

ערעור מנהלי

עמ"ן:

10-22

בית משפט לעניינים מינהליים, מחוזי
ירושלים

18.10.2022

תאריך:

המערערים	
שם:	ת"ז / ע"ר:
קנבר	
קונבר	
המוקד להגנת הפרט	ע"ר 580163517
טלפון:	טלפון נוסף:
מען:	דוא"ל:
	(למערערים אין דוא"ל)

ב"כ המערערים		
שם:	מספר רישיון:	מען:
עו"ד דניאל שנהר	41065	רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
עו"ד תהילה מאיר	71836	
עו"ד עלמא אלימלך	82867	
עו"ד נדיה דקה	66713	
עו"ד אהרון מייסס קורמן	78484	
עו"ד מאיסא אבו סאלח-אבו בכר	52763	
עו"ד נאדין אבו ערפה	89020	
טלפון:	פקס:	דוא"ל:
02-6283555	02-6276317	

- נ ג ד -

המשיבה		משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה	
שם:	מספר זיהוי:	מען:	
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים אזרחי	לא ידוע	רח' מח"ל 7, ירושלים 9149301 ת.ד. 49333	
טלפון:	פקס:	דוא"ל:	
073-3920000	02-6468053	Min-jer@justice.gov.il	

ערעור

סוג ההליך:

בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל

שם הערכאה דלמטה:

ערר (י-ם) 20-4464

סוג ומספר התיק דלמטה:

20.9.2022

מועד מתן ההחלטה דלמטה:

28.11.2022

המועד האחרון להגשת הערעור:

- המותב מוסמך : סמכות עניינית לפי סעיף 13 לא(א) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952, בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון בערעור על החלטה סופית של בית דין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל.
- סמכות מקומית לפי סעיף 22(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000, נתונה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, מאחר שבית הדין שנתן את החלטה מצוי במחוז ירושלים.
- החלטת הרשות שכנגדה מוגש הערעור ניתנה לכאורה מכוח סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.
- לפי פרט 10 לתוספת השנייה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000, מוסמך בית המשפט לעניינים מינהליים לדון בעניין זה.
- 1431 (פריט 21 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז – 2007 סכום אגרה :
- 2000 ₪ לפי פרט 73 לתוספת השלישית לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט – 2018 סכום הערובה :
- אין בבית משפט או בבית דין הליך נוסף בקשר למסכת עובדתית דומה שהמערעים הם צד להם הליך נוסף :

גוף הערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור מינהלי על פסק דינו של בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **פסק הדין ובית הדין בהתאמה**), מיום 20.9.2022 בערר (י-ם) 4464-20.

העתק פסק דינו של בית הדין מצ"ב ומסומן **מע/1**; העתק הערר שעליו ניתן פסק הדין, על נספחיו, מצורף ומסומן **מע/2**.

ואלו טעמי הערעור:

עניינו של הערעור בתמצית

1. ביום 21.12.2020 הוגש לבית הדין לעררים ערר כנגד החלטת המשיבה לבטל את ההליך לאיחוד משפחות בו נטלו חלק המערערים משך יותר מעשור שנים. היתה זו ההחלטה השלישית של המשיבה בעניינם בנושא זה, לאחר שב"סיבוב הראשון" בבית הדין קמא הושב עניינם למשיבה לאחר שהחלטה הוכרה כפגומה, וכן גם ב"סיבוב השני" ההחלטה נפסלה בשל פגמים קשים בהליך שמצא בית הדין. והנה, גם בפעם הזו שבה המשיבה וביטלה את ההליך לאיחוד משפחות, זו הפעם, ללא שום בושה, "מטעמי הרתעה". דבר לא השתנה במהלך חייהם הרגיל של המערערים, אנשים נורמטיביים, הורים לשמונה תושבי קבע בישראל, מלבד מאורע אחד טראגי – העובדה שבחודש ינואר 2017 ביצע אחיו למחצה של המערער 2, פאדי, פיגוע בטיילת ארמון הנציב בירושלים. לאחר הפיגוע, כפי שקרה למשפחות אחרות שבניהם היו מעורבים בפיגועים קטלניים, החלו נסיונות (מגושמים משהו) של המשיבה לפגוע בבני משפחה חפים מפשע של המפגעים, שתלויים במשיבה לצורך חיים בירושלים.

2. במקרה של המערערים מדובר במערערת 1 (להלן: **המערערת**), מהגדה המערבית במקור, עליה חל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב-2022 (להלן: **הוראת השעה**). מאחר שהיא תלויה במשיבה לצורך ההליך המדורג לקבלת מעמד בישראל עם בעלה תושב הקבע (להלן: **המערער**, ובין **המערערים** או **בני הזוג**), מדובר ב"טרף קל" להתעמרות ביורוקרטית, מוסווית היטב בנהליה של המשיבה. החל ב-2017 החלה המשיבה להערים קשיים על חידוש האשרה של המערערת, בתאונות כלליות של "קשר לדאעש", "שכונה תומכת טרור" וכעת "הרתעה" – מעולם לא סיבה שנעוצה במערערת עצמה! לצערנו, לאחר שלושה סיבובים, נכנע גם בית הדין קמא וסמך ידיו על עמדת המשיבה. מכאן הערעור.

התשתית העובדתית

הצדדים

3. **המערער** הוא תושב קבע בישראל. אשתו, המערערת, אשר נולדה בגדה המערבית, מתגוררת עמו בירושלים מאז שנת 1996; **המערערת 3** (להלן: **המוקד** או **המוקד להגנת הפרט**) 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. **המשיבה** הינה רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

4. לשם קבלת מלוא התמונה העובדתית הנחוצה, מופנה בית המשפט הנכבד לסעיפים 5-17 לכתב הערר, המצורף, על נספחיו, לערעור זה כנספח **מע/2**.
5. בקצירת האומר נאמר כי מדובר בבני זוג בעשור החמישי לחייהם, הנשואים מאז שנת 1996 וחיים מאז בירושלים, ולהם נולדו שמונה ילדים משותפים, כולם תושבי קבע. בקשה לאיחוד משפחות אושרה בשנת 2006, ומני אז קיבלה המערערת היתרי מת"ק, במסגרת ההליך. לאורך השנים לא התעוררה כל בעיה בנוגע למעמדה של המערערת, עד אשר בחודש ינואר 2017 ביצע אחיו למחצה של המערער פיגוע. ברי כי למערערים לא היתה כל ידיעה או מעורבות בדבר, אולם חייהם השתנו מאז לבלי הכר. ההחלטה הנתקפת בערעור דן, שקיבלה את אישור בית הדין, היא השלישית במספר שנתנה המשיבה בעניינם של המערערים בחמש השנים האחרונות. למרות שמזה זמן רב ברור כי המערערים עצמם חפים מפשע ושכנגדם אין כל טענה ביטחונית ישירה או עקיפה, ניתנו למשיבה בחמש השנים הללו מקצי שיפורים על מנת לנסות ולהצדיק את הצעד הדראקוני בו נקטה. דא עקא, מקצי השיפורים לא תיקנו את המעוות וגם בפעם הזו לא פעלה המשיבה כדין, כאשר במסגרת ההחלטה היא שבה ומתעלמת באופן בוטה מפסק דינו החלוט של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בעמ"ן 11930-07-18 **מדינת ישראל נ' חטיב** (נבו, 3.1.2019) (להלן: **פס"ד חטיב**), ומהוראות בית הדין אשר ניתנו במסגרת פסק הדין השני בערר 3289/18 מיום 2.8.2020, אשר הורה על מתן החלטה חדשה במסגרתה תינתן התייחסות בין השאר לעניין חטיב. קריאה בפסק הדין קמא מעלה אף היא תהיות, לאן נעלמו ההלכות הללו וקביעותיו של בית הדין עצמו בהליכים הקודמים.
6. עיון בהחלטה הנוכחית מעלה כי מלבד אזכור פס"ד חטיב בתחילתה של ההחלטה, בגופה של ההחלטה אין התייחסות לקביעותיו של פסק הדין בערר 3289/18 ולהלכה החלוטה בעניין חטיב. נוכח התנהלות זו של המשיבה ברי כי ההחלטה כלל אינה יכולה לעמוד, ומשכך, בחלוף שש שנים כמעט של התעללות בירוקרטית – במהלכן חיי המערערים תלויים על בלימה – הוגש הערר שעל פסק הדין בו מוגש ערעור זה, ערר 4464-20. בערר התקיימו שני דיונים, ב-6.7.2021 וביום 19.7.2022. בשני הדיונים נכחו גורמים פוליטיים שהפריעו למהלכו ואיימו על המערערים ועל באי כוחם. מקריאת פסק הדין מיום 20.9.2022 נראה כי חיתתם של המאיימים, וכן לחצו של הדרג הפוליטי, הכריעו לבסוף אף את בית הדין קמא, ומכאן הערעור. העתק פרוטוקול הדיון מיום 19.7.2022 מצורף ומסומן **מע/3**.

השגיאות שנפלו בפסק הדין קמא

7. אין מחלוקת שההחלטה שעמדה בבסיס הערר שהגישו המערערים לבית הדין הנכבד קמא, עסקה בזכויות אדם. כמו כן ברור כי מדובר בהחלטה קשה מנשוא, החורצת את גורלה של משפחה, וזאת לאחר יותר מעשור בו אושרה בקשתה. מכאן, שעל המשיבה להתבסס על ראיות מינהליות מוצקות ביותר ברמת הסתברות קרובה לוודאות, שכן בחשדות בלבד לא סגי. כמו כן על המשיבה לערוך איזון ראוי בין האינטרסים השונים ולתת לכל אחד מהנתונים הרלווטיים להחלטה את המשקל הראוי לו. ככל שאחד מהתנאים המצוינים עד כה לא התמלא הרי שמדובר בהחלטה בלתי סבירה שדינה להתבטל. ובכן, לעמדת המערערים מדובר בהחלטה שאינה עומדת בתנאים הנדרשים על מנת שתיחשב החלטה כשירה.

8. אין ויכוח על כך שהבעיות של בני הזוג החלו לאחר שאחיו למחצה של המערער ביצע פיגוע. לפני כן הוארכו אשרותיה של המערערת בלא בעיות. אין גם ויכוח על כך כי מדובר בבני זוג נורמטיביים, הורים לשמונה תושבי קבע, החיים ומתפרנסים בירושלים, שלא עוו ולא פשעו, ובפרט אינם קשורים כלל לפיגוע שביצע פאדי קונבר. על אף זאת, הדרג הפוליטי הממונה על המשיבה החליט לעשות בסמכות הנתונה לו מכוח החוק שימוש פסול ומעוות, והחל להתעלל בבני הזוג, כבר קרוב לשש שנים. למרות שמעולם לא היתה כנגדם כל מניעה ביטחונית או פלילית, המשיבה נסמכה על טענות כלליות, שהתבררו תחילה כשקריות (קשר לדאעש) ולאחר מכן כלא מבוססות (תמיכה של השכונה בטרור). כעת היא נסמכת על טענה בעייתית אף יותר, "הרתעה"; כלומר, המשיבה מודה בפה מלא שאין בידיה בדל מידע כנגד המערערת עצמה, אלא היא משתמשת בה על מנת להעביר מסר לאחרים, באמצעות דיני הכניסה לישראל. למרבה הבושה והכלימה, בית הדין קמא, בגלגול שלישי, מצדיק לפתע את העמדה הזו, תוך שהוא שוגה מספר פעמים.
9. ראשית, כיצד ייתכן שבשני הגלגולים הראשונים, במסגרת עררים 1401/17 ו-3289/18, קיבל בית הדין את עמדתם של המערערים, והשיב את התיק למשיבה לצורך קבלת החלטות חדשות. הרי יכול היה באותה קלות לדחות כבר את העררים קודם. דווקא כעת, כאשר המשיבה מנפנת בריש גלי בטעם שהוא לחלוטין מחוץ לגדרי סמכותה, דוחה מעליו בית הדין אחת לאחת את כל טענותיהם של המערערים בלי הנד עפעף.
10. שנית, בית הדין קבע כי לשר הפנים נתונה סמכות להפסיק הליך לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה, על אף שזכרה של הסמכות אינו בא בשום דבר חקיקה מסמך. בית הדין קמא מתעלם מהעובדה שהוראת השעה, שהיא החוק הספציפי החל על הסוגייה דנן, אינה מתירה הפסקה של הליך לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה כלליים, שאינם נעוצים במזמין או במזומן. בנוסף, קורא בית הדין הנכבד אל תוך הסעיף הכללי בחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה**), מה שאין בו: סמכות מכללא להפסיק הליך לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה, במהלך פרשני שיגרום לחכמי משפט מנוחים להתהפך בקבריהם, תוך התעלמות מוחלטת ובוטה מפסיקה עקבית וארוכת שנים שקבעה שלא ניתן לפגוע בזכויות אדם ללא הסמכה מפורשת ומפורטת בחוק. בית הדין מסביר כי ישנם טעמים נוספים להפסקה של הליך לאיחוד משפחות, המנויים בנהלי המשיבה, כמו "היעדר מרכז חיים" או "אי כנות קשר", שאינם מנויים באופן מפורש בחוק הכניסה. דא עקא, שמדובר בטעמים שהם אינהרנטיים להליכים של איחוד משפחות, ושקיבלו את אישורן של ערכאות לאורך עשרות שנים. הנדון כלל אינו דומה לראיה.
11. שלישית, האופן בו הפעיל בית הדין את מבחן המידתיות הוא, בהיעדר מילה אחרת, מביש; פסק הדין ניתן במאוחד בעניינם של המערערים דנן, וכן עוד 17 בני משפחה מורחבת של המפגע. כך, ניתוח מידתיות של החלטה מינהלית צריך להתייחס, בהכרח, לנסיבות הפרטניות של כל מקרה ומקרה. אולם, בית הדין לא נהג כך, אלא סקר בתמציתיות את שלושת מבחני המידתיות לגבי כל 19 בני המשפחה, ובלא הסבר החליט כי ההחלטה בעניינם של המערערים צולחת את המבחנים הללו. אין כל התייחסות בפסק הדין לנסיבות הפרטניות של המקרה, לכך שמדובר בבני זוג נורמטיביים, לכך שהאם, המערערת שעל גירושה הוחלט, היא אם לשמונה ילדים תושבי קבע בישראל. כיצד ניתן לערוך מבחן בלא התייחסות פרטנית לנסיבות המקרה? ניתן לכן לומר כי מידתיות ההחלטה במקרה דנן כלל לא נבחנה.

12. רביעית, אמנם כותרת הפרק בפסק הדין היא "סבירות ומידתיות", אולם אין בפסק הדין כל ניתוח של ההחלטה לפי מבחן הסבירות. אילו שיקולים עמדו בפני המשיבה בבואה לקבל את ההחלטה בעניינם של המערערים? מלבד חוות דעת חסויה של השב"כ, האם נלקחו עוד גורמים בחשבון? האם אכן ניתן משקל מוחלט לחוות הדעת של שב"כ – משמע, האם המשיבה התפרקה לחלוטין משיקול דעתה? בפסק הדין אין דיון בזה.
13. חמישית, בסופו של פסק הדין כתובה השורה הסתומה וחסרת הפשר הבאה: "תם ולא נשלם, סבורני כי על המשיבה לקיים מעת לעת מעקב ומחקר לגבי האמצעי של הפסקת הליך של איחוד משפחות ורישום ילדים למטרת הרתעה ותועלתו, ועל פי הממצאים לשוב ולבחון גם עניינם של העוררים". האם בית הדין מכוון לכך שההחלטה בעצם אינה סופית? שההיתרים אך הותלו, ולא בוטלו? האם, נניח, בעוד עשור, המשיבה תבין לפתע שגתה, יוכלו המערערים לשוב להליך לאיחוד משפחות בלא הגשתה של בקשה חדשה? פסק הדין, אם כן, מעורר יותר שאלות מאשר תשובות.
14. לאור האמור לעיל והמפורט להלן, בפרק המשפטי – בו יפרטו המערערים מהי הפסיקה שעליה מתבססות טענותיהם כלפי פסק הדין קמא – מבקשים המערערים מבית המשפט הנכבד להתערב בפסק דינו של בית הדין הנכבד קמא ולבטלו.

הפרק המשפטי

החלטה על הפסקת הליך מתנהל צריכה להיסמך על תשתית ראייתית מוצקה במיוחד

15. טרם נצלול לעניין הספציפי בו דן ערעור זה – אופן הבחינה של בקשה מתנהלת לאיחוד משפחות – יש להדגיש מושכלות יסוד. עת עסקינן בפגיעה בזכויות אדם, הפגיעה עומדת בדרישות הדין 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). 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 (ר' ע"ב 2/84 ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית, פ"ד לט(2) 225, 249-250).
16. זאת ועוד. כאשר מדובר בביטול הליך ואשרה שניתנה בעקבותיו לאורך יותר מעשור שנים, העניין מורכב אף יותר, כאשר טיב הראיות הנדרשות להכשרת החלטה לביטול ההליך ועוצמתן אך הולכת וגוברת: "קיימת זיקה ישירה בין עוצמתה של ראייה מנהלית הנדרשת ומידת השכנוע שהיא נושאת עימה לבין טיבה של ההחלטה המנהלית הנסמכת על אותה ראייה, כמו גם לשאלה על מי מוטל הנטל לביסוס ההחלטה. בענייננו, מדובר בהחלטה שמשמעה ביטול רישיון קיים ולא סירוב לתת רישיון חדש. על פי כללי המשפט המנהלי, במקרה של ביטול רישיון, נדרשת הרשות המנהלית ל"הוכחה משכנעת שאינה מותירה מקום לספקות סבירים" (בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד לו(1) 317, 328). בנוסף, מדובר בזכות מהותית שלביטולה יש השלכות קשות על המערערים. אמנם, נפסק כי שחומרת הצעד של ביטול התשובות נופלת מזו של ביטול אזרחות או תעודת עולה, שלגביהם נדרש מטען ראייתי כבד משקל במיוחד, אך נקבע כי

בשל תוצאותיו הפוגעניות של מהלך כזה "על המשיב לפעול בסבירות, לבחון את הראיות לפניו וליתן להם משקל ראוי" (ע"מ 8844/04 מוהנד שעאבאן ואח' נ' משרד הפנים). (ההדגשות הוספו, ד.ש.).

ההחלטה דורשת הסמכה חוקית מפורשת

17. עמדת המערערים – הייתה ועודנה – כי החקיקה החולשת על עניינם הינה הוראת השעה, כאשר חוק הכניסה, עליו מסתמכת המשיבה וכן בית הדין, אינו חל בעניינם. סעיף 3 להוראת 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 הנ"ל קובע אם כן מפורשות, כי כל עוד הוראת השעה בתוקף, **אין לשר הפנים סמכות ליתן למי שמוגדר כתושב האיזור, רישיון לישיבה או היתר שהייה מכח כל חוק או דין אחר ובכלל זאת חוק הכניסה**. בסעיפים הבאים להוראת השעה מבהיר המחוקק באילו תנאים יינתנו לתושבי האיזור היתרי שהייה ורישיונות ישיבה, ומהם התנאים לביטול אותן רישיונות והיתרים או לסירוב לבקשות לנתינתם.

18. מנגד ישנה החקיקה הכללית והישנה יותר. סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה קובע כי "שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו – לבטל **רישיון ישיבה שניתן לפי חוק זה** (ההדגשות הוספו, ד.ש.). הנה כי כן, בהיות המערערת תושבת איזור במשמעות הוראת השעה, שהוא חוק ספציפי ומאוחר יותר מאשר חוק הכניסה, ושהחזיקה בהיתר שהייה שניתן לה מכוח הוראת השעה, ולא מכח חוק הכניסה, הרי ששיקול הדעת המסור לשר הפנים לביטול רישיונות ישיבה בסעי' 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, אינו יכול לחול בעניינה. סעי' 11(א)(2) קובע באופן חד ובהיר כי הסמכות הנתונה לשר הפנים היא לביטול רישיונות ישיבה שניתנו מכח חוק "זה", כלומר מכח חוק הכניסה לישראל, ולא לביטול מעמד שניתן מכח דבר חקיקה אחר. ראו לעניין זה סעיף 6 לפס"ד חטיב.

19. סיכומו של עניין. לעמדת המערערים, כפי שהוצגה בפני המשיבה ובפני בית הדין קמא, דבר החקיקה החל על עניינם הינו הוראת השעה ולא חוק הכניסה. המשיבה אף לא הצביעה על מקור חוקי ספציפי אחר המסמך אותה לבטל את ההליך בעניינם של המערערים, בעילת "הרתעה", עילה חדשה שתוכנה לא נהיר והינה בבחינת יש מאין. לפיכך לעמדת המערערים, המשיבה פעלה בעניינם בחוסר סמכות ולחלופין בחריגה מסמכות.

חוק הכניסה נעדר הסמכה מפורשת ומפורטת כנדרש בדין

20. מושכלות ראשונים הם כי לצורך פגיעה בזכויות יסוד **יש להצביע על מקור סמכות חוקית מפורש מכוחו נעשית הפגיעה**. בעניינם של המערערים, מדובר בחפים מפשע שלא חטאו ושאינו 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 בשנותיה הראשונות של המדינה נמנעו בתי המשפט 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'). זאת ועוד. בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (נבו, 13.9.2017), שדן ספציפית בסמכויות מכוח חוק הכניסה, 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) (ההדגשה הוספה, ד.ש.).

21. אם כן, גם אם נלך בדרך, שאנו סבורים שהיא מוטעית, שהלך בה בית הדין, הפסיקה כבר קבעה שחוק הכניסה אינו מפורט דיו על מנת שניתן יהיה להסתמך עליו לצורך קביעה בדבר קיומה של סמכות לפגיעה בזכויות אדם רק על סמך סעיף כללי ונעדר פירוט. בית הדין בפסק דינו סטה לחלוטין מההלכות הללו, וקרא אל תוך חוק הכניסה מה שאין בו, סמכות להפסיק הליך לאיחוד משפחות "מטעמי הרתעה".

שיקול דעת מינהלי אינו בלתי מוגבל

22. לשר הפנים ניתן אמנם שיקול דעת רחב בכל הנוגע למתן אשרות ורישיונות לישיבה בישראל. אולם, ככל הפעלה של שיקול דעת של רשות מינהלית, אף בעניין דכאן ברי כי אין מדובר בשיקול דעת בלתי מוגבל. על הפעלת סמכות בידי הרשות המינהלית לעמוד בראש ובראשונה בעקרון חוקיות המנהל. עקרון זה מחייב את המשיבה כרשות מינהלית לא לחרוג בפעולותיה מגדרי ד' אמותיו של החוק וחובה עליה להצביע על מקור חוקי ספציפי מפורש ומפורט המסמיך אותה לפעול כפי שהיא פועלת. "הרשות המינהלית רשאית להפעיל את הסמכות המוקנית לה בחוק רק לשם הגשמת המטרות שלשמן הוענקה לה אותה סמכות או על יסוד השיקולים שנגזרים ממטרותיו של חוק זה. הגבלה זו היא אחת התולדות של עקרון שלטון החוק, המחייב את הכפפתה של הרשות המינהלית למטרותיה של החקיקה... היזקקות לשיקולים זרים או חתירה לקידום מטרות זרות היא סטייה ממצוותו של המחוקק לגבי הפעלת הסמכות..." (דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב' 635 (2010)). השקילה של שיקולים שהרשות לא הוסמכה לשקול היא אסורה, בין אם מדובר בשיקולים ראויים ובין אם לאו: "לעתים, מניעה של הרשות הם טובים וטהורים, במובן זה שהיא חותרת לביצוע פעולה לטובת הציבור. אולם, היא עושה כן על יסוד שיקולים שאין היא מוסמכת לשקול. יש להבחין בין מניע פסול לשיקול זר, וחשוב להדגיש כי לעתים גם שיקול חיובי ורצוי, כשלעצמו, עלול להיפסל כשיקול זר מבחינתה של רשות שלא הופקדה עליו" (שם, בעמ' 637).

23. על המשיבה לפעול בגדרי החוק. בית הדין קמא אינו יכול לקרוא אל תוך החוק מה שאין בו, ולהעניק בכך למשיבה שיקול דעת שהוא במהותו בלתי מוגבל.

הסתמכות על חוות דעת כללית של שירותי הביטחון

24. המערערים התנגדו לעיון של בית הדין בחוות דעת ביטחונית חסויה, ולא בכדי, מאחר שסברו, ועודם סבורים, כי לא ניתן לקבל החלטה של הפסקת הליך לאיחוד משפחות על בסיס אמירות כלליות של שבי"כ. לית מאן דפליג כי מהמערערת לא נשקפת כל סכנה, בטחונית או פלילית, ישירה או עקיפה. משכך, עמדת המערערים הייתה ועודנה כי הואיל ועניינה של המערערת אינו עונה על התנאים הנדרשים לביטול או לסירוב לבקשה כמפורט בסעי' 11 להוראת השעה, לא היה עוד מקום לעיון בחוות דעת כללית של גורמי הביטחון. שכן, שימוש בחוות דעת כללית שאינה עוסקת

במערערות, הקובעת כי יש צורך בהרתעת הרבים, אינה אפשרית לאור הוראות המחוקק בהוראת השעה. חשוב לזכור כי מחוקק הוראת השעה ראה לנכון לצמצם את סמכות המשיבה לפגוע בזכות יסוד לחיי משפחה על בסיס מניעה עקיפה הנובעת מאחרים – פגיעה קשה וחריגה השמורה רק לתושבי השטחים, רק למניעה עקיפה הנובעת מבני משפחה מדרגה ראשונה. השימוש בחוות דעת כללית, אשר אינה עוסקת בעניינה הפרטני של המערערת אינו אלא נסיון פסול ומסוכן של המשיבה להרחיב את סמכותה מחוץ לסמכות המוקנית לה בגדר ד' אמותיו של החוק תוך שימוש בשיקולים זרים והענשת של מי שלא חטאה ולא פשעה.

25. לא זו אף זו, בית הדין קמא התעלם במופגן ממספר קביעות חשובות לענייננו בפסק דינו של בית המשפט העליון שניתן לא מכבר בעע"ם 8277/17 **עלאא זיוד נ' שר הפנים** (נבו, 21.7.2022) (להלן: **פס"ד זיוד**). בהקשר של חוות דעת חסויה של שב"כ, נכתב בסעיף 110 כי אין היא מבססת כדבעי את הצורך בשלילת אזרחות מטעמי הפרת אמונים. אם כך בהקשר של צעד חקיקתי שהיה קיים שנים לפני הדיון בעתירה, מה ניתן לומר על צעד מינהלי חדשני שמעולם לא ננקט קודם לכן, של הפסקת הליך אחמ"ש מטעמי הרתעה? נראה כי הקלות בה קיבל המותב קמא את חוות הדעת החסויה, בבחינת כזה ראה וקדש, מעלה קשיים בלתי מבוטלים.

עילת ההרתעה פסולה היא מכל וכל

26. בית הדין קמא ידע כנראה היטב מדוע הוא מתעלם לחלוטין מפסק הדין שניתן בעניין זיוד. שם, קבע בית המשפט העליון כי אינו מקבל את שאר התכליות שהועלו לפני כן על ידי המדינה להצדקת ביטול האזרחות בעקבות הפרת אמונים. על התכלית ההרתעתית נכתב: "במסגרת ניהול ההליכים בבית משפט זה הוברר כי זו אינה תכליתו המרכזית של ההסדר וכי תכליתו המרכזית, **שניתן לראות בה תכלית ראויה**, היא התכלית ההצהרתית" (סעיף 109 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות). בנוסף צוין שחוות הדעת של השב"כ אינה מבססת את התועלת ההרתעתית של שלילת האזרחות (שם, בסעיף 110). בחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימוי) הנדל נכתב: "התכלית ההרתעתית... מעוררת קושי הן כשלעצמה, הן אל מול האמצעי שנבחר כדי להגשימה, שכן לא ברור כי האמצעי דגן אכן מקדמה, ודאי לא במידה המצדיקה להפעילו" (סעיף 5).

27. בית הדין קמא סומך ידיו על ההלכה של בית המשפט העליון בעניין הריסות בתים עונשיות. להווי ידוע כי בנושא זה דעת רוב השופטים הינה כי למפקד הצבאי ישנה סמכות להרוס את בתיהן של משפחות המפגעים מטעמי הרתעה. אולם, בל נשכח שאין הנדון דומה לראיה; מדובר על סמכות מפורשת בחקיקה, תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945. הסמכה מפורשת בחקיקה, להפסיק הליך לאיחוד משפחות מטעמי הרתעה כללית, שאינם נעוצים כלל בבני הזוג, זכרה לא בא בשום דבר חקיקה, כפי שהראינו לעיל. לא זו אף זו, עצם הלגיטימיות של התכלית ההרתעתית, אף בהקשר של הריסה עונשית של בתי משפחות, מעוררת מחלוקת עמוקה בקרב שופטי בית המשפט העליון, כפי שבאה לידי ביטוי בדבריו של כבוד השופט בדימוס מזוז במסגרת בג"ץ 8150/15 **אבו ג'מל נ' מפקד פיקוד העורף** (נבו, 22.12.2015), פסקה 7: "פגיעה מודעת ומכוונת בחפים מפשע, וכל שכן פגיעה קשה בזכויותיהם החוקתיות, וזאת אך למען "ייראו וייראו" מבצעי עבירה אחרים פוטנציאליים, היא מעשה שאינו עולה על הדעת בשום הקשר אחר (ההדגשה הוספה – ד.ש.). השיקול של "הרתעת הרבים" מוכר אמנם כאחד מיסודות הענישה במשפט הפלילי אך הוא מופעל רק כלפי מבצע העבירה שהורשע בדין ולא כלפי צד ג' חף מפשע (סעיף 40 לחוק העונשין, התשל"ז-

1977). קושי זה ("ענישה קולקטיבית") עומד בין היתר ביסוד שאלת חוקיות וחוקתיות עצם הפעלת תקנה 119. אך גם לגישה לפיה אין לשלול לחלוטין את האפשרות להפעלת תקנה 119, הרי שעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית, כמו גם עקרונות מוסר אוניברסליים, מחייבים לשלול הפעלת הסמכות, או למצער להגבילה מאוד, מקום שהדבר כרוך בפגיעה בחפים מפשע".

28. אם כך בהקשר הזה, כך ודאי בהקשרים אחרים, בהם פסל בית המשפט העליון לחלוטין שימוש בבני אדם כאמצעי לצורך השגת מטרה שהיא חיצונית להם – כפי שמבקשת המשיבה לעשות כאן. כך, פסל בית המשפט העליון את המדיניות של שימוש באסירים "ביטחוניים" כ"קלפי מיקוח" (ראו דנ"פ 7048/97 **פלונים נ' שר הביטחון**, נבו 14.4.2000); כן פסל בית המשפט העליון, שלוש פעמים, מדיניות בגדרה ביקש שר הפנים להשתמש בכליאתם של מבקשי מקלט, על לא עוול בכפם, ככלי שירתיע מבקשי מקלט אחרים מלהגיע לישראל (ראו בג"ץ 7146/12 **אדם נ' הכנסת**, נבו 16.9.2013). ובענייננו? שימוש ציני לחלוטין בבני משפחה רחוקים, על לא עוול בכפם, צריך היה להיפסל מכל וכל על ידי בית הדין, לאור ההלכות ארוכות השנים בעניין זה שיצאו מלפני בית המשפט העליון. אולם, לדאבון הלב, בית הדין נתן גושפנקא להתנהלות שרירותית לחלוטין.

הפגיעה האנושה בזכות לחיי משפחה

29. בנוסף, הזכויות הנפגעות הן זכויות חוקתיות. קבלת עמדת המשיבה פוגעת בזכותם של בני הזוג לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שברחו. לצערנו הרב, בית הדין הנכבד קמא לא נתן כל משקל לזכות האדם הבסיסית הזו, בבואו להכריע בערר. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. זכות זו הוכרה כזכות חוקתית בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (14.5.06). וראו עוד בג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' שר הפנים** (11.1.12). יפים לעניין זה דברים של הנשיא (בדימו') א' ברק בפסק דינו בעניין **עדאלה**: "הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו...".

30. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – **רק משיקולים כבדי משקל ובהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה**. דא עקא, בעניינם של בני הזוג קונבר, לא נראה כי המשיבה ובית הדין נתנו משקל כלשהו לזכות החוקתית לחיי משפחה. בית הדין אף מגדיל לקבוע, בהתבסס על אמרת אגב בפסיקה שקבעה את ההיפך, כי ניתן לקיים את הזכות לחיי משפחה מחוץ לישראל – משמע, ניתן לעקור משפחה של שני הורים ושמונה ילדים מביתם לשטח מחוץ למדינה, בשל "הרתעת הרבים". קביעה זו אינה יכולה בשום אופן לעמוד.

ההחלטה אינה מידתית

31. בית המשפט העליון בבג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל** (נבו, 30.6.2004) קבע זה מכבר, כי לפי עקרון המידתיות במשפט המינהלי: "החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמתה של התכלית השלטונית, הוא במידה ראויה".

כפי שציינו בסעיף 11 לעיל, בית הדין כלל לא בחן כדבעי את מידתיות ההחלטות במישור הפרטני. בפרט, על פי **מבחן המשנה השני**, על הרשות לבחור באמצעי שיפגע בפרט במידה הפחותה ביותר. מהחלטת המשיבה עולה כי האפשרות לפגוע במידה פחותה יותר במי שחיים כדין בירושלים שנים כה רבות ומשתייכים לאוכלוסייתה הילידית של העיר כלל לא נשקלה. החלטת המשיבה אף אינה עומדת **במבחן המשנה השלישי** - מבחן המידתיות במובן הצר. זאת, באשר אין כל יחס ראוי בין הנזק הרב שנגרם לבני הזוג מהחלטת המשיבה, הפוגעת בזכותם לחיי משפחה לבין התועלת שתצמח למשיבה מכך.

בבסיס החלטת המשיבה עומדים שיקולים זרים

32. לאור החלטת המשיבה, שבית הדין הנכבד קמא נתן לה הזדמנות לתקן אולם היא מיאנה לעשות כן ועומדת במריה, וכן לאור התנהלותה של המשיבה לאורך חמש השנים האחרונות, נראה כי משפחת קונבר נענשת בגין מעשיהם של אחרים, למטרת נקם גרידא ולמען יראו וייראו. 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**). משכך, והואיל ונחזה כי השיקולים העומדים ביסוד ההחלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות של בני הזוג הינם שיקולי נקמה, ענישה והרתעה, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין.

33. לכן, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק הדין, ולפסוק הוצאות לטובת המערערים.

ירושלים, 18 באוקטובר 2022

דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ המערערים

(ת.ש. 96761)