

- בעניין:
1. מאשור, ת"ז [REDACTED]
 2. מאשור, ת"ז [REDACTED]
 3. מאשור, ת"ז [REDACTED]
 4. 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 תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או נדיה
דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מיילס קורמן (מ"ר 78484) ו/או
עו"ד מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר 52763)

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

העוררים

- נ ג ד -

שר הפנים

באמצעות פרקליטי הלשכה המשפטית
רח' כנפי נשרים 15, ירושלים
טל: 074-7083931; פקס: 074-9959058

המשיב

ערר

מוגש בזאת ערר – שלישי במספר – ובו מתבקש בית הדין הנכבד לשוב ולהתערב בהחלטתו החוזרת והפסולה של המשיב (להלן: **ההחלטה**) לשוב ולבטל את ההליכים לאיחוד משפחות ולרישום ילדים בהם נוטלים, העוררים 1-2, בן זוגה ובנה של העוררת 3 תושבת קבע בישראל החיים בישראל כדין מזה שנים רבות חלק בהתאמה.

בחלוף 4 שנים תמימות בהן תלויים חיי העוררים – שכזכור לא עוולו ולא חטאו ושאינן כנגדם כל טענה ביטחונית ישירה או עקיפה – על בלימה מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את ההליכים כנגדם **באופן סופי** ומוחלט כך שיונח להם אחת ולתמיד.

בנוסף ועל מנת להבטיח כי העוררים 1-2 לא יורחקו מישראל כל עוד לא מוצו ההליכים המשפטיים בעניינם בפני בית דין נכבד זה, מוגשת בצמוד לערר זה בקשה לחידוש צווי הביניים בהם מחזיקים העוררים מזה כארבע שנים.

העתק מההחלטה הנתקפת בערר דכאן מצ"ב ומסומן ע/1

פתח דבר

ההחלטה הנתקפת בערר דכאן הינה השלישית במספר שנתן המשיב בעניינם של העוררים בארבע השנים האחרונות. למרות שמזה זמן רב ברור לכל כי העוררים חפים מפשע ושכנגדם עצמם ל כל

טענה בטחונות ישירה או עקיפה ניתנו למשיב בארבע השנים האחרונות מקצי שיפורים פעם אחר פעם על מנסת לנסות ולהצדיק את הצעד הדראקוני בו הוא נוקט כנגד העוררים. דא עקא, על אף אותם מקצי השיפורים שניתנו למשיב, גם הפעם הוא לא השכיל לפעול כדין כאשר במסגרת ההחלטה הנוכחית הנתקפת בערר דכאן הוא שב ומתעלם באופן בוטה הן מפסק דינו החלוט של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בעמ"ן 11930-07-18 **מדינת ישראל נ' חטיב ואח'** מיום 3.1.2019 (להלן: **עניין חטיב**), הן מהוראות בית הדין הנכבד אליו בעניין בפס' דינו מיום 2.8.2020 – אשר הורה על מתן החלטה חדשה במסגרתה תינתן התייחסות בין השאר לעניין חטיב ולעניינים נוספים.

אדרבא. עיון בהחלטה מעלה כי לדאבון לב מלבד אזכור פסק הדין בעניין חטיב בתחילתה של ההחלטה, ההחלטה גופא אינה מתייחסת לקביעותיו של פסק הדין הנ"ל כלל ועיקר ולמעשה מתעלמת ממנו באופן בוטה. בנוסף מתעלמת ההחלטה מהוראות בית הדין בפסק דינו מיום 2.8.2020 ומטענות נוספות של העוררים כפי שכבר הועלו בהליכים קודמים שהגישו כנגד ההחלטות הפסולות שנתן המשיב בעניינים.

העוררים ישובו ויחדדו בערר דכאן פעם נוספת את פסלות ההחלטה שניתנה בעניינים – תוך שהם מבקשים מבית הדין הנכבד לראות אף בטענות שהועלו על ידם במסגרת ההליך הקודם שהגישו ושלא קיבלו כל התייחסות עד למועד זה כחלק בלתי נפרד מההליך דכאן. יחד עם זאת ברי כבר עתה כי גם ההחלטה הנוכחית שניתנה בעניינים היא החלטה פסולה מן היסוד המתעלמת באופן מוחלט מפסק דינו של בית הדין הנכבד ומהוראותיו הברורות באשר לצורך כי ההחלטה החדשה תתייחס לנושאים שונים ובראשם פסק דינו החלוט של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בעניין ביטול הליכים מטעמי הרתעה. מכל הטעמים הללו דינם של ההחלטה וההליכים שניהל המשיב כנגד העוררים בארבע השנים האחרונות להתבטל באופן סופי. נפנה לדברים כסדרם.

החלק העובדתי

הצדדים

1. **העורר 1** הוא תושב הגדה המערבית במקור ובן זוגה של **העוררת 3**, תושב קבע בישראל והעוררים 1-3 הינם הוריו של **העורר 2**. העוררים 1-2 נישאו זה לזה בשנת 1990. לעוררים שישה ילדים. כל ילדי העוררים מלבד העורר 2 שהינו הבן הבכור, רשומים במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי קבע.
2. מיום נישואיהם ועד לשנת 2003 התגוררה משפחת העוררים בשטחים הכבושים, ומשנת 2003 ועד לעצם היום הזה היא מתגוררת בירושלים. בשנת 2007 הגישה העוררת 3 בקשות לאיחוד משפחות ולרישום ילדים עבור בן זוגה וילדיה. להוציא העורר 2, כל ילדי משפחת העוררים הינם תושבי קבע בישראל.
3. עוד יצוין, כי לעוררים 1 ו-3 בת קטינה, ילידת 2006.
4. **העוררת 4** 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.

5. **המשיב** (להלן: **המשיב** או **שר הפנים**) הוא השר אשר נתן את ההחלטה הפסולה שכנגדה 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 למשפחת העוררים ביום 10.1.2017 כי שר הפנים 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 4 החלטת המשיבים (להלן: **ההחלטה הראשונה**) ולפיה במסגרת השימוע, לא הופרכו הטענות שהועלו כנגד העוררים 1 ו-2 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 ההחלטה הראשונה הגישו העוררים דכאן ערר לבית דין נכבד זה שמספרו 17-1400. הליך זה נמחק ביום 12.12.2017 תוך שעל המשיבים הושטו הוצאות וזאת, לאחר שהתברר כי צדקו העוררים בטענתם כי ההליך שניהלו כנגדם המשיבים היה פגום מן היסוד כשבמסגרתו אף שינה המשיב חזית ומהאשמת העוררים בטענה בטחונית משוללת כל יסוד שכללה קשרים לארגון דאעש עבר לטענה בצורך להרתעת הרבים. למרות פסלות ההליך והפגיעה הקשה בעוררים שהתבררו כחפים מפשע, ניתן למשיב מקצה שיפורים למתן החלטה חדשה וכשרה.

10. ואכן, ביום 31.12.2017 התקבלה במשרד העוררת 4 הודעה חדשה מטעם המשיבים.

11. דא עקא, שמההודעה הנ"ל עלה (שוב) בבירור, כי כנגד העוררים עצמם, אנשים נורמטיביים, אין כל טענה ביטחונית או פלילית ושהעילה היחידה העומדת בבסיס ההודעה אליהם הינה הרתעת הרבים.

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

13. ביום 25.4.2018 התקבלה במשרד העוררת 4 החלטת המשיב (להלן: **ההחלטה השנייה**) שכנגדה הוגש ערר 18-3285.

14. בקצרה יצוין כי מההחלטה השנייה עלה כי הטענה היחידה העומדת בבסיסה הינה חוות דעתם הכללית 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.

15. כאמור ביום 2.8.2020 ניתן בבית הדין הנכבד פסק דין בערר המשיב המבטל את ההחלטה הקודמת שנתן בעניינם של העוררים ומורה על מתן החלטה חדשה בעניינם שעליה לכלול התייחסות למספר עניינים חשובים שמונה בית הדין בפסק דינו.

16. ביום 24.11.2020 התקבלה אצל העוררים **החלטה שלישית** במספר בעניינם היא ההחלטה הנתקפת בערר דכאן.

17. דא עקא, שמעיון בהחלטה עולה כי מלבד אזכור פורמאלי בתחילת ההחלטה לפסקי הדין בעניין חטיב ובענייני עארפה, מתעלמת ההחלטה במפגיע מהקביעות בפסק דינו של הדין הנכבד, מפסק דינו החלוט של בית המשפט לעניינים מינהליים בעמ"ן 18-07-11930 כמו גם מעניינים נוספים שאליהם התייחס בית הדין הנכבד בססק דינו ושאליהם יתייחסו אף העוררים בפרק המשפטי. לעמדת העוררים די בכך בכדי להפוך את ההחלטה לפסולה ולכזו שיש לבטלה.

18. כמו כן ולאור התמשכות ההליכים בעניינם של העוררים שזכויותיהם ועניינם תלויים על בלימה מזה כארבע שנים תמימות על לא עוול בכפם – כאשר כנגדם עצמם אין אף אליבא דהמשיב כל טענה בטחונת ישירה או עקיפה – לאור הפסיקה האוסרת על השימוש בחפים מפשע למטרות הרתעה בלתי ברורות ובלתי מוכחות, לאור אי קיומה של הסמכה חוקית מפורשת המאפשרת ביטול הליכים לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה, ולאור התנהלותו הפסולה של המשיב שגם לאחר ארבע שנים ממשיך ומתעלם מהוראות הדין, הפסיקה והוראות בית הדין אליו, מבקשים העוררים כי בפעם זו יושם קץ כך שככל שתבוטל ההחלטה, הרי שיהיה מדובר בביטול סופי ומוחלט של החלטה וכלל ההליכים שנוהלו כנגד העוררים **באופן סופי** ללא מתן אפשרות נוספת לתיקון ההליך או לתיקון ההחלטות. זכותם של העוררים להמשיך בחייהם ללא שהמשיב ימשיך להתנכל להם על לא עוול בכפם.

Lites finiri oporet – על הליכים משפטיים להסתיים בשלב כלשהו!

הטיעון המשפטי

19. החלטת המשיב לשוב ולבטל בשלישית את ההליכים בעניינם של העוררים בגין מעשיו של בן משפחתם מדרגה שנייה ושלישית, מטעמי הרתעה גרידא, תוך התעלמות בוטה מהוראות בית הדין הנכבד אליו בפסק הדין מיום 2.8.2020, פסולה מן היסוד ודינה להתבטל.

20. מדובר בהחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית הפוגעת בזכויות יסוד של חפים מפשע אשר ניתנה תוך התעלמות בוטה מהוראות בית הדין הנכבד בפסק דינו מיום 2.8.2020, בניגוד לקביעות בפסק דינו החלוט של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין חטיב, ובניגוד לפסיקה נוספת האוסרת פגיעה בחפים מפשע למטרות הרתעה בלבד. בנוסף מדובר בהחלטה שניתנה בחוסר סמכות, בסתירה לעקרון טובת הילד, בסתירה להוראות החוק, לפסיקה ולנהלים ותוך פגיעה אנושה בזכות היסוד של העוררים ובני משפחתם לחיי משפחה.

21. את פסק דינו מיום 2.8.2020 חותם בית הדין הנכבד בהוראה כי :

בנסיבות העניין אינני מוצא כי ניתנה התייחסות לכלל השיקולים המפורטים לעיל לעניין סוגיית סמכות השר להורות על הפסקת הליך של איחוד משפחות או רישום ילדים מטעמי הרתעה, ומשכך הנני מורה על השבת עניינם של העוררים למשיבה לבחינת סוגייה זו נוכח האמור בעניין חטיב, כלל עקרונות הפרשנות כמפורט

לעיל וכן טיעוני העוררים. החלטה מנומקת תינתן בתוך 90

ימים.

(ההדגשה הוספה, ב.א.)

22. לדאבון לב, עיון בהחלטה החדשה שניתנה בעניינם של העוררים מעלה כי גם הפעם מלבד אזכור של פסקי הדין בעניין חטיב ובבג"ץ אבו ערפה 7803/06 – שעוסק במי שהוראת השעה כלל אינה חלה עליהם – ההחלטה גופא מתעלמת באופן מוחלט מקביעות בית המשפט בעניין חטיב ומדרישת בית הדין הנכבד כי ההחלטה תתייחס לקביעות בית המשפט בעניין חטיב כמו גם להערותיו של בית הדין ולטענותיהם הנוספות של העוררים. החלטה זו – שהלכה ולמעשה אינה אלא חזרה על האמור בהחלטה הקודמת – שבה ומתעלמת באופן מוחלט מטענותיהם של העוררים, בין השאר, בדבר אי סמכותו של המשיב לבטל את ההליכים לאיחוד משפחות ולרישום ילדים בהם הם נוטלים בהתאמה חלק מזה שנים, מטעמי הרתעה.

23. עמדת העוררים הינה כי כבר בשלב זה ניתן לקבוע בנקל כי מדובר בהחלטה פסולה שאינה יכולה לעמוד לאחר שהכתוב בה מעיד על כך שניתנה תוך התעלמות מוחלטת מהוראות בית הדין הנכבד בפסק דינו מיום 2.8.2020.

24. עם זאת, והגם שהמשיב התעלם בהחלטתו הנתקפת בערר זה מהוראות בית הדין אליו כמו גם מטענותיהם של העוררים כנגד החלטתו לבטל את ההליכים בהם הם נוטלים חלק מזה שנים רבות מטעמי הרתעה גרידא וכשנגדם לא נטענת טענה כלשהי, ישובו העוררים וישטחו להלן את טענותיהם בפני בית הדין הנכבד. זאת למען הסר ספקות, טענות ומענות עתידיות מצד המשיב. כמו כן, ולמען הזהירות, יבקשו העוררים לראות בכלל טענותיהם בהליך הקודם כנגד החלטת המשיב – טענות שלא נענו כידוע – כחלק בלתי נפרד מההליך דכאן.

החלטה הדורשת הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת

25. כפי שהובהר בערר הקודם, מושכלות ראשוניים הם כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד יש להצביע על מקור סמכות חוקית מפורש מכוחו נעשית הפגיעה. בעניינם של העוררים, מדובר בחפים מפשע שלא חטאו ושאינן כנגדם כל מניעה בטחונית ישירה או עקיפה ושהפתיחה בניסיון שלישי לביטול ההליכים בהם נטלו חלק נעשית מטענה לטעמי הרתעה גרידא.

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.).

26. זאת ועוד. בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה ואחי נ' שר הפנים נקבע באופן ברור 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. ברם, הגם שהחלטה הנוכחית בעניינם של העוררים, עניינה בפגיעה ישירה וקשה בזכויות יסוד של חפים מפשע וככזו על המשיב להצביע בראש ובראשונה על מקור **ההסמכה חוקית מפורשת ומפורטת שמכוחו הוא פועל בעניינם וכאשר בהסמכה כללית לא סגי**, לא הצביע המשיב לעמדת העוררים עד למועד כתיבת שורות אלו על אותה הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת הנדרשת על מנת לבטל הליכים לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה גרידא. הנה כי כן, אף מטעם זה מדובר בהחלטה פסולה מן היסוד שניתנה בחוסר סמכות מוחלט ומשכך דינה אחד – בטלות.

28. יודגש כי ההחלטה הנתקפת בערר דכאן, לא זו בלבד שאינה מתייחסת לטענה זו של העוררים, אלא שהיא כאמור מתעלמת בבטות מפסק הדין החלוט בעניין חטיב ומהוראתו המפורשת של בית הדין להתייחס לעניין במסגרת ההחלטה באופן מנומק.

29. זאת ועוד. בכל הנוגע לעורר 2, שבניגוד לאביו השוהה בישראל מכח הליך לאיחוד משפחות בו הוא נוטל חלק, העורר 2 שוהה בישראל מכח הליך רישום ילדים בו הוא נוטל חלק עם אמו טיעוני העוררים כנגד החלטת המשיב חמורים אף יותר. שכן, בניגוד לאביו בעניינו אין כל בסיס למתן החלטה לסרב לבקשה מהטעמים האמורים בה. נסביר.

30. נוהל המשיב, שכותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות למעמד בישראל מכח קשר זוגי עם ישראלי" ושמשפרו 5.2.0015 שמכוחו, בין השאר, פעל המשיב בעניינם של העוררים כאשר הזמין אותם להגיש לו טיעונים כנגד כוונתו לבטל את ההליכים בהם הם נוטלים חלק, כלל לא עוסק בילדים לתושבי קבע השוהים 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.

31. לפיכך, טיעוני העוררים באשר לחוסר סמכותו של המשיב ובאשר לשקילת השיקולים הזרים על ידו במסגרת ההליך שניהל כנגד העוררים 1-2 עובר למתן ההחלטה, יפים אמנם לעניינו של העורר 1 אך יפים שבעתיים לעניינו של העורר 2 שחי בישראל מכח הליך לרישום ילדים.

32. זאת ועוד. להלן ישובו ויבהירו העוררים כי בענייננו לא זו בלבד שהמשיב לא הצביע בהחלטתו על סמכות מפורשת ומפורטת הנדרשת בהתאם לפסק הדין בעניין אבו ערפה בג"ץ 7803/06 אלא שאף לא עלה בידו להצביע על סמכות כללית שלה הוא טוען מכח חוק הכניסה לישראל התשנ"ב-1952. נסביר.

33. אין חולק כי הוראת השעה היא חוק מאוחר ופספציפי שבא לעולם במיוחד עבור תשובי השטחים הכבושים. לפיכך לעמדתם של העוררים הוראת השעה והיא בלבד, היא החולשת על עניינם. נסביר.

חוק הכניסה לישראל

34. סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 מעניק לשר הפנים סמכות רחבה לבטל מעמד:

שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו –

(1) לבטל אשרה שניתנה לפי חוק זה, בין לפני בואו של בעל

האשרה לישראל ובין בשעת בואו;

(2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה;

35. התנאי היחיד הוא אם כן כי מדובר באשרה או ברישיון ישיבה שניתנו לאדם מכח חוק הכניסה לישראל ולא מכח חוק אחר.

36. בעניינם של של העוררים אין מחלוקת כי מדובר בהיתר שהייה שניתן להם מכח הוראת השעה – ר' סעי' 2 להוראת השעה הקובע 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.

37. לפיכך, ועוד בטרם התייחסו העוררים לטנותיהם האחרות כנגד ההחלטה, הם שבים על טענתם כי אף ההסמכה הכללית שניתנה לשר בחוק הכניסה לישראל לביטול מעמד שניתן מכח חוק הכניסה לישראל לא יכולה לשמש אותם בעניינם ואינה יכולה להוות לו מקור הסמכות לביטול הליכים לאחמש ולרישום ילדים בהם הם נוטלים חלק מזה שנים רבות. נשוב ונדגיש: הוראת השעה היא הוראת חוק מאוחרת לחוק הכניסה לישראל וספציפית לתושבי השטחים ועל כן היא והיא בלבד, חולשת על עניינם.

38. במצב הדברים שתואר זה עתה לפיו יש בנמצא חוק מאוחר וספציפי שחוקק במיוחד עבור תושבי השטחים ואשר קובע כי האשרות שבידי העוררים ניתנו להם מכוחו ולא מכח חוק הכניסה לישראל ואשר נתמך אף בלשון חוק הכניסה לישראל הקובע כי הסמכות הכללית שניתנה למשיב היא לביטול אשרות ורשיונות שניתנו מכח חוק הכניסה לישראל, לא ברור לעוררים כיצד מבקש המשיב לטעון כי הסמכות הכללית סעי' 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מתייחס לעניינם של העוררים. ברם כאמור, אף לו היה המשיב עובר משוכה זו עדיין לא עלה בידו להצביע בהחלטתו על הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת כנדרש בפסיקה שממנה הוא התעלם!

תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום), 1945

39. זאת ועוד. הואיל וההחלטה הנתקפת בערר זה מתבססת כולה על עילת ההרתעה, יבקשו העוררים להעלות עניין נוסף שהועלה על ידם במסגרת ההליך הקודם ולא זכה לכל התייחסות.

40. כיום, קיים חריג אחד בו מונהגת מדיניות הרתעת הרבים באמצעות פגיעה בחפים מפשע, והוא, הריסת בתי מפגעים. ברם בניגוד לעניינם של העוררים, מדיניות פסולה זו של הריסת בתי משפחות מפגעים היא חריג שבעניינו קיימת הוראת חוק מפורשת ומפורטת בדמות תקנה 119 תקנות ההגנה (שעת-חירום) 1945.

41. נציין כי בפסיקתו הענפה של בית המשפט העליון סביב השימוש בסמכות המוקנית 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: עניין חמרי).

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

42. 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. ברם, בניגוד לעניין דהתם, בנוגע למתן לביטול הליכים לאיחוד משפחות ולרישום ילדים, אין בנמצא כל מקור חוקי המאפשר למשיב לנקוט בצעדים הפוגעים באופן כה אנוש בזכויות יסוד של חפים מפשע מטעמי הרתעה גרידא.

בבסיס החלטה עומדים שיקולים זרים

43. טענה נוספת של העוררים שלא זכתה לככל התייחסות עד למועד כתיבת שורות אלו היא הטענה כי העוררים שלא עוולו ולא פשעו, ואשר החלטה מבקשת להשתמש בהם ככלי להשגת מטרה, נענשים בגין מעשיו של אדם אחר במסגרת ניסיון לא מוכח להפיק תועלת הרתעתית כנגד מפגעים פוטנציאליים עתידיים.

44. שיקולים הרתעתיים אלו ייתכן והינם חשובים מבחינה ציבורית ותקשורתית, אך בכל הנוגע להליכי איחוד משפחות ומקל וחומר להליכי רישום ילדים מדובר בשיקולים זרים מובהקים.

45. 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 שתיוחם 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, ותיוחם 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 תיוחם 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.).

46. בנוסף יודגש, כי ההחלטה על ביטול ההליך בו נוטלים מרשיי חלק מנוגדת 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).

47. 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).

48. עילת ההרתעה הינה במובהק שיקול זר להליך לאיחוד משפחות ומקל וחומר להליך לרישום ילדים. שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך בהתאם לקבוע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה לפיה על אף מעורבותו בפיגוע של בן משפחתם מדרגה שנייה ושלישית של העוררים, ומשלא נטען לסיכון ביטחוני הנובע מהם או מבני משפחתם בדרגה הקבועה בהוראת השעה, יש לבטל את ההחלטה בעניינם.

49. 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).

פגיעה בזכותם של העוררים לכבוד ולחיי משפחה

50. ההחלטה של המשיב לשוב ולעשות שימוש בעוררים ככלי – לתכלית הרתעתית גרידא, שהיא תכלית זרה להליכים לאיחוד משפחות ורישום הילדים, כמו גם לחקיקה ולפסיקה החולשת על עניינם, מהווה בנוסף לכל האמור עד כה, פגיעה קשה ואנושה בזכותם של כל בני משפחת העוררים לכבוד ולחיי משפחה.

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

52. 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 אך ורק במקרים בהם יש בסיס חוקי מובהק לעניין ומתקיימת הצדקה מלאה לעניין.

53. **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** (ע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד (4) 136, 156).

54. 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 שהחלטתכם פוגעת בזכויות יסוד של משפחת מאשור, עליכם להסתמך על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 **נימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

55. גם בעניין זה ברי כי ההחלטה הנתקפת בערר זה, אינה עומדת בסטנדרטים הבסיסיים הנדרשים לכך. העובדה כי אין בנמצא הסמכה מפורשת בחוק וכי אף נהלי המשיב אינם עוסקים בסוגיית ההרתעה שצצה לה יש מאין בעניינם של חפים מפשע ששוהים בישראל ובפרט במי ששוהה בישראל כדן מכח הליכי רישום ילדים, העובדה כי אין מדובר בסיכון ביטחוני הנובע מהעוררים, העובדה כי המשיב מבקש 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.

56. משכך, והואיל ומדובר בהחלטה הפוגעת באופן פסול בזכויות יסוד - הזכות לכבוד ולחיי משפחה של בני משפחת העוררים - הרי שמדובר בפגם נוסף היורד לשורשו של עניין המצדיק את ביטולה של ההחלטה באופן סופי ומוחלט.

הפגיעה בטובת הילד

57. כאמור, במשפחת העוררים אף בת קטינה. על פי עקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, 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".

וכן:

**שיקול טובת הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע.
אכן, בצדו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים ... אך,
כל אלה שיקולים משניים יהיו וכולם ישתחוו לשיקול
טובת הילד (פסק הדין בדנ"א 7015/94, היועמ"ש נגד
פלונית)(פורסם בנבו).**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

58. 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) 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.

59. ההחלטה לסרב לבקשת העוררים ולבטל את ההליכים בהם נטלו חלק לאורך שנים, שניתנה על אף היותם חפים מפשע, ללא שיש לעניין הסמכה חוקית מפורשת ומפורטת ותוך התעלמות מהוראות פסק דינו של בין הדין מיום 2.8.2020, מהפסיקה בעניין חטיב ובעניין אבו ערפה ובניגוד לכללי הצדק הבסיסי מתבררת אם כן, בנוסף אף כהפרה קיצונית של חובת המשיב לשים את עקרון טובת הילד לנגד עיניו. אין ספק שההחלטה הפסולה שניתנה בעניינם של העוררים לא זו בלבד שלא נתנה לעקרון טובת הילד את המשקל הראוי לו אלא שהוא לא היווה חלק משיקולי המשיב כלל ועיקר. המשיב שהתעלם מהקביעות בעניין חטיב, עניין אבו ערפה, טענות העוררים והוראות בית הדין אליו בפסק דינו מיום 2.8.2020 התעלם בנוסף ובאופן מוחלט בהחלטתו הנתקפת בערר אף מעקרון טובת הילד.

סיכום

60. לפנינו החלטה פסולה ופוגענית המתעלמת במופגן ביו השאר מהוראות בית הדין הנכבד בפסק דינו מיום 2.8.2020, מפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין חטיב, מטענות העוררים ומעקרון טובת הילד. לאור כל האמור סבורים העוררים כי לא זו בלבד שהחלטה זו אינה יכולה לעמוד אלא שבחלוף 4 שנים בהן תלוי עניינם וכאשר פעם אחר פעם נוהג המשיב

באופן פסול בעניינם הגיעה העת ליתן פסק דין סופי ומוחלט בעניינם ללא מתן מקצה שיפורים נוסף למשיב. לאור עינוי הדין הנמשך מזה מספר שנים, זכותם של העוררים שלא עוולו ולא חטאו כי תינתן הכרעה סופית בעניינם.

61. על כן ונוכח כל האמור בערר מתבקש בית הדין הנכבד לקבל את הערר ולהורות על ביטול ההחלטה הפסולה שניתנה בעניינם על ידי המשיב. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד להשית על המשיבים את הוצאות העוררים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 21 דצמבר 2020

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ העוררים

(ת.ש. 96771)