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
– ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713)

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

העוררים

- נ ג ד -

רשות האוכלוסין וההגירה

באמצעות פרקליטי הלשכה המשפטית
רח' כנפי נשרים 15, ירושלים
טל: 02-5489888; פקס: 02-5489886

המשיבה

ערר

בית הדין הנכבד מתבקש בזאת לבטל את החלטתה הפסולה של המשיבה להפסקת ההליך לאיחוד משפחות בו נוטלים חלק העוררים 1-2 מזה כ-15 שנים, ולהורות לה לאשר לאלתר את המשך שהייתה של העוררת 2 בישראל.

פתח דבר

1. ערר זה מוגש לבית הדין הנכבד כנגד החלטתה השערורייתית של המשיבה לבטל הליך לאיחוד משפחות של רעיה ואם לתושבי קבע, השוהה בישראל כדין מזה כחמש עשרה שנים. כפי שיפורט בגוף הערר, החלטתה הבלתי מנומקת, הבלתי מידתית והבלתי סבירה של המשיבה מבוססת על מעשיהם של אחרים, מעשים אשר אין חולק שלעוררים 1-2 לא הייתה כל ידיעה או השפעה עליהם, ומכאן שמדובר בהחלטה פסולה.

החלק העובדתי

הצדדים

2. **העורר 1** (להלן: **העורר**), יליד שנת 1969 ותושב קבע בישראל, הוא בעלה של העוררת 2 ואביהם של העוררים 3-4.
3. **העוררת 2** (להלן: **העוררת**, וביחד עם העורר, **העוררים**), ילידת שנת 1976 ותושבת השטחים, היא אשתו של העורר ואימם של שני קטינים, **העוררים 3-4** בערר דכאן.
4. **העוררת 5** היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או לקיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, הן בשמה כעוררת ציבורית והן בייצוג אנשים שזכויותיהם נפגעו.
5. **המשיבה** הינה רשות האוכלוסין וההגירה האחראית למתן ההחלטה הנתקפת בערר זה.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

6. להלן הרקע העובדתי לערר.
7. בשנת 1996 התארסו העוררים וחתמו ביניהם על חוזה נישואין. בשנת 1997 הם נישאו זה לזו. העתק מחוזה הנישואין שנערך בין העוררים משנת 1996 מצ"ב ומסומן ע/1.
8. למן נישואיהם ועד היום העוררים מתגוררים בירושלים. ראשית ועד לשנת 2002 התגוררו העוררים בדירות ששכרו בשכונת צור באהר שבירושלים. בין השנים 2002-2015 התגוררה משפחת העוררים בשכונת ג'בל מוכאבר שבירושלים ובסוף שנת 2015 עברה המשפחה להתגורר בשכונת ואדי אלג'וז.
9. ביום 12.12.1999 הגיש העורר למשיבה בקשה לאיחוד משפחות עבור אשתו העוררת. הבקשה, שקיבלה את המספר 591/99, אושרה בשנת 2001. מני אז ואילך שהתה העוררת בישראל באמצעות היתרי שהייה מתחדשים שניתנו לה באופן סדיר ורציף מידי שנה בשנה. העתקים מהקבלה על הגשת הבקשה לאיחוד משפחות ומרשימת אישורים והיתרי מת"ק עבור מרבית התקופה בה שוהה העוררת 2 בישראל, מצ"ב ומסומנים ע/2.
10. במהלך השנים נולדו לעוררים שלושה ילדים: ביום 28.3.1998 נולד בנם הבכור _____, ביום 16.11.2004 נולד בנם _____, הוא העורר 3 בערר דכאן, וביום 26.12.2006 נולדה בתם הקטנה _____, היא העוררת 4 בערר זה. הילדים כולם נולדו בירושלים נרשמו במרשם האוכלוסין במעמד של תושבי קבע בישראל.
- העתקים מתעודות הלידה של ילדי העוררים ומצילום ספח תעודת הזהות של העורר בה רשומים ילדיו, מצ"ב ומסומנים בהתאמה ע/3-4.
11. ביום 12.10.2015 נורה ונהרג בנם הבכור של העוררים, _____, וזאת כטענת הרשויות, במסגרת פיגוע דקירה כושל שביצע בסמוך לשער האריות בירושלים. עוד יודגש, כי העוררים, שהינם אנשים נורמטיביים, אינם יודעים את נפשם מאז מותו של בנם בנסיבות טראגיות שאינן

ברורות להם עד עתה, וזאת נוכח אופן חינוכו ואורחותיו, כפי שאף עולה מתצהיריהם במשטרה. עוד יודגש, כי לעוררים לא היה כל קשר למעשהו של בנם ואף לא הייתה להם כל ידיעה מוקדמת בדבר כוונותיו לבצע פיגוע, ככל שהיו לו כוונות שכאלו. לבסוף יצוין, כי מלבד חקירה ראשונית שנערכה לעוררים בעקבות פנייה יזומה מצידם למשטרת ישראל – לאחר שהגיעו לאזניהם שמועות כי ייתכן ובנם היה מעורב בפיגוע – לא נערכה לעוררים כל חקירה על ידי גורמי הביטחון. עניין זה מעיד אף הוא לכאורה, על אי מעורבותם ואי ידיעתם של העוררים על האירוע המצער בו היה מעורב בנם.

העתקים מתוך תיק חקירת האירוע המעידים על תום ליבם והיעדר כל מעורבות מצד העוררים באירוע בו נהרג בנם, מצ"ב ומסומנים ע/5.

12. ביום 23.12.2015 בעקבות הודעה שקיבלו מלשכת המשיבה שבירושלים המזרחית באמצעות הדואר ביום 27.11.2015, ובה הוזמנו להגיש את טיעוניהם בכתב ובעל פה כנגד כוונת המשיבה לבטל את ההליך לאיחוד משפחות הם נטלו חלק מזה שנים רבות (להלן: **ההודעה**), פנו העוררים למשרדי העוררת 5 וביקשו את סיועה בייצוגם מול המשיבה.

העתק מהודעת המשיבה בדבר כוונתה לסרב לבקשת העוררים לאיחוד משפחות מצ"ב ומסומן ע/6.

13. מפאת חשיבותה של לשון ההודעה לערר דכאן היא תצוטט להלן ככתבה וכלשונה:

הריני להודיעך כי לאור המידע שהתקבל מגורמי הביטחון, אנו שוקלים לסרב את בקשת איחוד המשפחות שבנדון מהטעמים המפורטים להלן:

בנכם _____ חטיב, ביצע ביום 12.10.2015 פיגוע דקירה סמוך לשער האריות בירושלים, במסגרתו דקר לוחם משמר הגבול, אך באורח נס סכיניו של המפגע גרמה לפציעתו הקלה בלבד. מספר שוטרים שהיו במקום ביצעו ירי ונטרלו את המפגע, בנכם, אשר נהרג במהלך ההשתלטות עליו.

14. ביום 10.1.2016 ערכה המשיבה לעוררים שימוע בעל פה בלשכתה שבירושלים המזרחית. במועד השימוע, העבירו העוררים למשיבה אף את טיעוניהם בכתב כנגד החלטה.

העתקים מפרוטוקול השימוע בעל פה ומהטיעוניהם בכתב שהעבירו העוררים למשיבה ביום 10.1.2016 מצ"ב ומסומנים בהתאמה ע/7-8.

15. בטיעוניהם בכתב תקפו העוררים את ההודעה וטענו, בין השאר, כי היא אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה, הפסיקה ונהלי הרשות הקיימים בעניין סירוב לבקשות מטעמים ביטחוניים. עוד נטען כי מדובר בהחלטה שבבסיסה עומדים שיקולים זרים וכי מדובר בהחלטה שאינה סבירה ואינה מיידתית הניתנת בסתירה לעיקרון טובת הילד ותוך פגיעה חמורה בזכותם של העוררים 4-1 לחיי משפחה.

16. ביום 5.4.2016 שלחה המשיבה את החלטתה המסרבת לבקשתם של העוררים (להלן: **ההחלטה**). כל זאת תוך התעלמות מוחלטת ובוטה מכלל טענות העוררים כפי שהועלו בפני המשיבה במסגרת השימוע בעל פה שנערך להם ובמסגרת הטיעוניהם בכתב שמסרו למשיבה.

העתק מהחלטת המשיבה מיום 5.4.2016 מצ"ב ומסומן ע/9.

17. מפתת חשיבות לשון ההחלטה לכתב הערר דכאן יצוטטו עיקריה אף הם להלן ככתבם וכלשונם:

בנה של הנדון _____ חטיב, – קטין בעל ת.ז. _____, ביצע ביום 12.10.2015 פיגוע דקירה סמוך לשער האריות בירושלים, במסגרתו דקר לוחם מג"ב, אך בנס סכיניו של המפגע גרמה לפציעה קלה בלבד, של לוחם המג"ב. מס' שוטרים שהיו במקום ביצעו ירי ונטרלו את המפגע, בנה של הנדון, אשר נהרג במהלך ההשתלטות עליו.

לאור האמור לעיל, הרי שאישור המת"ק שברשותך מבוטל.

18. עיינו הרואות, השוואה פשוטה בין לשון ההודעה לבין לשון ההחלטה שנשלחו מטעמה של המשיבה מעלה, כי אין ביניהן כל שוני וכי בהחלטה לא נמסר כל נימוק נוסף או התייחסות לטענות העוררים מעבר לאמור בהודעה. ודאי וודאי שאין ביניהן כל שוני מהותי ועולה חשש ממשי כי לפנינו הליך פסול מעיקרו שנערך כולו רק על מנת לצאת ידי חובה ותו לא. כפי שיפורט להלן, ההחלטה משוללת כל התייחסות לטענותיהם כבדות המשקל של העוררים כנגדה; טענות שכאמור, העלו העוררים בפני המשיבה, עוד במסגרת השימועים בכתב ובעל פה. מכאן ערר זה.

המסגרת המשפטית

19. להלן ייטען, כי ההחלטה האכזרית שבנדון הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית ולפיכך מהווה החלטה פסולה שדינה להתבטל. ההחלטה פסולה בכמה מישורים: ראשית, ההחלטה מנוגדת להוראות החוק, לנהלי המשיבה ולפסיקה הקיימת בעניין. בנוסף מדובר בהחלטה המשוללת כל הנמקה או התייחסות לטענותיהם כבדות המשקל של העוררים כנגדה, שהובאו בפני המשיבה עוד במסגרת הטיעונים בכתב ובמסגרת השימוע בעל פה שערכה להם.

ההחלטה מנוגדת להוראות הוראת השעה

20. החלטת המשיבה בעניינם של העוררים אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**).

סעיף ד'3 להוראת השעה קובע כי:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א3, 3ב(2) ו-3(3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בו משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

21. כאמור לעיל, בעניינם של העוררים, לית מאן דפליג שלא חטאו ולא פשעו. גורמי הביטחון לא טענו כי העוררים היו מעורבים במעשהו של בנם בכל צורה שהיא. אף לא נטען כנגד העוררים כי הייתה להם ידיעה מוקדמת בדבר כוונותיו של בנם לבצע את מעשהו – ככל שהיו לו כוונות שכאלו. זאת ועוד. בנם של העוררים אינו בין החיים, שהרי נהרג בתקרית בגינה נוקטת המשיבה בהחלטה כה אכזרית.

22. בעניינם של העוררים אם כן, לא מתקיימים כלל ועיקר הטעמים הבסיסיים הנדרשים לביסוסה והצדקתה של המניעה הביטחונית – קרי הימצאותו בישראל של תושב איזור, מבקש אחר או בן משפחה אחר העלולים להוות סיכון ביטחוני למדינה. לפיכך, ההחלטה בעניינם, המתבססת אך ורק על מעשיו לכאורה של בנם, אינה עולה בקנה אחד עם האמור בהוראת השעה.

ההחלטה מנוגדת להוראות נוהל "הערות גורמים"

23. החלטת המשיבה אף אינה עולה בקנה אחד עם נוהל המשיבה שמספרו 5.2.2015 וכותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות למעמד בישראל מכח קשר זוגי עם ישראלי" (להלן: **הנוהל**). שכן, בעניינם של העוררים לא מתקיימים התנאים הבסיסיים הנדרשים לסירוב לבקשה כקבוע בסעיפים 3.3-3.4 לנוהל. סעיפים אלו נכתבו על ידי המשיבה דן למקרים כגון העניין דכאן, קרי: מקרים בהם הכוונה לסרב לבקשה מטעמים פליליים או ביטחוניים עולה תוך כדי ההליך המדורג. ברם, סעיפים אלו אינם כוללים הוראה המאפשרת להעניש בן משפחה אך ורק בשל קרבתו לאדם שכבר אינו בין החיים, וממילא אינו מהווה עדיין סכנה ביטחונית. להלן הסעיפים מתוך הנוהל:

3.3 תוך כדי ההליך המדורג – טעמים הקשורים בבו הזוג המוזמן (הזר)

... 3.3.2. מב"ד:

ככלל כאשר כנגד בן הזוג המוזמן תלויים ועומדים תיקי מב"ד אשר נפתחו במהלך ההליך המדורג, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני בהתאם לסוג העבירה, חומרתה, חומרת תוצאותיה, מספר העבירות שבגינן נפתחו התיקים וכד'. לאחר קבלת החלטתה תשלח ראש הדסק למבקש מכתב מנומק ומפורט.

3.3.3 מידע מודיעני

ככלל, כאשר בידי הגורמים מצוי מידע מודיעני בנוגע למעורבותו של בן הזוג המוזמן, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני בהתאם להיקף המעורבות, לחומרת המעורבות וכד'. לאחר קבלת החלטתה תשלח ראש הדסק למבקש מכתב מנומק ומפורט.

3.4 תוך כדי ההליך המדורג – טעמים הקשורים בבו הזוג הישראלי

3.4.1 כאשר המבקש, תוך כדי ההליך המדורג נכנס למעצר/מאסר ו/או תלוי ועומד כנגדו תיק, אשר בגינו צפוי להיגזר כנגד המבקש בזמן הקרוב מאסר ממושך, או שהוא עצור עד תום ההליכים, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני

בהתאם לנסיבות. עובדת המעצר/מאסר תילקח בחשבון בין היתר יישקלו: משך הזמן שחלף מאז אישור הבקשה, משמורת על קטינים, מידת הזיקה לישראל, מרכז חיים בישראל והעדר מניעה פלילית או ביטחונית נוספת לסירוב הבקשה וכד'.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

24. הנה כי כן, ההחלטה שבנדון, המענישה את העוררים בגין מעשהו של בנם בן ה-17, מעשה שאף על ידי המשיבה לא נטען כי לעוררים היה בו יד או רגל, לא זו בלבד שאינה עולה בקנה אחד עם האמור בהוראת השעה, אלא שהיא אף אינה מתיישבת עם הוראות הנוהל ואף ניתנה תוך התפרקות מוחלטת משיקול הדעת המוקנה למשיבה.

המשיבה התפרקה באופן מוחלט ופסול משיקול דעתה

ואולם המלצת השב"כ ויתר גורמי הבטחון אינה בגדר של גורם מכריע שאין בלתו. אין לשב"כ "זכות וטו" לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות. אמנם לחוות דעתו של השב"כ מעמד מרכזי בשיקולי המשיב, ובדין ניתן לעמדת השב"כ מעמד זה, ואולם על המשיב לשקול מכלול של שיקולים נוספים בבואו להחליט בבקשה לאיחוד משפחות.

כך למשל על המשיב לשקול את מידת הסיכון הבטחוני אל מול הפגיעה בזכות לקיום תא משפחתי ומתן אפשרות להורה לחיות עם ילדיו. זכות זו נגזרת גם ממעמד הבכורה שיש בשיטתנו המשפטית לעקרון "טובת הילד". עקרון טובת הילד הוא עקרון מנחה בכל עת בה נדרשת מערכת המשפט להפעיל שיקול דעתה בפירוש ובישום הוראות חוק...

[...]

אעיר, בזהירות הראויה, כי קשה להשתחרר מהרושם שעורכת השימוע ... לא בחנו כלל את הנתונים בעניינו של העותר ולא הפעילו כל שיקול דעת עצמאי אלא רק אימצו את המלצות השב"כ...

(פסק הדין בעת"ם 1196-05-10 נצאר ואח' נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

25. מלשון ההחלטה הנתקפת בערר זה – שכאמור לעיל אינה שונה מהותית במאום מלשון ההודעה אליהם – עולה באופן חד משמעי, כי במסגרת החלטתה שבנדון המשיבה התפרקה באופן מוחלט משיקול הדעת המוקנה לה, תוך שהיא מסתמכת על עמדת הגורמים בבחינת כזה ראה וקדש, כקביעה שאין להרהר אחריה. לא זו אף זו. המשיבה אף אינה מנסה להסתיר את הדברים ומודיעה במסגרת החלטתה, כי טיעוני העוררים – אלא שבעל פה בלבד – הועברו לגורמי הביטחון, אשר שבו על עמדתם לפיה יש להתנגד לאישור הבקשה ולפיכך הבקשה מסורבת.

26. נחזה אם כן, כי לפנינו החלטה אשר לא זו בלבד שהתקבלה בניגוד להוראות החוק והנוהל אלא אף תוך התפרקות פסולה משיקול דעת והסתמכות עיוורת על חוות דעת גורמי הביטחון. כל זאת כמובן, לצד התעלמות מוחלטת ובוטה מהטענות כבדות המשקל שהעלו העוררים בפניה.

ההחלטה ניתנה משיקולים זרים

27. בנוסף לאמור עד כה, ייטענו העוררים, כי משפחתם – ובה אף ילדים צעירים – נענשת אפוא על ידי המשיבה בגין מעשים שלא בוצעו על ידם, וזאת אך ורק למטרת נקם ולמען יראו וייראו.

28. יודגש, כי מדובר בשיקולים שהינם זרים להליך איחוד המשפחות. שכן, שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך לאיחוד המשפחות כפי נקבע בהוראת השעה ובנוהל, הייתה מביאה בהכרח למסקנה, כי על אף עניינו של בנם – ובפרט נוכח העובדה כי הוא אינו עוד בין החיים וכי להוריו לא הייתה כל נגיעה או ידיעה לגבי מעשיו – יש להמשיך ולאשר את בקשת העוררים לאיחוד משפחות.

29. באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט י' כהן, 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).

30. משכך והואיל ונחזה, כי השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה לסרב לבקשתם של העוררים הינם שיקולי נקמה, ענישה והרתעה, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין. עמד על כך בית המשפט העליון, בפרשה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש. באותה פרשה קבע הנשיא א' ברק כי לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם, אשר 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 עגורני ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1029).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

31. סירוב לבקשת העוררים בנסיבות המפורטות, מהווה 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 יומתו. (דברים כד, טז).

הנביאים ירמיהו ויחזקאל חוזרים אף הם על הכלל, כי בן משפחה אחד לא ישא בעונו של בן משפחה אחר:

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

בימים ההם לא יאמרו עוד **אבות אכלו בוסר ושני בנים תקהינה. כי אם איש בעונו ימות**, כל האדם האוכל בוסר תקהינה שינויו" (ירמיהו לא, כח-כט).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

32. משמעותה הקשה של להחלטה על חיי משפחת העוררים כולה, הינה ברורה. במשיכת קולמוס אחת הפכה המשיבה את העוררת – רעיה ואם לשני ילדים קטנים בגילאי 9-12 – אשה השווה בישראל כדין מזה שנים רבות, למי שדינה אחד – גירוש. ברור, כי ההחלטה משפיעה באורח קשה ביותר גם על העוררים 3-4, כבר עתה החרדה מפני גירושה של אימם מביתם, פוגעת בהם באופן עמוק וקשה ביותר. הילדים מתחנכים בירושלים, בה מפרנס העורר את משפחתו ובה מתנהלים חיי המשפחה. מרכזי חיי המשפחה הוא איפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המיידית של ההחלטה, היא עקירתה של העוררת מישראל, וקריעתה מעל בן זוגה וילדיה, ולחלופין, הגלייה כפויה של משפחת העוררים כולה, אל מחוץ לעירם ירושלים. אין ספק שמדובר בהחלטה אכזרית ופסולה, המנוגדת לא רק לחוק, לפסיקה ולנהלים, אלא גם לאמות המוסר הבסיסיים ביותר.

החלטה בלתי מידתית הפוגעת בזכות לחיי משפחה ובעיקרון טובת הילד

33. בסירובה לבקשה פוגעת המשיבה פגיעה אנושה ובלתי מידתית בזכותם של העוררים לחיי משפחה. כמו כן פועלת המשיבה בעניינם של העוררים בניגוד לעיקרון טובת הילד.

34. כידוע, בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, שדן בעניין חוקתיותה של הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד-עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חיי נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן

במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.

(שם, פסקה 34 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

35. על פי עקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר, כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1), 459, עמודים 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

36. גם במשפט הבינלאומי נהנה עיקרון טובת הילד ממעמד של עיקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של **האמנה בדבר זכויות הילד** (31 כ"א, 221). האמנה, אותה אשררה מדינת ישראל ביום 4.8.1991, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד (ראו: המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה). בפרט, קובע סעיף 3 של האמנה כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

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 המשיבה חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת הסמכות לסרב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניה, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה אך ורק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

38. הוראת השעה מאפשרת למשיבה, כאמור לעיל, להפעיל שיקול דעת רחב באשר לבקשות לאיחוד משפחות, כך שבמקרה בו בן הזוג המוזמן באחמ"ש מהווה סיכון ביטחוני, ניתן לסרב לבקשה. ברם, ככל הגבלה על זכות יסוד, החלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות **צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות**, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

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 במידרג 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' 15 לפס"ד של כבוד השופטת פרוקצ'יה, פורסם בנבו) (להלן: עניין דקה).
(ההדגשה הוספה, ב.א.).

39. לפיכך, פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכות לחיי משפחה, הינה כדין רק כאשר 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 (ר' עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156).

40. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בפסק הדין בעניין דקה:

אוסף עוד, כי גם אם על-פי דעת הרוב בפסק דינו של בית משפט זה בעניין עדאלה התשתית העקרונית המונחת ביסוד הסעיפים הנדונים אינה מעידה על קושי חוקתי מובנה, עדיין - ולכך התייחסה חברתי בהרחבה - אין ניתן להתעלם מכך כי כל החלטה שלא להתיר שהייתו בישראל של בן זוג זר לישראלי פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה, כפי שנדונה בהרחבה ונתבססה במסגרת עניין עדאלה (וראו למשל: פסקאות 6-7 לפסק דינו), וככזו מחייבת בחינה זהירה של כל החלטה כאמור. בהקשר זה נקבע בעניין אמארה, והדברים יפים אף לענייננו, כי על שר הפנים להפעיל סמכותו בהתאם להוראות סעיף 3ד "על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. עליו להפעיל סמכויות המאפשרות לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות האדם... קביעת שר הפנים מכוח סעיף 3ד צריכה לעמוד, איפוא, בדרישת המידתיות.

כך למשל, על מנת שהחלטה שלא להאריך רישיון ישיבה שהוענק בעבר נוכח סירוב ביטחוני שמקורו בן משפחה מדרגה 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...

... ניכר כי ציפייתם של בני זוג לחידוש היתר ישיבה מקום שהותר להם להתאחד בעבר בישראל, הינה בעלת עוצמה גדולה. עוצמה זו גוברת על עוצמת הציפייה של בני זוג שטרם הותר להם בעבר

להתאחד, ובקשתם לאיחוד משפחות טרם נענתה עובר למועד הקובע. כמו כן, לגבי משפחה שאיחודה הותר בעבר, יתכן שוני בעוצמת הציפייה בין משפחה המתגוררת בישראל שנים רבות והשתרשה בחיי הארץ, ולה מספר ילדים הגדלים ומתחנכים בארץ, לבין זוג צעיר שזה עתה התאחד, המצוי בישראל תקופה קצרה, טרם הספיק לבנות תא משפחתי שלם ולהתערות בעבודה ובחיי הארץ.

... 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.

... בבוא הגורם המוסמך להכריע בשאלת מתן היתר ישיבה במסגרת הוראות המעבר, עליו לערוך שיקול סביר ומידתי בין הערכים השונים הרלבנטיים המתמודדים בסוגיה זו. מצד אחד, עליו לשקול את הפגיעה הקשה בזכות למשפחה הנגרמת לתושב או אזרח ישראל אם תסורב הבקשה. בהקשר זה עליו להתחשב בפגיעה בשוויון הנגרמת עקב כך, ובעוצמת ההשלכות האנושיות הצפויות לבני הזוג ולילדים מאי היכולת לממש קיומו של תא משפחתי מאוחד ושלם בישראל, מקום מושבו הקבוע של אחד מבני הזוג. במסגרת שיקול זה, ובהינתן המדיניות שעוגנה בחוק הוראת השעה, עשוי להיות הבדל של משקל ועוצמה בין פגיעה בתא משפחתי קיים שכבר אוחד בעבר, ומבקשים להמשיך את קיומו, לבין פגיעה במשפחה שטרם אוחדה, ובקשתה לאיחוד היתה תלויה ועומדת וטרם הוכרעה במועד הקובע. עוצמת הפגיעה במקרה הראשון גדולה יותר, שכן משמעותה היא פירוקו של תא משפחתי שכבר נבנה, עקירת המשפחה מהשורשים המשפחתיים, החברתיים והכלכליים שנטעו בינתיים, ויצירת זעזוע כבד במרקם חיי המשפחה שנוצר עם השנים. בהערכת עוצמת הפגיעה במרקם המשפחתי של מי שמבקש להאריך היתר ישיבה שהותר בעבר לצורך איחוד משפחות יש להתחשב, בין היתר, במספר השנים שבהם ישב בעל ההיתר בישראל, מידת התערותו בחיי הארץ, גודל משפחתו, סיכויי בן הזוג הישראלי, במקרה של הפרדה, לשאת בנטל העול המשפחתי אם ייגזר על בן זוגו לעזוב את הארץ, ומשמעותה הכוללת של ההפרדה בין בני הזוג לגורלה הקיומי של המשפחה והילדים. אשר לבקשת איחוד שטרם אושרה, יש לשקול את עוצמת הפגיעה בעצם המניעה מלכתחילה מבני הזוג להקים תא משפחתי שלם, ובהשלכותיה של פגיעה זו עליהם ועל ילדיהם. (ס' 24, 25 ו-40 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה)

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

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

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.

ר' לעניין זה 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).

42. הנה כי כן, החלטתה של המשיבה בעניינם של העוררים, אשר ניתנה בניגוד מוחלט להוראות החוק, הפסיקה והנוהל ותוך התפרקות מוחלטת משיקול הדעת המוקנה לה, אף אינה מידתית. משכך וכפי שיפורט להלן מדובר בהחלטה בלתי סבירה ופסולה מן היסוד שדינה להתבטל לאלתר.

החלטה בלתי סבירה

43. על החלטת הרשות המינהלית לעמוד במתחם הסבירות. על מנת שהחלטה תעמוד במתחם הסבירות, עליה להינתן תוד שיקלול ואיזון נכוו ביו הגורמים הרלוונטיים השונים בהם עליה להתחשב. בבג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה, (פ"ד לו(3) 349, 354 (1982)), קבע בית המשפט כי:

בקביעת גבולותיו של "מתחם סבירות" יש להתחשב. בין השאר, בשאלה, אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוונטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות מינהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שקלול ואיזון זה הם מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן ביצועם נתונה לבית המשפט.

44. זאת ועוד. מתחם הסבירות הנתון לרשות המינהלית בבואה ליתן החלטה משתנה מהחלטה מהחלטה והוא נקבע, בין השאר, על פי מידת השפעתה של ההחלטה על זכויות אדם:

... רוחב המתחם מושפע ממהות העניין. קיימת הבחנה בין החלטות טכניות באופיין לבין החלטות מהותיות, כגון החלטה המגבילה זכויות אדם... החלטות העוסקות בזכויות אדם... מצרות את מתחם הסבירות.

(אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המינהלי (עילות ההתערבות) (הוצאת שש, 2008, עמוד 242)).

וכן:

טיבן של הראיות המינהליות הנדרשות, כמותן ואיכותן נגזרים מאופיו של העניין העומד לדיון, וממשמעות החלטה המינהלית המתקבלת. אין דומה עוצמת הראיות הנדרשת לצורך החלטה שלה השלכה ישירה על זכויות היסוד של הפרט, והיא עלולה לפגוע בזכויות אדם, כהחלטה שמשמעותה שולית לאינטרס הפרט ואינטרס הציבור.

(רע"ב 426/06 חווא נ' שירות בתי הסוהר, תק-על 2006(1) 3425, בסעיף 14 לפסק הדין).

45. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה לסרב לבקשת העוררים, היא ללא ספק החלטה העוסקת באופן ישיר בזכויות אדם. שכן, מדובר בהחלטה בעלת השלכות קשות ביותר הן על עתידה של העוררת שחיה בישראל באופן חוקי מזה שנים רבות, והן על עתידם של בני משפחתה האחרים ובפרט ילדיה הצעירים. הילדים נולדו בירושלים וחיים בה מיום לידתם בקרב בני משפחתם וחבריהם.

כאן הם חיים ומתחנכים וזו סביבתם הטבעית. על כן, מתחם הסבירות הנתון למשיבה בבואה ליתן החלטה בעניין כה רגיש, הינו ממילא צר יחסית. דא עקא, נראה כי המשיבה חרגה ממתחם סבירות הנתון לה באופן בוטה. כאמור לעיל, מלשון ההחלטה עולה כי המשיבה התפרקה משיקול דעתה וממילא ברור, כי לא טרחה לשקול ולאזן באופן ראוי בין הגורמים הרלוונטיים להחלטה, בניגוד לנדרש על פי הפסיקה דלעיל. עניין זה עולה כאמור מלשון הזהה במהותה של- של ההודעה וההחלטה שניתנו על ידי המשיבה בעניינה של העוררת.

סיכום

46. מן המקובץ עולה, כי החלטת המשיבה הנתקפת בערר זה היא החלטה נקמנית, בלתי סבירה ובלתי מידתית, אשר ניתנה בניגוד לחוק, לנוהל ולפסיקה, וזאת תוך התפרקות מוחלטת משיקול דעת והתעלמות בוטה מטענות קשות שהעלו העוררים בפני המשיבה. כל זאת תוך פגיעה קשה ביותר בזכויות היסוד של העוררים וילדיהם הקטנים, על לא עוול בכפם.

47. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטת המשיבה ולהורות לה לאשר את המשך שהייתה של העוררת בישראל. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד לחייב את המשיבה בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 1 מאי 2016

בנימין אחסתרביבה, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 90902)