

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ עוויסאת, 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 לרישום ילדים בו  
נוטלים חלק העוררים 1-2 מזה שנים, החלטה שמטרתה להרחיק מישראל את העורר 1 בן לתושבת  
קבע בישראל החי בירושלים כדין מזה שנים. על מנת להבטיח כי העורר 1 לא יורחק מישראל כל  
עוד לא מוצו ההליכים המשפטיים בעניינו בפני בית דין נכבד זה, מוגשת בצמוד לערר זה בקשה לצו  
ארעי שיהפוך בשלב מאוחר יותר לצו ביניים.

#### החלק העובדתי

#### הצדדים

1. **העורר 1** (להלן: **העורר**), יליד שנת 1995, הינו תושב הגדה המערבית ובנה של תושבת קבע  
בישראל, המתגורר מזה שנים רבות בישראל. יודגש כבר עתה כי העורר 1 הינו אחיין של המפגע  
פאדי קונבר אשר ביצע את הפיגוע בשכונת ארמון הנציב בירושלים ביום 8.1.2017. עוד יצוין כי  
בנה של העוררת 2 ואחיו של העורר 1, בהאא, מרצה עונש מאסר של 16 שנים בגין ניסיון לרצח  
והחזקת סכין.

2. **העוררת 2** היא אמו של העורר ואחותו למחצה של פאדי קונבר.

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 השר אשר החלטתו לביטול רישיון הקבע בישראל של העורר לפי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל נתקפת בערר זה.
5. **המשיבה 2** הינה רשות האוכלוסין וההגירה, שהינה זרוע מבצעת של המשיב 1 וניהלה את ההליך שכנגדו מוגש 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 לרישום ילדים בו נוטלים חלק העוררים 1 ו-2.
7. **חשוב להדגיש כבר עתה, כי בהודעה שנשלחה לעוררים בדבר הכוונה לבטל את היתר השהייה של העורר 2, לא נטען דבר לגבי עניינו של האח בהאא, שאת העבירה אותה ביצע ושבגינה הוא מרצה עונש מאסר ממושך הוא ביצע מספר חודשים לפני הפיגוע בארמון הנציב והמשיבים אף האריכו את תוקף היתר השהייה שלו לאחר מעשה האח.**
8. ביום 18.1.2017 נערך לעוררים שימוע בלשכת המשיבה 2.
9. ביום 25.1.2017 התקבלה במשרד העוררת 3 החלטת המשיבים ולפיה במסגרת השימוע, לא הופרכו הטענות שהועלו כנגד העורר בהודעה על הכוונה לשלול את מעמדו. כמו כן צוין לראשונה במסגרת ההחלטה כי הועברה חוות דעת חסויה מאת גורמי הביטחון. לאור זאת הודיעה מנהלת לשכת המשיבה 2 בירושלים המזרחית, הגבי חגית צור, כי החליטה לעצור לעת הזאת את ההליך בו הם נוטלים חלק, ולבטל בשלב זה את היתרי השהייה שניתנו לעורר.
10. על החלטה זו הגישו העוררים דכאן ערר לבית דין נכבד זה שמספרו 17-399. הליך זה נמחק ביום 12.12.2017 תוך שעל המשיבים הושתו הוצאות וזאת, לאחר שהתברר כי צדקו העוררים בטענותיהם כי ההליך שניהלו כנגדם המשיבים היה פגום מן היסוד.
11. ביום 31.12.2017 התקבלה במשרד העוררת 3 הודעה פגומה מטעם המשיבים (להלן: **ההודעה**). בניגוד לסעיף 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.
12. זאת ועוד. לאחר שבמסגרת ההודעה וההחלטה הקודמת לא ראו המשיבים לנכון התייחס לעניינו של האח בהאא והסתפקו בעניינו של פאדי, דודו למחצה של העורר, במסגרת ההודעה

העומדת בבסיס ההליך דכאן הם עורכים מקצה שיפורים ומבקשים להיבנות אף מעניינו של האח בהאא הפותח את ההודעה לעוררים. בנוסף, ולצד עניינו של האח בהאא המועלה אף הוא בהודעה, מתייחסת ההודעה לעניין ההרתעה העולה גם במסגרת ההודעות שנשלחו ליתר בני משפחת קונבר שבהן ננקטת אותה הלשון:

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 בעניינו של העורר, מצ"ב ומסומן ע/1.

13. 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.

14. 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 לעורר הינה הרתעת הרבים לצד ניסיון למקצה שיפורים פסול מן היסוד.

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

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

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

העתק מההחלטה מצ"ב ומסומן ע/3.

18. 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.

19. 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 – והניסיון להיתלות בעניינו של האח בהאא זמן רב לאחר מעשה וכשברור שאין מדובר בטעמים של סיכון ביטחוני אלא בטעמי נקמה גרידא, מוגש ערר זה. נפנה לדברים כסדרם.

### הטיעון המשפטי

20. החלטתם של המשיבים לשוב ולבטל את ההליך בו נטלו העוררים חלק ואת היתר השהייה שניתן לעורר מכוחו, בגין מעשיהם של בהאא, ושל פאדי, בן משפחתו של העורר מדרגה שנייה, 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.

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

### ההחלטה דורשת הסמכה חוקית מפורשת

22. 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.

23. 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.).

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

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

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

26. 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 בדיון, 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 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.**

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

27. 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).

28. 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 מטעמי הרתעה גרידא, הרי שמדובר בהליך פסול מן היסוד הנעשה בחוסר סמכות מוחלט ושדינו – בטלות.

29. 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

30. 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, 1א3, 3א(2), 3ב(2)  
ו-3(3) ו-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.**

31. 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 החלטות לביטול הליכים מטעמים של מניעה ביטחונית, לעמוד בקפידה בתנאים ברורים שנקבעו זה מכבר לעניין בפסיקה.

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

33. 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.

34. 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 ממשי.

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

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.

(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, 376-375 (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 לייחס 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 כב' השופטת א' פרוקצ'יה).

35. 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 ומידית 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.

36. דא עקא, החלטת המשיבים לוקה בכשל לוגי קשה. **ההחלטה הן בשל עניינו של האח בהאא ואף יותר בשל הצורך להרתיע, אינה עוסקת בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים – לא ישיר ולא עקיף.**

37. הואיל וההחלטה בעניינו של העורר מתבססת על שני אדנים – עניין האח בהאא ועניין ההרתעה – נתייחס להלן לראשון ראשון ואחרון אחרון.

#### **הסירוב בשל עניינו של האח בהאא פסול**

38. כפי שפירטו העוררים במסגרת הטיעונים שהגישו כנגד הודעת המשיבים בדבר הכוונה לבטל את היתר השהייה של העורר וההליך בו הוא נוטל חלק עם אמו, הניסיון להיבנות מעניינו של האח בהאא פסול ובלתי סביר. וזאת מכמה טעמים.

39. כאמור לעיל, הוראת השעה היא החולשת על עניינו של העורר. ואכן, הוראת השעה מאפשרת לבטל הליך או לסרב לו מטעמים של סיכון ביטחוני ישיר או עקיף הנובע מן המוזמן בהליך אחמי"ש – ובעניינו העורר.

40. במקרה דן ברי כאמור אף בהחלטה עצמה, כי הסיכון הביטחוני הלכאורי לו טוענים המשיבים אינו ישיר אלא עקיף ונובע מהאח בהאא. דא עקא, הואיל וכנגד העורר עצמו מעולם לא נטענה טענה פלילית או ביטחונית ומדובר באדם נורמטיבי שסיים לימודי רפואת שיניים ואף סיים בחינות מקצוע במדינת ישראל, והואיל והסיכון הלכאורי הנטען נובע ממי שמצוי בחזקת רשויות הכלא של מדינת ישראל, וזאת לאורך שש עשרה שנות מאסר ארוכות שנגזרו עליו, כאשר בין המקור לסיכון הביטחוני לבין העורר עצמו אין קשר של ממש, לא ברור כיצד טוענים המשיבים לסיכון הנובע מהאח.

41. לעמדת העוררים, במצב הדברים הנוכחי בו מקור הסיכון הביטחוני הלכאורי הנטען מוחזק על ידה למשך שנים ארוכות ומנותק מהעורר שאין לו קשר של ממש עם מקור הסיכון, הרי שמדובר בטענה בעלמא.

42. זאת ועוד. כאמור לעיל, לאחר שביצע האח בהאא, הלא הוא המקור לסיכון הביטחוני העקיף והלכאורי לו טוענים המשיבים בעניינו של העורר, הם המשיכו והאריכו את היתר השהייה שניתנו לו כמימים ימימה ולא נקפו אצבע. עניין זה אף הוא מעיד כי המשיבים סברו כי מהעורר לא נובע כל סיכון בטחוני.

43. לא זו אף זו. גם כאשר שלחו המשיבים לעורר וליתר בני המשפחה הודעות במסגרת ההליך הקודם שניהלו כנגדם לאחר שפאדי קונבר דודו של העורר ביצע את המעשה שביצע, הם לא טרחו לציין לא בהודעה ולא בהחלטה את עניינו של האח בהאא. הווי אומר: התנהלות המשיבים הלכה למעשה עד להליך דכאן, לצד העובדה כי דה פאקטו אין כל קשר בין האח בהאא לעורר המצוי בחזקת רשויות המדינה מתוקף שנות המאסר הרבות שנגזרו עליו, מעידים כולם כי מהעורר לא נובע כל סיכון בטחוני עקיף.

44. המשיבים אף לא בחנו את סבירות ומידתיות ההחלטה בהתייחס לטענה בעניין האח בהאא בראי הלכת דקה. אף אם היה מקום להתנכל לעורר, עניין שהעוררים כופרים בו מן היסוד, הרי שלכל הפחות היה על המשיבים לבחון האם יש מקום לפגיעה פחותה יותר בעורר – כגון, מתן היתרים לזמן קצוב לתקופות קצרות יותר או החתמתו של העורר על התחייבות להימנע מקשר עם אחיו, כנהוג במקרים דומים. העורר הוא אדם נורמטיבי שלא חטא ומצוי בהליך מזה שנים ושהטעון העקיף הלכאורי הנטען כנגדו נובע ממי שמנותק ממנו לחלוטין בשל עונש המאסר רב השנים שנגזר עליו.

45. מכל הטעמים האלו, סבורים העוררים כי ככל שההחלטה מתבססת על הסיכון העקיף והלכאורי שכלל לא הוכח ושונוע מעניינו של האח בהאא, דינה להתבטל בהיותה פסולה. לא ייתכן כי המשיבים יוכלו לערוך מקצה שיפורים בשיהוי כה רב ובאופן שרירותי ככל שיחפצו ולפגוע בעורר, אדם נורמטיבי שלא חטא ולא פשע – ושאר המשיבים עצמם לא ראו מקום להתנכל לו עד לביצוע המעשה על ידי דודו למחצה שאין לו קשר של ממש לא אליו וקל וחומר למעשיו. כפי שיפורט בהמשך הערר, וכמו לעניין ההרתעה, אף לעניין ההתבססות בדיעבד ובשיהוי רב על עניינו של האח בהאא יטענו העוררים כי מדובר בהחלטה שהתקבלה משיקולים זרים. עתה יתייחסו העוררים לעניין טיעון ההרתעה הוא האדן השני עליו מתבססת ההחלטה.

#### עילת ההרתעה פסולה

46. **ההחלטה עוסקת בתועלת שלשית המשיבים ביכולתם להפיק מהרחקתם של העוררים מישראל בהרתעתם של מפגעים פוטנציאליים עתידיים, עלומים ולא מוגדרים שמהם נובע הסיכון.** העורר שלא עוול ולא נובע ממנו כל סיכון בטחוני במשמעותה של הוראת השעה, משמש בידי המשיבים ככלי להשגת מטרה זרה להליכי רישום ילדים ואחמ"ש.

47. 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 הותרתו של העורר בישראל תמנע לכאורה מהמשיבים, לשיטתם, את האפשרות מלהרתיע מפגעים אחרים פוטנציאליים – ברור בד בבד כי מדובר בסיכון שקיים שנים רבות, סיכון שאינו נובע הימנו כאדם נורמטיבי, אינו קשור אליו והוא אינו אחראי לעצם קיומו.

48. זאת ועוד. לעמדת העוררים ההחלטה גופא מעידה מניה וביה כי לא נובע מהעורר כל סיכון. שכן, לו היה נובע ממנו סיכון ממשי הייתה המשיבה פועלת בפשטות בהתאם לחוק ולא מחוץ לדי אמותיו כפי שהיא עושה עתה. אלא מאי, כל מטרתה של העילה ההרתעתית בהחלטה הינה להעביר מסר ברור לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית באמצעות הרחקתם של

המערערים מישראל. זאת, למען יראו וייראו כל אלו שבכוונתם לבצע פיגוע כי ההשלכות של מעשיהם יפגעו אף בבני משפחתם מקרבה רחוקה, **חפים מפשע שלא נובע מהם כל סיכון. ההחלטה להרחקתו של העורר מישראל אם כן אינה התכלית אלא כלי להשגת תכלית שונה וזרה להליכי אחמ"ש.**

49. ביטול או סירוב להליכים מטעמים ביטחוניים כפופים לתנאים ברורים הקבועים בהוראת השעה. ודוק: לא בכדי מציינת הוראת השעה בבחינת "ברחל בתך הקטנה" מיהו בן המשפחה שבגיננו ניתן לבטל את ההליך, דרגת קרבתו ומהו הטעם שבגיננו 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 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.

50. בעניין ההרתעה, 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 טענות הוכחה – שאינן עוסקות בסיכון ביטחוני הנובע מהעורר אלא בתועלת שתצמח להם מהרחקתו מישראל, קרי: הרתעת הרבים בלבד ותו לא.

51. נוכח האמור, אין ספק כי אף עילה זו העומדת בבסיס 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.

52. לא זו אף זו. ככל שהעניין נוגע לעורר 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 ובעורבא פרח והמשיבים נאלצו לשנות חזית.

53. ההחלטה אם כן, על שתי עילותיה – עניינו של האח ועניין ההרתעה – מבקשת לפגוע במי שלא נובע ממנו 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 העורר מישראל. החלטה שכזו, חורגת באופן בוטה מגדרי ד' אמותיו של החוק ויש לבטלה לאלתר.

#### **ביטול וסירוב למתן מעמד: חוק הכניסה לישראל**

54. 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 ההליכים בהם נוטלים העוררים חלק מטעמי הרתעה גרידא.

55. ובכך. 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.

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

57. בעניינו של העורר מדובר בהיתר שהייה שניתן לו 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 עניינו של העורר.

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

#### תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945

59. זאת ועוד. הואיל וככל שהחלטה הנתקפת בערר זה מתבססת על עילת ההרתעה, יבקשו העוררים להעלות עניין נוסף שאף הוא הועלה על ידם במסגרת הטיעונים כנגד ההודעה וזכה להתעלמות מופגנת במסגרת ההחלטה.

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

61. 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.

62. 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).

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

63. 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.

64. **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.**

65. 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>

66. מן המקובץ עולה, כי חריג 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

67. כאמור, העורר שלא עוול ולא פשע, ואשר ההחלטה להרחיקו מבקשת להשתמש בו ככלי להשגת מטרה שונה בתכלית מסיכון ביטחוני שאינו נובע ממנו, נענש בגין מעשי אדם אחר והניסיון להפיק תועלת הרתעתית כנגד מפגעים פוטנציאליים עתידיים.

68. שיקולים הרתעתיים אלו ייתכן והינם חשובים מבחינה ציבורית ותקשורתית, אך בכל הנוגע להליכי בהם מצוי העורר, הליכים לרישום ילדים, מדובר בשיקולים זרים מובהקים.

69. יצוין כבר עתה, כי שקילת שיקול זר כהרתעה, בעניינו של העורר, השווה בישראל כאמור מכח הליך לרישום ילדים בו הוא נוטל חלק עם אמו – ולא מכח הליך לאיחוד משפחות כשאר בני משפחתו המורחבת שקיבלו החלטות לביטול ההליכים בהם הם נוטלים חלק – חמור שבעתיים. נסביר.

70. נוהל המשיב, שכותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות למעמד בישראל מכח קשר זוגי עם ישראלי" ושנספרו 5.2.0015 שמכוחו, בין השאר, פועל המשיב בעניינו של העורר דכאן, כלל לא עוסק במי ששוהה בישראל מכח הליכים לרישום ילדים אלא אך ורק במי ששוהה בישראל מכח קשר זוגי, ולא בכדי. שכן, ברי לכל בר דעת שאין דינו של זר שזה מן החוץ בא ומבקש לשהות בישראל בשל קשר זוגי עם ישראלי כדין מי שנולד בירושלים ושמשפחתו הישירה משתייכת מזה דורות לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית.

71. לפיכך, הן השימוש הפסול בעניינו של האח בהאא שלא הועלה במסגרת הודעה וההחלטה הקודמת שניתנה בעניינו של העורר והן השימוש בעילת ההרתעה, עילה שפסולה הן כאשר מדובר במי ששוהה בישראל במסגרת הליך לאחמ"ש מכח קשר זוגי, פסולה מקל וחומר בעניינו של יליד ירושלים בן לתושבת קבע שמשפחתו משתייכת לאוכלוסייתה הילידית של העיר.

72. 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.).**

73. בנוסף יודגש, כי ההחלטה על ביטול ההליך בו נוטלים חלק מרשיי ושליטת ההיתרים שניתנו לעורר 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).

74. 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).

75. מן המקובץ עולה כי עילת ההרתעה הינה במובהק שיקול זר להליך לרישום ילדים ולמעשה אף השימוש בעניינו של האח בהאא הוא שיקול זר להליך רישום ילדים בו נוטל העורר חלק. שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך בהתאם לקבוע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה. על אף מעורבותו בפגיעה של בן משפחתו מדרגה שנייה ושלישית של העורר – ועל אף עניינו של האח בהאא המועלה במסגרת החלטה לראשונה – הרי שלא נטען כי נובע סיכון ביטחוני ממנו, ולפיכך יש לבטל את ההחלטה ולהמשיך ולאשר את בקשתו כבעבר.

76. 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).

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

## פגיעה בזכותם של העוררים לכבוד ולחיי משפחה

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

79. 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.

80. 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.

81. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה אנושה בזכות לכבוד ולחיי משפחה, הינה כדן 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 (4) 136, 156).

82. 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).

83. ההחלטה הנתקפת בערר זה, אינה עומדת בסטנדרטים הבסיסיים הנדרשים לכך. העובדה כי אין בנמצא הסמכה מפורשת בחוק, העובדה כי אין מדובר בסיכון ביטחוני ממשי הנובע מהעורר, העובדה כי המשיבים מבקשים לעשות שימוש במשפחת העוררים כחומר ביד היוצר לצורכי הרתעה ערטילאיים שכלל לא הוכחו, לצד העובדה המוסכמת כי לעורר לא הייתה כל נגיעה, ידיעה או השפעה על מעשהו של קרוב משפחתם וסלידתו ממעשיו, ואף לאחיו אין לו כל קשר, רק מחזקות את פסלות ההחלטה. משכך, והואיל ומדובר בהחלטה הפוגעת באופן כה פסול בזכויות יסוד – הזכות לכבוד ולחיי משפחה של בני משפחת העוררים כולה ובעורר בפרט – הרי שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהחלטה פסולה.

## סיכום

84. 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, 7 מאי 2018

---

בנימין אחסתרובה, עו"ד  
ב"כ העוררים

(ת.ש. 96771)