

**בבית הדין לעררים**  
**מחוז ירושלים**

ערר (י-ם) 18-2793

- בעניין: 1. סלהב, ת"ז
2. סלהב, ת"ז
3. סלהב, ת"ז, קטינה
4. סלהב, ת"ז, קטינה
5. סלהב, ת"ז, קטין
6. 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)

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

**העררים**

- נ ג ד -

1. שר הפנים
2. הוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים

באמצעות פרקליטות המדינה  
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים  
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

**המשיבים**

**ערר**

בית הדין הנכבד מתבקש בזאת לבטל את החלטתם הפסולה של המשיבים בעניינם של העוררים  
וישדרגו את מעמדו בישראל של העורר 2, בדרך של מתן מעמד של תושבות ארעית מסוג א/5,  
במסגרת בקשה לאיחוד משפחות שהגישה עבורו אשתו, העוררת 1. זאת, בהתאם להודעת המשיב  
1 שניתנה במסגרת בג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים ביום 11.4.2016.

**הבסיס להגשת הערר לבית הדין לעררים**

ביום 11.4.2016 הגישו המשיבים בבג"ץ 813/14 פלוני נ' שר הפנים (פסק דין מיום 18.10.2017,  
נבו) הודעה, במסגרתה נמסרה החלטת שר הפנים (המשיב 1 בערר דנן), שנוסחה כדלקמן:

בד בבד, שר הפנים החליט לאשר את שדרוג מעמדם של מי  
שמחזיקים בהיתרי שהייה בישראל ואשר הגישו בקשות לאיחוד  
משפחות בהתאם להליך המדורג עד לסוף שנת 2003 (והבקשות  
אושרו), כך שיינתן להם... רישיון לשיבת ארעי בישראל מסוג א/5.  
השדרוג ייעשה בכפוף לעמידה בתנאים הדרושים לשם בחינת  
בקשות מעין אלה (קרי, הוכחת מרכז חיים בישראל, הוכחת כנות  
קשר הנישואין והמשך קיומו, והיעדר מניעה ביטחונית ופלילית).  
בהתאם לכך, שר הפנים הנחה את הוועדה המקצועית המייעצת

**לשר הפנים לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה... [להלן: הוועדה ההומניטארית – ד.ש.], כי מי שיימצא כעומד בתנאים שלעיל, ישודרג מעמדו ומעמד ילדיו הקטינים ישודרג כאמור.**

(הדגשה זו וההדגשות אחרות בערר דכאן הן של הח"מ – ב.א.).

העתק ההודעה מצורף ומסומן ע/1.

אמנם בשנת 2014 נכנס לתוקפו תיקון מס' 22 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **החוק**), כאשר במסגרת התיקון נקבע בסעיף 13כג לחוק כי בתי הדין לעררים ידונו בכל החלטה של רשות בענייני כניסה לישראל, שהייה וישיבה בישראל או יציאה ממנה, או בענייני אזרחות, בין היתר לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), למעט החלטות לפי סעיפים 1א3 (החלטות הוועדה ההומניטארית). ללמדנו, **החלטות מכוח סעיף 1א3 יידונו בבג"ץ**.

לפיכך, והואיל והערר דכאן עוסק בהחלטה שהתקבלה בהתאם להודעת המשיב 1 דלעיל, קרי במסגרת סעיף 1א3 להוראת השעה, הסמכות לדון בה מסורה לבג"ץ. משכך, הוגשה ביום 4.5.2017 עתירה לבג"ץ בעניינם של העוררים דכאן.

העתק מהעתירה בג"ץ 3711/17 ללא נספחים מצ"ב ומסומן ע/2.

דא עקא, ביום 18.3.2018 ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בבג"ץ 6079/17 **ראיד נתשה נ' שר הפנים** (נבו) (להלן: **פסק דין נתשה**). בפסק הדין, קבע כבוד השופט מזוז כי מאחר שעניינם של העוררים דהתם – הזוהה לעניינם של העוררים דכאן שעתרו אף הם לבג"ץ בעניין – נדון בלשכת המשיבה 2 בירושלים המזרחית, הרי שלצורך תקיפה של ההחלטה יש לערור לבית הדין הנכבד – בשונה מתקיפה עקרונית של מדיניות השדרוגים, שאותה יש להגיש לבג"ץ. לדברי השופט מזוז, "מי שאינו עומד בתנאי הסף – הנבחנים כאמור בלשכות רשות האוכלוסין – עניינו אינו נופל כלל במסגרת המדיניות החדשה האמורה שקבע שר הפנים, וממילא אין מדובר בהחלטה לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה".

העתק פסק הדין מצורף ומסומן ע/3.

מכאן ערר זה.

### הצדדים לערר

1. **העוררת 1** (להלן: **העוררת**), הינה תושבת קבע מירושלים המזרחית, ואשתו של **העורר 2** (להלן: **העורר**, וביחד: **העוררים**), תושב הגדה המערבית במקור, לו נישאה בשנת 1987. לעוררים שבעה ילדים, כולם תושבי קבע במדינת ישראל. **העוררים 3-5** (להלן: **הילדים**), הינם ילדי העוררים **שעודם קטינים**.
2. העורר מתגורר בירושלים מאז שנת 1992. בשנת 1995 הגישה העוררת עבורו בקשה לאיחוד משפחות אשר אושרה רק בשנת 1999. מני אז ואילך ניתנים לעורר היתרי שהייה מתחדשים.

3. **העוררת 6 (המוקד או המוקד להגנת הפרט)** היא עמותת 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.

4. **המשיב 1** (להלן: **המשיב** ויחד עם המשיבה 2: **המשיבים**), 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. הוא אשר פרסם את החלטתו דלעיל, שבעניינה נמסרה הודעה לבית המשפט הנכבד ביום 11.4.2016, והמנחה את המשיבה 2 להחליט בעניינים כגון זה הנדון בערר זה.

5. **המשיבה 2** (להלן: **המשיבה** ויחד עם המשיב 1: **המשיבים**), הינה הוועדה לעניינים הומניטאריים, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה.

### עיקרי העובדות

6. העוררת והעורר נישאו זו לזה בשנת 1987. החל משנת 1992 מתגוררים בני הזוג בירושלים.

7. בשנת 1995 הגישה העוררת בקשה לאיחוד משפחות עם העורר – בקשה מס' 2240/95. יצוין, כי עד לשנת 1994, לא הותר לתושבות ישראל להגיש בקשה לאיחוד משפחות עם בני זוגן תושבי הגדה. לאחר ביטולה של מדיניות זו בעקבות עתירה לבג"ץ, הגישה כאמור העוררת את בקשתה. בקשת העוררת אושרה רק בסוף שנת 1999 – למעלה מארבע שנים לאחר הגשתה.

8. החל משנת 1999 לוקח העורר חלק בהליך המדורג. בהתאם להליך, הוא החל באותה שנה לקבל היתרי מת"ק. על פי ההליך, אמור היה העורר לקבל מעמד של תושב ארעי במרץ 2002. ואכן, בקשה לקבלת מעמד זה הוגשה למשיב בינואר 2002, אולם לאור החלטת הממשלה 1813 ממאי 2002 והוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), לא שודרג מעמדו מאז. לפיכך, שהייתו של העורר בישראל הוסדרה מאז באמצעות היתרי מת"ק בלבד, שתוקפם מוארך מעת לעת.

9. בשנת 2006 סירב המשיב להמשיך ולחדש לעורר את היתרי השהייה שניתנו לו עד אותה עת, בטענה למניעה ביטחונית. בעקבות הגשת שתי עתירות לבית המשפט בענייניו של העורר – עת"ם 300/07 ועת"ם 1112/07 – הוסרה המניעה הביטחונית וביום 10.1.2010 הושב העורר להליך המדורג עם העוררת כמקדמת דנא.

10. ברבות השנים נולדו לבני הזוג שבעה ילדים שחלקם בגירים וחלקם קטינים וכולם תושבי קבע בישראל. שלושת הילדים הקטינים של העוררים הינם צד לעתירה. העוררת 3 נולדה להוריה ביום 28.4.2006; העוררת 4 נולדה להוריה ביום 4.12.2007 והעורר 5 נולד להוריו נולד להוריו ביום 3.11.2011. לסיכום יצוין, כי מיום לידתם של הילדים הם חיים ומתחנכים בירושלים, משפחתם וחבריהם ירושלמים ולמעשה כל היבט של חייהם מתנהל כאן מאז ומעולם.

העתק מתעודת הזהות של העוררת עם פרטי הילדים, מצ"ב ומסומן ע/4.

11. הנה כי כן, מרכז חיי משפחת העוררים נמצא בכל מובן בירושלים, זה שנים ארוכות: המשפחה חיה כאמור בעיר; העוררים מתפרנסים בעיר; הילדים מתחנכים במוסדות חינוך בירושלים וגם המוסד לביטוח לאומי מכיר בעותרת ובילדיה כתושבי קבע בישראל.

העתק מהפניה קודמת שניתנה לעורר לצורך קבלת היתר שהייה מצ"ב ומסומן ע/5.

**מתן ההודעה בעניין החלטת המשיב 1 במסגרת בג"ץ 813/14 והשתלשלות האירועים לאחר מכן**

12. בעקבות הודעת המשיבים לבג"ץ במסגרת ההליך בבג"ץ 813/14, פנו העוררים ביום 19.9.2016 ללשכת המשיב שבירושלים המזרחית והלינו על כך כי בניגוד לפירסומי המשיב לא נשלחה אליהם כל הודעה בעניין זימונם לצורך בחינת זכאותו של העורר לשדרוג מעמדו.

העתק מפניית העוררים ללשכת המשיב מצ"ב ומסומן ע/6.

13. בימים 15.11.2016, 4.12.2016, 15.12.2016, 16.1.2017 ו-22.2.2017 שבו ופנו העוררים ללשכת המשיב שבירושלים המזרחית וביקשו לשדרג את מעמדו של העורר, העומד בתנאים שקבע המשיב, כפי שאלו נמסרו בהודעת המשיבים לבית המשפט הנכבד ביום 11.4.2016.

העתקים מפניות העוררים למשיב מצ"ב בסדר כרונולוגי ומסומנים ע/7.

14. ביום 27.2.2017 נשלחה לעותרים החלטת המשיבים בעניין בקשתם לבחינת שדרוג מעמדו של העורר. דא עקא, בהחלטה נקבע כי מעמדו של העורר לא ישודרג למעמד של תושב ארעי מסוג א/5. בשל חשיבות לשון ההחלטה לעניין דכאן, יצוטטו עיקריה להלן:

מבחינת הבקשה שבנדון עולה כי זו אינה עונה על התנאים שנקבעו בהודעת שר הפנים לעיל, משזו סורבה מטעמים ביטחוניים בין השנים 2006-2010. (ההדגשות הוספו, ב.א.)

העתק מההחלטה מצורף ומסומן ע/8.

15. ביום 28.2.2017 הגישו העוררים ערר פנימי למשיב כנגד ההחלטה שלא לשדרג את מעמדו של העורר בשל הסירוב לבקשתו בעבר. בערר נטען על ידי העוררים כי העורר עומד בכל התנאים שנקבעו בהודעת המשיב שבנדון, ולפיכך דין ההחלטה המונעת את שדרוג מעמדו של העורר למעמד של תושב ישראל להתבטל.

העתק מהערר הפנימי שהגישו העוררים למשיב מצ"ב ומסומן ע/9.

16. יודגש, כי במסגרת הערר שהגישו פירטו העוררים מדוע מדובר בהחלטה פסולה. כך, בין השאר, נטען על ידם, כי ההחלטה גופא מעידה על כך שכנגד העורר אין כיום כל מניעה ביטחונית. שכן, בהחלטה נכתב מפורשות כי ההחלטה שלא לשדרג את מעמדו של העורר מקורה בסירוב לבקשה לאיחוד משפחות בעבר.

17. פעם נוספת מעידה ההחלטה על כך שכנגד העורר אין כל מניעה ביטחונית, שכן, במקביל לסירוב לשדרג את מעמדו, ממשיך העורר לקבל היתרי שהייה בישראל כמקדמת דנא. למותר לציין, כי המשך קבלת היתרי שהייה מותנה אף הוא כידוע, בהיעדרה של מניעה ביטחונית או פלילית.
18. כמו כן מעידה ההחלטה כי לא עומדת כנגד העורר כל מניעה ביטחונית שתמנע את שדרוג מעמדו, בכך שנקבע בה מפורשות כי המתווה לתקיפתה הוא בהגשת ערר פנימי ולא באמצעות הגשות טיעונים בכתב ובעל פה בהתאם לנוהל הערות גורמים של המשיב, כנהוג במקרים של קיומה של מניעה ביטחונית.
- העתק מנוהל הערות גורמים של המשיב שמספרו 5.2.0015 מצ"ב ומסומן ע/10.
19. הנה כי כן, הטענה העומדת בבסיס ההחלטה ולפיה העורר אינו עומד בתנאים שנקבעו בהחלטת השר שבנדון, לא זו בלבד שאין לה על מה להסתמך אלא שהיא אף סותרת את האמור בהודעת המדינה כפי שנמסרה לבית משפט נכבד זה.
20. ברם, על אף טענותיהם של העוררים כנגד ההחלטה, התקבלה אצלם ביום 18.4.2017 החלטה לאקונית ולא מנומקת מטעמים של המשיבים, שלשונה כדלקמן:
- אין שינוי בהחלטה, בדבר סירוב הבקשה לשדרוג מעמדו של מר סלהב, משזו אינה עונה על התנאים שנקבעו בהודעת השר, עת סורבה הבקשה מטעמים ביטחוניים בין השנים 2006-2010.
- העתק מההחלטה בערר הפנימי מצ"ב ומסומן ע/11.
21. מעבר לצורך נזכיר, כי הרציונאלים העומדים בבסיס ההוראות הקבועות בהוראת שעה ובהודעת המדינה ברורים. כאשר הוראת השעה מוארכת מידי שנה בשנה כמעט דבר שבשגרה והסוף אינו נראה באופק, העיר בג"ץ למשיב כי יש מקום להגמיש את מדיניותו לגבי אנשים, החיים בישראל שנים ארוכות בהיתרי שהייה המוארכים להם בכפוף לבדיקות ביטחוניות קפדניות. אין כל סיבה כי מוזמנים – כמשפחת העוררים דכאן – "ייתקעו" שנים כה ארוכות ללא מעמד, תחת שיזכו לחיי משפחה יציבים בארצם. זו תכלית ההודעה שניתנה באפריל דאשתקד לבית המשפט הנכבד, וזה הצידוק העומד בבסיס הדרישה לשדרוג מעמדו של העורר. וזאת אף אם בעבר סורבה בקשת העוררים. מרגע שהוסרה המניעה והעורר נוטל חלק בהליך המדורג כבעבר, אין מקום להטיל בו דופי ולמנוע ממנו את שדרוג מעמדו.
22. דא עקא, ההחלטה שבנדון אשר חורגת מהודעת המשיב – בה נקבע כי רק בהתקיים מניעה ביטחונית לא ישודרג מעמדו של אדם – וקובעת כי הסירוב לשדרוג מעמדו של העורר דן לא נובעת ממניעה ביטחונית קיימת אלא מקורה במניעה מהעבר, היא החלטה לא מנומקת, בלתי סבירה ובלתי מידתית ואף חורגת מהדין. שכן בעוד שברי כי אין כל כוונה לשלול מהעורר את היתרי שהייה הניתנים לו מזה שנים – מאחר שכאמור לא נשקפת ממנו כל סכנה ביטחונית – ממשיכה המשיבה ומסרבת לשדרג את מעמדו ללא שתצביע על צידוק הגיוני לעניין. מכאן ערר זה והעתירה שקדמה לו.

**המסגרת המשפטית**

23. בנסיבות העניין שתוארו לעיל, ייטענו העוררים כי הסירוב לשדרג את מעמדו של העורר, בניגוד להתחייבות המשיב בפני בג"ץ, הינה החלטה קשה, בלתי סבירה בלתי מידתית ולא מנומקת, ומשכך דינה להתבטל. בנוסף ייטעו, כי בנסיבות עניינה של משפחת העוררים שפורטו לעיל, מדובר בהחלטה שסותרת את עיקרון טובת הילד, ופוגעת בזכותם של העוררים לחיי משפחה. נפנה לדברים כסדרם.

**החלטת המשיבים אינה מתיישבת עם הדין**

24. כפי שצוין לעיל, ביום 11.4.2016 הוגשה הודעת המשיב במסגרת בג"ץ 813/14, לפיה הוא מתחייב לשדרג את מעמדו של מי שמחזיקים בהיתרי שהייה צבאיים בישראל, אשר בעניינם הוגשה בקשה לאיחוד משפחות לכל המאוחר עד לסוף שנת 2003, מקיימים מרכז חיים בישראל ובהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית בעניינם.

25. כאמור, הרציונל העומד בבסיס הודעת המשיב לבג"ץ ברור. הבקשה שהגישה העוררת לאיחוד משפחות עבור העורר עומדת בכל התנאים שנקבעו במסגרת ההודעה לבג"ץ, מאחר שהוגשה כאמור בשנת 2001, העוררים מקיימים מרכז חיים מלא בישראל ולא מתקיימת בעניינו של העורר מניעה ביטחונית עניין עליו מעידים היתרי השהייה הניתנים לו מאז הושב להליך.

26. החלטת המשיבים חורגת אם כן מהדין. הרי ממה נפשך; לשיטת המשיבים, אין כל כוונה לשלול מהעורר את היתרי השהייה אותם הוא מקבל מזה שנים רבות, ובדין אין כוונה שכזו, מאחר שאין חולק כי לא נשקפת ממנו כל סכנה ביטחונית או אחרת. על מה אם כן נסמכת ההחלטה שלא לשדרג את מעמדו של העורר, אם לא נשקפת ממנו כל סכנה ביטחונית? לעמדת העוררים על פי התחייבות המשיב בפני בית המשפט הנכבד מאפריל דאשתקד, אין כל סיבה להחריג את העורר באופן שרירותי מקבוצת האנשים שהוכרזו על ידי המשיבים כזכאים לשדרוג. זאת ועוד. מתעורר החשש, שמא מדובר בניסיון מצד המשיב לצמצם ככל הניתן את קבוצת הזכאים לשדרוג מעמדו על פי ההודעה, וזאת אף אם אין כל עילה של ממש לסירוב זה. ברם, ניסיון כגון דא אינו נחשב לשיקול סביר בגדר השיקולים שעל רשות מינהלית לשקול בבואה לקיים סמכויותיה על פי דין.

27. משכך, והואיל ולא מתקיימים בעניינם של העוררים הטעמים הבסיסיים הנדרשים לביסוס מניעה ביטחונית לשדרוג מעמד בישראל, הרי שההחלטה הלא מנומקת המסרבת לשדרג את מעמדו של העורר מהטעמים המצוינים בה, אינה עולה בקנה אחד עם התחייבות המשיב בפני בג"ץ.

**ההחלטה אינה עומדת בחובת ההנמקה**

28. החלטת המשיבים לסרב לשדרג את מעמדו של העורר מתעלמת באופן בוטה מהטענות שהעלו העוררים בפניהם במסגרת הערר הפנימי שהגישו, ואינה עומדת בחובת ההנמקה של הרשות המינהלית.

29. רשות מינהלית, מדרך הטבע, היא בעלת כוח רב והשפעה, הגדולים בהרבה מאלו של האזרח הבודד העומד מולה. בשל יחסי כוחות אלה, מן הראוי הוא כי אותו אזרח יזכה להבין את מהות ההחלטה והשיקולים אשר מאחוריה, ולא יאולץ להתעמת אל מול תשובה לקונית, אשר אין הוא מבין מדוע ניתנה ומה היו השיקולים בקבלתה.

30. המשפט המקובל האנגלי ובעקבותיו המשפט הישראלי, הכירו בקיומם של **כללי צדק טבעי** (**natural justice**). אלה כללים של הגינות דיונית, המשקפים את תחושת הצדק של המשפטן הישראלי, והמבטאים את חוש ההגינות שלו. במסגרת כללים אלה, מקובל לכלול גם את **חובת ההנמקה** (ראו: א' ברק, פרשנות במשפט (הוצאת נבו, כרך שני, תשנ"ד) -508-509).

אין להקל ראש בחובה זו שתכליתה לשמור על זכויות האזרח מפני פגיעה, להבטיח תהליך קבלת החלטה מבוקר, שיטתי, ענייני ונטול שרירות וכן להגן על הסדר הציבורי הטוב (בג"ץ 497/81 רובינוביץ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה פ"ד לו(2) 210, 214; בג"ץ 62/75 חב' רח' חיבת ציון נ' הוועדה המקומית פ"ד כט(2), 595... **בעיני, זכות האזרח לקבלת החלטה המנמקת את הסירוב לפנייתו לרשות היא חלק אינטגרלי של זכות השמיעה, היינו, היא מעיקרי הצדק הטבעי.** (ע"מ (תל-אביב-יפו) 1961/96 מנשה שקורי חברה לבניין בע"מ נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה מחוז ת"א, תק-מח 397(3) 1594, 1599; ההדגשה הוספה, ב.א.).

ראו לעניין זה גם: בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי, פ"ד מח (2) 491, 502.

31. ההנמקה היא מעיקריה של ההחלטה המינהלית ומיסודותיה. בהחלטה מנומקת שוטחת הרשות בפני האזרח, בעל דברה, את שיקוליה ואת טעמיה. בדרך זו, מסיר הנגלה את החשש מפני הנסתר ומפני שיקולים בלתי ענייניים, ומתקיימות השקיפות וההגינות המתחייבות מפעולת הרשות ומהחלטותיה. למעלה מזאת, בהיעדר הנמקה, נמצאת ההחלטה עירומה וחסרה גם בפני הביקורת השיפוטית על ההחלטה ועל כשרותה (ע"ע 1460/01 אבו עוואד נ' עמאשה, תק-אר 2002(2) 588, 589).

32. ההנמקה צריכה לתת בידי מי שנפגע מהחלטת הרשות כלים באמצעותם יוכל להעמיד את ההחלטה למבחן ערכאות הערעור והביקורת, ולאפשר לערכאות אלו לבצע את תפקידן כראוי.

33. הזכות לקבל הנמקה מהווה "חגורת ביטחון וערובה לשמירת הזכויות המהותיות של התושב". בנוסף, מקובל לכלול את חובת ההנמקה גם במסגרת "כללי הצדק הטבעי".

34. כאשר פורטים חובה זו למעשים, עולה שהרשות נדרשת לנמק את החלטתה באופן ענייני וספציפי לנסיבות העניין, ולא להסתפק בנימוק המציין רק את "הכותרת" של טעמיה. מן הכלל אל הפרט. בעניינו של העורר דכאן, היה על המשיבים לציין בהחלטה מדוע מניעה מן העבר שהוסרה מצדיקה את הסירוב לשדרוג מעמדו של העורר שאין חולק כי לא מתקיימת בעניינו מניעה ביטחונית בהווה וכי בקשתו מסורבת בשל מניעה מן העבר הרחוק.

חובת הנמקה מוגברת

35. במקרים מסוימים, חייבה פסיקת בתי המשפט את הרשות המינהלית בחובת הנמקה מוגברת. זאת, כאשר החלטת הרשות סוטה ממהלך העניינים הרגיל ופוגעת בשל כך בציפיות האזרח (ראו: י' דותן, **הנחיות מינהליות** (תשנ"ו), 160). **כך למשל, הוחל הכלל של חובת הנמקה מוגברת על החלטה של הרשות שסתרה ושינתה החלטה קודמת באותו עניין:**

אכן רשאית היתה ועדת-המשנה לשנות את דעתה ולהחליט אחרת מאשר החליטה קודם, אולם מן הראוי, אף אם מתעלמים מהוראות החוק בדבר חובת ההנמקה, שבמקרה כזה תינתן על-ידה החלטה מנומקת ומפורטת, כדי שהאזרח יידע מה היו השיקולים שהביאו את הרשות הציבורית לשנות את עמדתה (בג"ץ 62/75 **חב' רחוב חיבת ציון 9 ר"ג נ' הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ר"ג ואח'**, פ"ד כט(2) 595, 598).

36. ההחלטה הנתקפת בערר זה, אשר אינה מתיישבת עם הודעת המשיב לבג"ץ – המאפשרת שדרוג מעמד בהיעדר מניעה – ומתעלמת מטענות העוררים בעניין כפי שהועלו על ידם במסגרת הערר הפנימי שהגישו, אינה מאפשרת לעוררים לעמוד על השיקולים האמיתיים שעמדו בבסיסה, ולפיכך אינה עומדת בחובת השקיפות וההגינות הנדרשת מהרשות ודינה להתבטל.

החלטה בלתי סבירה

37. על החלטת הרשות המינהלית לעמוד במתחם הסבירות. על מנת שהחלטה תעמוד במתחם הסבירות, עליה להינתן תוך שיקלול ואיזון נכון בין הגורמים הרלוונטיים השונים בהם עליה להתחשב. בבג"ץ 341/81 **מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה**, (פ"ד לו(3) 349, 354 (1982)), קבע בית המשפט כי:

בקביעת גבולותיו של "מתחם סבירות" יש להתחשב. בין השאר, בשאלה, **אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוונטיים השונים שבהם עליה להתחשב**. החלטתה של רשות מינהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שקלול ואיזון זה הם מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן ביצועם נתונה לבית המשפט.

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

38. זאת ועוד. מתחם הסבירות הנתון לרשות המינהלית בבואה לתת החלטה משתנה מהחלטה להחלטה ונקבע, בין השאר, על פי מידת השפעתה של ההחלטה על זכויות אדם:

...רוחב המתחם מושפע ממהות העניין. קיימת הבחנה בין החלטות טכניות באופיין לבין החלטות מהותיות, כגון החלטה המגבילה



זכויות אדם... החלטות העוסקות בזכויות אדם... מצרות את מתחם הסבירות (אליעד שרגא ורועי שחר, **המשפט המינהלי (עילות ההתערבות)** (הוצאת שש, 2008, עמוד 242)).

וכן:

טיבן של הראיות המינהליות הנדרשות, כמותן ואיכותן נגזרים מאופיו של העניין העומד לדיון, וממשמעות החלטה המינהלית המתקבלת. אין דומה עוצמת הראיות הנדרשת לצורך החלטה שלה השלכה ישירה על זכויות היסוד של הפרט, והיא עלולה לפגוע בזכויות אדם, כהחלטה שמשמעותה שולית לאינטרס הפרט ואינטרס הציבור (רע"ב 426/06 **חוא נ' שירות בתי הסוהר**, תק-על 2006(1) 3425, פסקה 14 לפסק הדין).

39. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה שלא לשדרג את מעמדו של העורר, היא ללא ספק החלטה העוסקת באופן ישיר בזכויות אדם, שכן מדובר בהחלטה בעלת השלכות קשות ביותר הן על עתידו של העורר, שחי בישראל מזה שנים רבות, והן על עתידם של בני משפחתו האחרים. ילדי העוררים חיים בישראל בקרב בני משפחתם וחבריהם. כאן הם חיים, כאן התחנכו וכאן רכשו חברים. על כן, מתחם הסבירות הנתון למשיבים בבואם ליתן החלטה בעניין כה רגיש, המונעת מהעורר ובני משפחתו מלממש את זכותם לחיי משפחה באופן מיטבי, ממילא צר יחסית. דא עקא, בהחלטה שבנדון, חרגו המשיבים באופן בוטה ממתחם הסבירות הנתון להם, ונראה כי כלל לא טרחו לשקול ולאזן באופן ראוי בין הגורמים הרלוונטיים להחלטה, בניגוד לנדרש על פי הפסיקה דלעיל.

#### **בבסיס החלטת המשיבים עומדים שיקולים זרים**

40. כאמור לעיל, החלטתם הלא מנומקת של המשיבים לסרב לשדרג את מעמדו של העורר על אף שאין כנגדו כל מניעה ביטחונית, מעלה חשש כי בבסיסה של ההחלטה עומדים שיקולים זרים, ובכללם ניסיון לצמצום מקסימלי של מספר הזכאים לקבלת מעמד בישראל בהתאם להודעת המשיב שבנדון, ותו לא.

41. ברי כי שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים, לצד בחינה פרטנית ממשית של ההליך לאיחוד המשפחות של העוררים, כנקבע בהוראת השעה ובפסיקה, הייתה מביאה למסקנה כי על אף המניעה הביטחונית שהתעוררה בעבר הרחוק בעניינו של העורר, הרי שזו התבטלה לפני שנים, ומשכך יש להמשיך בהליך לשדרוג מעמדו, לאור הודעת המשיב לבג"ץ בבג"ץ 813/14.

42. באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט יי 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).

43. משכך, והואיל ונחזה לכאורה כי השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה שבנדון אינן נובעים מקומה של מניעה ביטחונית, כנקבע בהודעת המשיב בבג"ץ 813/14, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין.

44. המשמעות הקשה שיש להחלטה לסרב לשדרג את מעמדו של העורר, על חיי בני משפחתו, ברורה. במשיכת קולמוס אחת, גוזרים המשיבים על העורר, שחי בישראל שנים רבות כדין תוך שהוא נוטל חלק בהליך המדורג בו ניתן ליטול חלק רק בהיעדר מניעה, למי שדינו לחיות לעד ללא זכויות בסיסיות. ברור, כי החלטת המשיבים משפיעה באורח קשה ביותר על כלל בני המשפחה, אשר ציפתה בכלילון עיניים ליום בו יקבל אבי המשפחה מעמד ממשי כמותם. נשוב ונציין כי מדובר במי שחי בישראל באופן חוקי שנים רבות, תוך שהוא לוקח חלק בהליך לאיחוד משפחות ומקבל היתרי שהייה בישראל. במהלך תקופה זו נולדו לעותרים שבעה ילדים, שכאמור כולם תושבי קבע ישראל. כאן מתגוררת המשפחה, כאן מתחנכים הילדים, וכאן מתנהלים כל חייהם של העוררים. מרכזי חיי המשפחה הוא, אפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המידית של ההחלטה לסרב לשדרג את מעמדו של העורר, היא הותרתו התמידית תלוי בין שמיים וארץ, משולל זכויות סוציאליות בסיסיות, ומשולל אפשרות לטפל ולדאוג למשפחתו באופן מיטבי כדבעי. וכך נותר העורר יחיד מבני המשפחה בלא אפשרות לרכישת מעמד בעיר ירושלים בה מתגוררת המשפחה מאז הוקמה. החלטה כה הרת גורל צריכה שתיתן אך ורק לאחר בחינה ממשית של העניין ותוך שקילת השיקולים הרלוונטיים להחלטה בלבד.

#### **הפגיעה בזכות לחיי משפחה ואי-העמידה בדרישה לפגיעה מידתית**

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 תיתכן 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** (פס"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פס' 15 לפס"ד של כבוד השופטת פרוקצ'יה, פורסם בנבו, 22.2.2010; להלן: **עניין דקה**; ההדגשה הוספה, ב.א.).

45. 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, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לשדרג מעמד במסגרת הליכים לאיחוד

- משפחות שמובאים בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.
46. אם כן, ככל הגבלה על זכות יסוד, החלטה לסרב לשדרג מעמד של מי שחי בישראל שנים כה רבות **צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות**, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.
47. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכות לחיי 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).
48. 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. היותה של החלטת המשיבים פוגעת בזכויות היסוד של בני משפחת העוררים, מחייבת את הרשות לסמוך את החלטתה על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).
49. נוכח הפסיקה שהובאה לעיל, ולאור נסיבות עניינם הפרטני של העוררים ובראשן העובדה כי כנגד העורר לא עומדת כיום כל מניעה ביטחונית, הרי שהחלטת המשיבים לסרב לשדרג את מעמדו בשל מניעה מהעבר, אינה עומדת בסטנדרטים המינהליים הנדרשים. משכך, והואיל ומדובר בהחלטה המכוונת לפגיעה בזכות יסוד, הזכות לחיי משפחה של בני הזוג וילדיהם, הרי שלפנינו פגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהחלטה פסולה.

### הפגיעה בטובת הילדים

50. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד.

כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה...

...הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באווירה של אושר, הבנה ואהבה.

סעיף 3(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה...

51. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול-על במשפטנו; לעניין זה ראו ע"א 3077/90 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 **דוד נ' בית הדין הרבני העליון** (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

52. שיקולי טובת העוררים 3-6 צריכים להיות שיקולים ראשוניים במעלה כאשר דנים בשאלת הסדרת מעמדו של העורר בישראל. לעניין זה, יפים דבריו של בית המשפט בעת"ס (י-ם) 705/07 **מארי לוו רומרו מוסקרה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו):

53. פסיקה של בתי המשפט קובעת, כי שיקולי טובת הילד צריכים להילקח בחשבון גם בעת בחינת השאלה של מתן מעמד להורה הזר, הגם שמעמדו החוקי של הילד בארץ אינו מקים כשלעצמו מעמד להורה. כך למשל מפי השופט ד"ר מרזל בעת"מ 11-03-37903 **פלוני נ' משרד הפנים** (פס"ד מיום 12.6.2011, פסקה 6):

**ומה הם שיקולים הומניטאריים אלה? מבלי למצות את העניין, ברי כי בנסיבות מעין אלה יש ליתן את הדעת, הן לשיקולים של טובת הילד והן לשיקולים של הזכות לחיי משפחה. הגם שמעמדו של הילד אינו מקים כשלעצמו מעמד להורה, הוכר בפסיקה העיקרון לפיו ייתכנו מקרים הומניטאריים אשר יצדיקו, ואף יחייבו, סטייה מהכלל לפיו אין הילד יוצר מעמד להוריו (ראו למשל, בג"ץ 4156/01 דימיטריוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 294 (2002); כן ראו דנג"ץ 8916/02 דימיטריוב נ' משרד הפנים (פורסם בנבו), 6.7.2003; עע"ם 10993/08 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו), 10.3.2010).**

(ההדגשות הוספו, ב.א.)

54. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה לסרב לשדרג את מעמדו של העורר, תוך פגיעה בזכותם של אשתו וילדיו לחיי משפחה, ללא נימוק של ממש וללא שיש לעניין הצדקה, בניגוד מוחלט להתחייבות שניתנה לבית המשפט הנכבד, מהווה, בנוסף לאמור עד כה, אף הפרה של חובתה של הרשות לשים את עיקרון טובת הילד לנגד עיניה. כאמור, לעוררים שבעה ילדים, שארבעה מהם עודם קטינים. סירוב לשדרג את מעמדו של העורר משמעו בהכרח גם פגיעה בילדי המשפחה, שחיים בירושלים מיום לידתם וגדלים בה לצד ההורים, וחבריהם. מתן מעמד ארעי לעורר, אשר יקנה לו זכויות סוציאליות וחופש תנועה, יסייע רבות למשפחה כולה ויהלום את עיקרון טובת הילד המחייב את המשיבים כשיקול מרכזי במסגרת הפעלת שיקול דעתם המינהלי.

**סיכומם של דברים**

55. מן המקובץ עולה, כי החלטת המשיבים הנתקפת בעתירה זו אינה מנומקת כדבעי, בלתי סבירה ובלתי מידתית, ואף ניתנה בניגוד לדין. כל זאת תוך פגיעה קשה בזכויות היסוד של העוררים וילדיהם.

56. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד לבטל את החלטת המשיבים ולהורות להם כי בהיעדר מניעה בטחונית כנגד העורר, לאשר את שדרוג מעמדו למעמד של תושבות ארעית מסוג א/5. כמו כן מתבקש בית הדין הנכבד לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך דין והוצאות משפט.

ירושלים, 11 אפריל 2018

---

בנימין אחסתרובה, עו"ד  
ב"כ העוררים

(ת.ש. 44444)