

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_ (קטין)
4. \_\_\_\_\_ חדרי, ת"ז \_\_\_\_\_ (קטינה)
5. \_\_\_\_\_ חדרי (טרם נרשם, קטין)
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

המערערים 3-5 באמצעות הוריהם (אפוטרופוסים טבעיים),  
המערערים 1 ו-2

ע"י ב"כ עוה"ד נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין  
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או  
אלעד כהנא (מ"ר 49009) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה  
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או  
נמרוד אביגאל (מ"ר 51583) ו/או טליה יהודה (מ"ר 56918)

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

**המערערים**

- נ ג ד -

1. **שר הפנים**
2. **מנהל מינהל האוכלוסין**
3. **מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית**
4. **שירות בתי הסוהר**

באמצעות ב"כ מפרקליטות המדינה  
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים  
טל': 02-6466590; פקס: 02-6466655

**המשיבים**

### **הודעת ערעור ובקשה לקביעת מועד מוקדם לדיון**

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט ד"ר י" מרזל), בעת"ם 11-10-7112, שניתן ביום 27.11.2011, והחלטה לדחות בקשה לביטולו ניתנה ביום 12.12.2011.

פסק הדין מיום 27.11.2011 מצ"ב ומסומן **מע/1**.

החלטת בית המשפט קמא מיום 12.12.2011 מצ"ב ומסומנת **מע/2**.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא ולקבוע כי על המשיב 1 להתיר את כניסתו של המערער 2 לארץ, כל עוד מתנהלים הליכים בעניינו אצל המשיבים 1-3.

כמו כן, לנוכח מצבם הקשה של המערערים, כאשר אבי המשפחה הופרד פרידה כפויה מביתו ומשפחתו ביום 28.7.2011, עת הורחק לרצועת עזה שלא כדין, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבוע מועד דיון מוקדם, ככל הניתן, בערעור.

**פתח דבר**

1. עניינו של ערעור זו במקרה אנושי קשה של המערערים וחוסר תום לב מובהק של המשיבים.
2. המערערת 1 (להלן: **המערערת**) היא תושבת ירושלים, תושבת קבע במדינת ישראל. היא נשואה למערער 2 (להלן: **המערער**), אשר כתובתו רשומה ברצועת עזה, אולם הוא אינו מתגורר ברצועה כבר 11 שנה, ומגדלת עמו בירושלים את ילדיהם המשותפים. לאחר נישואיהם, הגישה המערערת בקשה לאיחוד משפחות עבור בעלה, והמתונה לתשובת משרד הפנים. בעוד הבקשה תלויה ועומדת, בתום ריצוי עונש מאסר קצר ביותר, גורש המערער לרצועת עזה, על ידי נציגי המשיב 4. במועד הגירוש, מסר הבעל כי אין לגרשו כל עוד בקשתו לאיחוד משפחות מתנהלת. הוא אמר לנציגי המשיב, כי אשתו ושלושת ילדיו הרכים מחכים לו בביתם בירושלים. אך לשווא. היום נמצא הבעל בעזה, קרוע מאשתו וילדיו, קורבן של גירוש שבוצע שלא כדין.
3. באשר לבקשה לאיחוד משפחות אשר במהלך הטיפול בה גורש המערער לרצועה שלא כדין, הרי שבתשובה לפניות באת-כוחם של בני הזוג, סורבה הבקשה. עם זאת, המשיב 1 הפנה את המערערים לוועדה ההומניטארית. המערערים עשו כן, ובמקביל קיבלו ארכה להגשת השגה על עצם הסירוב, עד לאחר קבלת החלטת הוועדה ההומניטארית.
4. בהתאם לנהלי המשיב 1, כל עוד לא מוצו הליכי הבקשה וההשגה, אין להרחיק את המערער מישראל. למרות זאת, המשיב 1 סירב לתקן את המעוות שקרה בעקבות גירושו של המערער לרצועת עזה בידי נציגי המשיב 4.
5. **העתירה נשוא ערעור זה הוגשה לקבלת סעד מצומצם בלבד**: השבה לקדמותו של המצב שהיה עובר להרחקתו שלא כדין של המערער מישראל, על-מנת לאפשר למערערים לממש את חיי המשפחה שלהם בעת שהמשיב 1 דן בבקשתם. הדין, נהליו של המשיב ומאזן הנוחות בין הצדדים – כולם תומכים במתן הסעד המבוקש.
6. ואולם, בית המשפט הנכבד קמא החליט למחוק את העתירה, בקביעתו כי הוא נעדר סמכות עניינית לדון בה, וכך לא מוצו הליכים לשם הגשתה. עמדת המערערים הינה כי עם כל הכבוד, מדובר בקביעות שגויות. מכאן ערעור זה.

**ואלו נימוקי הערעור:**

7. בכל הכבוד, טעה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר קבע כי הוא נעדר סמכות עניינית לדון בעתירה. בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי העתירה תוקפת את הרחקת המערער לרצועת עזה, על ידי המשיב 4 (שירות בתי הסוהר). לאור העובדה כי תקיפה מעין זו אינה בסמכות בית המשפט קמא, קבע הוא כי דין העתירה להימחק. עם כל הכבוד, קביעה זו טעות ביסודה. אמנם, טענת המערערים הינה כי הרחקת העותר נעשתה שלא כדין, אולם הדרך היחידה לתקן את העוול אשר נגרם למערערים, הינה החזרת המערער לארץ. **בעל הסמכות להחזיר את המערער לארץ הינו המשיב 1, הממונה על ביצוע חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952**. גם אם המשיב 4 הוא הגורם אשר יצר את המציאות נשוא העתירה, הרי שאין הוא מחזיק בסמכות אשר תאפשר לו לתקן את המעוות, והמשיב 1 הוא בעל הסמכות להשיב את המצב לקדמותו.

8. בכל הכבוד, טעה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר קבע כי לא מוצו הליכים כנדרש לעניין בקשת המערער להיכנס לישראל, שכן לא הוגשה בקשה על פי "נהלי המשיב". טענה שכזו מעולם לא הועלתה ע"י המשיב, והיא עולה לראשונה בפסק-הדין. זאת ועוד, המשיב מעולם לא הפנה את המערערים לנוהל זה או אחר לעניין הסדרת כניסתו של המערער לישראל ולא הייתה לו טענה כלשהי באשר לפרוצדורה לפיה פעלו המערערים.

### תקציר העובדות

9. המערערים 1 ו-2 (להלן גם: **בני הזוג**) נשואים זה לזו מיוני 2007 ומאז חתונתם מתגוררים בירושלים.
10. כתובתו הרשומה של המערער אמנם רשומה כ"עזה", אולם המערער לא היה בעזה במהלך 11 השנים האחרונות, עד גירושו לשם.
11. ביום 2.1.2008 הגישה המערערת בקשה לאיחוד משפחות עבור בעלה, בלשכת המשיב 2 בירושלים המזרחית. הבקשה קיבלה את המספר 3/08 (להלן: **הבקשה**).
12. במהלך שנת 2008, המערער אינו זוכר בדיוק מתי, נמסר לו בעל פה על ידי לשכת המשיב 2 בירושלים המזרחית, כי עליו לסגור את התיקים הפליליים המתנהלים בעניינו. מעולם לא נאמר לו שהבקשה סורבה, וכך המערער מעולם לא קיבל מסמך כתוב בעניין.
13. כפי שיתואר בהמשך, **הבקשה לאיחוד משפחות מעולם לא סורבה, עד ליום 16.8.2011**. כעולה ממכתבי המשיב 3, אודותיהם יפורט להלן, ביום 27.5.2008 **ההכרעה בבקשה נדחתה** עד לסיום ההליכים הפליליים אשר התנהלו בעניינו של המערער. כלומר, **הבקשה לא סורבה** ביום 27.5.2008.
14. יוער, כי ביום ההחלטה לדחות את ההכרעה בבקשה לאחמ"ש (27.5.2008), התנהל בעניינו של המערער **הליך פלילי אחד בלבד**. מדובר בהליך פ"א 17171/2008 (עבירה מיום 13.1.2008), אשר נסגר, בסופו של דבר, בשל חוסר עניין לציבור (תאריך סגירה 17.11.2010). יצוין, כי למערער היו באותו מועד תיקים פליליים ישנים יותר, אולם כולם היו כבר סגורים.
15. בינתיים המתינו בני הזוג לקבלת תשובה ממשרד הפנים בעניין איחוד המשפחות, הליך אשר יכול להימשך, כידוע, זמן רב. יוער כי במשך תקופה זו, עשה המערער מאמצים לסגור את תיק המב"ד ("ממתין לבירור דין") בעניינו. הוא פנה לשני עורכי דין, ונאמר לו כי עדיף להמתין לסגירת התיקים, מאשר לעורר אקטיבית את עניין סגירתם.
16. בעוד בני הזוג ממתנינים, נגזר דינו של המערער ביום 13.6.2011 לתקופת מאסר שהוגדרה על ידי בית המשפט כ"קצרה וסמלית" – 33 יום – בגין נהיגה בישראל ללא רישיון נהיגה ישראלי.
- פרוטוקול הדיון, פסק הדין וגזר הדין מיום 13.6.2011 צורפו לעתירה וסומנו שם ע/3.
17. המערער נכלא בכלא דקל.
18. עם תום ריצוי עונשו בכלא דקל, ביום 28.7.2011, נלקח המערער על ידי עובדי המשיב 4 למחסום ארו, **משם גורש לעזה**. זאת, חרף העובדה שהמערער חזר ואמר במשך כל אותו

יום לנציגי המשיב 4, כי הוא גר עם משפחתו בירושלים וכי מתנהלת בקשת אחמ"ש בעניינו. המערער שב והדגיש בפני עובדי המשיב 4 כי יש לו אישה ושלושה ילדים קטנים בירושלים ושאינו לו בעיות ביטחוניות כלל, אך איש לא התייחס לדבריו.

19. כיום, מנותק המערער ממשפחתו – אשתו וילדיו הקטנים, כלוא בעזה ללא יכולת לחזור לביתו ולפרנס את משפחתו כבעבר. **גירושו של המערער קרע באכזריות משפחה שלמה והותיר את אשתו וילדיו ללא פרנסה ותמיכה.**

20. ביום 14.8.2011 פנתה הח"מ, ב"כ המערערים, בשם בני הזוג, למשיבה 3, במכתב דחוף, בו תיארה את מקרה הגירוש, אשר נעשה בניגוד לדין ולנוהל. במכתב נטען, כי בשל העובדה כי בקשת בני הזוג לאיחוד משפחות מעולם לא סורבה, הרי שגירושו של המערער **בזמן קיומה של בקשה מתנהלת בעניינו** מנוגד לנוהל המשיב 1. כמו כן נטען כי הגירוש על ידי המשיב 4 נעשה בניגוד לדין, ובפרט בניגוד להוראות **חוק הכניסה לישראל**, תשי"ב-1952. לבסוף, הפנתה הח"מ את המשיבה 3 לפסק הדין בעת"ס 17012-04-11 **אבו דהים נ' שר הפנים** (להלן: **עניין אבו דהים**), אשר עסק באיסור על גירוש בזמן בקשה מתנהלת אצל המשיב.

**המכתב נחתם בדרישה לאפשר בדחיפות למערער לשוב לירושלים לחיק משפחתו, עד לקבלת החלטה בבקשה לאיחוד משפחות.**

המכתב מיום 14.8.2011 צורף לעתירה וסומן שם ע/4.

21. ביום 16.8.2011 נתקבלה תשובת המשיב (להלן: **התשובה**), באמצעות הגבי' ליאת מלמד מלשכת המשיב 2 בירושלים המזרחית. לאור חשיבות הדברים, תובא התשובה במלואה:

בקשת איחוד המשפחות עבור מר חדרי, תושב רצועת עזה, הוגשה במשרדנו ביום 2.1.2008. ביום 27.5.2008 **נדחתה ההכרעה** בבקשה עד לסיום ההליכים הפליליים אשר התנהלו בעניינו של מר חדרי. סמוך לאחר מכן, ביום 15.6.2008 התקבלה החלטת הממשלה מס' 3598, והנחיית שר הפנים אשר ניתנה בעקבותיה, לפי סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), ולפיה הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה וכי לא יינתן היתר לשהייה בישראל עבור תושבי רצועת עזה כמפורט לעיל.

לאור האמור לעיל, הרי שבקשתו של מר חדרי למתן מעמד בישראל במסגרת בקשת איחוד המשפחות שבנדון **מסורבת**.

(ההדגשות הוספו, נ.ד.).

תשובת המשיב מיום 16.8.2011 צורפה לעתירה וסומנה שם ע/5.

22. מתשובה זו של המשיב 2, עלו מספר נקודות: ראשית, הבקשה סורבה רק ביום 16.8.2011 (ורי' ניסוח הסירוב בלשון הווה); שנית, הבקשה מעולם לא סורבה לפני כן (שכן ההכרעה רק **נדחתה**, ולא **נתקבלה** החלטה עד ליום 16.8.2011); שלישית, הבקשה סורבה לאור החלטת הממשלה 3598 (להלן: **החלטת הממשלה**).

23. ביום 21.8.2011 הוגש ערר על הסירוב מיום 16.8.2011 לבקשה לאיחוד משפחות, ועל הסירוב להחזיר את המערער לישראל (להלן: **הערר**). בערר נטען, כי בעת גירושו של המערער, טרם נתקבל סירוב לבקשתו (הסירוב ניתן, על פי התשובה, רק ביום 16.8.2011), ועל כן גירושו נעשה בניגוד לדין ולנוהל. בנוסף, פורטה עמדת המערערים, לפיה גם **הסירוב עצמו** מנוגד לדין ולנוהל, שכן סירוב לאור סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) צריך להינתן רק לאחר הפעלת שיקול דעת; על פי ע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געאביץ** (פורסם בנבו, להלן: **עניין געביץ**) והנוהל שנקבע בעקבותיו, יש לערוך שימוע טרם סירוב לבקשה לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים; "מקום מושבו או מגוריו" של המערער אינו בעזה; החלטת המשיב מפירה את זכות העותרים לחיי משפחה.

**גם בסוף הערר, נדרשה החזרתו המיידית של המערער לישראל.**

הערר צורף לעתירה וסומן שם ע/6.

24. ביום 11.9.2011 נתקבל סירובו של המשיב מיום 8.9.2011 לערר (להלן: **הסירוב לערר**). בסירוב לערר נכתב, כי "ביום 27.5.2008 ניתנה החלטה על ידי משרדנו לפיה הבקשה נדחית עד לסיום ההליכים הפליליים אשר התנהלו בעניינו של מר חדרי" (ההדגשה במקור, נ.ד.). בהמשך, נכתב שחרף העובדה שלכאורה ההליכים הפליליים נגד המערער הסתיימו, הבקשה מסורבת לאור החלטת הממשלה. לאחר מכן הובאה עמדת המשיב, לפיה הנחיית המשיב 1, בהסתמך על סעיף 3ד להוראת השעה, הנה **לכלל רצועת עזה ולא לבקשה פרטנית** (ועל כן, עמדת המשיב הינה שאין מקום להפעלת שיקול דעת פרטני של המשיב 1). בסעיף 5 לסירוב לערר, קבע המשיב כי "טענותייך באשר לחוקיותה של החלטת ממשלת ישראל הנה (טעות במקור, נ.ד.) **טענה משפטית ולכן לא תינתן התייחסותנו אליה** במכתבנו זה" (!!!) (ההדגשה הוספה, נ.ד.). לבסוף נטען כי בנוגע לבקשה לערוך שימוע למערער, הרי שעמדת המשיב הינה שנוהל "הערות גורמים" אינו חל בבקשה זו, משום שהיא סורבה בהתאם להחלטת הממשלה.

בסוף המכתב צוין כי באפשרות המערער לפנות לוועדה המקצועית המייעצת למשיב 1 ("הוועדה ההומניטארית"), אשר הוקמה על פי הוראת השעה. כן צוין כי באפשרותו להגיש השגה לוועדת ההשגה לזרים.

מכתב הסירוב לערר צורף לעתירה וסומן שם ע/7.

25. בשלב זה, **נפרד הטיפול לשני עניינים: הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות וגירושו המערער מישראל:**

א. **לעניין תקיפת הסירוב לבקשת האחמ"ש**, הגישו המערערים בקשה לוועדה ההומניטארית, ובמקביל קיבלו מוועדת ההשגה לזרים אורכה בת 15 יום להגשת השגה, אשר תיספר מיום קבלת תשובת הוועדה ההומניטארית (ר' סעיפים 26-27 להלן).

ב. לעניין תקיפת גירוש המערער מישראל, בעוד ההליכים בעניינו מתנהלים במשרד הפנים, משמוצו ההליכים בעניין זה, פנו המערערים לבית המשפט קמא בעתירה נשואת ערעור זה (ר' סעיפים 28-30 להלן).

#### הפנייה לוועדה ההומניטארית ולוועדת ההשגה לזרים

26. כמתואר לעיל, המשיב 1 הפנה את המערערים לשני הליכים שונים אפשריים, לשם תקיפת הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות: ועדת ההשגה לזרים והוועדה המקצועית המייעצת לשר הפנים לפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה), תשס"ג-2003 (להלן: הוועדה ההומניטארית). בכדי לא לנהל הליכים במקביל, פנו המערערים ביום 2.10.2011 לוועדת ההשגה, בבקשה לשמור על טענותיהם כנגד הסירוב לערר, בזמן פנייתם לוועדה ההומניטארית. ביום 4.10.2011 ניתנה החלטת יו"ר ועדת ההשגה, לפיה "למשיגים ניתנת ארכה בת 15 ימים מיום שימצו ההליך מול הוועדה ההומניטארית להגיש השגה בעניין החלטת הסירוב מיום 8.9.2011".

העתק בקשת העותרים מיום 2.10.2011 לשמירת טענותיהם צורף לתיק העתירה וסומן ע/13.

העתק החלטת יו"ר ועדת ההשגה מיום 4.10.2011 צורף לתיק העתירה וסומן ע/14.

27. בהתאם לכך, ביום 11.10.2011 הוגשה בקשה הומניטארית בשם המערערת, עבור המערער. הבקשה נמצאת בטיפול הוועדה ההומניטארית וטרם נתקבלה בה החלטה.

#### עת"ם 7112-10-11

28. ביום 4.10.2011 הוגשה העתירה נשואת הערעור. בעתירה נטען, כי **מועד הסירוב לבקשה לאחמ"ש היה 16.8.2011, כלומר, אחרי גירוש העותר מן הארץ**. גירוש זה, כאשר בקשה לאחמ"ש עודנה תלויה ועומדת, עומד בניגוד לנוהלו של המשיב. המערערים ציינו בעתירה, כי נוהל פנימי של המשיב, המכונה "נוהל כללי לקבלת בקשות מכל סוג שהוא והגשת ערעור על החלטה" (להלן: **הנוהל**), צורף לעתירה וסומן שם ע/9 מורה, כי "עד לקבלת החלטה לגבי הבקשה/ערעור/השגה שהוגשה, אין לבצע פעילות אכיפה כלפי המבקשים". הוראה זו מיועדת לאפשר למבקשים להיות מוגנים בפני גירוש כל עוד משרד הפנים דן בעניינם.

המערערים הדגישו, כי הדברים נכונים גם בשלב שבו המשיב הפנה את המערערים לאגף נוסף שלו, דהיינו לוועדה ההומניטארית. לפי הנוהל של המשיב, גם בשלב זה אין לנקוט צעדי אכיפה נגד מבקש. אם כן, כך נטען, **אין שום ממש בניסיון של המשיב להכשיר את הגירוש בדיעבד, בטענה כי הבקשה ממילא מסורבת כעת, לאור החלטת הממשלה**. הנוהל קובע שאין לגרש מבקש גם בשלב זה. בהותרת הגירוש בעינו בשלב זה, לא איפשר המשיב 1 למערערים להשתמש בזכות הטיעון המגיעה להם, ולא התאפשר להם למצות את מלוא זכויותיהם ולהעלות טענות נגד הסירוב, טרם גירושו של המערער.

29. המערערים טענו, כי המשיב 4 פעל לא רק בניגוד לנוהלו הפנימי של המשיב 1, אלא גם בחוסר סמכות מובהק ובניגוד להוראות **חוק הכניסה לישראל**, תשי"ב-1952 (להלן: **החוק**) (סעיפים 38-43 לעתירה).

30. באשר למשיבים 1-3, טענו המערערים כי במקום לתקן את העוול כנדרש, ובמהירות האפשרית, ולפעול לפי הדין ונהלי המשיב 1, המשיבים 1-3 מנסים להיבנות מהמעשה הבלתי-חוקי שנעשה ולהנציחו. אשר על כן, העתירה דרשה לבטל את הגירוש ולהחזיר את המערער לירושלים לאלתר.

### **ההליכים במסגרת עת"ם 7112-10-11**

31. ביום 27.10.2011 נתקבלה אצל המערערים תגובתם המקדמית של המשיבים מיום 26.10.2011. בתגובתם המקדמית טענו המשיבים, כי העתירה עוסקת, כביכול, בבקשה לאיחוד משפחות של המערערים, וכי המערערים "בחרו" להגיש עתירה לבית המשפט המחוזי, תחת הגשת השגה לוועדת ההשגה לזרים. על כן, טענו המשיבים כי יש לסלק את העתירה על הסף, מחמת "אי מיצוי הליכים".

32. ביום 1.11.2011 הגישו המערערים את תגובתם לבקשת המשיבים לסילוק העתירה על הסף. בתגובתם טענו המערערים, כי הסעד המבוקש בעתירה אינו ביטול סירובו של המשיב 1 לבקשה לאיחוד משפחות, אלא סירובו של המשיב 1 לתקן את גירושו הבלתי חוקי של המערער ולהתיר את כניסתו לארץ, כל עוד מתנהלים הליכים בעניינו אצל המשיב 1. המערערים הדגישו, כי הסעד המבוקש – אשר עניינו הכנסתו לישראל של אדם שגורש שלא כדין – אינו מצוי בסמכות ועדת ההשגה לזרים. המערערים שבו והפנו לפסק הדין בעניין **אבו דהים** (עת"ם 17012-04-11) בו נקבע, כי יש לאפשר במקרה כזה של גירוש את כניסתו לישראל ושהייתו בה בזמן הטיפול בבקשתו. לבסוף, הרחיבו המערערים בעניין נוהל המשיב, אשר אוסר על ביצוע פעולות אכיפה כלפי מבקשים, בזמן שבקשה בעניינים נמצאת בטיפול המשיב.

33. ביום 6.11.2011 נתקבלה החלטת בית המשפט קמא, כדלהלן:

על פי האמור בתגובת העותרים, אין עתירתם תוקפת את עצם ההחלטה לדחות את בקשת איחוד המשפחות אלא את הרחקתו של העותר וחוקיותה במועד ובאופן בו בוצעה. לעניין זה לא באה התייחסות בתגובה המקדמית ולפי הנטען אין הדבר מצוי גם בגדרי סמכותה של ועדת ההשגה.

בסוף ההחלטה איפשר בית המשפט למשיבים להשלים תגובתם.

34. ביום 22.11.2011 הוגשה לבית המשפט השלמת התגובה של המשיבים (אולם, כפי שיתואר בהמשך, תגובה זו לא הומצאה באותו מועד למערערים). בהשלמת התגובה, טענו המשיבים לראשונה כי בקשת המערערים לאיחוד משפחות **נדחתה** (במובן "סורבה") בחודש מאי 2008 (עד שלב זה, טענו המשיבים כי רק **ההכרעה** בבקשה נדחתה לשלב מאוחר יותר). כמו כן טענו המשיבים, כי אילו בקשתו של המערער הייתה תלויה ועומדת לאחר מאי 2008, הרי שהיא הייתה מסורבת ביוני 2008, לאור החלטת הממשלה 3598. המשיבים טענו גם כי הרחקת המערער לעזה הינה "מעשה עשוי" ולכן העתירה הינה עתירה "תיאורטית"; כי אין אפשרות חוקית או מעשית לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות של המערערים; כי המערערים לא מיצו הליכים כראוי, כאשר לא הגישו השגה לוועדת ההשגה (אשר, על פי

- התגובה, מוסמכת ליתן סעדי ביניים). בנוסף פירוט המשיבים את פרשנותם לנוהל המשיב 1. בין היתר טענו המשיבים כי נוהל זה "אינו רלוונטי", שכן המשיב 1 לא נקט ב"פעולות אכיפה" כלפי המערער.
35. כאמור, המשיבים לא המציאו לב"כ המערערים במועד את תגובתם מיום 22.11.2011, וביום 27.11.2011 ניתן פסק הדין בעתירה (להלן: **פסק הדין**).
36. בפסק הדין נקבע, כי הרחקת המערער מישראל נעשתה על ידי המשיב 4 – שירות בתי הסוהר – ותקיפת החלטתו אינה בסמכות בית המשפט קמא. כמו כן נקבע כי בשל העובדה כי לא הוגשה בקשה לכניסת המערער לישראל "לפי הנהלים לאשר כניסה לישראל, לפי חוק הכניסה לישראל", לא מוצו הליכים כנדרש טרם פנייה לבית המשפט. לבסוף נקבע כי על פי תגובת המשיבים מיום 22.11.2011, לוועדת ההשגה לזרים סמכויות ליתן צווי ביניים, ובכלל זה כניסת העותר לישראל, "וגם מטעם זה – הקשור בסעד הישיר שאותו מבקשים העותרים בבית-משפט זה בעת הזו, אין מקום לברר את העתירה בלא מיצוי ההליך". לאור נימוקים אלו, קבע בית המשפט קמא כי דין העתירה להימחק.
37. ביום 28.11.2011 הוגשה בקשה לביטול פסק הדין (להלן: **הבקשה לביטול**). הבקשה לביטול התבססה על העובדה, כי תגובת המשיבים לא הומצאה למערערים (בניגוד ברור לחובתם על פי דין) וכי מן האמור בפסק הדין עצמו עולה, כי על פניו הועלו בתגובה מספר נקודות אשר סותרות את תגובתו הקודמת של המשיב, וכן נקודות המנוגדות לעמדה ברורה שהביע המשיב בעבר. המערערים הביעו את חששם, שפסק הדין מבוסס על אי דיוקים, בלשון המעטה, בתגובת המשיב.
38. ביום 29.11.2011 נתקבלה אצל המערערים, סוף סוף, תגובת המשיבים, אשר נשלחה בדואר רגיל ב-23.11.2011 ללא אישור מסירה. באותו היום התיר בית המשפט למערערים להשלים התייחסותם לתגובת המשיבים, במסגרת הבקשה לביטול.
39. ביום 6.12.2011 השלימו המערערים את טענותיהם. המערערים טענו, כי טענת המשיב, לפיה הבקשה לאיחוד משפחות של המערערים נדחתה עוד במאי 2008 אינה נכונה, ואף סותרת אמירות קודמות של המשיב; כי פרשנות המשיבים לנוהל המשיב 1 5.1.0001 אינה סבירה ואף הופכת את הנוהל לאבסורד; כי אמירת המשיב לפיה לאור החלטת הממשלה 3598 אין כל אפשרות חוקית או מעשית לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות הינה אמירה גורפת וכללית, אשר אינה מדויקת במקרה הפרטני של המערער, ואף סותרת החלטות אחרות של המשיב 1; כי אין מקום להפנות את המערערים לוועדת ההשגה לזרים, שכן הם ממצים הליכים מול הוועדה ההומניטארית, אליה הפנה אותם המשיב 1 בעצמו; כי הסעד המבוקש בעתירה אינו תיאורטי, כפי שטענו המשיבים, והוא נמצא בסמכות בית המשפט קמא.
40. ביום 12.12.2011 נתקבלה החלטת בית המשפט המחוזי (להלן: **ההחלטה**). בהחלטתו, דחה בית המשפט את הבקשה לביטול פסק הדין, והותיר את פסק הדין על כנו. בהחלטתו, חזר בית המשפט על קביעותיו בפסק הדין, והוסיף, כי אמנם נטען על ידי המערערים כי הם פנו בדרישה להחזיר מיידית את המערער לישראל, אולם לא היה מדובר בהגשת בקשה על פי "הנהלים" של המשיב, לשון ההחלטה. כן הוסיף, כי "מעיון בתשובות שניתנו – הן לבקשה



עצמה והן לערר – עולה כי החלטה ישירה בעניין זה (כניסת המערער לישראל, נ.ד.), לא נתקבלה על ידי המשיבים... גם מטעם זה, עולה כי לא מוצו הליכים בנדון".

### נימוקי הערעור

41. בפתח הדברים ייאמר, כי המערערים מתייחסים בערעור זה הן לפסק דינו של בית המשפט קמא מיום 27.11.2011, והן להחלטת בית המשפט קמא מיום 12.12.2011, בה נדחתה בקשת המערערים לביטול פסק הדין. בהחלטה מיום 12.12.2011 התייחס בית המשפט קמא לחלק מטענות המערערים מיום 6.12.2011, ושונתה במעט הנמקתו.

42. להלן יטענו המערערים, כי בית המשפט הנכבד קמא שגה בשניים: קביעתו כי הוא נעדר סמכות עניינית לדון בעתירה, וקביעתו כי לא מוצו הליכים בעניין כניסת המערער לישראל.

#### א. בית המשפט הנכבד קמא שגה בקביעתו, כי הוא נעדר סמכות עניינית לדון בעתירה

43. בית המשפט קמא קבע, שהטענה העיקרית בעתירה נסבה על הרחקת המערער לעזה מיד עם סיום מאסרו. על פי ההחלטה, "הטענות נגד הרחקה זו לגופה – שנעשתה על ידי המשיב 4 – אינן מצויות בסמכותו העניינית של בית משפט זה".

44. אכן, המערערים העלו במסגרת העתירה טענות כנגד עצם חוקיות הפעולה של הרחקת המערער על ידי המשיב 4. אולם, טענות אלו קשורות בטבורן לטענות המערערים בעניין נוהל 5.1.0001 של המשיב 1, אשר אוסר על ביצוע פעולות אכיפה (ובכללן הרחקה מן הארץ) בזמן בקשה מתנהלת (להלן: **הנוהל**). בכדי שהוראה זו של הנוהל תהיה אפקטיבית, חזקה על **המשיב 1** – שר הפנים – לפעול אופרטיבית ליישום הנוהל, וליידע את גורמי האכיפה הרלוונטיים בדבר קיומו בכלל, ובדבר קיומה של בקשה מתנהלת של כל פונה ופונה אליו, בפרט. בפועל, מדובר בהזנת הערת "מנוע גירוש" ליד שמו של אדם, במסופי המחשב של גורמי האכיפה השונים.

45. אולם, ברי, כי יישום אפקטיבי של הוראה זו בנוהל מצריך לא רק מניעה מראש של אכיפה המבוצעת בניגוד לנוהל (על ידי יידוע גורמי האכיפה הרלוונטיים במקרה של בקשה מתנהלת), אלא גם **תיקון והשבת המצב לקדמותו, במקרים בהם בוצעה הרחקה בניגוד לנוהל, של אדם שבקשתו מתנהלת**. אם לא כך ייושם הנוהל, הוא יהפוך לריק מתוכן דווקא במקרים הקשים, מקרים בהם אדם בעל בקשה מתנהלת הורחק מישראל חרף הוראות הנוהל.

46. המשיב 1 הוא, כמובן, האחראי ליישום הנוהל שלו-עצמו. יישום הנוהל הינו, כאמור, בעל שני פנים: מחד, **מניעה מראש** של מקרי הרחקה שלא כדין, מאידך, **ביטול** מקרי הרחקה שלא כדין. ההיגיון בטענה כי הפן השני של יישום הנוהל נמצא באחריות המשיב 1 נעוץ גם בעובדה, כי המשיב 1 הוא בעל הסמכות להסדיר כניסה לישראל – בין היתר, במקרים של ביטול הרחקה אשר בוצעה בניגוד לדין ולנוהל.

47. מפסק הדין ומהחלטה עולה, כי על המערערים היה לעתור נגד המשיב 4, בעניין עצם ההרחקה עצמה. אולם לא ברור כיצד היו ממצים המערערים הליכים בעניין זה, שהרי, **דרישת המערערים הינה להשיב את המצב לקדמותו**. פעולה כזו משמעה דה-פקטו השבת

המערער לארץ. פעולה כזו אינה נמצאת בסמכות המשיב 4 – אפילו אילו היה מעוניין בכך. במילים אחרות, קביעתו של בית משפט קמא, לפיה טענות המערערים לעניין הנוהל לא יידונו, שכן ההרחקה עצמה בוצעה על ידי המשיב 4, מעמידה את המערערים בפני שוקת שבורה, שכן אין להם, בעצם, לאן לפנות – הרי המשיב 4, אליו מפנה אותם לכאורה בית המשפט קמא, אינו מוסמך להתיר את כניסתו של המערער לישראל ולבטל את מעשה ההרחקה.

48. אין ספק, כי אם היו יודעים המערערים מראש, שהמשיב 4 מתכוון להרחיק את המערער לעזה בתום ריצוי עונשו, היו הם עותרים כנגד ההחלטה לעשות כן, לבית המשפט העליון בשבתו כבג"ץ (כפי שנעשה, למשל, בבג"ץ 6938/10 מצרי נ' שירות בתי הסוהר). ואולם, דווקא משום שההרחקה במקרה דנן בוצעה שלא כדין, ובפרט ללא עריכת שימוע כנדרש, לא התאפשר למערער לתקוף את עצם ההחלטה להרחיקו לעזה. על כן, כל שנתר בידי המערערים לעשות, היה לדרוש את השבת המצב לקדמותו – פעולה שרק המשיב 1 יכול ומוסמך לבצע.

49. הנה כי כן, השילוב של אחריות המשיב 1 ליישום נוהלו האוסר על הרחקה בזמן בקשה מתנהלת, והיעדר סמכותו של המשיב 4 להשיב את המצב לקדמותו טרם הגירוש, מביאים למסקנה אחת ויחידה: **הגורם הממונה על הסעד המבוקש בעתירה הינו המשיב 1, ולא המשיב 4.**

50. הגיון זה, לפיו במקרה של הרחקה אשר נטען שאינה כדין, יש לעתור כנגד בעל הסמכות לבטל את ההרחקה, בא לידי ביטוי במקרים רבים אשר עניינם הרחקה לעזה של פלסטינים המתגוררים בגדה. בכל המקרים הללו, הרחקת העותרים נעשתה על ידי השב"ס או המשטרה, לאחר חקירה או מאסר בישראל. כך, למשל, בבג"ץ 3519/05 ורד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית (שחרור ממעצר מינהלי בקציעות לרצועת עזה); בג"ץ 5504/03 כחלות נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (שחרור מכלא אשקלון לרצועת עזה); בג"ץ 10520/09 אבו עאבד נ' מדינת ישראל (הרחקה על ידי המשטרה לרצועת עזה). בכל העתירות הללו, נדרשה השבת המצב לקדמותו טרם ההרחקה, כלומר, אישור המעבר של העותר מרצועת עזה לביתו בגדה המערבית ע"י הגורם המוסמך לכך. בתגובות לעתירות, לא נטען כי יש לעתור ל"ביטול" ההרחקה עצמה, כנגד הגורם מבצע ההרחקה (השב"ס או המשטרה).

51. בהקשר זה מבקשים המערערים להפנות את בית המשפט הנכבד לפסק הדין בעניין אבו דהים, אשר דן בהרחקה שלא כדין שבוצעה על ידי משטרת ישראל. בית המשפט קבע באותו עניין, כי יש לבטל את ההרחקה, אשר נעשתה שלא כדין, בדרך של השבת העותר לארץ, על ידי המשיב 1.

**ב. בית המשפט הנכבד קמא שגה בקביעתו, כי לא מוצו הליכים בעניין כניסת המערער לישראל**

52. בית המשפט הנכבד קמא קובע, לעניין מיצוי הליכים באשר לכניסת המערער לארץ, כי:

"לא הוגשה בקשה לפי הנהלים לאשר כניסה לישראל, בכל הקשור לכניסת העותר – להבדיל מתקיפת ההרחקה – ועל כן... אין מיצוי הליכים בנדון שניתן בגינו להגיש עתירה לבית המשפט נגד משיבים 1-3..."

נטען על ידי העותרים כי הם אכן פנו בדרישה להחזיר מיידית את העותר לישראל. אולם, אין בתגובה האמורה אישור לכך שהבקשות בנדון הוגשו על פי הנהלים... מעיון בתשובות שניתנו – הן לבקשה עצמה והן לערר – עולה כי החלטה ישירה בעניין, לא התקבלה על ידי המשיבים... גם מטעם זה, עולה כי לא מוצו ההליכים שבנדון."

(סעיף 2 להחלטה).

53. עם כל הכבוד, בית המשפט הנכבד קמא טעה בקביעתו, כי לא מוצו הליכים כראוי לעניין כניסת המערער לישראל.

54. ראשית כל, טועה בית המשפט קמא בקביעה העלומה, כי לא הוגשה בקשה "על פי הנהלים". כמתואר לעיל, המערערים פנו אל המשיבה 3 עוד ביום 14.8.2011, בדרישה **לאפשר לעותר להיכנס לישראל** (ר' סעיף 14 לנספח ע/4 לעתירה). גם בערר מיום 21.8.2011 דרשו המערערים **את החזרתו המיידית של העותר לישראל** (ר' סעיף 38 לנספח ע/6 לעתירה). פניות אלו של המערערים אל המשיבה 3 לא התבססו על נוהל של המשיב 1, מן הסיבה הפשוטה שאין נוהל בנמצא, אשר מסדיר ביטול הרחקה שלא כדין מישראל. אלא, המערערים פנו למשיבה 3, אליה הואצלו סמכויות המשיב 1, אשר מקנות לו שיקול דעת רחב בעניין כניסה לישראל (ר' עע"ם 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט (4) 134).

55. אכן, במסגרת העתירה טענו המשיבים, כי המערערים לכאורה לא מיצו הליכים. אולם הטענה הייתה שהמערערים לא מיצוי הליכים לעניין הסירוב **לבקשה לאיחוד משפחות**, באמצעות פנייה לוועדת ההשגה לזרים. בית המשפט קמא קיבל את עמדת המערערים בעניין זה, והיא כי ועדת ההשגות יכולה אמנם ליתן סעד ביניים של הכנסת המערער לישראל, אולם, היא מוסמכת לעשות כן רק במסגרת השגה על הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות – נושא המצוי בטיפול הוועדה ההומניטארית בהתאם להפניית המשיב 1 עצמו (ר' סעיף 3 להחלטה). ועדת ההשגה אינה מוסמכת לדון בהשגה על **עצם הסירוב להכניס את המערער לישראל**.

56. ואילו, הטענה כי **בכדי להשיב את המצב לקדמותו**, טרם ההרחקה, על המערער היה להגיש בקשה לכניסה לישראל "**לפי נהלי המשיב**", מעולם לא הועלתה על ידי המשיב בעצמו, במסגרת הליכי העתירה. על כן, לא ברור על בסיס מה קבע בית המשפט הנכבד קמא, כי היה צורך לפעול אחרת לשם ביטול הרחקתו של המערער, על מנת למצות הליכים כנדרש טרם פנייה לבית המשפט קמא – בעוד למשיב עצמו לא הייתה כל טענה באשר לאופן הפנייה אליו. בית המשפט קמא אינו מבהיר, באילו נהלים מדובר, וכיצד היה על המערערים לפעול.

57. בית המשפט קמא טעה גם כאשר ביסס את קביעתו, כי לא מוצו כנדרש ההליכים לעניין כניסתו של המשיב לישראל, על העובדה כי המשיבה 3 לא התייחסה במסגרת תשובותיה לבקשה ולערר לדרישה להכניס את המערער לארץ (סעיף 2 להחלטה). מדובר, עם כל הכבוד,

בקביעה בעלת השלכות מרחיקות לכת ואף מסוכנות. שכן, מקביעה זו עולה, כי בכל מקרה בו הרשות מתעלמת מסעד המבוקש בפנייה אליה, ניתן יהיה לקבוע, כי לא מוצו הליכים לעניין אותו הסעד, רק בשל אי-התייחסות הרשות אליו! המדובר במתן היתר למשיב ליתן תשובות סלקטיביות ולהתעלם מסעדים המתבקשים ממנו, בכדי שאחר כך יתאפשר לו לטעון כי לא מוצו הליכים בעניין.

58. יתרה מכך. חובת ההגינות המנהלית אף מחייבת, כי במידה ובקשה הוגשה לרשות שלא על פי הנהלים הרלוונטיים, על הרשות להודיע למבקש מהו הנוהל הרלוונטי לטיפול בבקשתו. כלומר, במקרה דנן, אם היה קיים נוהל אשר מסדיר את ביטול הרחקתו שלא כדין של אדם, על הרשות היה להודיע למערערים, בתשובתם לבקשה להכניס את המערער לארץ, מהו הנוהל וכיצד יש לפעול על פיו. כאשר לא עשה כן המשיב, "סימן" הוא למערערים שהם נמצאים בנתיב הנכון מבחינה מנהלית. **המשיב מעולם לא טען, בשום שלב, כי קיים נוהל שיש לפנות על פיו לביטול הרחקתו של המערער והכנסתו לארץ.** השאלה בדבר מיצוי הליכים לעניין כניסת המערער לישראל (בשונה משאלת מיצוי ההליכים בעניין הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות) מעולם לא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים.

59. **במילים אחרות, בית המשפט קמא הכריע, ללא צורך, בעניין שלא היה במחלוקת – שאלת מיצוי הליכים לעניין ביטול ההרחקה – ואף טעה, בכל הכבוד, בהכרעתו גופא.** לעניין ההכרעה בסוגיה שלא עמדה במחלוקת בין הצדדים, יפים דבריו של בית המשפט בע"א (י-ם) **האפוטרופוס הכללי כמנהל נכסי הקדש גליציה נ' עמראן** (פורסם בנבו):

נקודת המוצא לכל הליך שיפוטי הוא שוויון בין בעלי הדין, ובלשון הרמב"ם: **"אי זהו צדק המשפט? זו השוויית שני בעלי דינין בכל דבר"** (רמב"ם, הלכות סנהדרין, כא, א). השוויון בא לידי ביטוי במישורים רבים, שלא כאן המקום לפרטם. על כל פנים, בסיס השוויון הוא כי כל צד יידע מראש מהם הנושאים השנויים במחלוקת, ועל פי זאת יוכל לכלכל את צעדיו בדרך של הבאת ראיות והצגת טיעונים משפטיים. הדברים ידועים בשיטתנו המשפטית ואין צורך להאריך. לפיכך נסתפק במובאה אחת קצרה מפסיקתו של בית המשפט העליון: **"אכן, אין בית המשפט נוטל בדרך כלל חלק בטיעוני בעלי הדין, ואין הוא קובע להם קו ניהול המשפט: בדרך כלל, קשורים הצדדים בטענותיהם, ומשפט אזרחי מתנהל בעיקר על-פי פלוגתאות שנוסחו על ידיהם** (ר"ע 674/86 מדינת ישראל נ' נאות סיני, פ"ד מב(2) 527, 534, להלן - "עניין נאות סיני").

... גם אם סובר בית המשפט כי יש נושא חשוב, בעיניו, שהצדדים לא התייחסו אליו או לא טענו לגביו, אין הוא רשאי להעלות נושא זה ביוזמתו בסיום פסק הדין, באופן שבו התוצאה משתנה מקצה אל קצה. במקרה כזה, אם אכן מדובר בנקודה או בסוגייה בעלת חשיבות, אשר יכולה להביא לתוצאה שונה, חייב בית משפט להזמין את הצדדים אליו, להציג בפניהם את הרהוריו, ולאפשר להם לטעון, ורק אחר כך לקבל החלטה...

(שם, סעיפים 8, 9, ההדגשות במקור, נ.ד.).

60. על אחת כמה וכמה כאשר בית המשפט מציג מיוזמתו טענה שהיא **עובדתית** ביסודה (הנהלים הקיימים לפנייה למשיבים), אשר לא הועלתה בפניו ואשר לא נטענה על ידי המשיבים עצמם.

#### ג. קביעותיו הסותרות של בית המשפט קמא

61. המערערים מבקשים להצביע על הסתירה המובנית שבהחלטתו של בית המשפט הנכבד קמא. מחד, מתייחס בית המשפט קמא לעתירה כעתירה אשר תוקפת את החלטתו של המשיב 4 להרחיק את המערער לעזה, וקובע כי עתירה שכזו אינה מצויה בסמכותו העניינית. מאידך, בוחן בית המשפט קמא את בקשות המערערים לבטל את הרחקתו של המערער – קרי, **להכניסו לישראל** – וקובע כי לא מוצו הליכים בעניין זה. **בבחינתו את שאלת מיצוי ההליכים בעניין כניסת המערער לישראל, הכיר בית המשפט קמא בכך כי הדרך לביטול פעולתו של המשיב 4 הינה פנייה למשיב 1, ועל כן, מדובר בעניין שנמצא בגדר סמכותו העניינית.** לעניין שאלת מיצוי ההליכים עצמה, עמדת המערערים הינה, כאמור, כי בית המשפט קמא שגה בקביעתו כי לא מוצו הליכים כנדרש.

#### ד. סיכום

62. העתירה נשואת ערעור זה הוגשה בדרישה לבטל את הרחקתו של העותר, פעולה המצויה בסמכות המשיב 1. המערערים מיצו כנדרש הליכים לעניין זה, והמשיב מעולם לא טען אחרת. הנה כי כן, הסעד המבוקש בעתירה מצוי היה בסמכות בית המשפט קמא, והיא הוגשה לו לאחר שמוצו ההליכים הנדרשים.

### המסגרת הנורמטיבית

#### גירוש בניגוד לנוהלו של המשיב 1

63. נוהל פנימי של המשיב 1 המכונה "נוהל כללי לקבלת בקשות מכל סוג שהוא והגשת ערעור על החלטה" (הנוהל) מורה, כי "עד לקבלת החלטה לגבי הבקשה/ערעור/השגה שהוגשה, אין לבצע פעילות אכיפה כלפי המבקשים". הוראה זאת מיועדת לאפשר למבקשים להיות מוגנים בפני גירוש כל עוד משרד הפנים דן בעניינם.

נוהל המשיב צורף לעתירה וסומן שם ע/8.

64. במקרה דנן, המשיב 4 פעל בחריגה מסמכותו ובניגוד להוראה הנ"ל. כמתואר לעיל, בני הזוג מעולם לא קיבלו סירוב לבקשתם לאיחוד משפחות, עד ה-16.8.2011, אז הודיע המשיב שהבקשה מסורבת לאור החלטת הממשלה 3598. כלומר, **בעת הרחקת המערער, הבקשה לאיחוד משפחות הייתה תלויה ועומדת** (ר' גם סעיפים 1-3 בהשלמת טיעוני המערערים במסגרת הבקשה לביטול פסק דין מיום 6.12.2011).

65. הוראת הנוהל, לפיה יש לאפשר למבקש לשהות בישראל, גם ללא היתר, כל עוד לא ניתנה החלטה סופית בבקשתו, משקפת פרשנות נכונה של המשיב את הדין. כל עוד עניינו של המבקש נדון, מאזן הנוחות מחייב לאפשר לו להמשיך ולשהות בישראל, ולנהל מכאן את מגעיו עם המשיב (ר' גם סעיפים 4-8 בהשלמת טיעוני המערערים במסגרת הבקשה לביטול פסק דין מיום 6.12.2011).

66. הרחקתו של המערער מישראל נעשתה, אם כן, בניגוד לנוהל של המשיב ובניגוד לדין, כפי שהוא משתקף ומעוגן בנוהל. הדברים נכונים גם כעת, כאשר המשיב הפנה את המערערים לאגף נוסף שלו, דהיינו לוועדה ההומניטארית. לפי הנוהל של המשיב, גם בשלב זה אין לנקוט צעדי אכיפה נגד מבקש.
67. אם כן, אין שום ממש בניסיון של המשיב להכשיר את ההרחקה הבלתי-חוקית בדיעבד, בטענה כי הבקשה ממילא מסורבת כעת, לאור החלטת הממשלה. **הנוהל קובע שאין לגרש מבקש גם בשלב זה.**
68. **במקום לתקן את העוול כנדרש, ובמהירות האפשרית, ולפעול לפי הדין ונהלי המשיב, המשיב 1 מנסה להיבנות מהמעשה הבלתי-חוקי של המשיב 4, ולהנציחו.**

#### גירוש בהיעדר צו הרחקה

69. המשיב 4 פעל לא רק בניגוד לנוהלו הפנימי של המשיב, אשר אוסר על ביצוע פעולות אכיפה בזמן בקשה מתנהלת, אלא גם בחוסר סמכות מובהק ובניגוד להוראות **חוק הכניסה לישראל**, תשי"ב-1952 (להלן: **החוק**):
- א. המערער גרש לעזה על ידי נציגי המשיב 4, שירות בתי הסוהר. כפי שעולה בבירור מהחוק, נציגי שב"ס **אינם מוסמכים** "להוציא" תושבי אזור מישראל. היחידים שמוסמכים לעשות זאת הינם קצין משטרה (מדרגת פקד, ועם הסמכה מיוחדת) או ממונה ביקורת גבולות.
- ב. משה"הוצאה" נעשתה שלא בסמכות, ברי שכל **פרוצדורת** ה"הוצאה" הייתה בלתי חוקית. בניגוד לחוק, לא הוצא **צו** על הוצאתו מישראל של המערער ולא נערך **דו"ח מנומק** בכתב של **קצין משטרה**.
70. התנאים המתוארים בסעיפי החוק אינם קיימים לשם הפרוצדורה בלבד. מטרתם הינה להבטיח זכויות מהותיות של החשוד בשהייה בלתי-חוקית, ולוודא כי טרם הוצאתו מן הארץ, תיעשה בחינה מדוקדקת, **כולל שימוע**, על ידי שוטר בדרג קצונה גבוה (ראו התייחסות בית המשפט לסעיף בחוק בעת"ס (י-ם) 9051/08 **ביטאר סידאווי נ' שר הפנים**. כמו כן ראו התייחסות בית המשפט בעת"ס (ת"א) 2252/05 **רשואן נ' משרד הפנים**, שם נקבע כי גם אם נערך לחשוד שימוע טרם גירוש, אין בכך בכדי לקבוע כי הגירוש נעשה בתום לב).
71. יש לזכור, שהכלל הוא שהרחקה מישראל נעשית אך ורק על-פי צו של שר הפנים, ובכפוף לשורה של פרוצדורות וערובות הקבועות בחוק הכניסה לישראל. הוצאה מישראל בצו הוצאה היא הסדר חריג, המקנה לקציני משטרה מסוימים סמכויות שכרגיל ניתנות לשר בישראל. נוכח אופיו החריג של ההסדר, חשוב כפליים להקפיד ולדקדק בכל פרט מההוראות בו.
72. מן המקובץ לעיל עולה, כי הוצאתו של המערער מישראל נעשתה **בחוסר סמכות, תוך הפרה חמורה של הדין** (ר' גם סעיפים 32-33 בהשלמת טיעוני המערערים במסגרת הבקשה לביטול פסק דין מיום 6.12.2011).

### הפגיעה בחיי המשפחה ובזכויות הילדים

73. ההרחקה החפוזה והבלתי-חוקית של המערער שיסעה את משפחת המערערים, שברה את פרנסת המשפחה, והותירה את המערערת ללא בן-זוג ואת ילדיה ללא אב.
74. נוכח השלכות קשות אלו, היה מוטל על המשיב 1 למהר ולהשיב את המערער לביתו.
75. זאת ועוד: אף שהנוהל של המשיב 1 קובע שאין להרחיק מבקש מהארץ כל עוד בקשתו תלויה ועומדת, והדברים חלים בכל מקרה ומצב, הרי שהם נכונים מקל וחומר כאשר על כפות המאזניים מונחים הזכות לחיי משפחה ועקרון טובת הילד, שהם עקרונות יסוד בשיטתנו.
76. לא ניתן להפריז במשמעות הקשה שיש להחלטת המשיב על חיי המערערים. במשיכת קולמוס אחת, בותרה משפחתם. האב נקרע מעל שלושת ילדיו הרכים ואשתו, ולא ברור מתי וכיצד יתראו שוב. המערערת נותרה לבדה בירושלים, מטופלת בילד בן שלוש, ילדה בת שנתיים ותינוק בן חצי שנה. כל יום של ניתוק מגדיל את המתח והחרדות במשפחת המערערים.
77. כיום, בעידן שלאחר בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (תק-על 2006(2) 1754, להלן: **עניין עדאלה**), אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב.
78. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשה לאיחוד משפחות שמגיש אזרח או תושב המדינה עבור בן זוגו או ילדיו. 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. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.
79. יפים לעניין זה דברים של הנשיא (בדימו') א' ברק, אשר הביא בפסק דינו בעניין עדאלה (סעיף 26 לפסק דינו) אמירות מפי שופטים ומלומדי משפט באשר לקשר בין הורים לילדיהם:

אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פי שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב' 219 (תשמ"ט-1989)). "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, פסקה 46)). כדברי חברתי השופטת א' פרוקצ'יה: **"עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה**

בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 889-894). (ההדגשה הוספה – נ.ד.).

80. כן קבע הנשיא ברק, בסעיפים 27-28 לפסק דינו:

הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלית לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו...

**הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו...**

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות להינות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה הישראלי לחיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין... לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו" (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331).

(שם, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

81. הנה כי כן, ניתוקו של המערער מאשתו וילדיהם, אשר מעמדם בישראל הוסדר, מהווה פגיעה קשה בזכותם הטבעית של ההורים והילדים לחיי משפחה. נראה כי בתי המשפט, בקובעם כי עניין שכזה מצדיק התייחסות הומניטארית מיוחדת, היו מודעים לכך. גם על המשיב היה לשקול עניין זה בכובד ראש.



82. האם החלטת המשיב, הפוגעת באופן כה אנוש בזכות לחיי משפחה של המערערים, עומדת בדרישה זו? האם החלטה, המתבססת כל כולה על עובדת רישומו של המערער במרשם האוכלוסין כתושב עזה, יכולה להוות כלל משקל נגד מול הזכות לחיי משפחה ומול התוצאה הקשה של הפרתה במקרה דנן? מהמפורט לעיל, עולה שהתשובה לכך היא בשלילה.

### סיכום

83. המערערים הם בני-זוג, שאין חולק על חייהם המשותפים בירושלים עם ילדיהם הקטינים. בקשתם של המערערים לאיחוד משפחות הייתה תלויה ועומדת בעת שהמערער הורחק לרצועת עזה, וההליכים בה עדיין לא הסתיימו עד עצם היום הזה – כאשר כעת הם עברו, **בהמלצת המשיב**, לוועדה ההומניטארית שקמה לפי הוראת השעה.

84. לפי נהלי המשיב, המערער זכאי לשהות בישראל כל עוד לא נסתיימו ההליכים בבקשה.

85. אלא שבמקרה זה התערב בפרשה גורם שלישי, הוא המשיב 4. גורם זה, שמעולם ניתנה לו הסמכות להרחיק אדם מישראל, בא וגירש מכאן את המערער – ללא סמכות, בחריגה מהכללים ומההליכים הקבועים בחוק, ובניגוד לנוהל הקיים, נוהל המשקף את האיזון הראוי בין זכויות האדם לבין אינטרסים ציבוריים.

86. העתירה נשואת ערעור זה כוונה לתיקון עיוות זה, על-מנת שהמערערים יוכלו להמשיך ולמצות את זכויותיהם מול משרד הפנים, מבלי שמשפחתם תופרד ותשוסע תוך כדי ההליכים עצמם – הליכים שעשויים בהחלט להסתיים באישור הבקשה לאיחוד משפחות, זאת נוכח כובד טענותיהם של המערערים ונוכח הפנייתם לוועדה ההומניטארית.

87. מכל הנימוקים שפורטו, מתבקש בית המשפט לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהורות למשיב 1 לאשר את כניסתו של המערער לישראל, וזאת בכדי לאפשר לו למצות את זכויותיו אל מול הרשויות. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות המערערים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 5 ינואר, 2012

---

נועה דיאמונד, עו"ד  
ב"כ המערערים