

בבית הדין לעררים

מחוז ירושלים

בעניין:

ערר 2798/18

1. אבו גרבייה, ת"ז [REDACTED]
2. אבו גרבייה, ת"ז [REDACTED]
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י עוה"ד בנימין אחסתרביה (מ"ר 58088), 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 -

1. שר הפנים
2. הוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים

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

המשיבים

ערר

בית הדין הנכבד מתבקש בזאת לבטל את החלטתם הפסולה של המשיבים בעניינם של העוררים וישדרגו את מעמדו בישראל של העורר 2, בדרך של מתן מעמד של תושבות ארעית מסוג א/5, במסגרת בקשה לאיחוד משפחות שהגישה עבורו אשתו, העוררת 1. זאת, בהתאם להודעת המשיב 1 שניתנה במסגרת בג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים ביום 11.4.2016.

הבסיס להגשת הערר לבית הדין לעררים

ביום 11.4.2016 הגישו המשיבים בבג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים (פסק דין מיום 18.10.2017, נבו) הודעה, במסגרתה נמסרה החלטת שר הפנים (המשיב 1 בערר 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 לשיבת ארעי בישראל מסוג א/5. השדרוג יעשה 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 3א1 לחוק הוראת השעה... [להלן: הוועדה

ההומניטארית – ב.א., כי מי שיימצא כעומד בתנאים שלעיל, ישודרג מעמדו ומעמד ילדיו הקטינים ישודרג כאמור.

(הדגשה זו וההדגשות אחרות בערר דכאן הן של הח"מ – ב.א.).

העתק ההודעה מצורף ומסומן ע/1.

אמנם בשנת 2014 נכנס לתוקפו תיקון מס' 22 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **החוק**), כאשר 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**.

לפיכך, והואיל והערר דכאן עוסק בהחלטה שהתקבלה בהתאם להודעת המשיב 1 דלעיל, קרי במסגרת סעיף 1א3 להוראת השעה, טענו העוררים כי הסמכות לדון בעניינם מסורה לבג"ץ וביום 5.3.2018 הגישו עתירה לבג"ץ.

העתק העתירה שהגישו העוררים לבג"ץ, ללא נספחים, מצ"ב ומסומן ע/2.

דא עקא, ביום 18.3.2018 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 6079/17 **ראיד נתשה נ' שר הפנים** (נבו) (להלן: **פסק דין נתשה**). בפסק הדין, קבע כבוד השופט מזוז כי מאחר שעניינם של העותרים דהתם – הזחה לעניינם של העוררים דכאן שכאמור לעיל עתרו אף הם לבג"ץ בעניין – נדון בלשכת המשיבה 2 בירושלים המזרחית, הרי שלצורך תקיפה של ההחלטה יש לערור לבית הדין הנכבד – בשונה מתקיפה עקרונית של מדיניות השדרוגים, שאותה יש להגיש לבג"ץ. לדברי השופט מזוז, "מי שאינו עומד בתנאי הסף – הנבחנים כאמור בלשכות רשות האוכלוסין – עניינו אינו נופל כלל במסגרת המדיניות החדשה האמורה שקבע שר הפנים, וממילא אין מדובר בהחלטה לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה".

העתק פסק דין נתשה מצורף ומסומן ע/3.

משכך ביום 20.3.2018 הגישו העוררים בקשה למחיקת ההליך בבג"ץ בהתאם למתווה שניתן לעותרים בפסק דין נתשה במסגרתו ניתנו לעותרים 30 יום להגיש ערר לבית הדין הנכבד, וביום 25.3.2018 התקבלה הבקשה, העתירה נמחקה והאגרה הושבה לעותרים.

מכאן ערר זה.

הצדדים לערר

1. **העוררת 1** (להלן: **העוררת**), הינה תושבת קבע מירושלים המזרחית, ואשתו של **העורר 2** (להלן: **העורר**, וביחד: **העוררים**), תושב הגדה המערבית במקור, יליד 1964. העוררים הם הורים לשישה ילדים, תושבי קבע בישראל שחלקם עודם קטינים. משפחת העוררים מקיימת מרכז חיים בישראל מזה שנים רבות מאוד.
2. **העוררת 3** (להלן גם: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) היא עמותה 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**, ויחד עם המשיבה 2: **המשיבים**), 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 שבעניינה נמסרה הודעה לבית המשפט הנכבד ביום 11.4.2016 והמנחה את המשיבה 2 להחליט בעניינים כגון זה הנדון בערר זה.

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

עיקרי העובדות

5. העוררת, ילידת 1970, תושבת קבע המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית במקור, נישאה בשנת 1989, לפני קרוב לשני עשורים, לעורר, יליד 1964 ותושב השטחים במקור.

6. במשך קרוב לשלושה עשורים מתגוררים העוררים בירושלים, בה קבעו את ביתם ובה גידלו את ילדיהם. בשנת 1994 הוגשה ללשכת המשיב שבירושלים המזרחית בקשה לאיחוד משפחות עבור העורר, שמספרה 94/94.

7. לאחר שהבקשה אושרה ועד לשנת 2007 הוארך לעורר מעת לעת היתר השהייה שקיבל לידיו במסגרת ההליך לאיחוד משפחות בו נטל חלק. בין השנים 2007-2013 סורבה בקשת העוררים לאיחוד משפחות מטעמים של מניעה ביטחונית עקיפה הנובעת מאחיו של העורר. בשנת 2013, ולאחר פנייה לערכאות הושב העותר להליך בו נטל חלק עם אשתו עובר לסירוב. מני אז ואילך ועד למועד כתיבת שורות אלו ממשיך העורר ושוהה בישראל באמצעות היתרי השהייה המוארכים לו מפעם לפעם.

העתק מהיתר השהייה הנוכחי של העורר מצ"ב ומסומן ע/4.

8. ביום 8.1.2018 ומשלא זומן מר העורר לשדרוג מעמדו בהתאם להחלטת השר בהליך שצוין לעיל, שלחה העוררת 3 ללשכת המשיב שבירושלים המזרחית בקשה מטעם ועניינה שדרוג מעמדו של העורר בהתאם לאמור בהודעת המשיב שצורפה לעיל.

העתק מהבקשה מצ"ב ומסומן ע/5.

9. ביום 11.1.2018 התקבלה במשרד העוררת 3 החלטת המשיב המסרבת לבקשה. מפאת חשיבות האמור בהחלטת המשיב לעניינו של הערר דכאן יצוטטו להלן עיקריה:

מבחינת הבקשה שבנדון, כי זו סורבה מטעמים ביטחוניים בין השנים בשנת 2007, ומר אבו גרביה לא אחז בהפניות למת"ק מטעם משרדנו החל משנה זו ועד לתחילתה של שנת 2013. נוכח האמור, ומשבקשתם לא אושרה לאורך השנים, לא ניתן לשדרג את מעמדו

של מר אבו גרביה למעמד של תושב ארעי בישראל וזה ימשיך לאחוז בהפניות מתחדשות למת"ק בהתאם לנהלי משרדנו.

העתק מהחלטת המשיב מיום 11.1.2018, מצ"ב ומסומן ע/6.

10. ביום 21.1.2018 הגישו העוררים ערר לשכתי על החלטה זו. בערר שהוגש טענו העוררים כי ההחלטה שלא לאפשר לעורר לשדרג את מעמדו אינה עולה בקנה אחד עם הודעת המדינה והחלטת שר הפנים כפי שהוגשו לבית משפט נכבד זה במסגרת ההליכים בבג"ץ 813/14 ואח', לא עם דברי מנהלת לשכת המשיב שבירושלים המזרחית כפי שהועלו במסגרת הדיון שנערך ביום 21.2.2017 בוועדה המשותפת של חוץ וביטחון וועדת הפנים לבחינת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) ואף לא עם המציאות בשטח. לפיכך, טענו העוררים כי מדובר בהחלטה שאינה סבירה ואינה מיידתית, המתבססת על פרשנות מעוותת, פוגענית ומצמצמת של הודעה שניתנה לבית המשפט הנכבד, החלטה העומדת בסתירה לעיקרון טובת הילד, ופוגעת בזכותם של העוררים לחיי משפחה ומשכך פסולה.

העתק מכתב הערר הלשכתי של העוררים מצ"ב ומסומן ע/7.

11. ביום 13.2.2018 התקבלה החלטת המשיב בערר שהגישו העוררים כנגד הסירוב לשדרוג מעמדו של העורר למעמד של תושב ארעי מסוג א/5.

העתק מהחלטת המשיב בערר מצ"ב ומסומן ע/8.

12. אף מתוך החלטה זו, שבגינה מוגש הערר דכאן, יצטטו העוררים מעיקריה:

... אין שינוי בהחלטתנו בדבר סירוב הבקשה לשדרוג מעמדו של מר אבו גרביה בהתאם להחלטת שר הפנים בבג"ץ 813/14, משהבקשה שבנדון לא אושרה לאורך השנים וכי בעניינו של מר אבו גרביה עמדה מניעה ביטחונית אשר בגינה לא הונפקו עבורו הפניות למת"ק בין השנים 2007-2013...

13. מעבר לצורך נזכיר, כי הרציונאל העומד בבסיס הוראותיה של הוראת השעה ושל הודעת המדינה לבג"ץ במסגרת ההליך בבג"ץ 813/14 **פלוני נ' שר הפנים**, ברורים. כאשר הוראת השעה מוארכת מידי שנה בשנה כמעט כדבר שבשגרה והסוף אינו נראה באופק, העיר בית המשפט הנכבד, כי יש מקום להגמיש את מדיניות לגבי אנשים החיים בישראל שנים כה ארוכות בהיתרי שהייה המוארכים להם בכפוף לבדיקות ביטחוניות קפדניות. אין כל סיבה כי מוזמנים – כמשפחת העותרים דכאן – יוותרו שנים כה ארוכות ללא מעמד של ממש, תחת שיזכו לחיי משפחה יציבים בארצם. זו תכלית ההודעה שניתנה לבית המשפט הנכבד, וזה הצידוק העומד בבסיס הדרישה לשדרוג מעמדו של העורר. וזאת, אף אם בעבר סורבה הבקשה מחשש למניעה עקיפה שנבעה מאחיו של העורר. מרגע שנקבע כי המניעה הוסרה והעוררים הושבו להליך המדורג כבעבר, והם נוטלים מני אז ואילך חלק בהליך ללא שנפל בהם כל דופי, אין מקום למנוע מהעורר, שכל בני משפחתו הגרעינית מלבדו הינם תושבי ישראל, את שדרוג מעמדו.

14. לעמדת העוררים ההחלטה שבנדון היא בלתי סבירה ובלתי מידתית ואף חורגת מהדין. מלשון ההחלטה ברי כי אין כל כוונה לשלול מהעורר את היתרי השהייה הניתנים לו מזה שנים. זאת, מאחר ואכן לא נשקפת ממנו סכנה ביטחונית ממשית כלל ועיקר – ואף המניעה העקיפה שעמדה בשעתו בבסיס הסירוב לבקשה עברה זה מכבר מן העולם. על אף האמור, עומד המשיב בסירובו לשדרג את מעמדו של העורר ללא שיצביע על צידוק הגיוני לעניין, ומכאן ערר זה. כאמור, הערר מוגש לאחר שבג"ץ בפסק דין נתשה שהובא לעיל קבע כי הסמכות העניינית נתונה לבית דין נכבד זה.

המסגרת המשפטית

15. עמדת העוררים הינה כי בנסיבות עניינם שתוארו לעיל, הסירוב לשדרג את מעמדו של העורר בהתאם להתחייבות המשיב בפני בג"ץ וללשונה, הינה החלטה קשה, בלתי סבירה בלתי מידתית ואף לא מנומקת, ולפיכך מדובר בהחלטה פסולה שדינה להתבטל. בנוסף ייטען, כי בנסיבות עניינה של משפחת העוררים שפורטו לעיל, מדובר בהחלטה שסותרת את עיקרון טובת הילד, ופוגעת בזכותם של העוררים לחיי משפחה. נפנה לדברים כסדרם.

החלטת המשיבים אינה מתיישבת עם הדין

16. כפי שצוין לעיל, ביום 11.4.2016 הוגשה הודעת המשיב במסגרת בג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים ואח' לבית משפט נכבד זה, לפיה מתחייב המשיב לשדרג את מעמדם של מי שמחזיקים בהיתרי שהייה בישראל, אשר בעניינם הוגשה בקשה לאיחוד משפחות לכל המאוחר עד לסוף שנת 2003, והבקשה אושרה.

17. כאמור, הרציונל העומד בבסיס הודעתו זו של המשיב לבג"ץ, ברור. הבקשה שהגישה העוררת לאיחוד משפחות עבור העורר עומדת בכל התנאים שנקבעו במסגרת ההודעה לבג"ץ, מאחר שהוגשה כאמור עוד בשנת 1994.

18. הרי ממה נפשך; לשיטת המשיבים, אין כל כוונה לשלול מהעורר את היתרי השהייה אותם הוא מקבל מזה שנים רבות, ובדין אין כוונה שכזו, שהרי אין חולק כי לא נשקפת ממנו כל סכנה ביטחונית או אחרת. על מה אם כן נסמכת החלטת המשיבים שלא לשדרג מעמדו? על פי התחייבות המשיב בפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ דהתם, אין כל סיבה להוציא את העורר באופן שרירותי מקבוצת האנשים שהוכרזו על ידו כזכאים לשדרוג. מתעורר החשש, שמא מדובר בניסיון לצמצם ככל הניתן את קבוצת הזכאים, אף אם אין כל עילה של ממש לעניין.

19. בעניינם של העוררים לית מאן דפליג שלא חטאו ולא פשעו. לא בעבר כאשר נטען למניעה בטחונית עקיפה שנבעה מאחיו של העורר, ודאי וודאי שלא מאז שהושב העורר לאותו הליך בדיוק בו נטל חלק עובר לסירוב. כמו כן, מעולם לא נטען על ידי גורמי הביטחון כי כנגד העורר קיימת מניעה ביטחונית ישירה.

20. משכך, והואיל ולא מתקיימים בעניינם של העוררים הטעמים הבסיסיים הנדרשים לביסוס מניעה ביטחונית לשדרוג מעמד בישראל ולא להצדקתה, הרי שההחלטה המסרבת לשדרג את מעמדו מהטעמים המצוינים בה, אינה עולה בקנה אחד עם התחייבות המשיב בפני בג"ץ.

21. יודגש כי אף ההחלטה עצמה מעידה על כך כי כנגד העורר לא עומדת כל מניעה ביטחונית שבגינה יש למנוע ממנו את שדרוג מעמדו. פעם אחת כשנקבע בה שהעורר ימשיך ויאחז בהיתרי שהייה ופעם נוספת כאשר נקבע בה מפורשות כי המתווה לתקיפתה של ההחלטה הוא בהגשת ערר פנימי ולא באמצעות הגשות טיעונים בכתב ובעל פה בהתאם לנוהל הערות גורמים של המשיב, הנוהג במקרים של קיומה של מניעה ביטחונית. העתק מנוהל הערות גורמים של המשיב שמספרו 5.2.0015 מצ"ב ומסומן ע/9.
22. הנה כי כן, לעמדת העוררים, הטענה העומדת בבסיס ההחלטה, ולפיה העורר אינו עומד בקריטריונים שנקבעו בהחלטת השר שבנדון, לא זו בלבד שאין לה על מה להסתמך אלא שהיא אף סותרת את האמור בהודעת המדינה כפי שנמסרה לבג"ץ.

ההחלטה אינה עומדת בחובת ההנמקה

23. החלטת המשיב לסרב לשדרג את מעמדו של העורר מתעלמת באופן בוטה מהטענות שהעלו העוררים בפניו במסגרת הערר שהגישו לו, ואינה עומדת בחובת ההנמקה של הרשות המינהלית.
24. ההנמקה צריכה לתת בידי מי שנפגע מהחלטת הרשות כלים באמצעותם יוכל להעמיד את ההחלטה למבחן ערכאות הערעור והביקורת, ולאפשר לערכאות אלו לבצע את תפקידן כראוי. ההנמקה גם צריכה לשקף את הפרמטרים המרכזיים של הליך קבלת ההחלטה על ידי הרשות, ואין די במתן כותרות הסיבות שעמדו בבסיס ההחלטה.
25. הזכות לקבלת הנמקה מהווה "חגורת ביטחון וערובה לשמירת הזכויות המהותיות של התושב". בנוסף, מקובל לכלול את חובת ההנמקה גם במסגרת "כללי הצדק הטבעי".
26. כאשר פורטים חובה זו למעשים, עולה שהרשות נדרשת לנמק את החלטתה באופן ענייני וספציפי לנסיבות העניין, ולא להסתפק בנימוק המציין רק את "הכותרת" של טעמיה. בנוסף, במקרים בהם החלטת הרשות נסמכת, רובה ככולה, על עמדת הגורם המייצג, נדרשת הרשות גם לציין את נימוקיו של גורם זה.
27. ההחלטה, הנתקפת בערר זה ומתבססת על טיעון לאקוני הנוגע לטענה למניעה עקיפה מהעבר שאף היא כבר פסה מן העולם, תוך התעלמות מוחלטת מכלל טענות העוררים אשר הועלו במסגרת הערר הפנימי שהגישו, אינה מאפשרת להם לעמוד על השיקולים שעמדו בבסיסה, ואינה עומדת בחובת השקיפות וההגינות הנדרשת מהרשות ולפיכך דינה להתבטל.

החלטה בלתי סבירה

28. על החלטת הרשות המינהלית לעמוד במתחם הסבירות. על מנת שהחלטה תעמוד במתחם הסבירות, עליה להינתן תוך שיקלול ואיזון נכון בין 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.
(ההדגשה הוספה, ב.א.).

29. זאת ועוד. מתחם הסבירות הנתון לרשות המינהלית בבואה לתת החלטה משתנה מהחלטה להחלטה ונקבע, 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 **חואא נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2006(1) 3425, בסעיף 14 לפסק הדין).

30. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה שלא לשדרג את מעמדו של העורר, היא ללא ספק החלטה העוסקת באופן ישיר בזכויות אדם, שכן מדובר בהחלטה בעלת השלכות קשות ביותר הן על עתידו של העורר, שחי בישראל מזה שנים רבות מאוד, והן על עתידם של בני משפחתו האחרים כולם תושבי קבע בישראל. הילדים של העוררים נולדו בירושלים למשפחה המשתייכת לאוכלוסייתה הילידית של העיר, והם חיים בה מיום לידתם, בקרב בני משפחתם וחבריהם. כאן הם חיים, כאן התחנכו וכאן רכשו חברים. על כן, מתחם הסבירות הנתון למשיבים בבואם ליתן החלטה בעניין כה רגיש, החלטה המונעת מאביהם העורר ומבני משפחתו מלממש את זכותם לחיי משפחה באופן מיטבי, ממילא צר יחסית. דא עקא, בהחלטה שבנדון, נראה כי המשיב חרג ממתחם הסבירות הנתון לו.

31. זאת ועוד. לעמדת העוררים, מלשון ההחלטה אף עולה כי המשיב התפרק לחלוטין משיקול דעתו וממילא ברי כי אף לא שקל ואיזן באופן ראוי בין הגורמים הרלוונטיים להחלטה, בניגוד לנדרש על פי הפסיקה דלעיל.

בבסיס החלטת המשיבים עומדים שיקולים זרים

32. החלטתם הלא מנומקת של המשיבים לסרב לשדרג את מעמדו של העורר למרות שאין כנגדו כל מניעה ביטחונית כאמור לעיל, מעלה חשש כי בבסיסה של ההחלטה עומדים לכאורה שיקולים זרים, כגון ניסיון לצמצום מקסימלי של מספר הזכאים לקבלת מעמד של ממש בישראל ותו לא.
33. ברי כי שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים, לצד בחינה פרטנית ממשית של ההליך לאיחוד המשפחות בו נוטלים העוררים חלק, כנקבע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה, כי על אף המניעה הביטחונית שהתעוררה בעבר בגין אחי העורר והוסרה זה מכבר, הרי שיש להמשיך בהליך לשדרוג מעמדו של העורר, הזכאי לכך על פי דין לאור הודעת המשיב לבית משפט נכבד זה במסגרת בג"ץ 813/14 **פלוני נ' שר הפנים**.
34. 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**).
35. משכך, והואיל ונחזה לכאורה כי השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה שבנדון אינן נובעים ממניעה ביטחונית ממשית כנקבע בתנאי הודעת המשיב בבג"ץ 813/14 **פלוני נ' שר הפנים**, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין.
36. המשמעות הקשה שיש להחלטה לסרב לשדרג את מעמדו של העורר, על חיי כלל בני המשפחה, היא ברורה. במשיכת קולמוס לאקונית אחת נגזר על העורר, שחי בישראל שנים כה רבות כדין ושמעולם לא עלתה כנגדו מניעה ישירה, להמשיך ולחיות לעד בביתו ובעירו ללא זכויות בסיסיות. ברור, כי החלטת הסירוב משפיעה באורח קשה ביותר על כל המשפחה אשר ציפתה בכליון עיניים ליום בו יקבל אבי המשפחה מעמד ממשי כמותם. נשוב ונציין, מדובר במי שחי בישראל באופן חוקי במשך שנים רבות, תוך שהוא לוקח חלק בהליך לאיחוד משפחות ומקבל היתרי שהייה מתחדשים בישראל שיינתנו לו אף בעתיד. במהלך עשרות השנים בהן חי העורר בישראל נולדו לו ולעוררת ששת ילדיהם, שכאמור כולם תושבי קבע. כאן מתגוררת המשפחה. כאן מתחנכים הילדים, כאן מפרנס העורר את משפחתו וכאן מתנהלים כל חייהם של העוררים. מרכזי חיי המשפחה הוא אפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המידית של ההחלטה המסרבת לשדרוג מעמדו של העורר, היא הותרתו התמידית תלוי על בלימה, משולל זכויות סוציאליות בסיסיות, ומשולל אפשרות לטפל ולדאוג למשפחתו באופן מיטבי כדבעי. וכך נותר העורר יחיד מבני המשפחה בלא אפשרות לרכישת מעמד בעיר ירושלים בה מתגוררת המשפחה מאז הוקמה.

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 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, 22.2.2010

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

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 סמכותו לסירוב לשדרג מעמד במסגרת הליכים לאיחוד משפחות שמובאים בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.
38. החוק והוראת השעה מאפשרים למשיבים להפעיל שיקול דעת רחב באשר לבקשות לאיחוד משפחות, כך שניתן לסרב לבקשה במקרה בו בן הזוג המוזמן בהליך לאיחוד משפחות מהווה סיכון ביטחוני. (שאלה היא אם ניתן לסרב לשדרג מעמד במצב זה; השאלה נותרת תיאורטית במקרה שלפנינו, מאחר שלא נטען שהעותר עצמו 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, ובענייננו 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 משקל 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 המשיבים פוגעת בזכויות היסוד של בני משפחת העותרים, מחייבת את הרשות לסמוך את החלטתה על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

42. נוכח הפסיקה שהובאה לעיל ולאור נסיבות עניינם הפרטני של העוררים ובראשן העובדה כי כנגד העוררים מעולם לא הועלתה מניעה ישירה – ואף המניעה העקיפה מן העבר הוסרה זה מכבר – הרי שהחלטת המשיבים בדבר הסירוב לשדרג את מעמדו של העורר אינה עומדת בסטנדרטים המינהליים הנדרשים. משכך, והואיל ומדובר בהחלטה המכוונת לפגיעה בזכות יסוד, הזכות לחיי משפחה של בני הזוג וילדיהם, הרי שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהחלטה פסולה.

הפגיעה בטובת הילדים

43. 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...

44. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול-על במשפטנו; לעניין 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); דנ"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.

45. שיקולי טובת ילדי העוררים ששניים מהם עודם קטינים, צריכים להיות שיקולים ראשוניים במעלה כאשר דנים בשאלת הסדרת מעמדו של העורר בישראל. לעניין 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.** (ההדגשה הוספה, ב.א.).

46. 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 בבחינת 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. (ההדגשות הוספו, ב.א.).

47. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה לסרב לשדרג את מעמדו של העורר, תוך פגיעה בזכותם של אשתו וילדיו לחיי משפחה, ללא נימוק ממשי וללא שיש לעניין הצדקה, ובניגוד מוחלט להתחייבות המשיב בפני בג"ץ, התחייבות שעניינו של העורר עונה על כל מרכביה, מהווה, בנוסף לאמור עד כה, אף הפרה קיצונית של חובת רשות מינהלית לשים את עיקרון טובת הילד לנגד עיניה. סירוב לשדרג את מעמדו של העורר משמעו בהכרח גם פגיעה קשה בילדי העוררים שמיום לידתם חיים בירושלים וגדלו בה לצד ההורים וחבריהם. מתן מעמד ארעי לעורר, אשר יקנה לו זכויות סוציאליות וחופש תנועה, יסייע רבות למשפחת העוררים כולה, ויהלום את עיקרון טובת הילד, המחייב את המשיבים כשיקול מרכזי, במסגרת הפעלת שיקול דעתם המינהלי.

סיכומם של דברים

48. מן המקובץ עולה, כי החלטת המשיב הנתקפת בערר זה היא החלטה לא מנומקת כדבעי, בלתי סבירה ובלתי מידתית, אשר ניתנה בניגוד לדין. כל זאת תוך פגיעה קשה בזכויות היסוד של העוררים.

49. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטת המשיבים ולהורות להם לאשר את שדרוג מעמדו של העורר למעמד של תושבות ארעית מסוג א/5. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך דין והוצאות משפט.

ירושלים, 11 אפריל 2018

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 13774)