

בעניין:

1. _____ אלחרוף, חסר מעמד בעולם
2. 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 בנימין
אחסתריבה (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 עביר גיזבראן-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 של המשיבה שלא לחדש את אשרת הישיבה של
העורר 1 בישראל (אשרת ב/1), אשר ניתנה לו במסגרת החלטת הוועדה הבינמשרדית למתן מעמד
מטעמים הומניטאריים, ולהורות לה לאשר את המשך שהייתו ישראל.

פתח דבר

1. ערר זה מוגש לבית הדין הנכבד כנגד החלטתה של המשיבה שלא לחדש את אשרת הישיבה של
העורר 1 (להלן: **העורר**) בישראל, אשרה אשר ניתנה לו במסגרת החלטת הוועדה הבינמשרדית
למתן מעמד מטעמים הומניטאריים (להלן: **הוועדה הבינמשרדית**). העורר הוא חסר מעמד
בעולם כולו, בן ואח לתושבי קבע, המתגורר בירושלים מאז שנת 2000, עת היה בן 12 שנים.
ההחלטה שלא לחדש את אשרת הישיבה שלו בישראל מטעמי ביטחון היא בלתי מבוססת, בלתי
סבירה ובלתי מידתית.

החלק העובדתי

הצדדים

2. העורר, חסר מעמד בעולם כולו, הוא בנם של תושבי קבע ואחיהם של תושבי קבע, אשר החזיק עד לאחרונה באשרה לישיבה בישראל מסוג 1/ב שניתנה לו על פי החלטת הוועדה הבינמשרדית. יצוין, כי העורר מחזיק בדרכון ירדני שמספרו T180117 רק כתעודת מעבר ואין לו מעמד בירדן.
3. **העוררת 2** (להלן גם: **המוקד**) 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 כעוררת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
4. **המשיבה** הינה רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול.

הרקע העובדתי ומיצוי ההליכים

5. העורר נולד באלג'יריה ביום 21.9.1987. החל משנת 2000, בהיותו בן 12 בלבד, הוא מתגורר עם משפחתו בישראל. אביו, מר _____ אלחרוף (ת"ז 080143381), הינו תושב קבע בישראל ואמו קיבלה גם היא מעמד קבע בישראל, במסגרת הליך לאיחוד משפחות. לעורר 5 אחים ואחיות, לארבעה מהם מעמד קבע בישראל ולאחות אחת אשרת 1/ב, שניתנה לה במסגרת הליך לאיחוד משפחות עם בעלה. יצוין שוב, כי העורר הוא חסר מעמד בעולם והדרכון הירדני בו הוא מחזיק ניתן לו לצרכי מעבר בלבד. העורר למד בירושלים ומתגורר עם משפחתו בעיר מאז שנת 2000. הוא עובד כצלם עיתונות עצמאי עבור מספר סוכנויות תקשורת.

העתק מסמכים המעידים על עבודת העורר כצלם פרילנס במספר מקומות עבודה ועל התנדבותו להדרכת ילדים בצילום מצ"ב ומסומן ע/1.

6. העורר ואחותו הגדולה הם היחידים מבני המשפחה הגרעינית שאין להם מעמד בישראל, היות שהיו בגירים עת שהאב הגיש בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו וילדיו. לאחר סדרה של הליכים משפטיים (השגה 131/12, ערר 1094/14), קיבל העורר אשרה לישיבה בישראל מסוג 1/ב במסגרת בקשה הומניטארית שהוגשה לוועדה הבינמשרדית. לפי החלטת הוועדה הבינמשרדית, יקבל העורר אשרה לישיבה בישראל מסוג 1/ב לשנתיים, שנה בכל פעם, כאשר בתום השנתיים יידון עניינו מחדש.

העתק הודעת עדכון בערר 1094-14 בדבר החלטת הוועדה הבינמשרדית מצ"ב ומסומן ע/2.

7. בהתאם להחלטת הוועדה הבינמשרדית, קיבל העורר בספטמבר 2014 אשרה מסוג 1/ב לחודש ימים וביום 27.10.2014 קיבל אשרה מסוג 1/ב שתוקפה עד יום 1.10.2015.

העתק דרכונו של העורר ואשרות 1/ב שהוטבעו בו מצ"ב ומסומן ע/3.

הודעה על הכוונה לסרב לחדש את רישיון הישיבה של העורר בישראל

8. עם פקיעת תוקף האשרה פנה העורר למשיבה בבקשה לחדשה. ואולם, במכתבה מיום 6.12.2015 הודיעה המשיבה, כי לאור מידע שהתקבל מגורמי הביטחון, היא שוקלת לסרב לבקשה. להלן יצוטטו הטעמים לכוונה לסרב כפי שמופיעים בהודעת המשיבה:

הריני להודיעך כי לאור המידע שהתקבל מגורמי הביטחון אנו שוקלים לסרב את הבקשה שבנדון מהטעמים המפורטים להלן :

מוצטפא חארוף בעל פרופיל פייסבוק בו עלו עצרות של חמאס ואירועים המתקיימים בהר הבית. כמו כן, קיימים בפרופיל הפייסבוק צילומים העוסקים בעימותים בין חיילים לתושבי מזרח ירושלים, הלוויות של "שאהידים" אשר נהרגו במהלך הפיגועים שביצעו באוקטובר 2015 וכן ציור גרפיטי ובו מפת ארץ ישראל המצויירת בצבעי הדגל הפלסטיני ולידה ציור של רובה.

קיים מידע בענייני אודות התפרעויות בהר הבית.

תלוי ועומד נגדו תיק הממתין לבירור דין על תקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו.

העתק מכתב המשיבה על הכוונה לסרב לבקשה לחידוש אשרת העורר מצ"ב ומסומן ע/4.

תגובת העורר לכוונה לסרב לבקשתו

9. ביום 6.1.2016 נערך לעורר שימוע אצל הגב' ליאת מלמד בלשכת המשיבה ובמועד זה נמסרה לה תגובתו בכתב של העורר לכוונה לסרב לבקשתו.

העתק פרוטוקול השימוע מצ"ב ומסומן ע/5.

העתק התגובה בכתב מטעם העורר מצ"ב ומסומן ע/6.

10. במסגרת השימוע בעל פה שנערך לו, נשאל העורר על התמונות שהעלה לפייסבוק, ובכלל זאת על הגרפיטי של מפת ארץ ישראל הצבועה בדגלי פלסטין והשיב כדלקמן :

אני עובד כצלם עיתונות, וברוב המאורעות שקורים בירושלים אני נמצא.

התמונות שאני מצלם באופן כללי אני מעלה לפייסבוק, אני מצלם תמונות ממאורע ומעלה לפייסבוק שלי, לא מדובר בדעתי האישית.

כשנשאל בנוגע לצילום גרפיטי של מפת ארץ ישראל צבועה בדגלי פלסטין הסביר כי :

היא (הגרפיטי, הח"מ) נמצאת במזרח ירושלים, אני צילמתי אותה משם, אני עובד עצמאי, כל מקום שאני נמצא בו אני מצלם ומעלה לפייסבוק, ככה מכירים את העבודה המקצועית שלי ומזמינים ממני עבודות. הדברים שאני מצלם לא משקפים את דעתי האישית.

אני נגד כל דבר אלים וטרוריסטי ... אני מפרסם את התמונות כי זה חלק מהעבודה שלי.

באשר לתיק שנפתח לו במשטרה אמר העורר כך :

הייתי יושב ומצלם בירושלים, בשער השלשלת, והיו בעיות. ישבנו וצילמנו, אני הייתי האחרון. הצבא בא לצלמים, על כולם, אני הייתי האחרון, נפלתי על הרצפה ולקחו אותי.

11. במסגרת טענותיו בכתב כנגד הכוונה לסרב לבקשתו, הבהיר העורר כי מעולם לא היה חבר בגוף פוליטי או מעורב בפעילות פוליטית וכי כל התמונות בפייסבוק שלו הועלו לשם פרסומן כצלם חדשות, העובד עם רשתות תקשורת שונות. באשר לתיק שנפתח כנגדו בגין תקיפת שוטר, הסביר העורר כי שהה באזור לצורך עבודתו כצלם ולא תקף כל שוטר. כן ציין העורר כי הוא מתנגד לכל מעשי אלימות וסולד מהם. במסגרת זו נטען גם, כי סירוב להאריך את רישיון הישיבה של העורר בישראל הוא צעד בלתי מידתי, ונוכח הפגיעה הקשה בזכות לחיי משפחה מחייב מידע חמור וחזק, המוכיח סכנה ביטחונית ממשית, מידע אשר אינו קיים במקרה של העורר.

12. נוכח אי קבלת החלטה בטענותיו של העורר כנגד הכוונה לסרב לבקשתו, הוגש לבית הדין הנכבד ביום 16.5.2016 ערר בגין אי מענה (ערר 16-1876). ביום 14.6.2016, בעת שההליך התנהל, התקבלה במשרדי העוררת 2 החלטת המשיבה, העומדת על דחיית בקשתו של העורר מטעמים ביטחוניים כדלקמן :

הריני להודיעך כי טיעוניך בכתב ובעל פה, כנגד כוונת משרדנו לסרב לבקשה שבנדון מטעמים ביטחוניים הועברו לבחינת גורמי הביטחון.

גורמי הביטחון, ולאחר בחינת טיעוניכם בכתב ובעל פה, אל מול המידע המצוי ברשותם, חוזרים על עמדתם לפיה יש להתנגד לאישור הבקשה כפי שיפורט להלן :

הני"ל בעל פרופיל פייסבוק בו עלו עצרות של החמאס ואירועים המתקיימים בהר הבית. כמו כן קיימים בפרופיל הפייסבוק צילומים העוסקים בעימותים בין חיילים לתושבים במזרח ירושלים, הלוויות של "שאהידים" אשר נהרגו במהלך הפיגועים שבוצעו באוקטובר 2015 וכן ציור גרפיטי ובה מפת ארץ ישראל המצוירת בצבעי הדגל ולידה ציור של רובה.

כמו כן קיים מידע אודות תקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו ומידע על התפרעות בהר הבית.

לאחר שבחנתי את עמדת גורמי הביטחון, אל מול הטיעונים בעל פה ובכתב אשר הוגשו מטעמכם, ולאור הסיכון הביטחוני הפוטנציאלי החלטתי לדחות את הבקשה מטעמים ביטחוניים.

העתק החלטת הסירוב של המשיבה מצ"ב ומסומן ע/7.

13. עינינו הרואות, השוואה פשוטה בין לשון ההודעה בדבר הכוונה לסרב מיום 6.12.2015 לבין לשון ההחלטה לעיל, מעלה כי אין ביניהן כל שוני וכי בהחלטה לא נמסרו כל נימוק נוסף ולא

התייחסות לטענות העורר מעבר לאמור בהודעה. נוכח זאת, עולה חשש ממשי כי לפנינו הליך פסול מעיקרו, שנערך כולו רק על מנת לצאת ידי חובה ותו לא. כפי שיפורט להלן, ההחלטה משוללת כל התייחסות לטענות כבדות המשקל של העורר, שהועלו בפני המשיבה עוד במסגרת השימועים בכתב ובעל פה. מכאן ערר זה.

התייחסות העורר לנימוקי הסירוב

14. כפי שהבהיר העורר גם בטיעונו בכתב כנגד הכוונה לסרב לבקשתו, הוא אינו קשור ומעולם לא היה חבר בשום ארגון או גוף פוליטי ולא עסק בפעילות פוליטית שהיא.

15. העורר הינו צלם עיתונות ובמסגרת עבודתו הוא מצלם אירועים חדשותיים, כפי שנדרש מצלמי חדשות. הצילומים בפייסבוק הינם צילומים חדשותיים שצילם העורר ואשר הועלו לשם פרסום דבר עבודתו כצלם. בעקבות פרסום של צילומי חדשות ברשת החברתית פונות לעורר רשתות המעוניינות לעשות שימוש בתמונותיו. יצוין, כי העלאת הצילומים לא לוותה בהבעת דעה פוליטית או תמיכה במעשה או בעמדה כלשהי. כמו כן בחשבון הפייסבוק של העורר לא נמצאים פוסטים כלשהם המבטאים תמיכה במעשי אלימות, אלא רק תמונות ותיאור של הנראה בהן. ביחס לציור הגרפיטי שבו נראה דגל פלסטין על מפת ישראל הסביר העורר, כי צילם ציור גרפיטי שראה בירושלים והוא רואה בו חלק מעבודתו כצלם בתחום האקטואליה.

16. יצוין, כי הניסיון לייחס לעורר תמיכה במעשים כלשהם אותם תיעד מקצועית אינו עולה כלל בגדר הסביר. המשיבה יודעת, כי אנשים רבים משתפים ברשתות החברתיות דברים שנאמרים על ידי גורמים פוליטיים שונים או עמדות שונות, לא דווקא עמדות או מעשים בהם הם תומכים. כמו כן, עיתונאים וצלמי עיתונות מדווחים תדיר על אירועים חדשותיים ומפרסמים דיווחיהם ברשתות השונות, ובכלל זה ברשתות החברתיות, הגם שאינם תומכים במתועד.

17. באשר למידע הנטען אודות "התפרעויות בהר הבית", הרי שמזה כשנתיים אוסרים כוחות הביטחון על עלייתם של צלמים להר הבית ולא ברור לאילו "התפרעויות בהר הבית" מכוונת המשיבה ומה הקשר בין אותן התפרעויות לעורר, שבשל האיסור הכללי לא היה במקום כשנתיים ימים. בכל מקרה, העורר מעולם לא היה מעורב בהתפרעויות בהר הבית או בכל מקום אחר.

18. באשר למידע הנטען אודות "תקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו", הרי שככל הנראה מדובר באירוע מיום 14.9.2015, במהלכו הוכה העורר עצמו על ידי שוטר והגיש על כך תלונה במח"ש. באירוע זה נכח העורר במסגרת עבודתו, יחד עם צלמי עיתונות נוספים שתיעדו ברחוב השלשלת נשים מוסלמיות שהשוטרים מנעו את עלייתן להר הבית. בשלב מסוים ניסו השוטרים שהיו במקום לדכא את תיעוד האירועים ולפזר את הצלמים שהיו שם. בתוך כך, אחד השוטרים היכה והפיל את העורר וגם החריס את המצלמה שלו. לאחר מכן נלקח העורר לתחנת המשטרה בסמוך לכותל, נחקר ושחרר. ככל הידוע לעורר, לא הוגש כנגדו כתב אישום בעניין זה.

19. בעקבות האירוע והאלימות שננקטה כנגדו, הגיש העורר תלונה במחלקה לחקירות שוטרים כנגד השוטר שתקף אותו. בבירור שערך המוקד הסתבר, כי התלונה נמצאה מוצדקת ו"צלחה" את שלב החקירה והועברה לתביעה לצורך קבלת החלטה סופית בנוגע להעמדה לדין של השוטר התוקף. נוכח מידע זה נראה, כי אין להסתמך כלל על טענת המשיבה בדבר "מידע אודות

תקיפת שוטר בעת מילוי תפקידו", או לכל הפחות אין להסתמך עליו עד לקבלת החלטה בתיק החקירה כנגד השוטר.

העתק הודעה על העברת תיק החקירה לתביעה מצ"ב ומסומן ע/8.

20. עוד יודגש, כי העורר מעולם לא הואשם בפגיעה בביטחון המדינה. הוא נחקר פעם אחת בלבד על ידי השב"כ, כאשר עוכב לאחרונה במקרה, בשל היעדר תיעוד ישראלי בתוקף. בחקירתו הוצע לו לשתף פעולה עם השב"כ והעורר הבהיר שעל אף שהוא מתנגד למעשי אלימות הוא לא יכול לסייע לכוחות הביטחון הישראליים ובכך לסכן את חייו ואת חיי היקרים לו. יש לקות כי לעמדת גורמי הביטחון בעניינו של העורר אין קשר לסירובו לשתף עימם פעולה.

21. כפי שהבהיר בטענותיו בכתב כנגד הכוונה לסרב לבקשתו, העורר מעולם לא פעל ולא יפעל כנגד ביטחון הציבור ואין בצילומי העיתונות שלו ובפרסומם ברשת, כפי שנוהגים לעשות עיתונאים וצלמים רבים בארץ ובעולם, משום תמיכה במעשי אלימות או בעמדה פוליטית המסכנת את ביטחון הציבור. כל שמבקש העורר הוא להמשיך לחיות ולעבוד בירושלים, מקום בו גדל ובו הוא חי לצד משפחתו.

המסגרת המשפטית

22. להלן ייטען, כי ההחלטה לסרב לחדש את אשרת הישיבה של העורר בישראל, החלטה הפוגעת קשות בזכויותיו, היא החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית ולפיכך דינה להתבטל. טעמי הביטחון להם טוענת המשיבה בסירובה אינם מבוססים, ובהחלטתה, במסגרתה מתפרקת המשיבה משיקול הדעת הנתון לה, אינה כוללת כל התייחסות לטענות כבדות המשקל של העורר כנגדה, טענות אשר הובאו בפניה במסגרת הטיעונים בכתב ובמסגרת השימוע בעל פה שערכה לעורר.

הפגיעה הקשה בזכויותיו של העורר

23. הסירוב לבקשת העורר לחדש את רישיון הישיבה שלו בישראל פוגע קשות בזכויותיו של העורר, שהוא חסר מעמד בעולם וחי בישראל, לצד משפחתו, מאז שנת 2000, עתה היה בן 12 בלבד. סירוב המשיבה לחדש את אשרת הישיבה שלו בישראל מותיר אותו חסר מעמד בעולם, פוגע בזכותו לחיות במקום היחיד שהוא ביתו, לצד משפחתו, וכן פוגע בחופש העיסוק ובחופש התנועה שלו ובזכותו לחיים בכבוד.

24. בפסק הדין הראשון שניתן בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (פורסם בנבו)), עוגן מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל כזכות חוקתית על חוקית, אשר מוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (וראו עוד בג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' שר הפנים** (פורסם בנבו)).

25. בהתאם לכך, לאביו של העורר, כתושב ישראל, עמדה הזכות לחזור עם אשתו וילדיו להתגורר בישראל ולהסדיר את מעמדם בארצו. למרבה הצער, ובין השאר בשל קושי בהבנת הדין והנהלים שלא גובשו ופורסמו שנים לאחר שובה של המשפחה לישראל, לא הגיש האב בקשה להסדרת מעמדם של בני המשפחה בישראל עד הגיעו של העורר לבגרות. ואולם הוועדה

הבינמשרדית החליטה על הסדרת מעמדו של העורר בעת היותו בוגר, לנוכח ההכרה בחשיבות הזכות לחיי משפחה ונסיבות חייו של העורר.

26. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, משיקולים כבדי משקל ובהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה. קביעה זו מטילה על המשיבה חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית מתוקנת, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותה, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

ראו עוד: כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בבג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434.

27. גם המשפט הבינלאומי קובע, כי לכל אדם נתונה הזכות לחיי משפחה בארצו. ראו סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, שאושרה ע"י ישראל ביום 3.10.91; ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48, ס' 1(8); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

טעמי הביטחון שבבסיס הסירוב אינם עומדים במבחני הפסיקה

28. טעמי הביטחון שהציגה המשיבה לסירובה לחידוש אשרת הישיבה של העורר בישראל אינם מבוססים דיים ואינם עומדים במבחנים שנקבעו בפסיקה.

29. ככלל, חוזקן וטיבן של הראיות המינהליות הנדרשות לצורך ביסוסה של החלטה מינהלית, תלויות במידת פגיעתה של החלטה בזכויות אדם:

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, סעיף 14 לפס"ד).

30. ברי כי למשיבה נתון שיקול דעת רחב באשר לבקשות למתן רישיון ישיבה בישראל ובמקרה שהמבקש מהווה סיכון ביטחוני, ניתן לסרב לבקשה. ברם, כבכל מצב בו קיימת פגיעה בזכויות אדם, החלטה לסרב לבקשה צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת:

אין כל קסם במילים 'טעמי ביטחון' ו'מצב ביטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי להצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לו, לבית המשפט, כי מילים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות

וגלויות, לשם האמת, כדי שייעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק. (בג"ץ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוודור ירושלים, פ"ד ז(2) 941, 943).

זאת ועוד:

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שביטחון המשפט נוקט, דרך כלל, ריסון בבחינת שיקולי הביטחון של הרשות, מקום שמדיניות הביטחון פוגעת בזכויות אדם, יש לבחון לעומק את סבירות שיקוליה של הרשות, ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל (בג"צ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002) (להלן: פרשת עג'ורי); בג"צ 9070/00 חה"כ ליבנת נ' חה"כ רובינשטיין, פ"ד נה(4) 800, 810 (2001)). במסגרת בחינה זו, נדרשת הערכה של עוצמת הסיכון הביטחוני, על-פי אמות מידה הסתברותיות, אל מול עוצמת זכות הפרט הנפגעת הניצבת כנגדה, ומידתיות הפגיעה בזכות לצורך הגשמת האינטרס הציבורי. השיקול הביטחוני נבחן בהליך דו שלבי: תחילה נבחנת אמינות הטענה בדבר צרכי הביטחון; לאחריה, נבחנת עוצמת השיקול הביטחוני מבחינת מידת ההסתברות כי הסיכון הביטחוני אכן יתממש (פרשת עדאלה, פסקה 11 לפסק דינו).

31. וראו לעניין זה גם בג"ץ 5672/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 2004(2) 448, 451, שם נקבע:

ואכן, הביטחון הוא ערך יסוד בחברתנו... אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט. נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו.

32. סירוב לבקשתו של העורר מטעמים ביטחוניים מחייב שתהיה **הסתברות קרובה לוודאות** כי אם הבקשה לא תסורב, עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי:

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**.
נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה (פרשת עדאלה, פסקה 9 לפסק דינו; בג"צ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת, פסקאות 21-22 ו-49 לפסק דינו של הנשיא ברק [פורסם בנבו], 11.5.2006) (להלן: פרשת התנועה לאיכות השלטון); השופט זמיר בפרשת צמח, עמודים 268-269). **על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור**

ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם. (בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס"ד 15 לפס"ד של כב' השופטת פרוקציה, פורסם בנבו, להלן: פס"ד דקה. ההדגשות כאן ובכל הציטוטים בערך הוספו ע"י הח"מ אלא אם צוין אחרת).

33. בעניינו של העורר ברור כי דרישות הפסיקה לא מתקיימות: להחלטה לסרב לבקשתו של העורר יש השלכות חמורות על זכויות האדם שלו והמשיבה לא עמדה בנטל לשכנע כי אם לא תפגע בזכויות האדם של העורר ותחדש את רישיון הישיבה שלו בישראל, הרי שקיימת הסתברות קרובה לוודאי כי הסיכון הביטחוני אכן יתממש.

34. בעניינו של העורר, הנמצא שנים רבות בישראל, אין כל תיעוד לפעילות שלילית המסכנת את ביטחון המדינה. המשיבה, בסירובה לבקשת העורר, נסמכת בעיקר על פרסום עבודותיו כצלם עיתונות, פרסום שלא ברור כלל מהו הסיכון הביטחוני הנובע ממנו. גם לו היתה המשיבה מואילה להבהיר מהו הסיכון הנובע מפרסום עבודותיו של צלם עיתונות בפייסבוק, עדיין היה מוטל עליה הנטל להוכיח כי התממשותו של אותו סיכון בלתי ידוע היא ברמה הקרובה לוודאי. גם טענותיה של המדינה בדבר "מידע על התפרעויות בהר הבית" ו"מידע אודות תקיפת שוטר" אינם עומדים במבחנים לעיל שקבעה הפסיקה.

המשיבה התפרקה באופן מוחלט ופסול משיקול דעתה

35. גם לאחר שניתנה עמדת הגורמים הביטחוניים, היה על המשיבה להפעיל שיקול דעת עצמאי בשאלה האם לאשר את הבקשה לחידוש אשרת הישיבה של העורר או לסרב לה. בעניין נאצר שלמטה, סבר בית המשפט הנכבד כי למרות עמדת שב"כ, יש לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות שנדונה בעתירה:

המלצת השב"כ ויתר גורמי הביטחון 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 הביטחוני אל מול הפגיעה בזכות לקיום תא משפחתי ומתן אפשרות להורה לחיות עם ילדיו (עת"ם 1551-06-09 נאצר, ההדגשות במקור) פסק הדין בעת"ם 1196-05-10 נאצר ואח' נ' מדינת ישראל, לא פורסם).

36. מלשון ההחלטה הנתקפת בערר זה – שכאמור לעיל אינה שונה במאום מלשון ההודעה על הכוונה לסרב לבקשה – עולה באופן חד משמעי, כי במסגרת החלטתה שבנדון, המשיבה התפרקה באופן מוחלט משיקול הדעת המוקנה לה, תוך שהיא מסתמכת על עמדת גורמי הביטחון בבחינת כזה ראה וקדש, כקביעה שאין להרהר אחריה. לא זו אף זו. המשיבה אף אינה מנסה להסתיר את הדברים ומודיעה במסגרת החלטתה, כי טיעוני העורר – אלה שבעל פה בלבד – הועברו לבחינת גורמי הביטחון, אשר חזרו על עמדתם לפיה יש להתנגד לאישור הבקשה.

37. זאת ועוד. המשיבה לא התייחסה ולו לאחת מטענות העורר כפי שהוצגו במסגרת השימוע ובמסגרת טיעוניו בכתב, כנגד הכוונה לסרב לבקשתו. המשיבה חוזרת על הטענה של פרסום התמונות בפייסבוק ובכלל זאת ציור הגרפיטי, תוך התעלמות מוחלטת מעיסוקו של העורר כצלם עיתונות ומהבהרותיו, כי התמונות הועלו לרשת במסגרת פרסום עבודתו כצלם עיתונות וכי הוא אינו פעיל פוליטי ואינו תומך בפעילות אלימה. כמו כן המשיבה אינה טורחת להבהיר דבר בנוגע לקיומו של "מידע אודות תקיפת שוטר" ולקיומו של "מידע על התפרעות בהר הבית" – על מה מדובר, מתי, באילו נסיבות וכד'.

38. נחזה אם כן, כי לפנינו החלטה שהתקבלה תוך התפרקות פסולה משיקול דעת והסתמכות עיוורת על חוות דעת גורמי הביטחון. כל זאת, כמובן, לצד התעלמות מוחלטת ובוטה מהטענות כבדות המשקל שהעלה העורר בפניה.

חובת הוכחה מוגברת בעת סירוב לחדש רישיון קיים

39. נוכח העובדה שהעורר מצוי בישראל לצד בני משפחתו לאורך שנים, מאז ילדותו, והמשיבה כבר נתנה לו אשרה לשיבה בישראל, הרי שסירובה לחדש אשרה זו מחייב מידע חזק במיוחד וחזק יותר ממידע שיש בו כדי לסרב לבקשה ראשונית למתן אשרת ישיבה.

40. ההלכה בדבר ההבחנה הברורה שיש לעשות בין החלטה על אי מתן אשרה/רישיון לבין החלטה על ביטול או אי חידוש אשרה/רישיון היא הלכה ותיקה, המושרשת היטב בפסיקה וכך גם ההשלכות שיש לאבחנה זו על חוזקן של הראיות המינהליות הנדרשות לקבלת ההחלטה והנטל הנדרש לביסוסה. ההלכה סוכמה בפס"ד בעת"ס 15450-10-13 **סרור נגד שר הפנים** (פס' 14 לפס"ד, פורסם בנבו):

במסגרת דיון בהחלטות על ביטול מעמד, הפנו בתי-המשפט המינהליים להלכה – בעניין הסמכות להפעיל משטר של רישוי בתחומים אחרים – אשר קבעה, כי "לא הרי אי-מתן רישיון כהרי אי-חידושו של רישיון, ולא הרי שני אלה כהרי ביטולו של רישיון" (בג"ץ 799/80 **פנחס שלום נ' מינהל נפת פתח-תקווה משרד הפנים**, פ"ד לו(1) 317 (1981)), שכן "הדרישות מהרשות המוסמכת בבואה לבטל היתר גבוהות מן הדרישות כאשר מדובר באי חידוש היתר" (עע"מ 4501/09 **מדינת ישראל נ' תמימי עמאר** (16.3.10); וכי "חשד בלבד אינו שיקול מספיק כדי לבטל רישיון קיים... דרושה לשם כך 'הוכחה משכנעת, שאינה מותרת מקום לספקות סבירים'" (בג"ץ 799/80 בעניין שלום, לעיל). בזיקה לכך נפסק, כי "קיימת זיקה ישירה בין עוצמתה של ראיה מנהלית הנדרשת ומידת השכנוע שהיא נושאת עימה לבין טיבה של החלטה המנהלית הנסמכת על אותה ראיה, כמו גם לשאלה על מי מוטל הנטל לביסוס ההחלטה" (עת"מ (י-ם) 1729/09 **שאדי קיסיה נ' שר הפנים** (6.6.12), ההדגשות הוספו; וכן ראו – עת"מ (י-ם) 497/07 **דימה אלדג'ני נ' מדינת ישראל** – לשכת מינהל האוכלוסין (10.2.08)); וכן, כי "נוכח המשמעות הקשה של ביטול מעמד – ובכלל זה ביטול רישיון לישיבת קבע – יש צורך בראיות

משכנעות וברורות ובראיות בעלות משקל משמעותי בכדי לבסס החלטה מעין זו" (עת"מ (י-ס) 17329-10-12 ג'ודה אבו סעד נ' משרד הפנים (9.3.14); ההדגשה אינה במקור).

41. לסירוב לבקשת העורר לחדש את אשרת הישיבה שלו בישראל יש השלכות קשות ועל המשיבה מוטלת חובת הוכחה מוגברת ביחס למניע הביטחוני לו היא טוענת, חובה שלא מולאה. שהרי אין בידי המשיבה, כפי שראינו לעיל, "הוכחה משכנעת, שאינה מותירה מקום לספקות סבירים" והחלטתה אינה נתמכת "בראיות משכנעות וברורות ובראיות בעלות משקל משמעותי".

החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית

42. הפגיעה בזכויות האדם ובכללן הזכות 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).

43. 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 הרלוואנטיים 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 החלטה 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)).

45. ובפס"ד דקה, העוסק בסירוב לחדש רישיון ישיבה בישראל נוכח מניעה ביטחונית, נאמר כדלקמן:

ככל שהזכות הנפגעת הינה בעלת משקל רב יותר, וככל שהפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש קיומו של אינטרס ציבורי נוגד בעל עוצמה גדולה

יותר כדי להצדיק את הפגיעה, שאם לא כן, עשויה הפגיעה להיחשב בלתי-מידתית. נדרש מיתאם בין עוצמת זכות היסוד לבין משקלו של האינטרס הציבורי הנוגד כדי להצדיק פגיעה בזכות. עוצמת הפגיעה חייבת אף היא להשתלב במיתאם זה: "פגיעה קשה בזכות חשובה שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש" (השופט זמיר בבג"צ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פ"ד נג(5) 241, 273 (1999) (פס' 14 לפס"ד של כב' הש' פרוקציה)).

זאת ועוד:

פעולת האיזון החוקתי נעשית תחילה במישור העקרוני, ולאחריו היא מחייבת בחינה פרטנית-אינדיבידואלית בכל מקרה ומקרה. פגיעה גורפת של הרשות בפרטים המבקשים לממש את זכויות היסוד הנתונות להם, בלא עריכת איזון חוקתי אינדיבידואלי, הנשען על נתונים פרטניים המיוחדים למקרה, סותרת עקרונות חוקתיים, המחייבים איזון עקרוני ופרטני כאחד. בפגיעה גורפת כאמור יש משום טשטוש החובה המוטלת על הרשות המינהלית לתת משקל יחסי לכל הנתונים הרלבנטיים להחלטה המינהלית, ולהגיע להכרעה המתבססת על שיווי משקל ראוי ביניהם. היא עלולה לייחס לאינטרס אחד משקל מכריע בלא הצדקה, תוך קיפוח בלתי-מידתי של זכות אדם מרכזית בחשיבותה. היא עלולה להביא לפגיעה קשה בערכי החיים והתרבות, ולפגוע בעקרונות המשטר הדמוקרטי, המושגת על הגנה על זכויות אדם (שם, פס' 18).

46. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה לסרב לבקשת העורר לחדש את אשרת הישיבה שלו בישראל, היא ללא ספק החלטה העוסקת באופן ישיר בזכויות אדם. שכן, מדובר בהחלטה בעלת השלכות קשות ביותר הן על עתידו של העורר שחי בישראל עם משפחתו שנים רבות, מאז היותו ילד, והוא חסר מעמד בעולם כולו. אשר 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, התפרקה משיקול דעתה נוכח עמדת גורמי הביטחון ולא טרחה לשקול ולאזן באופן ראוי בין הגורמים הרלוונטיים להחלטה, בניגוד לנדרש על פי הפסיקה דלעיל. עניין זה עולה גם מלשון הזהה של ההודעה וההחלטה שניתנו על ידי המשיבה בעניינו של העורר.

סיכום

47. מן המקובץ עולה, כי החלטת המשיבה הנתקפת בערר זה היא בלתי מבוססת, בלתי סבירה ובלתי מידתית. המשיבה, בסירוב לחדש את האשרה של העורר, שחי בישראל שנים רבות, מאז היותו ילד, לצד משפחתו, והוא חסר מעמד בעולם, פוגעת קשות בזכויות האדם של העורר.

48. טעמי הביטחון שהציגה המשיבה לסירובה לחידוש אשרת הישיבה של העורר בישראל אינם מבוססים דיים ואינם עומדים במבחנים שנקבעו בפסיקה, על פיהם, נוכח הפגיעה הקשה בעורר, נדרשת הסתברות קרובה לוודאי כי הסיכון הביטחוני שמשקף ממנו אכן יתממש באם תחדש אשרת הישיבה שלו בישראל. בנטל זה לא עמדה המשיבה.

49. כמו כן, נוכח העובדה שמדובר בסירוב לחדש אשרת ישיבה שכבר ניתנה לעורר, הראיות שבבסיס החלטה צריכות להיות משכנעות וחזקות באופן מיוחד, ולא כן הוא. בנוסף לכך, התפרקה המשיבה משיקול הדעת לו היא מחויבת, הסתמכה לחלוטין על עמדת גורמי הביטחון, התעלמה מתגובתו של העורר לטענותיה וקיבלה החלטה בלתי מאוזנת, שלא לקחה בחשבון את הפגיעה בזכויות ואת נסיבות חייו של העורר.

50. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטת המשיבה ולהורות לה לחדש את אשרת הישיבה של העורר בישראל. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד לחייב את המשיבה בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 14 ליולי 2016

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 90994)