

בעניין:

1. _____ קנבר, ת"ז _____
2. _____ קונבר, ת"ז _____
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או דניאל
שנהר (מ"ר 41065) ו/או עביר גיבראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או
נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או
תהילה מאיר (מ"ר 71836)

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

העוררים

- נגד -

1. שר הפנים
2. רשות האוכלוסין וההגירה

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

המשיבים

ערר

מוגש בזאת – בשנית – ערר כנגד החלטתו של המשיב לשוב ולבטל את ההליך לאיחוד משפחות בו
נוטלים חלק העוררים 1-2, תוך הרחקת העוררת 1, אם ורעיה לתושבי קבע בישראל החיה
בירושלים כדין מזה שנים. על מנת להבטיח כי העוררת 1 לא תורחק מישראל כל עוד לא מוצו
ההליכים המשפטיים בעניינה בפני בית דין נכבד זה, מוגשת בצמוד לערר זה בקשה לצו ארעי
שיהפוך בשלב מאוחר יותר לצו ביניים.

החלק העובדתי

1. כאמור בערר, **העוררת 1** (להלן: **העוררת**) הינה תושבת הגדה המערבית במקור ובת זוגו של
תושב קבע בישראל, **העורר 2**. העוררים 1-2 נישאו זה לזה בשנת 1996. לעוררים שמונה ילדים
שהקטן שבהם בן שנה וארבעה חודשים. כל ילדי העוררים, למעט ילדם הצעיר, רשומים
במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי קבע.
2. מאז אושרה הבקשה לאיחוד משפחות שהוגשה עבור העוררת 1, הוארכו היתרי השהייה עבורה
באופן רציף. לסיכום יודגש, כי העורר 2 הינו אח למחצה בלבד של _____ קונבר, לא התגורר
בסמוך לעוררים 1-2 ואף לא היה מצוי בקשר הדוק, בלשון המעטה, עם אחיו למחצה העורר 2.

3. **העוררת 3** היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע, בין השאר, לתושבי ירושלים המזרחית ובני משפחותיהם אשר נפלו 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. **המשיב 1** (להלן: **המשיב או שר הפנים**) הוא הגורם אשר נתן את ההחלטה שכנגדה מוגש ערר זה.
5. **המשיבה 2** הינה רשות האוכלוסין וההגירה, זרועו המבצעת של המשיב שבפניה ובאמצעותה הועלו בהתאמה הטיעונים בעל פה ובכתב כנגד ההחלטה נשואת ערר זה.

מיצוי ההליכים

6. בעקבות פיגוע בשכונת ארמון הנציב ביום 8.1.2017, בו היה מעורב אחיה למחצה של העוררת 3, הודיעו המשיבים למשפחה ביום 10.1.2017 כי המשיב 1 פתח בהליך לביטול ההליך לאיחוד משפחות בו נוטלים חלק העוררים 1 ו-2 עם העוררת 3.
7. ביום 18.1.2017 נערך לעוררים שימוע בלשכת המשיבה 2.
8. ביום 25.1.2017 התקבלה במשרד העוררת 3 החלטת המשיבים ולפיה במסגרת השימוע, לא הופרכו הטענות שהועלו כנגד העוררים בהודעה על הכוונה לשלול את מעמדם. כמו כן צוין לראשונה במסגרת ההחלטה כי הועברה חוות דעת חסויה מאת גורמי הביטחון. לאור זאת הודיעה מנהלת לשכת המשיבה 2 בירושלים המזרחית, הגב' חגית צור, כי החליטה לעצור לעת הזאת את ההליך בו הם נוטלים חלק, ולבטל בשלב זה את היתרי השהייה שניתנו להם.
9. על החלטה זו הגישו העוררים דכאן ערר לבית דין נכבד זה שמספרו 17-1401. הליך זה נמחק ביום 12.12.2017 תוך שעל המשיבים הושתו הוצאות וזאת, לאחר שהתברר כי צדקו העוררים בטענתם כי ההליך שניהלו כנגדם המשיבים היה פגום.
10. ביום 31.12.2017 התקבלה במשרד העוררת 4 הודעה פגומה מטעם המשיבים (להלן: **ההודעה**). בניגוד לסעי' 2.2. לנוהל המשיבים – שמספרו 5.2.0015 וכותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות למתן מעמד בישראל מכח קשר זוגי עם ישראלי" – הקובע כי באם בכוונת המשיבים לסרב לבקשה לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים או פליליים הרי שעליהם לציין זאת מפורשות בהודעה הנשלחת למבקשים, הרי שההודעה שנשלחה לעוררים ביום 31.12.2017, אינה מציינת את דבר הכוונה לסרב לבקשה ומסתפקת בהודעה על כך כי העוררים מוזמנים לראיון משלים בלשכתם שבירושלים המזרחית אודות הנתונים הבאים:

1. בכפר גבל מוכאבר שוררת אווירה התומכת בפיגועי טרור, תוך קיום פולחן אישיות למפגעים.
2. רבים מתושבי הכפר הביעו ברשתות החברתיות תמיכה במפגעים והזדהות עם פיגועי טרור.
3. האדרת פיגועי טרור והמפגעים, לצד הבעת התמיכה הציבורית בהם ובבני משפחתם, מעודדת טרור

ומעניקה רוח גבית לצעירים נוספים לבצע פיגועי טרור.

4. להערכת גורמי הביטחון המקצועיים, ביטול המעמד יסייע ביצירת הרתעה משמעותית מפני התגברות התופעה.

העתק מההודעה מצ"ב ומסומן ע/1.

11. נראה אם כן, כי המשיבים לא למדו דבר וחצי דבר מהתנהלותם הפגומה שהביאה למחיקתו של ההליך הקודם שניהלו כנגד העוררים וכי אף במסגרת ההליך החדש בו פתחו כנגדם ועוד בשלב מתן ההודעה, הם שבים ומתנהלים באופן פסול ובניגוד להנחיותיהם שלהם בדבר אופן מתן הודעה כגון דא.

12. כך או אחרת, מההודעה דלעיל עולה (שוב) בבירור, כי כנגד העוררים עצמם, אנשים נורמטיביים, אין כל טענה ביטחונית או פלילית. העילה היחידה העומדת בבסיס ההודעה הינה הרתעת הרבים.

13. ביום 11.1.2018 העלו העוררים את טיעוניהם בכתב ובעל פה כנגד ההודעה בלשכת המשיבה שבירושלים המזרחית.

14. העתקים מהטיעונים בכתב ומפרוטוקול השימוע שנערך לעוררים מצ"ב ומסומנים ע/2.

15. ביום 25.4.2018 התקבלה במשרד העוררת 4 החלטת המשיב (להלן: **ההחלטה**) שכנגדה מוגש ערר זה.

העתק מההחלטה מצ"ב ומסומן ע/3.

16. בסעי' 1-7 להחלטה סוקר המשיב את השתלשלות העניינים בעניינם של העוררים מנקודת ראותו. בסעי' 7 להחלטה פותח המשיב בשימוע שנערך לעוררים בלשכתו שבירושלים המזרחית. יודגש כי גם תאריך השימוע בו נוקב המשיב בהחלטתו שגוי שכן בפועל נערך השימוע לעוררים ביום 11.1.2018.

17. הגם שלכאורה נראה כי מדובר בטעות זניחה, חשוב להדגיש כי נוכח התנהלות המשיבים מולם עד כה, מקנן בקרבם החשש הכבד, ולא בכדי, כי התאריך הנקוב בהחלטה, 10.1.2018, מעיד במקרה זה על כך כי ההחלטה בעניינם נכתבה וניתנה עוד בטרם עריכת הראיון והעלאת טענותיהם כנגד ההודעה, כאשר זימונם ביום 11.1.2018 לא היה אלא הליך מלאכותי גרידא שנכפה על המשיבים על מנת לעבור את המשוכה הראשונה בדרך להענשתם של העוררים על מעשים שלא בצעו ושלא היה להם בהם כל חלק.

18. כך או אחרת, לאור ההודעה וההחלטה הפסולות דלעיל, אשר הטענה היחידה העומדת בבסיסן הינה חוות דעתם של גורמי הביטחון לפיה ביטול מעמדם בישראל של חפים מפשע, בעלי קרבת דם רחוקה למפגע שאין להם כל קשר למעשיו, יסייע ביצירת הרתעה – סעי' 11 להחלטה – מוגש ערר זה. נפנה לדברים כסדרם.

הטיעון המשפטי

19. החלטתם של המשיבים לשוב ולבטל את ההליך לאיחוד משפחות (להלן: **אחמ"ש**) בו נטלו העוררים חלק והיתרי השהייה שניתנו להם, בגין מעשיו של בן משפחתם מדרגה שנייה ושלישית, מטעמי הרתעה גרידא, פסולה מן היסוד ודינה להתבטל. מדובר בהחלטה בלתי סבירה ולא מידתית אשר ניתנה בחוסר סמכות, בסתירה להוראות החוק, לפסיקה ולנהלים ותוך פגיעה אנושה בזכות היסוד של העוררים ובני משפחתם לחיי משפחה.

20. כמו כן יודגש, כי בניגוד לעולה מההחלטה, היא ניתנה תוך התעלמות בוטה מטענותיהם בדבר אי סמכותו של המשיב לבטל את ההליך לאיחוד משפחות בו הם נוטלים חלק מזה שנים, מטעמי הרתעה.

ההחלטה דורשת הסמכה חוקית מפורשת

21. בהחלטה התעלם המשיב מטיעוני העוררים כנגד ההודעה. כך בין השאר, ביקשו העוררים הפנייה ברורה למקור הסמכות החוקי המפורש שעל בסיסו ניתנה ההודעה – ועתה ההחלטה. לבקשה זו לא ניתן כל מענה במסגרת ההחלטה ולפיכך לא נותר לעוררים אלא לשוב ולהעלות את טיעוניהם בעניין.

22. מושכלות ראשוניים הם כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד יש להצביע על מקור סמכות חוקית מפורש מכוחו נעשית הפגיעה ובעניינם של העוררים הפתיחה בהליך לביטול ההליכים בהם נטלו העוררים חלק ושליטת ההיתרים שניתנו מכוחם מטעמי הרתעת הרבים.

הדרישה להסמכה מפורשת לצורך פגיעה בזכויות יסוד היא מחויבת המציאות כיום לפי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. עם זאת, למעשה, אין מדובר בחידוש. כבר בשנותיו הראשונות של בית משפט זה הוא נמנע באופן ברור מהכרה בסמכויות עזר שכרוכות בפגיעה בזכויות אדם (ראו למשל: ע"פ 40/58 **היועץ המשפטי נ' זיאד**, פ"ד יב 1358 (1958)). אין צריך לומר שדרישה זו חזרה ואומצה מאז בהקשרים רבים אחרים, לרבות כאלה של אכיפת חוק (ראו למשל בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479 (2010)). (בג"ץ 5887/17 **אחמד ג' בארין ואח' נ' משטרת ישראל ואח'**).

(ההדגשה הוספה ב.א.).

23. עוד יפים לענייננו, דבריו של בית המשפט בע"מ 5718/09 **מדינת ישראל נ' סרור** (פורסם בנבו)

... שיקול דעת זה איננו חסין מפני ביקורת שיפוטית, ועל הנחיות מנהליות להגשים את תכלית החקיקה ולעמוד בכללי המשפט המנהלי (ראו: ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (פורסם בנבו), 6.10.2009), פסקה 16 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל, עניין עכל, פסקה 11 לפסק-דיני).

הנחיות, תנאים ונהלים חייבים, בראש ובראשונה, לעלות בקנה אחד עם הוראות החוק אשר הסמיך את הרשות המנהלית לקבוע אותם ועם תכליתן (ראו: ע"ם 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים ([פורסם בנבו], 24.7.2008), פסקה 41 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר).

מקום שבו ההנחיות אינן נמצאות בדל"ת אמותיו של החוק המסמיך או שהן מגבילות זכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק, דינן להיפסל (ראו: בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); השוו עניין מנאע; ראו גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 779 (1996); יואב דותן הנחיות מנהליות 180 (1996)).

24. כמו כן נראה, כי אין מחלוקת לגבי השאלה האם ההחלטה, היא החלטה הפוגעת בזכויות יסוד.

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

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

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

וכן:

זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למיצועי 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 תתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים.**

(בבגץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, סעי' 15 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

26. זאת ועוד. בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה ואחי' נ' שר הפנים נקבע, כי החלטה הפוגעת בזכויות יסוד דורשת הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת וכי **בהסמכה כללית לא סגי :**

... וכי על מנת להוציא לפועל החלטה מינהלית דוגמת זו נושא דיוננו נדרשת הסדרה חקיקתית מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית של הכנסת (שנתונה כמובן לביקורת חוקתית).

(סעי' 69 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן).

27. במילים אחרות: ההודעה וההחלטה שניתנו בעניינם של העוררים, עניינן בפגיעה ישירה וקשה בזכויות יסוד. ככזו על המשיבים בראש ובראשונה להצביע על מקור הסמכות החוקית המפורש והמפורט מכוחו הם פועלים. באם אין בנמצא הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת המסמיכה את המשיבים לבטל הליכים לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה גרידא, הרי שמדובר בהליך פסול מן היסוד הנעשה בחוסר סמכות מוחלט ושדינו – בטלות.

28. כאמור, טענה זו הועלתה במסגרת הטיעונים שהוגשו למשיבים כנגד ההודעה אך לא זכתה לכל התייחסות. לפיכך יצביעו העוררים להלן על כך כי אין בנמצא כל מקור חוקי מפורש ומפורט המסמיך את המשיב לבטל את הליך בו הם נטלו חלק, בעילה של הרתעת הרבים.

חוק האזרחות והכניסה לישראל הוראת השעה

29. סעי' 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה קובע כי :**

בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

סעי' 3 (1) להוראת השעה קובע כי :

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

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

סעי' 3א (2) להוראת השעה קובע כי:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו

–
**לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד
האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם
מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל,
ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר
דרך קבע בישראל.**

סעי' 3ד להוראת השעה קובע כי:

**לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה
בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 3א1, 3א2(2), 3ב(2)
ו-3(4)2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש
אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד
האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי
הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר
או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת
ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד,
אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי
תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון
ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת
מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או
באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת
פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או
אזרחיה.**

30. הנה כי כן, בסעיפים שצוטטו לעיל מתוך הוראת השעה נקבעו התנאים למתן רישיונות והיתרים
לתושבי השטחים הכבושים ולסירוב/ולביטול של אותם רישיונות והיתרים. על פי סעי' 3ד לשר
ניתנת הסמכות לפעול כך כאשר מתושב האיזור, או מבן משפחתו מקרבה ראשונה מהשטחים,
נובעת מניעה ביטחונית או פלילית של ממש. למותר לציין כי על ההליכים לביטול בקשות
לאחמ"ש מטעמים של מניעה ביטחונית לעמוד בקפידה בתנאים ברורים שנקבעו זה מכבר
לעניין בפסיקה.

31. לצד תנאים מפורשים אלו שנקבעו בהוראת השעה, קובעת הפסיקה תנאים והגבלות לשימוש במניעה ביטחונית כעילה לסירוב להליכים לאחמ"ש או לביטולם.

32. במסגרת פסק הדין בבג"ץ 2028/05 **חסן אמארה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו) (להלן: **עניין אמארה**) נדון סירובו של שר הפנים להאריך תוקפו של היתר שהייה בשל "מניעה ביטחונית". כבי הנשיא ברק קבע בעניין אמארה כי החלטות שר הפנים, ובכללן החלטות בבקשה להארכת היתר שהייה במסגרת בקשה לאיחוד משפחות, מתבססות על בדיקה **פרטנית ואינדיבידואלית** של הנוגעים בדבר. כבי הנשיא ברק קבע, כי בדיקה כאמור הינה ללא ספק אמצעי ראוי ומידתי, **שנועד לאתר סכנה פוטנציאלית מפלוני כדי להסיר, עד כמה שניתן, פגיעה בביטחון המדינה ובשלום הציבור**, אך לצד זאת הוסיף ומנה את מבחני המשנה של דרישת המידתיות שעל החלטות כמו זו שבעניינה נשלחה ההודעה שבנדון למרשיי, לעמוד.

33. בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים** (להלן: **הלכת דקה**) (פורסם בנבו) שהוא פסק הדין המכונן בכל הנוגע לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות **מטעמים ביטחוניים** נקבעו אמות המידה בהן צריכה לעמוד החלטה המבטלת הליכים לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים או מסרבת להם:

השאלה המצריכה הכרעה במקרה זה היא – האם, ובאלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לבטל היתר איחוד משפחות ורישיון ישיבה בישראל לבן זוג, תושב האזור, שניתנו בעבר, מטעמים של קרבת משפחה בין בן הזוג לבין פעילי טרור, בנסיבות בהן אין מידע ביטחוני על מעורבות ישירה שלו בפעילות נגד ביטחונה של ישראל.

(סעי' 9 לפסק דינה של כבי השופטת א' פרוקציה).

(ההדגשה הוספה).

בית המשפט מדגיש את מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד בישראל.

שיטת המשפט בישראל מכירה בזכות לחיי משפחה כזכות יסוד של האדם; זכותו של כל בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל בתנאים של שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים מהווה חלק מכבוד האדם. הזכות לחיי משפחה בתנאים של שוויון, מהווה זכות חוקתית מוגנת על-פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

(סעי' 11 לפסק דינה של כבי השופטת א' פרוקציה).

לאחר מכן ממשיך בית המשפט וקובע כי נוכח מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה **הרי שפגיעה בה תתכן רק במקרה בו קיימת מניעה ביטחונית ממשית הנובעת ישירות מהמבקש**

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 תתכן 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 ממש.

(סעי' 15 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדאי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם.

(סעי' 16 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שבית 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"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002) (להלן: פרשת עג'ורי); בג"ץ 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 דיני).

(סעי' 17 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

בית המשפט שב ועורך אבחנה בין מי שכבר נוטל חלק בהליכים לאיחוד משפחות לבין עניינם של מי שטרם נכנסו להליך:

... ניכר כי ציפייתם של בני זוג לחידוש היתר ישיבה מקום שהותר להם להתאחד בעבר בישראל, הינה בעלת עוצמה גדולה. עוצמה זו גוברת על עוצמת הציפייה של בני זוג שטרם הותר להם בעבר להתאחד, ובקשתם לאיחוד משפחות טרם נענתה עובר למועד הקובע. כמו כן, לגבי משפחה שאיחודה הותר בעבר, יתכן שוני בעוצמת הציפייה בין משפחה המתגוררת בישראל שנים רבות והשתרשה בחיי הארץ, ולה מספר ילדים הגדלים ומתחנכים בארץ, לבין זוג צעיר שזה עתה התאחד, המצוי בישראל תקופה קצרה, טרם הספיק לבנות תא משפחתי שלם ולהתערות בעבודה ובחיי הארץ. מתחייב מתאם בין עוצמת הציפייה להיתר על-פי הוראות המעבר לבין משקלה הסגולי של המניעה הביטחונית: ככל שהציפייה לאיחוד משפחה הינה בעלת משקל רב יותר על רקע הנסיבות הפרטניות של המקרה, כך נדרש אינטרס ביטחוני בעל עוצמה רבה יותר כדי להצדיק פגיעה בציפייה זו.

(סעי' 25 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

הצדקה חוקתית לפגיעה בזכות למשפחה כאשר ניתן היתר בעבר לאיחוד המשפחה ומבקשים את הארכתו מותנית בקיום אינטרס ביטחוני בעל עוצמה מיוחדת.

(סעי' 30 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

לאחר מכן קובע בית המשפט כי על החלטה הפוגעת כה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה לעמוד במבחני המידתיות – שצוינו לעיל בעניין אמארה:

שאלת המפתח היא האם מתקיימת דרישת המידתיות באופן הפעלת הסמכות על-פי חוק הוראת השעה, מקום שהיא כרוכה בפגיעה בזכות יסוד למשפחה להגשמת צורך ביטחוני. לצורך כך יש לבחון את המידתיות על-פי מבחני המישנה שפותחו בהלכה הפסוקה. מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שמידתו פחותה, ומבחן המידתיות הצר – הם המבחנים המנחים בקביעת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית. לענייננו, ביישום שיקול המניעה הביטחונית ביחס לבני זוג שחלות עליהם הוראות המעבר, נדרש קשר של התאמה בין האמצעי הננקט למניעת איחוד המשפחות, לבין תכלית השמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור; נדרש, כי לא ניתן יהיה להשיג את תכלית הביטחון באמצעי אחר שפגיעתו פחותה; ולבסוף, נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין מהות הפגיעה בזכות למשפחה ובזכות לשוויון בהתאם למידת עוצמתן, לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממניעת האיחוד המבוקש (פרשת אמארה, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק). מידתה של התועלת הביטחונית שבה יש להתחשב לצורך החלת מבחן המידתיות הצר אינה בהכרח מלוא היקף התועלת הביטחונית האפשרית בהשוואה למצב שבו לא ננקט כל אמצעי מנע אחר כנגד הסיכון הביטחוני; התועלת שבה יש להתחשב הינה אך התוספת השולית לביטחון, המתקבלת מהפסקת הליך איחוד המשפחה, בהשוואה לאפשרות השימוש באמצעי ביטחון חלופיים, כגון מתן היתרי שהייה זמניים המתחדשים מדי תקופה קצרה, המאפשרים ביקורת עיתית של הרשות על מידת הסיכון האמיתי הצפוי מבן הזוג תושב האזור, השוהה בישראל; הידוק הפיקוח על בן הזוג השוהה בישראל, קבלת התחייבותו לנתק כל קשר בינו לבין גורמים עוינים, תוך העמדת קיום התחייבותו במבחן, וכיוצא באלה אמצעים. בהחלת מבחן המידתיות כאמור, יתכן הבדל במשקלות היחסיים שיש ליחס לפגיעה בזכות למשפחה לעומת התועלת לביטחון הצומחת מן הפגיעה בין מצב של סירוב לחדש רישיון ישיבה למי שכבר הותר לו איחוד משפחות והוא יושב בישראל כדין, לבין מצב שבו טרם הותר לאדם איחוד כאמור, ובקשתו שהוגשה עובר למועד הקובע לא הוכרעה במועד זה.

(סעי' 33 לפסק דינה של כבי' השופטת א' פרוקצ'יה).

34. סיכומו של דבר. בהוראת השעה נקבע כי בתנאים מאוד מסוימים אכן בסמכות המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות או לבטלה מטעמים של מניעה ביטחונית או פלילית. בהלכת דקה נקבע כי, בבוא המשיבים ליתן החלטה המסרבת לבקשה או מבטלת הליך לאיחוד משפחות מטעמים של מניעה ביטחונית חובה על שר הפנים להצביע בראש ובראשונה על סכנה ברורה ומיידית שמקורה במניעה ביטחונית ממשית הנובעת מהמוזמן או מבן משפחה המנוי בחוק, ומתבססת על חוות דעת גורמי הביטחון הנובעת מהמוזמן ובמקרה דן מרשיי – באופן ישיר או מבן משפחתם המנויים בהוראת השעה. כמו כן על רמת הסתברות הסכנה הביטחונית להיות קרובה לוודאית.

35. דא עקא, החלטת המשיבים לוקה בכשל לוגי קשה. **ההחלטה אינה עוסקת בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים – לא ישיר ולא עקיף. ההחלטה עוסקת בתועלת שלשיטת המשיבים ביכולתם להפיק מהרחקתם של העוררים מישראל בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים עתידיים, עלומים ולא מוגדרים שמהם נובע הסיכון.** העוררים שלא עוולו ולא נובע מהם כל סיכון בטחוני במשמעותה של הוראת השעה, משמשים בידי המשיבים ככלי להשגת מטרה זרה להליכי אחמ"ש.

36. לישנא אחרינא: סיכון ביטחוני הנובע מאדם הוא דבר אחד והרתעת אחרים באמצעות פגיעה באדם חף מפשע הוא דבר שונה לחלוטין, ולא ראי זה כראי זה. הסיכון לקיומם של מפגעים פוטנציאליים עתידיים ברור והוא קיים מזה שנים רבות. לפיכך, אף לו יצויר כי הותרתם של העוררים בישראל תמנע לכאורה מהמשיבים, לשיטתם, את האפשרות מלהרתיע מפגעים אחרים פוטנציאליים – ברור בד בבד כי מדובר בסיכון שקיים שנים רבות, סיכון שאינו נובע מהם כאנשים נורמטיביים, אינו קשור אליהם והם אינם אחראים לעצם קיומו.

37. זאת ועוד. לעמדת העוררים ההחלטה גופא מעידה מניה וביה כי לא נובע מהם כל סיכון. שכן, לו היה נובע מהם סיכון ממשי הייתה המשיבה פועלת בפשטות בהתאם לחוק ולא מחוץ לדי אמותיו כפי שהיא עושה עתה. אלא מאי, כל מטרתה של ההחלטה הינה להעביר מסר ברור לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית באמצעות הרחקתם של המערערים מישראל. זאת, למען יראו וייראו כל אלו שבכוונתם לבצע פיגוע כי השלכות של מעשיהם יפגעו אף בבני משפחתם מקרבה רחוקה, **חפים מפשע שלא נובע מהם כל סיכון. ההחלטה להרחקתם של העוררים מישראל אם כן אינה התכלית אלא כלי להשגת תכלית שונה וזרה להליכי אחמ"ש.**

38. הנה כי כן, הוראת השעה היא החקיקה היחידה החלה בעניין מעמדם של העוררים דכאן.

39. ביטול או סירוב להליכים לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים כפופים לתנאים ברורים הקבועים בהוראת השעה. ודוק: לא בכדי מציינת הוראת השעה בבחינת "ברחל בתך הקטנה" מיהו בן המשפחה שבגינו ניתן לבטל את ההליך, דרגת קרבתו ומהו הטעם שבגינו ניתן לבטל הליך. לפיכך, רק כאשר קיימת חוות דעת של גורמי הביטחון הקובעת כי קיים סיכון בטחוני הנובע באופן אישי מבן המשפחה המחזיק בהיתר השהייה או מבן משפחתו שבשטחים מדרגה ראשונה, בסמכות המשיבים לבטל את ההליך לאיחוד משפחות בו נוטל חלק המחזיק בהיתר. הפסיקה קבעה והרחיבה בעניין זה בכל הנוגע לעוצמת הסיכון הביטחוני הנדרשת; לא מדובר

על סכנה לכאורית או משתמעת, אלא בפוטנציאל חמור לסכנה קרובה וודאית, כפי שנקבע בהלכת דקה.

40. בעניין דכאן, המשיבים מצהירים הלכה ולמעשה בריש גלי כי הם פועלים מחוץ לגדרי ד' אמותיו של החוק, וזאת כיוון שההודעה וההחלטה מתבססות על טענות – שאף הן כשלעצמן עודן טעונות הוכחה – שאינן עוסקות בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים אלא בתועלת שתצמח להם מהרחקת העוררים מישראל, קרי: הרתעת הרבים בלבד ותו לא.

41. נוכח האמור, אין ספק כי ההחלטה שבנדון מנוגדת לחוק ולפיכך פסולה מיסודה. במקרה דנן חובה היה על המשיבים להתעלם מחוות דעתם של גורמי הביטחון אשר אינה מעלה ואינה מורידה דבר, שכן חוות דעת זו אינה אלא המלצה למשיבים לפעול מחוץ לגדרי החוק ובניגוד לדין ומטעמים שהינם זרים לחקיקה לפסיקה ולנהלים הקיימים בהליכי אחמ"ש, ואם כן, אנה אנו באים.

42. לא זו אף זו. ככל שהעניין נוגע לעוררים דכאן, גורמי הביטחון על חוות דעתם שממנה מבקש המשיב להיבנות הינם בבחינת שור מועד. כזכור, במסגרת ההליך הפגום הקודם שניהלו המשיבים כנגד העוררים דכאן, נטען על ידי המשיבים בהתבסס על חוות דעתם המקצועית של גורמי הביטחון כי לבני המשפחה המורחבת זיקה לארגון דעא"ש ולמעורבותם בפעילות טרור. כידוע, בסופו של יום התברר כי להד"ם וכי אין מדובר אלא בהטחת האשמות פרועה וכעורבא פרח והמשיבים נאלצו לשנות חזית.

43. ההחלטה אם כן, מבקשת לפגוע במי שלא נובע מהם כל סיכון ביטחוני ובנוסף מסתמכת על חוות דעתם של מי שכבר הוכח כי בעניינם של העוררים אין דעתם נקייה והם אינם בוחלים בכל טיעון אשר יסייע בהרחקת העוררים מישראל. החלטה שכזו, חורגת באופן בוטה מגדרי ד' אמותיו של החוק ויש לבטלה לאלתר.

ביטול וסירוב להליך לאחמ"ש: חוק הכניסה לישראל

44. משהוכח כי ההחלטה חורגת באופן בוטה מגדרי ד' אמותיה של הוראת השעה, יש לבחון את השאלה האם קיים מקור חוקי מפורש ומפורט אחר המקנה למשיב את הסמכות לבטל את הליכי האחמ"ש של העוררים מטעמי הרתעה גרידא.

45. ובכן. סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 מעניק לשר הפנים סמכות רחבה לבטל מעמד, ברם, סמכות זו לביטול מעמד נתונה בכפוף לקיומם של שני תנאים מצטברים שנקבעו בגוף סעיף החוק שבנדון.

46. **התנאי הראשון** הוא שמדובר ברישיון **ישיבה והתנאי השני**, כי מדובר ברישיון ישיבה שניתן לאדם מכח חוק הכניסה לישראל.

47. בעניינם של העוררים מדובר בהיתר שהייה שניתן להם מכח הוראת השעה – ר' סע' 2 להוראת השעה – הקובעת את התנאים לסירוב להארכת תוקפם של ההיתרים ולביטולם. לפיכך, ההסמכה המפורשת שניתנה לשר בחוק הכניסה לישראל אינה יכולה להוות מקור הסמכות לביטול הליכים לאחמ"ש בהם נוטלים חלק תושבי האיזור. הוראת השעה היא ההוראה הספציפית החולשת על עניינם.

48. הנה כי כן, המשיבים לא הצביעו על מקור הסמכות החוקי והמפורש המאפשר להם לבטל מטעמי הרתעה גרידא את ההליכים לאיחוד משפחות בהם נוטלים העוררים חלק.

תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945

49. זאת ועוד. הואיל וההחלטה הנתקפת בערר זה מתבססת כולה על עילת ההרתעה, יבקשו העוררים להעלות עניין שאף הוא הועלה על ידם במסגרת הטעונונים כנגד ההודעה וזכה להתעלמות מופגנת במסגרת ההחלטה.

50. כיום, קיים חריג אחד בו מונהגת מדיניות הרתעת הרבים באמצעות פגיעה במי שלא נטלו חלק במעשה שבגיניו מתבקשת ההרתעה, והוא, הריסת בתי מפגעים. כפי שיובהר להלן, לא זו בלבד שמדיניות פסולה זו של הריסת בתי משפחות מפגעים היא חריג שבענייניו קיימת הוראת חוק מפורשת ולפיכך מדובר ביוצא מן הכלל שאין בו בכדי ללמד על הכלל, אלא שאף בענייניו של אותו חריג, קבע בג"ץ כללים וגבולות להפעלתו ואף על אף כל זאת, נטושה מחלוקת עזה בבית משפט העליון. נסביר.

51. תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945, (להלן: תקנה 119) שמקורה בחקיקת המנדט הבריטי מהמאה הקודמת, מקנה למפקד הצבאי, בין השאר, את הסמכות להחרים ולהרוס בתים שיושביהם או חלק מהם נאשמו או נחשדו בביצוע פעולה עוינת. זאת אף אם כתוצאה מאקט החרמת הבית והריסתו ייפגעו מי שאינם נוגעים בדבר.

52. בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון סביב השימוש בסמכות המוקנית למפקד הצבאי בתקנה 119, נקבע על ידי בית המשפט העליון זה מכבר כי תכליתה של התקנה היא הרתעתית (ר' בין השאר, בג"ץ 1125/16 **מרעי נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**) (פורסם בנבו) (להלן: **עניין מרעי**). כמו כן אין מחלוקת כי על אף הסמכות המוקנית בתקנה 119 מדובר באמצעי חריף ביותר שיש לעשות בו שימוש רק בנסיבות חריגות ולאחר שקילת הנסיבות הקונקרטיות של כל מקרה ומקרה ותוך הקפדה יתירה.

"מן המפורסמות הוא כי האמצעי הטמון בהוראת תקנה 119 אמצעי חריף וחמור הוא וכי השימוש ייעשה רק לאחר שקילה ובדיקה קפדניים ורק בנסיבות מיוחדות ..." (בג"ץ 361/82 **חמרי נ' מפקד אזור יהודה ושומרון**, פ"ד לו(3) 439, 443 (1982), להלן: **ענין חמרי**).

(סע' 9 לפס"ד של כב' השופט מזוז בעניין מרעי).

53. בנוסף חשוב לציין כי אף לאותה סמכות **מפורשת**, חריגה ומרחיקת לכת הקבועה בתקנה 119 המאפשרת פגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה, הציב בג"ץ גבולות ברורים בין השאר לעניין השיהוי שבין המעשה שבגיננו מתבקשת ההרתעה לבין מועד הפעלתה (ור' לעניין זה פסק דין בג"ץ 6745/15 **אבו חאשיה נ' המפקד הצבאי בגדה המערבית**) במילים אחרות: אף לחריג החוקי היחיד הקיים כיום בישראל בדמות תקנה 119 הוצבו גבולות ברורים ביותר בשל הדראקוניות הטבועה במהלך זה.

54. **הנה כי כן, הטעם לכך שקיימת אפשרות חריגה ובודדה, לשימוש בעילת ההרתעה להריסת בתים, נעוץ במקור חוקי מפורש – בעייתי ככל שיהיה – המסמיך את המפקד הצבאי מפורשות לנהוג כזאת. למותר לציין, כי בניגוד לעניין דהתם, הרי שבנוגע למתן החלטות לסירוב לבקשות לאחמ"ש או לביטול הליכי אחמ"ש, אין בנמצא כל מקור חוקי המאפשר לכם לנקוט בצעדים הפוגעים באופן כה אנוש בזכויות יסוד של חפים מפשע מטעמי הרתעה גרידא.**

55. זאת ועוד. כאמור לעיל, הגם שלעת הזאת, מסורה למפקד הצבאי אמנם הסמכות להפעיל את תקנה 119 להחרים ולהרוס בתים של מפגעים, הרי שאין מדובר בסוף פסוק. סביב שאלת חוקיות השימוש במדיניות הריסת הבתים מטעמי הרתעה על בסיס תקנה 119, ניטשת מחלוקת עזה בין שופטי בית משפט העליון, כאשר שבעה מתוכם הטילו ספיקות כבדים בחוקיותה של מדיניות זו. (להרחבה בעניין זה ר' את מאמרם של גיא הרפז ועמיחי כהן "הריסת בתים בביקורת בג"ץ: יש (בית) שופטים בירושלים" משפט וממשל י"ט תשע"ח) לינק למאמר מצ"ב

<http://weblaw.haifa.ac.il/he/Journals/lawGov/Volume19/%D7%92%D7%99%D7%90%20%D7%94%D7%A8%D7%A4%D7%96%20%D7%95%D7%A2%D7%9E%D7%99%D7%97%D7%99%20%D7%9B%D7%94%D7%9F.pdf>

56. מן המקובץ עולה, כי החריג היחיד הקיים בדין הישראלי המאפשר פגיעה בחפים מפשע מטעמי הרתעה גרידא, הינו הריסת בתי מפגעים. ברם, לא זו בלבד שחריג בודד זה מתאפשר אך ורק בשל קיומו של מקור חוקי עתיק יומין, המסמיך את המפקד הצבאי באופן מפורש לנקוט בצעד דראקוני זה תוך שמירה על גבולות ברורים, אלא שאף על חוקיותה של המדיניות דהתם ניטשת מחלוקת עזה בפסיקה. הנה כי כן, ומעבר לעובדה כי לא נמצא מקור חוקי המאפשר להשתמש בחפים מפשע ככלי להשגת מטרה שונה בתכלית ממניעת סיכון ביטחוני הנובע מהם, אין אף ספק כי תקנה 119 על גבולותיה והמחלוקת העזה שניטשת לגבי השימוש בה היא חריג שבחריגים שאין להקיש ממנו לכל עניין אחר.

בבסיס ההחלטה עומדים שיקולים זרים

57. כאמור, העוררים שלא עוולו ולא פשעו, ואשר ההחלטה להרחיקם מבקשת להשתמש בהם ככלי להשגת מטרה שונה בתכלית מסיכון ביטחוני הנובע מהם, נענשים בגין מעשיו של אדם אחר ובגין הניסיון להפיק תועלת הרתעתית כנגד מפגעים פוטנציאליים עתידיים.

58. שיקולים הרתעתיים אלו ייתכן והינם חשובים מבחינה ציבורית ותקשורתית, אך בכל הנוגע להליכי איחוד משפחות מדובר בשיקולים זרים מובהקים.

59. יודגש, כי בית המשפט העליון עמד בעבר על כך שאין לקבל החלטה הפוגעת בזכות יסוד של אדם רק בשל רצון ליצור הרתעה כלפי מפגעים פוטנציאליים עתידיים. בפרשה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש, קבע כב' הנשיא א' ברק כי לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם, ממנו לא נשקפת כל סכנה, רק משום שהדבר יביא להרתעתם של אחרים:

נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. **אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים.** כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. **לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור. זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור** (בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1029) (ההדגשות הוספו, ב.א.).

60. בנוסף יודגש, כי ההחלטה על ביטול ההליך בו נוטלים חלק מרשיי ושליטת ההיתרים שניתנו להם בנסיבות המפורטות לעיל, אינה אלא ענישה קולקטיבית המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיס של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורותינו. ספר דברים מבטא תפישה זו באופן המפורש ביותר:

לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו (דברים כד, טז).

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

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

62. מן המקובץ עולה כי עילת ההרתעה הינה במובהק שיקול זר להליך לאחמ"ש. שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך בהתאם לקבוע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה מביאה

בהכרח למסקנה הברורה מאליה. על אף מעורבותו בפיגוע של בן משפחתם מדרגה שנייה ושלישית של העוררים, הרי שלא נטען כי נובע סיכון ביטחוני מהם או מבני משפחתם בדרגה הקבועה בהוראת השעה, ולפיכך יש לבטל את ההחלטה ולהמשיך ולאשר את בקשתם כבעבר.

63. 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).

64. משכך והואיל ונחזה כי השיקולים העומדים ביסוד הכוונה לסרב לבקשתם של מרשיי הינם שיקולי נקמה, ענישה והרתעה ועוד כיו"ב, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין.

פגיעה בזכותם של העוררים לכבוד ולחיי משפחה

65. ההחלטה של המשיבים לעשות שימוש בעוררים ככלי – לתכלית הרתעתית, שהיא תכלית זרה להליכים האחמ"ש ולחקיקה ולפסיקה החולשת על עניינם, מהווה בנוסף לכל האמור עד כה, פגיעה קשה ואנושה בזכותם של כל בני משפחת העוררים לכבוד ולחיי משפחה.

66. כמפורט לעיל, בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, שדן בעניין חוקתיותה של הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

67. 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, הנצמדת להוראותיו הברורות של החוק, ואשר תבטיח כי הפעלת סמכות לסירוב ולביטול בקשות, סמכות אשר פוגעת בזכויות חוקתיות כה בסיסיות, תיעשה רק במקרים בהם יש בסיס חוקי מובהק לעניין ומתקיימת הצדקה מלאה לכך.

68. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה אנושה בזכות לכבוד ולחיי 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).

69. כובד משקלן 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. מכיוון שההחלטה פוגעת בזכויות יסוד של משפחת העוררים, על המשיבים להסתמך על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

70. ההחלטה הנתקפת בערר זה, אינה עומדת בסטנדרטים הבסיסיים הנדרשים לכך. העובדה כי אין בנמצא הסמכה מפורשת בחוק, העובדה כי אין מדובר בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים, העובדה כי המשיבים מבקשים לעשות שימוש בעוררים כחומר ביד היוצר לצורכי הרתעה ערטילאיים שכלל לא הוכחו, לצד העובדה המוסכמת כי לעוררים לא הייתה כל נגיעה, ידיעה או השפעה על מעשהו של קרוב משפחתם וסלידתם ממעשיו, רק מחזקות את פסלות ההחלטה. משכך, והואיל ומדובר בהחלטה הפוגעת באופן כה פסול בזכויות יסוד - הזכות לכבוד ולחיי משפחה של בני משפחת העוררים - הרי שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהחלטה פסולה.

הפגיעה בטובת הילד

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

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

73. ההחלטה לסרב לבקשת העוררים ולבטל את ההליך בו נטלו חלק, תוך פגיעה אנושה בזכותם לכבוד ולחיי משפחה, ללא שיש לעניין הסמכה חוקית מפורשת ללא הצדקה ובניגוד מוחלט להוראת השעה, לפסיקה, ולכללי הצדק הבסיסי מהווה, בנוסף לאמור עד כה, אף הפרה קיצונית של חובת המשיבים לשים את עקרון טובת הילד לנגד עיניהם. ההחלטה משמעותה בהכרח אף פגיעה קשה בילדי המשפחה שלא חטאו ולא פשעו ואשר מיום לידתם חיים בירושלים וגדלים בה לצד בני משפחתם, חבריהם ומכריהם.

סיכום

74. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית הדין הנכבד לקבל את הערר ולהורות למשיב לבטל לאלתר את החלטתו הפסולה שבנדון. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות העוררים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 14 מאי 2018

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 96771)