

**בבית הדין לעררים
מחוז ירושלים**

ערר מס'

בעניין:

1. _____ רגבי, ת"ז _____
2. _____ אלרגבי, ת"ז _____
3. _____ רגבי, ת"ז _____, ילידת 2005
4. _____, ת"ז _____, ילידת 2006
5. _____, ת"ז _____, ילידת 2008
6. _____, ת"ז _____, יליד 2010
7. _____, ללא ת"ז, יליד 28.5.14
8. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר מס' 580163517**

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346)

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, ההגירה ומעברי הגבול

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

המשיבה

ערר

בית הדין הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבה להימנע מלהרחיק את העוררת 2, אם לחמישה קטינים, מביתה אשר בירושלים, כל עוד בקשת בן זוגה, העורר 1, לאיחוד משפחות עמה, תלויה ועומדת בפני המשיבה.

לחלופין מתבקש בית הדין הנכבד להורות למשיבה לתת לעוררת 2 היתר לשהייה בישראל ע"פ חוק האזרחות והכניסה לישראל הוראת שעה), תשס"ג – 2003.

עניינו של הערר

1. עניינו של ערר זה באי המענה של המשיבה לבקשת העוררים להימנע מלהרחיק את העוררת 2 מביתה אשר בירושלים, כל עוד בקשתו של העורר 1 לאיחוד משפחות עימה, תלויה ועומדת בפני המשיבה.

2. העוררת היא תושבת הגדה במקור, המתגוררת בירושלים מזה 10 שנים, נשואה לתושב ישראל ואימם של חמישה קטינים, ארבעה מהם תושבי ישראל והחמישי, פעוט בן חודש, טרם נרשם.
3. נוכח העובדה כי טיפול המשיבה בבקשה לאיחוד משפחות אורך כשנה לפחות, וכי הנהלים החדשים בעניין בקשה מתנהלת אינם מגינים עוד מפני גירוש על פלסטיני שהוא במקור תושב שטחים ושבקשתו לאיחוד משפחות תלויה ועומדת, נדרשת הגנה על העוררת מפני הרחקתה מילדיה וזאת עד לסיום ההליכים בעניינה.

הצדדים

4. **העורר 1** (להלן: **העורר**), מר _____ רגבי, תושב קבע, יליד ירושלים ומתגורר בה כל חייו.
5. **העוררת 2** (להלן: **העוררת**), תושבת הגדה שנולדה בירושלים, נישאה לעורר בשנת 2004 ומאז מתגוררת עימו בירושלים.
6. **העוררים 3-7** (להלן: **הילדים** או **הקטינים**) הם ילדיהם הקטינים של העוררים 1-2, אשר נולדו בירושלים ומתגוררים בעיר כל חייהם. העוררים 3-6 רשומים במרשם האוכלוסין כתושבי קבע. העורר 7, טרם נרשם. בקשה בענייניו הוגשה למשיבה לאחר לידתו.
- העתק הודעת הלידה של העורר 7 מצ"ב ומסומן ע/1.
7. **העוררת 8** (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**), היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לטפל, בין השאר, בענייניהם של תושבי ירושלים המזרחית מול רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעוררת ציבורית ובין כמייצגת את מי שזכויותיהם נפגעו.
8. **המשיבה** היא רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול המופקדת על הטיפול בבקשות להסדרת מעמד בישראל.

עניינם של העוררים ומיצוי ההליכים

9. העוררת נולדה בשנת 1986 בירושלים לאב תושב חברון ואם תושבת ישראל. בשנת 2004 עברה משפחתה להתגורר בסילוואן ולאחר מספר חודשים נישאה העוררת לעורר, תושב ירושלים המתגורר בסילוואן, ומאז היא מתגוררת עימו בירושלים. במהלך השנים נולדו לבני הזוג חמישה ילדים, היום בגילאי חודש עד 9 שנים. ארבעה מהילדים הם תושבי ישראל והפעוט, בן החודש, טרם נרשם.
10. נוכח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשנ"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), לא היה באפשרות בני הזוג להגיש בקשה לאיחוד משפחות עד לשנת 2011, עת הגיעה העוררת לגיל 25. ואולם, בראשית שנת 2011 נעצר העורר ונשפט ל-52 חודשי מאסר בפועל ועל כן לא יכול היה להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור העוררת.

11. לאור זאת, על מנת שהעוררת תוכל להמשיך לחיות בישראל עם ילדיה, הוגשה עבודה ביום 19.8.12 בקשה הומניטארית מכוח ס' 1א3 להוראת השעה. ואולם, בטרם נבחנה הבקשה, בחודש אוגוסט 2012, שוחרר העורר לאחר שבמסגרת ערעור שהגיש על חומרת העונש, הופחתו מעונשו 22 חודשי מאסר. בעקבות שחרור בן זוגה, משכה העוררת את בקשתה ההומניטארית.

12. ביום 15.9.13 הוגשה ללשכת המשיבה בקשה מקדמית לאיחוד משפחות וביום 9.4.14 זומן העורר ללשכה והגיש בקשה מלאה לאיחוד משפחות עבור העוררת.

העתק הקבלה על הגשת בקשה אחמ"ש מצ"ב ומסומן ע/2.

13. העורר עובד כיום כמטפל בבית אבות "נווה הורים" בשכונת קטמון הישנה בירושלים. הוא עובד במקום במשמרות, במשרה מלאה.

14. הילדות _____, _____ ו _____, העוררות 3-5 לומדות במסגרות חינוכיות בירושלים. שלושתן סובלות מבעיות רפואיות כרוניות המחייבות טיפולים ומעקב רפואי. _____ ו _____ סובלות ממחלת עור תורשתית המחמירה בקייץ ומקשה על התניידותן. _____ חולה באסטמה ובתקופות מסויימות סובלת מהתקפים בתדירות גבוהה. העוררת היא המטפלת הבלעדית בבעיותיהן הרפואיות. היא גם המטפלת הבלעדית בבנים הקטנים, _____ ו _____, הנמצאים עימה בבית.

העתקי אישורים רפואיים בעניינן של הבנות _____, _____ ושיממא מצ"ב ומסומנים

ע/א3-ג

15. לעוררת מעולם לא היתה מניעה ביטחונית או פלילית והיא מחזיקה בכרטיס מגנטי המעיד שהיא אינה מנועת כניסה לישראל. היא מקבלת מפעם לפעם היתרים לכניסה לישראל לצורך טיפולים רפואיים של הבת שיממא.

העתק היתרים לכניסה לישראל שניתנו לעוררת בתקופה האחרונה מצ"ב ומסומנים ע/4.

16. ביום 13.4.14 הגיש העורר ללשכת המשיבה בירושלים המזרחית בקשה להימנע מצעדי אכיפה כנגד העוררת עד לקבלת החלטה בבקשה לאיחוד משפחות. בבקשה צוין כי לאור הנסיבות הפרטניות של העוררת ובעיקר משך שהייתה בישראל והיותה אם לילדים, יש להורות לגורמי האכיפה שלא לבצע כנגדה צעדי הרחקה עד לקבלת החלטה בבקשה לאחמ"ש.

העתק הבקשה להימנע מצעדי אכיפה מצ"ב ומסומן ע/5.

17. בימים 30.4.14, 14.5.14, 28.5.14 נשלחו תזכורות למשיבה בנוגע לבקשה להימנע מצעדי אכיפה כנגד העוררת.

העתק התזכורות מצ"ב ומסומן ע/א6-ג.

18. עד למועד הגשת הערר לא נתקבל כל מענה מהמשיבה.

החלק המשפטי

העוררים ייטענו כי למשיבה יש סמכות ואף חובה לסטות מנהליה במקרה של העוררת לאור הנסיבות המתוארות בחלק העובדתי. כן ייטענו העוררים כי נהלי המשיבה המונעים מפלסטינים הגנה מפני גירוש, בעת שבקשת האחמ"ש בעניינם מתנהלת, מנוגדים לפסיקה ולעקרונות המידתיות והסבירות. בנוסף יטענו העוררים כי גם הוראת השעה אינה מונעת מתן הגנה לפלסטינים בזמן שמתבררת בקשתם לאחמ"ש ויותר מכך, שהוראת השעה אף מאפשרת מתן היתר לפלסטיני עד להכרעה בבקשה בעניינם.

המסגרת הנורמטיבית

19. סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל תשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), קובע כדלקמן:

מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות התשי"ב-1950, ונמצא בישראל, בלי רישיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן.

20. הפסיקה מתייחסת לסמכות שניתנה לשר הפנים בסעיף זה וקובעת - למרות לשון הציווי והניסוח ההחלטי – כי מדובר בסמכות שבשיקול דעת:

השאלה היא האם יש בניסוחו ההחלטי של סעיף 13(א) לחוק בנוסחו החדש כדי להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים בכל הנוגע להרחקתם של זרים. אכן, סעיף זה קובע כי כיום הכלל הנורמטיבי הוא הרחקתם של שוהים שלא כדין בהקדם האפשרי. עם זאת, בית משפט זה כבר קבע כי אין בהוראתו כדי לשלול את שיקול דעתו של שר הפנים בענייני הרחקה מן הארץ ... שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים ליתן רישיון שהייה לשוהה בלתי חוקי ולהימנע מלצוות על הרחקתו – בכפוף להוראתו הנורמטיבית של המחוקק, לפיה על דרך הכלל תידרש הרחקתו של השוהה הבלתי חוקי – עודנו שיקול דעת רחב. אך בה בעת, כפוף הוא לביקורתו של בית המשפט, על פי כל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המנהלי (עע"ם 4614/05 **מדינת ישראל נ' אורן** פ"ד סא(1) 211 (להלן: **פס"ד אורן**), פס' 14-15 לפס"ד).

21. כאמור, בניגוד לנהלים שהיו קיימים בעבר, נהליה הנוכחיים של המשיבה, אשר שונו לאחרונה והנוגעים למצבם של העוררים, אינם מגינים עוד על העוררת (ועל אחרים במצבה), מפני גירוש מישראל בעת שהבקשה בעניינה מתבררת אצל המשיבה. נסביר.

22. על פי נהלי המשיבה החדשים, אשר נכנסו לתוקף ביום 1.10.13, חשופה העוררת לסכנת גירוש. "נוהל קליטת בקשות ועררים על החלטות בלשכת רשות האוכלוסין" (נוהל מס' 1.6.0001, מיום 1.10.13, להלן: **נוהל קליטת בקשות ועררים**) קובע בס' א.2, כי עצם הגשת בקשה/ערר אינה מונעת הרחקה מישראל אלא אם כן נקבע אחרת בהוראת נוהל ספיציפי.

23. הנוהל הספיציפי הרלוונטי לענייננו הוא נהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לתושב קבע (נוהל מס' 5.2.0011, מיום 1.10.13, להלן: **נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר**), הקובע בס' 3 כי **"במידה והוגשה בקשה לפי נהל זה למעמד עבור זר השוהה בישראל שלא כדין, לא יורחק הזר עד לקבלת החלטה בבקשה למעט כאשר המוזמן הינו תושב איזור"**.

העתק החלק הרלוונטי בנוהל מס' 1.6.0001 מצ"ב ומסומן ע/6.

העתק החלק הרלוונטי בנוהל מס' 5.2.0011 מצ"ב ומסומן ע/7.

24. כך, לאור העובדה כי העוררת הינה, כאמור, תושבת איזור, שני הנהלים במשולב, מונעים באופן שאינו משתמע לשתי פנים הגנה מפני הרחקה מירושלים והפרדתה מילדיה בזמן שבקשתה תלויה ועומדת במפני המשיבה.

25. יצוין, כי בנוהל הקודם, שהיה בתוקף במשך כ-12 שנים, (מאז החלטת הממשלה ועד השינוי בחודש אוקטובר 2013), "נוהל כללי לקבלת בקשות בלשכות רשות האוכלוסין מכל סוג שהוא והגשת ערר על החלטות הלשכות" מס' 5.1.0001 נקבע במפורש, בס' א.2, כי **"עד לקבלת החלטה בבקשה או בערר לא יורחק המבקש/העורר"**. כאמור, נוהל זה אינו בתוקף מאז חודש אוקטובר 2013.

העתק החלק הרלוונטי בנוהל מס' 5.1.0001 מצ"ב ומסומן ע/8.

למשיבה יש סמכות לסטות מנהליה וחובה להפעיל שק"ד פרטני

26. הנחיות מינהליות הן גמישות ואינן מחייבות את הרשות להפעיל את סמכותה בדרך מסויימת. על הרשות להפעיל את סמכותה על פי השיקולים הפרטניים בכל מקרה, ובמקרים מסויימים היא מחוייבת לסטות מן הנחיות (י. זמיר, **הסמכות המינהלית**, נבו הוצאה לאור, עמ' 784-785).

27. בהתאם לעקרון איסור הכבילה של שיקול הדעת המינהלי, הרי שבכל מקרה שבו פלסטיני, שהוגשה בעניינו בקשה לאחמ"ש, מבקש למנוע את הרחקתו עד להכרעה בבקשה, על המשיבה להפעיל שיקול דעת פרטני, בהתאם לנסיבות המקרה והיא אינה רשאית להחליט מראש על פי הנהלים (יואב דותן, **הנחיות מינהליות**, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ירושלים, עמ' 136-138).

מדיניות המשיבה מנוגדת לפסיקה ולעקרונות המידתיות והסבירות

28. השינוי הגורף במדיניות המשיבה - המתבטא בנהלים על פיהם ניתן להרחיק "תושב איזור" אשר הבקשה לאחמ"ש בעניינו תלויה ועומדת בפני המשיבה - הינו בלתי מידתי ובלתי סביר. זאת נוכח הפגיעה הקשה בזכות היסוד החוקתית לחיי משפחה ובעקרון טובת הילד.

אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה מחייבות היו, כמו־מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים גָּבֹר לו יהיה רַךְ ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו (בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2), 728 (להלן: **פס"ד סטמקה**), פס' 58 לפס"ד).

29. על מנת להתמודד עם סוגיית המידתיות יש לבחון האם האמצעי בו נוקטת הרשות לצורך הגשמת המטרה – דהיינו אי מתן הגנה מפני הרחקה של תושב הגדה עד שתתברר בקשת בן זוגו התושב לאחמ"ש - הוא אמצעי מידתי שאינו עולה על הנדרש.

30. **המבחן הראשון הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי בין האמצעי למטרה.** בהנחה שמטרת המדיניות היא מניעת שהייה בלתי חוקית של תושבי הגדה בישראל מסיבות ביטחוניות, הרי שלא ברור כלל שהאמצעי הננקט אכן משרת מטרה זו. נסביר.

31. נוכח מגבלת הגיל שמציבה הוראת השעה על הגשת בקשות לאחמ"ש, העוררת ורבים אחרים במצבה, חיים בישראל שנים ארוכות ללא היתר. למציאות ידועה זו, מתווסף התנאי שמציב משרד הפנים בפני תושב המבקש להגיש בקשה לאחמ"ש עבור בן זוגו והוא קיום מרכז חיים של שנתיים בישראל (ראו למשל עת"ם 742/06 **אבו קוידר נ' שר הפנים** (פורסם בנבו)). תנאי זה מחייב את בני הזוג לחיות בנפרד לפחות שנתיים ימים או לחילופין, מה שנעשה מן הסתם ברוב המקרים, לחיות בישראל במצב בו לבן הזוג הגדתי אין היתר. כך, נהלי משרד הפנים כוללים למעשה דרישה אינהרנטית לשהייה ללא היתר בישראל במשך שנתיים לפחות, וזאת למרות המטרה הכללית של המשיבה למנוע שהייה בלתי חוקית של תושבי הגדה בישראל מסיבות ביטחוניות.

32. מדוע אם כן, דווקא כאשר הגיע בן הזוג הגדתי לגיל בו ניתן להגיש בעבורו בקשה לאחמ"ש, ולאחר שכבר התקיים התנאי של מרכז חיים במשך שנתיים בישראל, דוקא אז עליו לעזוב את ישראל ולהיפרד ממשפחתו ומילדיו? כיצד, נוכח שהייתו ללא היתר עם בן זוגו וילדיו במשך שנתיים לפחות, יציאתו מישראל בעת הגשת הבקשה לאחמ"ש תממש את המטרה של מניעת שהייה בלתי חוקית בישראל מסיבות ביטחוניות? ברי כי הקשר בין האמצעי בו נוקט משרד הפנים למטרה, נוכח מציאות זו, אינו חזק מספיק על מנת להצדיק פגיעה קשה במשפחות ובילדים.

33. יותר מכך, מצב בו בן הזוג הגדתי יחשוש לחשוף את שהייתו ללא היתר בישראל מחשש לגירוש, עלול למנוע ממנו להגיש בקשה לאחמ"ש ולהסדיר את שהייתו בישראל. כך, הנוהל החדש - אשר קובע כי לא תינתן הגנה מפני גירוש למי שבקשתו לאחמ"ש תלויה ועומדת -

עלול להרתיע תושבי גדה מלהגיש בקשה לאחמ"ש ובכך דווקא לסכל את מטרת משרד הפנים למנוע שהייה בלתי חוקית בישראל.

34. כך, המדיניות החדשה של המשיב אינה עומדת במבחן המידתיות הראשון – התאמה בין האמצעי למטרה – ועל כן דינה להתבטל. מעבר לנדרש, נמשיך ונבחן את המדיניות בהתאם למבחני המידתיות הנוספים.

35. **מבחן המידתיות השני הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה**, משמע שעל הרשות לבחור באמצעי הפוגע בפרט במידה הקטנה ביותר. ברי כי הנוהל הגורף אינו האמצעי שפגיעתו פחותה. ניתן היה לחשוב על אמצעים אחרים כמו מתן היתר לתקופות קצרות, מתן היתר עם מגבלות מסוימות, מתן היתר לאחר בירור ביטחוני ראשוני וכד' (לעניין זה ראו גם סעיף 39 לערך) או אמצעים נוספים, פחות פוגעניים.

36. **מבחן המידתיות השלישי הוא מבחן התועלת הצומחת מן האמצעי הננקט על ידי הרשות אל מול הנזק שהוא מסב**. לאור מה שנאמר עד כה ברור כי גם במבחן זה אין הרשות עומדת.

37. גם בפס"ד סטמקה נקבע כי מדיניות המשיבה – על פיה זרים ששהו בלא היתר בישראל, נישאו לישראלים והוגשה בעניינם בקשה לאחמ"ש, מחוייבים לעזוב את הארץ עד שתיבחן הבקשה – אינה מידתית ודינה להתבטל:

מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים – כמדיניות עקרונית – כי בן הזוג הזר יעזוב את הארץ לחודשים מספר עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח (פס"ד סטמקה, פס' 87 לפס"ד).

38. בפס"ד אורן שאימץ את הלכת סטמקה גם בנוגע לבני זוג ידועים בציבור (וזאת כאמור לאחר תיקון מס' 9 ושינוי ס' 13א) לחוק הכניסה לישראל מלשון "רשאי" ללשון ציווי בנוגע להרחקת שוהים שלא כדין מישראל) נקבע כדלקמן:

הנה כי כן, מצאנו כי מדיניות משרד הפנים, המחילה באופן גורף דרישה ליציאה מן הארץ על בני זוג זרים, השוהים בישראל שלא כדין, עד שתיבחן בקשת בני זוגם הישראלים להסדרת כניסתם לישראל ומעמדם בה, אינה עומדת במבחן המידתיות ועל כן דינה להתבטל.

39. פס"ד סטמקה ואורן מתייחסים גם לשאלה של החלת הדרישה לצאת מן הארץ בזמן בקשה מתנהלת על בסיס פרטני ולאחר בירור ראשוני:

ודוק: בעוד שהחלה גורפת של דרישת היציאה מן הארץ פסולה היא, הרי שאין אנו פוסלים את החלטה על בסיס פרטני, מקום שכבר בירור ראשוני מעלה יסוד סביר לחשש כי הקשר הזוגי הנטען הינו קשר פיקטיבי או שניכר בבירור כי עומק הקשר אינו עולה כדי יחסי ידועים בציבור. גם לעניין זה מאמצים אנו את דבריו של השופט חשין בעניין סטמקה הנ"ל: "האם פירוש הדבר הוא, כי בכל מקרה ובכל עניין יעשה משרד הפנים שלא-כדין אם ידרוש מן הזר השוהה בארץ שלא-כדין ואשר נישא לאזרח ישראל, כי יעזוב את הארץ לאלתר עד שבקשתו תיבדק לעומקה? התשובה, לדעתנו, היא בשלילה. יהיו מקרים, כך יש להניח, שבהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה לכול במלוא-כיעורה, גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות ... במקרים מעין אלה, ולאחר מתן הזדמנות לבני-הזוג להשמיע את דברם, לא נראה כל מניעה אם בן-הזוג הזר יתבקש לעזוב את הארץ לאלתר עד לבדיקה נוספת של הנישואין ... ואולם, בכפוף למקרים מעין-אלה, אסור לו למשרד הפנים לדרוש מן הזר כי יעזוב את הארץ קודם בדיקת כנות הנישואין. הדברים אמורים, כמובן, בכפוף לשיקולי-על של עבר פלילי ושל סכנה לשלום הציבור. למותר לומר, שבני הזוג זכאים כי פקיד משרד הפנים ישמע את כל אשר בפייהם, וכי לא תתקבל החלטה בעניינם עד אשר תינתן הזדמנות הוגנת בידיהם להעלות את עניינם במלואו (פס"ד אורן, פס' 31 לפס"ד).

40. ובהתאמה לענייננו: מקום בו בירור ראשוני בבקשה הפרטנית מעלה כי כלפי העוררת קיימת מניעה פלילית או ביטחונית, המסכנת את שלום הציבור, ניתן יהיה, לאחר שימוע בו תינתן לה הזדמנות להעלות את טענותיה, למנוע ממנה הגנה מפני הרחקה בעת שהבקשה מתנהלת. בכל מקרה אחר, אי מתן הגנה לעוררת מפני הרחקה מביתה וממשפחה בעת שבקשתה מתנהלת, הוא בלתי סביר ובלתי מידתי.

41. זאת ועוד. פס"ד סטמקה מתייחס לכך כי למדיניות הגורפת של המשיב לא נקבעו חריגים:

יתר-על-כן: גם לא שמענו על חריגים שנקבעו למדיניות, והרי מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מְסָבִים בלא שמן לְהַסִיָּחָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות.

42. אף בענייננו לא נקבעו חריגים לנוהל ואף לא נקבעו קרטריונים המחייבים הפעלת שיקול דעת במקרים פרטניים כמו למשל, במקרה של העוררת, העובדה שהיא חיה בישראל מזה 10 שנים ומעולם לא עלתה כנגדה טענה פלילית או ביטחונית, שהיא אינה מנועת כניסה לישראל ולראייה היא מקבלת מפעם לפעם היתרי כניסה לישראל ובמיוחד, העובדה שהיא אם ל-5 קטינים. היעדר חריגים לנוהל הגורף מחזק את הטענה כי מדובר במדיניות שאינה מידתית ואינה סבירה.

43. עוד יצויין כי פס"ד סטמקה ואורן נוגעים לזוגות שזה עתה נישאו ונדרשים, לצורך בחינת בקשתם לאחמ"ש, להיפרד ('כבודם של בני-הזוג ואחדות המשפחה, לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש. ופרידת האוהבים, כיצד תקל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין ... הראוי כי לבנו יהא גס בצער-הפרידה?") פס"ד סטמקה, פס' 67 לפס"ד). הדברים יפים על אחת כמה וכמה ומקבלים משנה תוקף כאשר מדובר במשפחה עם ילדים קטינים, אשר ההלשכות של גירוש האם מעל ילדיה – מי ישורן.

אי הרחקה בזמן בקשה מתנהלת בראי הוראת השעה

44. גם נוכח הוראת השעה, אין מניעה להעניק לעוררת, ולאחרים במצבה, הגנה מפני הרחקה בעת שבקשת האחמ"ש בעניינה/ם, תלויה ועומדת בפני המשיבה. כך, מן הסתם, סבורה גם המשיבה אשר כאמור, במשך כ-12 שנה, מאז חוקקה הוראת השעה ועד לקביעת הנהלים החדשים בחודש אוקטובר 2013, פעלה על פי הנוהל שקבע כי **"עד לקבלת החלטה בבקשה או בערר לא יורחק המבקש/העורר"**.

45. ואולם באחת, מבלי לתת כל הסבר או נימוק, "התהפך" הנוהל באשר ל"תושבי איזור" ונקבע כי הם אינם מוגנים מהרחקה בזמן שבקשתם לאחמ"ש מתנהלת בפני המשיבה. שינוי רדיקלי כזה, הפוגע קשות בזכויות אדם ובא לאחר שנים ארוכות של מדיניות אחרת, מחייב הנמקה רצינית המגובה בנתונים שיוכיחו כי המדיניות שבוטלה, גרמה לנזק משמעותי. כנאמר בפס"ד סטמקה:

הלכה כתובה ומסורה היא, שעד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט – החלטה אינדיווידואלית או החלטת-מדיניות כללית – שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבו, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה. ראו, למשל: בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים** [31], בעמ' 48-49; בג"ץ 987/94 **ירונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת** [32], בעמ' 423-426. בקובעם מדיניות שקבעו – ובדרך שקבעוה – חטאו המשיבים לכלל-יסוד זה בעשיית המינהל (שם), פס' 48 לפס"ד).

46. זאת ועוד. בפס"ד בעע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' געביץ** (פורסם בנבו), ניתן ביום 11.8.09) קובע בית המשפט כי אף שעולה מניעה פלילית או ביטחונית, כלפי מי שהוגשה בעניינו בקשה לאחמ"ש והוא שוהה בישראל ללא היתר, חובה לערוך שימוע בטרם החלטה ומשכך בטרם הרחקה:

המדינה טוענת, כי משנמצא שיש לסרב לבקשה על רקע חשש לפגיעה בבטחון הציבור או המדינה, ועיכוב ההחלטה עד לקיום שימוע פוגע באינטרסים חיוניים של המדינה, ועל כן מצויים אנו

בגדרי החריג שנקבע בפרשת באקי. אך נראה כי אל מול המציאות, קשה ככלל להלום טענה זו. נאחז את השור בקרניו. אילו דיברנו במציאות שבה, משזוהתה מניעה בטחונית, היו נעות אמות הסיפים והרשויות היו פועלות במהירות ובנחישות, אולי יכולת לומר, תתקבל ההחלטה ויקוים השימוע לאחר מכן. אך לא בכך עסקינן; אין זו הפרקטיקה. על כן, במקרה הרגיל, בו מדובר בשוהים המצויים בתחום ישראל בגדרי משפחתם תקופה ארוכה, יש לקיים את השימוע בטרם ההחלטה (ס' כח לפס"ד).

47. על אחת כמה וכמה, נכונים הדברים לעניינה של העוררת, אשר חיה בישראל במשך 10 שנים ומעולם לא עלתה כנגדה כל מניעה פלילית או ביטחונית והיא מקבלת היתרים לכניסה לישראל.

הוראת השעה מאפשרת מתן היתר שהייה בתקופה בה מתבררת הבקשה לאחמ"ש

48. בנוסף לכך שמדיניות המשיב - אי מתן הגנה לתושב שטחים שבקשה לאחמ"ש בעניינו מתבררת אצל המשיבה - אינה עומדת במבחני המידתיות והסבירות ואינה הולמת את הקבוע בפסיקה, יטענו העוררים כי הוראת השעה אף מאפשרת מתן היתרי שהייה לעוררת, ולאחרים במצבה, בזמן שהמשיבה מטפלת בבקשה לאחמ"ש.

49. סעיף 3 להוראת השעה קובע כדלקמן:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים לפי שיקול דעתו לאשר בקשת תושב האזור למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור –

(1) לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים – לשם מניעת הפרדתו מבת זוגו השוהה כדין בישראל;

(2) לגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים – לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השוהה כדין בישראל.

וס' 3ד להוראת השעה מגבילה מתן היתר כדלקמן:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, ... אם קבע שר הפנים ... בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור ... או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל;

50. כך, על פי לשון החוק, אין כל מניעה לתת לעוררת - אשר בקשה בעניינה הוגשה למשרד פנים והטיפול בה צפוי על פי רוב להימשך לפחות שנה - היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השוהה כדין בישראל, ובלבד שהיא אינה מהווה סיכון ביטחוני.

51. אשר על כן, כנטען בפסי' 39-40 לערר, יכולה המשיבה לערוך בירור ביטחוני ראשוני ביחס לעוררת ורק אם בירור זה יעלה כי נשקף חשש ביטחוני מכך שהעוררת תקבל היתר לשהייה בישראל – יימנע ממנה היתר בעת שבקשתה מתנהלת.

52. גם בתי המשפט סבורים כי אין מניעה למתן היתר שהייה לתושב שטחים בטרם הוכרעה בקשת האחמ"ש בעניינו אף לאור הוראת השעה. בפס"ד בעת"ם (י-ם) 8340/08 **אבו גית נ' שר הפנים** ([פורסם בנבו] ניתן ביום 10.12.2008), ביקר בית המשפט את מדיניות משרד הפנים המסרב לתת היתר לבן הזוג הזר בטרם אושרה בקשתו. אמנם פס"ד זה עוסק בתקופת הביניים שבמהלכה נדרש בן הזוג הישראלי להוכיח מרכז חיים בישראל במשך שנתיים בטרם הגשת הבקשה לאחמ"ש, אך אותו רציונל למתן היתר לבן הזוג הגדתי חל, מקל וחומר, בתקופת הביניים שלאחר הגשת הבקשה לאחמ"ש ועד להכרעה בה:

מדיניותו של המשיב שלא ליתן לבן הזוג המוזמן (תושב האזור) היתר זמני לשהייה בישראל – ולו רק היתר מת"ק – כל עוד לא עמד בן הזוג המזמין (תושב הקבע) בדרישה לקיום מרכז חיים בארץ, עלולה לגרום לפיצול התא המשפחתי באופן שאחד מבני הזוג יגור בישראל (עם או בלי הילדים) בנפרד מבן הזוג השני, שיאלץ לבחור באחת משתי הרעות האלה – לחיות במחיצת אשתו וילדיו בישראל, תוך ביצוע עבירה של שהייה בלתי חוקית בישראל והסתכנות בהליכים פליליים נגדו, או להמשיך ולגור באזור בנפרד ממשפחתו במשך כשנתיים. זוהי תוצאה בלתי סבירה, שקשה לקבלה (...). הדברים דלעיל דוחקים בהצטברם למסקנה, כי בתקופת הביניים שעד לקיום מרכז החיים של בן הזוג המזמין, יש ככלל ליתן לבן הזוג המוזמן היתר זמני לשהייה בישראל – ולו גם היתר מת"ק – והכל בכפוף להיעדרן של מניעהביטחונית או פלילית לעשות כן.

53. בהתאם לכך, בתקופת הביניים, הנמשכת כאמור לפחות שנה תמימה, שבין הגשת הבקשה לאחמ"ש ועד להכרעה בה, ניתן לתת לעוררת היתר שהייה בישראל, באם לאחר בדיקה ראשונית, לא עולה בעניינה מניעה ביטחונית או פלילית.

סיכום של דברים

54. העוררת מתגוררת בישראל במשך כ-10 שנים, נשואה לתושב ישראל ואם ל-5 קטינים. כנגד העוררת לא נטענה מעולם מניעה פלילית או ביטחונית והיא אף מקבלת, מפעם לפעם, היתרים לכניסה לישראל.

55. בקשת העורר לאיחוד משפחות עבור העוררת תלויה ועומדת בפני המשיבה וצפויה להתנהל במשך כשנה לפחות.

56. נהלי המשיבה – אשר אינם מגינים על העוררת מפני הרחקה מישראל והפרדתה ממשפחתה ומילדיה בעת שהבקשה לאחמ"ש בעניינה תלויה ועומדת - אינם מידתיים, אינם סבירים ומנוגדים לפסיקת בית המשפט העליון. בנוסף, ובכל מקרה, היה על המשיבה להפעיל שק"ד פרטני בעניינה של העוררת, בהתאם לנסיבות חייה.

57. על המשיבה לפעול בהתאם לזכות היסוד לחיי משפחה ועקרון טובת הילד ולהבטיח כי העוררת לא תורחק מישראל כל עוד בקשת האחמ"ש בעניינה תלויה ועומדת או לחלופין להעניק לה היתר לשהייה בישראל על פי הוראת השעה עד שתוכרע הבקשה.

58. **אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד להורות כמבוקש בראשית הערר. כן מתבקש בית הדין הנכבד לחייב את המשיבה בתשלום שכ"ט עורך-דין ובהוצאות לטובת העוררים.**

ירושלים, 16 יוני 2014.

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 71128)

