

**בית המשפט המחוזי בירושלים**  
**בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

**עת"מ 8851/08**

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ דהים, ת.ז. \_\_\_\_\_.
2. \_\_\_\_\_ דהים, ת.ז. \_\_\_\_\_.
3. \_\_\_\_\_ דהים, ת.ז. \_\_\_\_\_.
4. \_\_\_\_\_ דהים, ת.ז. \_\_\_\_\_.
5. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.**

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן ארי (מ.ר. 37566) ו/או עביר ג'ובראן-דקואר (מ.ר. 44346) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538) ו/או נירית היים (מ.ר. 48782)  
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

**העותרים**

- נ ג ד -

1. **שר הפנים**
2. **מנהל מינהל האוכלוסין**
3. **מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית**

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים  
רח' מח"ל 7, ירושלים  
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

**המשיבים**

**עתירה למתן צו על תנאי**

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם ליתן טעם:

- א. מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם לסרב לבקשת העותר 1 לאיחוד משפחות עם בת זוגו, העותרת 2, ויאשרו את הבקשה.
- ב. מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם לסרב לבקשת העותרת 3 לאיחוד משפחות עם בן זוגה, העותר 4, ויאשרו את הבקשה.

**פתח דבר**

1. ביום 6.3.2008 החריד פיגוע ירי את רחובותיה של ירושלים. \_\_\_\_\_ אבו דהים, תושב קבע בישראל, ירה למוות בשמונה מתלמידי ישיבת "מרכז הרב" שבקרית משה.
2. זמן קצר אחר כך נשלחו שני מכתבים לבית משפחת אבו דהים. מכתב אחד מוען לאחותו של \_\_\_\_\_ אבו דהים. מכתב נוסף מוען לאחיו. שני המכתבים נשלחו על ידי מנהל מינהל

האוכלוסין ונשאו תוכן זהה: בקשתה של האחות לאיחוד משפחות עם בעלה, ובקשת האח לאיחוד משפחות עם אשתו - מסורבות. הנימוק: "הנכם בני משפחתו של המפגע, האחראי למותם של שמונה אזרחים בישיבת 'מרכז הרב'".

3. במכתבי הסירוב לא פורטו כל נימוק רלוונטי, בעטיו ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. בהחלטות לא נטען כי המשפחות אינן מקיימות מרכז חיים בישראל. בהחלטות לא נטען כי האח והאחות כשלו להוכיח כי נישואיהם עם בני זוגם כנים. בהחלטות אף לא נטען כי קיימת מניעה פלילית או ביטחונית לאשר את הבקשות. הסיבה היחידה שניתנה לסירוב לבקשות היא קרבת הדם של המבקשים אל מבצע הפיגוע.

4. החלטות הסירוב נוגדות את הכלל הבסיסי ביותר לפיו לא מענישים אדם על מעשה - חמור ככל שיהיה - שביצע אדם אחר. הכלל לפיו "צדקת הצדיק עליו תהיה, ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח, כ) נטוע היטב במקורות, והוא מיסודותיה של כל שיטת משפט מתוקנת. הענשתם של חפים מפשע בגין מעשהו של בן משפחתם מזכירה משטרים אפלים, אליהם מדינת ישראל בוודאי שאינה רוצה להידמות.

5. בין אם מדובר בהחלטה שנתקבלה למטרת הרתעה, ובין אם מדובר בסיפוק יצר הנקם גרידא - הרי שעסקינן בשיקולים שהינם זרים להליך איחוד המשפחות. בוודאי שנכון הדבר כיום, כאשר הזכות לחיי משפחה זוכה למעמד של זכות חוקתית. הקניית המעמד הרם לזכות לחיי משפחה מחייבת, כי כל פגיעה בזכות זו תיעשה רק בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו - ורק משיקולים כבדי משקל, שיקולים הרלוונטיים להליך איחוד המשפחות.

## הצדדים לעתירה

6. העותר 1 הוא תושב מדינת ישראל, המתגורר בגיבל מוכבר עם אשתו, העותרת 2, וארבעת ילדיהם. הילדים נולדו כולם בירושלים. שלושת ילדיהם הגדולים של העותרים 1 ו-2 נרשמו לאחר לידתם כתושבי קבע בישראל. בבקשתו של העותר 1 לרשום את בתו הקטנה במרשם האוכלוסין בישראל - טרם התקבלה החלטה. החל משנת 2004 מקבלת העותרת 2 היתרי שהייה בישראל, במסגרת בקשה לאיחוד משפחות אשר הגיש עבורה העותר 1. באפריל 2008 החליט המשיב 2 לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. הנימוק: אחיו של העותר 1 הוא האדם שביצע את הפיגוע בישיבת "מרכז הרב" בירושלים ביום 6.3.2008.

7. העותרת 3 היא תושבת מדינת ישראל, אחותו של העותר 1, המתגוררת בגיבל מוכבר עם בן זוגה, העותר 4, ועם שני ילדיהם. שני הילדים נולדו בירושלים, וביום 21.9.2008 נרשמו כתושבי קבע בישראל. ביום 24.5.2006 הגישה העותרת 3 בקשה לאיחוד משפחות עם העותר 4. באפריל 2008 החליט המשיב 2 לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. הנימוק: אחיה של העותרת 3 הוא האדם שביצע את הפיגוע בישיבת מרכז הרב בירושלים ביום 6.3.2008.

8. העותרים מתגוררים כולם בבית הוריהם של העותרים 1 ו-3 בג'בל מוכבר. אין מחלוקת כי מרכז חיי העותרים בירושלים.
9. העותרת 5 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 כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
10. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
11. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. כמו כן, המשיב 2 משתתף בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל, מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.
12. המשיבה 3 מנהלת את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
13. לצורכי נוחות, ייקראו המשיבים 1-3 להלן: **המשיב**.

## עניינם של העותרים 1-4

### העותרים 1 ו-2

14. העותר 1 והעותרת 2 נישאו זה לזו באוגוסט 2000. החל מיום נישואיהם, מתגוררים בני הזוג בג'בל מוכבר, בבית הוריהם של העותרים 1 ו-3.
15. מרכז חיי המשפחה נמצא בכל מובן בירושלים: המשפחה מתפרנסת מעבודתו של העותר 1 בחנות סופרמרקט שבבעלותו, הנמצאת בעיר; הבת הגדולה \_\_\_\_\_, אשר הגיעה לאחרונה לגיל בית ספר, לומדת בירושלים; כל הילדים טופלו מאז ינקותם במרפאות בירושלים, בהן גם חוסנו. גם המוסד לביטוח לאומי מכיר בעותר 1 ובילדיו כתושבי ישראל, והם מבוטחים בביטוח בריאות.
16. גם המשיב איננו חולק על כך. לראיה: המשיב אישר בשנת 2004 את הבקשה לאיחוד משפחות שהגיש העותר 1 עבור אשתו, ושב ואישר מאז את הבקשות להארכת היתרי השהייה שקיבלה העותרת 2 במסגרת הליך איחוד המשפחות. כך גם בעניין ילדיהם של בני

הזוג. הן הבקשה לאיחוד משפחות והן הבקשות לרישום הילדים אושרו, בין היתר, לאור העובדה כי אין מחלוקת שמרכז חיי המשפחה נמצא בישראל.

17. ביום 28.6.2001 הגיש העותר 1 בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו. מאחר שאין חולק כי מרכז חיי המשפחה נמצא בירושלים, ומאחר שלא היתה כל מניעה פלילית או ביטחונית לאשר את הבקשה – הבקשה לאיחוד משפחות אושרה, ומאז שנת 2004 מקבלת הגב' אבו דהים היתרי שהייה בישראל.

אישור על הגשת הבקשה והטפסים מטעם משרד הפנים המאשרים כי הבקשה אושרה (טפסי "הפנייה למת"ק"י) מצ"ב, מסומנים ע/1-5/ע.

#### העותרים 3 ו-4

18. העותרת 3 והעותר 4 נישאו זו לזה במרץ 2005. החל מיום נישואיהם, מתגוררים בני הזוג בגיבול מוכבר. תחילה התגוררו בשכירות, ואחר כך עברו להתגורר בבית הוריהם של העותרים 1 ו-3, שם הם מתגוררים עד היום.

19. מרכז חיי המשפחה נמצא בכל מובן בירושלים: העותרת 3 עבדה, עד לאחרונה, בעבודות ניקיון בירושלים, והעותר 4 עבד בעבר בעבודות מזדמנות, גם הן בעיר; ילדיהם של בני הזוג מטופלים במרפאות בירושלים, בהן גם חוסנו. גם המוסד לביטוח לאומי מכיר בעותרת 3 כתושבת ישראל, והיא וילדיה מבוטחים בביטוח בריאות. בדומה לעניינם של העותרים 1 ו-2, גם באשר לעותרים 3 ו-4 המשיב איננו חולק על כך שהעותרים מתגוררים בירושלים. לראיה: המשיב אישר לאחרונה את רישומם של ילדי בני הזוג כתושבי קבע בישראל, וזאת לאור העובדה כי מרכז חיי המשפחה נמצא בירושלים.

20. ביום 24.5.2006 הגישה העותרת 3 בקשה לאיחוד משפחות עם העותר 4. מיום הגשת הבקשה פנה בא כוחם הקודם של העותרים אל המשיב, בבקשות לברר האם נתקבלה החלטה בבקשה.

קבלה עבור הגשת הבקשה והודעותיו של המשיב מהתאריכים 10.12.2006 ו-10.2.2008, לפיהן טרם התקבלה החלטה בבקשה מצ"ב, מסומנות ע/6-8/ע בהתאמה.

#### הפיגוע ב"מרכז הרב" והחלטת הסירוב בעקבותיו

21. ביום 6.3.2008 בוצע פיגוע מחריד בישיבת "מרכז הרב" בירושלים. לאחר זמן קצר התברר כי מבצע הפיגוע הינו מר \_\_\_\_\_ אבו דהים, אחיהם של העותר 1 והעותרת 3. העותרים ובני משפחתם, להם לא היה כל קשר לפיגוע, לא ידעו את נפשם. הן ממותו של בן המשפחה. הן מהנסיבות הנוראיות של המוות.

22. ביום 16.3.2008 נשלח לעותרים 1 ו-2 מכתב מטעם המשיב, אשר נוסחו כדלקמן:

**בהתאם להחלטת ראש מינהל אוכלוסין, מר יעקב גנות,  
הוחלט לסרב לבקשת איחוד המשפחות שבנדון מאחר והנכם**

**בני משפחתו של המפגע, האחראי למותם של שמונה אזרחים  
בישיבת "מרכז הרב".**

באותו יום נשלח לעותרים 3 ו-4 מכתב בנוסח זהה.

המכתבים, אשר נתקבלו אצל העותרים בתחילת חודש אפריל 2008, מצ"ב, מסומנים ע/9 ו-ע/10. מכתבים אלה ייקראו להלן: **ההחלטה או החלטת המשיב.**

23. כבר עתה ייאמר, כי החלטת המשיב איננה מציינת כל נימוק לסירוב לבקשה, להוציא היותם של העותרים קרובי משפחה של מבצע הפיגוע. המשיב איננו טוען כי בחינת ה**שיקולים הרלוונטיים** לאישור בקשה לאיחוד משפחות (מרכז חיים, כנות נישואין, היעדר מניעה פלילית או ביטחונית) מוליכה לכך שיש לסרב לבקשות. מדובר בהחלטה, שמשמעותה ענישה של העותרים וילדיהם בגין מעשהו של אדם אחר, וזאת למטרת נקם ולמען יראו וייראו. החלטה שבבסיסה שיקולים הזרים להליך איחוד המשפחות.

24. לאור זאת, פנתה העותרת 5 למשיב ביום 14.5.2008 במכתבי ערר בעניינם של העותרים.

הערר בעניינם של העותרים 1 ו-2 והערר בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/11 ו-ע/12 בהתאמה.

**מיצוי הליכים**

25. לאחר שלא נתקבלה כל תשובה מטעם המשיב, נשלחו אליו מכתבי תזכורת ביום 18.6.2008.

מכתב התזכורת בעניינם של העותרים 1 ו-2 ומכתב התזכורת בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/13 ו-ע/14 בהתאמה.

26. ביום 6.7.2008 יצרה עובדת המשיב 2, בשם אירית, קשר עם העותרת 5. עובדת המשיב 2 ביקשה כי יישלחו אליהם בשנית מכתבי הערר. כך נעשה.

האישור על קבלת הפקס בעניינם של העותרים 1 ו-2 והאישור על קבלת הפקס בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/15 ו-ע/16 בהתאמה.

27. לאחר שחלפו להם עוד שלושה שבועות, מבלי שנתקבלה כל החלטה בערר, נשלחו למשיב מכתבי תזכורת נוספים ביום 27.7.2008.

מכתב התזכורת בעניינם של העותרים 1 ו-2 ומכתב התזכורת בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/17 ו-ע/18 בהתאמה.

28. חלף עוד חודש, ותשובה מהמשיב – אין. משכך, נשלחו אליו מכתבי תזכורת נוספים ביום 26.8.2008.

מכתב התזכורת בעניינם של העותרים 1 ו-2 ומכתב התזכורת בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/19 ו-ע/20 בהתאמה.

29. חלף חודש נוסף. הדממה מלשכת המשיב נותרה בעינה. מכתבי תזכורת נוספים נשלחו אל המשיב ביום 29.9.2008.
- מכתב התזכורת בעניינם של העותרים 1 ו-2 ומכתב התזכורת בעניינם של העותרים 3 ו-4 מצ"ב, מסומנים ע/21 ו-ע/22 בהתאמה.
30. לאור זאת, ולאור העובדה שחלפו כשבעה חודשים מיום החלטת הסירוב, ובחלוף חמישה חודשים מיום הגשת הערר, ומבלי שהתקבלה כל תשובה מהמשיב – מוגשת היום עתירה זו.

## המסגרת המשפטית

### ענישה קולקטיבית

31. הפיגוע שביצע אחיהם של העותר 1 והעותרת 3 מעורר שאט נפש אצל כל בן אנוש. אולם ההחלטה לסרב לבקשות לאיחוד משפחות של העותרים – המסתמכת כל כולה על מעשהו של האח – מהווה ענישה קולקטיבית לכל דבר ועניין. מדובר בהחלטה המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיסה של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורות. ספר דברים מבטא תפישה זו באופן המפורש ביותר:

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

32. כך היה גם בתקופתם של מלכי יהודה. בספר מלכים ב' מסופר על המלך אמציה, אשר עלה לשלטון לאחר שאביו, המלך יהואש, נרצח בידי עבדיו. המלך אמציה הרג את רוצחי אביו אולם הקפיד שלא לפגוע בבניהם של המתנקשים:

ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית. ככתוב בספר תורת משה, אשר ציווה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת; מלכים ב' יד, ה-ו).

33. הנביא יחזקאל חוזר אף הוא על הכלל כי בן משפחה אחד לא ישא בעונו של בן משפחה אחר:

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

34. לעניין האיסור המוחלט לנקוט בכל אמצעי של ענישה קולקטיבית, על פי המשפט הבינלאומי ראו:

4<sup>th</sup> Geneva Convention, Article 33(1); Hague Regulations 1907, Article 50; American Convention on Human Rights, Article 5(3); African Charter on Human and Peoples' Rights, Article 7.

### שיקולי נקם והרתעה

35. העותרים נענשו אפוא בגין מעשהו של אדם אחר, למטרת נקם ולמען יראו וייראו. מדובר בשיקולים שהינם זרים להליך איחוד המשפחות.

36. הקריטריונים לאישור בקשה לאיחוד משפחות ידועים. על בן הזוג המזמין להוכיח קיומו של מרכז חיים בישראל; על בני הזוג להמציא הוכחות בדבר כנות הקשר ביניהם; ונדרש כי לא תעמוד מניעה פלילית או ביטחונית נגד בן הזוג המוזמן. (ראו לעניין זה, למשל: בג"ץ 7139/02 פריאל עבאס-בצה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, עמ' 485; עת"מ (י-ם) 139/07 משה כהן ואח' נ' שר הפנים, תק-מח 2007(3) 4445, עמ' 4452; עת"מ (י-ם) 205/07 משה רועי ואח' נ' משרד הפנים, תק-מח 2007(4) 5999).

37. אין חולק כי העותרים עמדו בכל התנאים לאישור בקשתם לאיחוד משפחות. כמפורט לעיל, אין מחלוקת על כך שמרכז חיי העותרים נמצא בירושלים וכי שני הזוגות מקיימים, כל אחד, משק בית משותף. בנוסף, אין כל מניעה, פלילית או ביטחונית, לאשר את שתי הבקשות. המשיב אף אינו טוען כי קיימת מניעה מסוג זה.

38. כידוע, בבחינת סבירותה של ההחלטה המינהלית יש לקבוע קודם כל האם נבחנו, במסגרת הליך קבלת ההחלטות, השיקולים והנתונים הרלוונטיים, והם בלבד:

שיקול-דעת מניח חופש בחירה בין אופציות חוקיות. שיקול-דעת סובייקטיבי מניח, כי הבחירה בין האופציות תיעשה על-פי הערכת טיבן של האופציות על-ידי בעל הסמכות. הערכה זו צריכה להיעשות בהתאם לכללי המשפט המינהלי. על-כן צריכה ההערכה להיעשות בתום-לב, ללא שרירות או אפליה ומתוך שקילת כל הנתונים הרלוונטיים, ונתונים אלה בלבד. זאת ועוד: הערכת האופציות והבחירה באופציה העדיפה צריכות להיעשות בסבירות (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח', פ"ד לה (1), 421)... קביעת האופציה החוקית צריכה להיעשות על-פי מבחן הסבירות. קיומו של שיקול-דעת אינו מסמיך רשות מינהלית לעצב אופציה בלתי סבירה. (בג"ץ 680/88 מאיר שניצר ואח' נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4), 617, עמ' 635). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

39. הנה כי כן, שקילת השיקולים הרלוונטיים להליך איחוד המשפחות היתה אמורה להביא את המשיב למסקנה, הברורה מאליה, שיש להמשיך ולאשר את בקשות העותרים לאיחוד

משפחות. נימוק רלוונטי לסירוב לבקשות אינו בנמצא. משכך, צצים ועולים החשדות כי בבסיס החלטת המשיב עמדו שיקולים זרים.

40. פסיקת בית המשפט באשר לשקילת שיקולים זרים - ברורה.

**שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו.** זאת ועוד: אין לה, לרשות השלטונית, חופש לעצב לעצמה את המטרות, שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען, ובמסגרת זו בלבד. אפילו נאמר בדבר חקיקה במפורש, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת מטרות החקיקה שמהן יונקת סמכותו (בג"ץ 953/87 פרוז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו ואח, פ"ד מב (2) 309, 324). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

41. באשר לשיקול ההרתעה, הרי שאם שיקול זה הוא זה שעמד ביסוד החלטת המשיב – מדובר בהחלטה שהתקבלה שלא כדין. עמד על כך בית המשפט העליון, בפרשיה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש. באותה פרשיה קבע 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 – י.ב.).



42. ניתן לראות בהחלטת המשיב פעולת ענישה ללא משפט, נגד מי שלא נטען כלל כי פשעו. ניתן אף לראות בה פעולה נקמנית על ביצוע הפיגוע. כך או כך, מדובר בהחלטה הפוגעת פגיעה קשה מנשוא בעותרים ובילדיהם, כאשר לא נטען כי למי מהם היה קשר כלשהו לפיגוע.

באשר לעיקרון היסוד, לפיו ניתן לנקוט באמצעים הפוגעים בחירותו ובכבודו של האדם, רק כאשר **מהאדם עצמו** נשקפת סכנה לביטחון המדינה, ראו למשל: בג"ץ 9534/03 **אדריס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, תק-על 2003(3) 82 (2003); דנ"פ 7048/97 **פלוני נ' שר הבטחון פ"ד נד(1) 721, 743-744**; ע"פ 6659/06 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 11.6.08), פסקאות 18-19 לפסק-דינה של כב' הנשיאה ביניש).

43. הנה כי כן, נראה כי לא ניתן לספק כל הסבר סביר להתנהלות המשיב, מלבד החשד בדבר הרצון להעניש או לנקום בעותרים על ביצוע הפיגוע בידי בן משפחתם. השופט י' כהן קבע בעבר כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון "האם היתה 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).

### הפרת הזכות לחיי משפחה

44. לא ניתן להפריז במשמעות הקשה שיש להחלטת המשיב על חייהם של העותרים ובני משפחותיהם. במשיכת קולמוס אחת הפכה העותרת 2 – רעיה ואם לארבעה ילדים – לשוהה בלתי חוקית. במשיכת קולמוס אחת הפך העותר 4 – בן זוגה של תושבת ישראל, אב לשני פעוטות – למועמד לגירוש. מיום קבלת ההחלטה שרויות שתי המשפחות בחרדה יומיומית. העותרת 2 והעותר 4 נמנעים כמעט לחלוטין מלצאת את פתח ביתם. מובן, כי הדבר משפיע באורח קשה ביותר גם על ילדיהן של שתי המשפחות, בערעור ביטחונם האישי ובחרדה מפני גירושם של הוריהם מבתם, ומכאן – מחייהם.

45. הדברים נכונים ביתר שאת באשר לעותרים 1 ו-2. בני הזוג מתגוררים יחד בישראל זה שמונה שנים, מתוכן לוקחת העותרת 2 חלק, זה ארבע שנים, בהליך איחוד המשפחות ומקבלת היתרי שהייה בישראל. מדובר במשפחה שבנתה בירושלים את ביתה, לכל דבר ועניין, והעומדת כיום בפני גלות כפויה.

46. כיום, בעידן שלאחר בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח'** תק-על 2006(2) 1754 – אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. הנשיא א' ברק קבע, בפסקה 34 לפסק דינו:

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. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

47. באשר לזכות החוקתית לחיי משפחה נקבע לאחרונה כי :

התייחסותה (המוצדקת) של החלטת השר לזכותו של העותר לקיום חיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, מפריכה מתוכה היא את הטענה המופיעה בכתב התשובה... שלפיה איחוד משפחות איננו בגדר זכות מוקנית אלא מיוסד על טעמים הומניטריים גרידא. טענה מעין זו אפשר הייתה יכולה להיטען בימים עברו, בטרם נפסקו ההלכות בפרשת **עדאלה** ובבג"ץ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים... כיום, לאחר שפסקי דין אלה אמרו את אשר אמרו, ברור כי לא זו בלבד שהזכות של אזרח או תושב המדינה לכך שבן זוגו וילדו יתגוררו יחד עמו בישראל הנה בגדר זכות מוקנית, אלא שמעמדה של הזכות הנו של זכות יסוד חוקתית המשתייכת לגרעין זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם. (עת"מ (י-ם) 310/07 מוגרבי נ' שר הפנים, תק-מח 2007(4), 12341 (2007), בסעיף 5 לפסק הדין). (ההדגשה הוספה – י.ב.).**

48. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשה לאיחוד משפחות שמגיש אזרח או תושב המדינה עבור בן זוגו או ילדיו. הטעמים לפגיעה כזו ידועים, נמנו בפסיקה וצוינו לעיל. טעמים של נקם והרתעה – בוודאי כאשר הסנקציה המרתיעה, לכאורה, מכוונת כלפי מי שאינו מהווה כל סכנה ביטחונית – אינם נמנים עם השיקולים שיש לשקול בבחינת בקשה לאיחוד משפחות. מדובר אפוא בשיקולים זרים ופסולים.

49. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית,

אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

### **סיכום**

50. מכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 23 באוקטובר.

---

יותם בן הלל, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 55871, 55892)