

- בעניין: 1. _____ קריע ת.ז. _____
2. _____ קריע ת.ז. _____ (יליד ירושלים 14.12.90)
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר
ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ת.ד. 49333 ירושלים 91493
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-5419582

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת: להורות למשיב לחזור בו מסרובו לבקשת העותרת 1 לרישום ילד בישראל שהוגשה עבור בנה, העותר 2, באופן שהבקשה תאושר ויוסדר מעמדו בישראל.

א. פתח דבר

אחר כך היתה בדידות גבוהה ועצורה,
בדידות נשאת מעבר למגע העין הבולשת,
בדידות שואגת מבפנים, כזעם שנקלא בחורונו הקר,
ולצדה הדרך - דרך לאין-קץ לעמק הלילות שהם ימים
ולרחב הימים שהם לילות. (אלכסנדר פן, שיר לעצמי)

- העותרים 1 ו-2 הם אם ובנה. העותר נולד בירושלים וחי בה, עם כל משפחתו, אין לו בית אחר.
- העותרים מנסים במשך שנים ארוכות להסדיר את מעמדו של העותר בישראל לצד בני משפחתו, אחיו והוריו. בקשת יתר בני המשפחה אושרה לאחר מאבק ארוך. בקשת העותר אושרה אף היא בתחילה, אולם לאחר מכן סורבה בנימוקים פליליים.
- העותרים פנו בהליכי ערעור והשגה על הסרוב, בטענה, כי הסרוב ניתן שלא כדין, אינו סביר ואינו ראוי, בנסיבות – אולם המשיב, באמצעות וועדת ההשגה, הותיר החלטתו על כנה.
- כתוצאה מהחלטת המשיב, חי העותר, שהינו בחור צעיר, בירושלים לצד בני משפחתו, כשהוא נטול זכויות. תחת איסור לעבוד ולהתפרנס, לנוע, ללמוד, לחיות כאחד האדם.
- עניינו של העותר ממחיש את הקלות הבלתי נסבלת בה מסרב המשיב לבקשה שהוגשה עבור ילד קטין (בעת הגשתה) של תושב ישראל על שום מידע פלילי כלשהו. נושא זה מצריך התייחסות רגישה ומקלה, התואמת את הדין ואת המצב האנושי הייחודי, הנוגע לעניינם של ילדים, אשר נקלעים למלכודת ההליכים הממושכת אל מול המשיב הנדרשת לשם הסדרת מעמדם בארץ הוריהם.
- בצר להם, נאלצים העותרים לפנות לבית המשפט הנכבד.

ב. הצדדים לעתירה

7. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), תושבת ירושלים, נשואה משנת 1989 לתושב שטחים, אמם של העותר 2 וארבעה ילדים נוספים. הבקשה לאיחוד משפחות, עבור בן זוגה, אבי ילדיה, אושרה. הבקשה להסדרת מעמדם או שהייתם בישראל של ארבעה מילדיה אושרה ורק בקשתו של בנה הבכור, אשר אושרה אף היא, סורבה בהמשך, מטעמים פליליים.
8. העותר 2, (להלן: **העותר** או _____) נולד בירושלים ביום 14.12.90, וגר בה עם כל משפחתו.
9. העותרת 3, עמותה רשומה שמשרדיה בירושלים המזרחית, 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 הינו הגוף המוסמך בדין ליתן מעמד בישראל ולאשר בקשות לרישום ילדים, וכן המשיב והמחליט בהשגה, אשר הוגשה בעניינם של העותרים ולא נענתה.

ג. רקע עובדתי

11. העותרת נישאה בשנת 1989 ל _____ קריע, ת.ז. 934435132, תושב שטחים. לבני הזוג נולדו חמישה ילדים: _____, נולד בירושלים ביום 14.12.1990, _____, נולדה בירושלים ביום 20.2.1992, _____, נולד באל בירה ביום 2.8.1993, _____, נולד באל בירה ביום 1.6.1998, ו _____, נולדה באל בירה ביום 2.6.1999.
12. העותרים חיים בירושלים בתנאים סוציאליים קשים. העותר ממעיט ככל האפשר לצאת מהבית, על מנת שלא להיתקל בשוטרים. יש לו קושי למצוא עבודה, להתחתן ולהתנהל בחיי היום יום בלא מעמד במקום בו הוא גר ובו גרה משפחתו. רוב זמנו נמצא _____ בבית. מאז שהשתחרר מהכלא לא היה לו לדבריו כל קשר עם עניינים פליליים. גם קודם לכן, לא עסק _____ בפלילים אלא נגרר למכירת כמות מזערית של חשיש (פחות מ-15 גרם) בתקופה נקודתית, קצרה, עליה שילם באופן קשה במאסר ממושך, בן 9 חודשים. המאסר נבע גם מהרשתות הבלתי מוצדקת בעברות של שהיה בלתי חוקית. ונסביר. בהתאם לנוהל המשיב מס' 5.1.0001 המורה שלא לנקוט בפעולות אכיפה בתקופת ההמתנה להכרעה בבקשות, שומא על המשיב לעדכן את הרשויות בדבר קיומה של בקשה מתנהלת. המשיב נמנע מעשות כן. כתוצאה מכך, הורשע _____ בעברות הני"ל, חרף המתנתו אותה עת ממש, להכרעת המשיב בבקשה לרישום במרשם האוכלוסין.

ד. המגעים עם המשיב

13. ביום 7.2.2008 הגישה העותרת בלשכת המשיב בקשה לאיחוד משפחות עבור בעלה וילדיה, ילדי השטחים ובקשת רישום ילדים, עבור שני ילדיה, שנולדו בישראל, בהם העותר. הבקשות הוגשו לאחר שהעותרת התגוררה בישראל מאז שנת 2005, משך למעלה משנתיים. לבקשות אלה קדמו בקשות קודמות (משנים 1997 ו-2006) שלא נענו משך תקופה ממושכת ואשר רק חודשים ארוכים לאחר שסורבו, טרח המשיב להודיע על כך לעותרת. העותרת שלא יכולה היתה לממן שירותי עו"ד בשכר נהגה לסור ללשכת המשיב מדי מספר חודשים, על מנת לברר גורל בקשותיה. בכל פעם נמסר לה כי הבקשות בטיפול. רק חודשים ארוכים לאחר הסירוב, טרח אחד הפקידים למסור לעותרת, כי למעשה סורבה בקשתה כבר לפני זמן רב. העותרת לא קבלה כל הודעה בכתב בדבר הסירוב בזמן אמת או בסמוך לכך.

- אישור על הגשת בקשות ביום 7.2.08 מצ"ב כנספח "ע/1"

14. לאחר שבקשתה של העותרת לא נענתה במרוצת חודשים ארוכים, הוגשה בעניינה ביום 22.7.2009 השגה 620/09 (להלן: "**ההשגה הראשונה**"). בהשגה זו נתבקש המשיב להסדיר את מעמד ילדי העותרת בישראל.

- השגה 620/09 (ללא נספחים) מצ"ב כנספח "ע/2"

15. ביום 6.1.2010 התקבלה הודעת המשיב בהשגה הראשונה, לפיה "הוחלט לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות ולרישום ילדים". עוד צוין בהחלטת המשיב שצורפה להודעה, כי לילד _____, הוא העותר 2, תימסר הפניה למנהלת התיאום והקישור, קרי בקשתו של העותר אושרה.

- הודעת המשיב והחלטה מיום 6.1.2010 מצ"ב כנספח "ע/3"

16. כיוון שהעותרים סברו, כי _____, שנולד בישראל וניהל בה את מרכז חייו אמור לקבל מעמד ולא היתר, נמשכו הליכי ההשגה בעניין טיב המעמד של _____.

- תגובת המשיגים מיום 12.1.10 מצ"ב כנספח "ע/4"

17. ביום 31.5.2010 ניתנה החלטת יו"ר הועדה הנכבדה בהשגה. באשר לבן _____ נדחתה ההשגה ונקבע (ס' 4 להחלטה) כי "בהיותו מרצה עונש מאסר (לא נמסר לי על ידי מרכזת הוועדה לכמה זמן נשפט), לא ניתן לדון בשאלת הסדרת מעמדו, ולו בשלב זה". (הדגשה שלי – ע.ל.) יצויין, כי הייתה זו הפעם הראשונה בה הודע לעותרים כי בעניינו של _____ נשקלת מניעה פלילית - מידע אשר לא נמסר בשום שלב על ידי המשיב, אשר כאמור מסר בהודעתו מיום 6.1.2010 כי ל_____ תינתן הפניה למת"ק.

- החלטת הועדה בהשגה 620/09 מיום 31.5.2010 מצ"ב כנספח "ע/5".

18. ביום 26.1.2011, בסמוך לשחרורו של העותר מהכלא, הוגשה בלשכת המשיב בקשה להארכת ההפניה למת"ק עבורו. בקשה זו נשלחה נוכח העובדה, כי כאמור, מעולם לא התקבל מלשכת המשיב סירוב לבקשה להסדרת שהייתו בישראל של העותר - נהפוך הוא. בהתאם לכך לא זומנו העותרים לשימוע, לא ניתנה כל פראפרזה באשר לסירוב, ולא ניתנה לעותרים האפשרות להעלות טיעוניהם כנגדו.

- מכתב נלווה לבקשה מיום 25.1.2011 מצ"ב כנספח "ע/6"

19. ביום 30.1.2011 נתקבלה תשובת לשכת המשיב, לפיה "בקשתו של הבן _____ קריע סורבה מטעמים פליליים... הריני להפנותך להחלטה שהתקבלה בעניינו במסגרת השגה מס' 620/09".

- מכתב המשיב מיום 30.1.2011 מצ"ב כנספח "ע/7"

20. ביום 6.4.2011 נשלח ללשכת המשיב מכתב אשר שב והדגיש את העובדה, כי בניגוד לנטען, מעולם לא התקבל סירוב מלשכת המשיב לבקשה להסדרת מעמדו של העותר, אלא להיפך, ניתנה הפניה לקבלת היתרי מת"ק. עוד נתבקשה הלשכה בפניה זו, שנשלחה לפני למעלה משנה, לנמק את הסירוב, באם קיים, באשר כל שנמסר לראשונה ביום 30.1.2011 הוא שבאותו שלב לא ניתן היה לדון בבקשה. בהמשך נשלחו מספר תזכורות למכתב זה.

• מכתב העותרים מיום 6.4.2011 מצ"ב כנספח "8/ע"

21. ביום 28.7.11 נשלח מכתב מלשכת המשיב אשר הפנה את העותרים שוב להחלטת יו"ר הועדה הנכבדה בהשגה 620/09 מיום 31.5.2010. עוד ציין המשיב, כי הוא **שוקל** לסרב את הבקשה כיוון ש"_____ קריע הורשע בשנת 2009 בארבעה תיקים פליליים בגין סחר בסמים". בשלב זה לראשונה נמסרה לעותרים מהמשיב פראפרזה מינימלית אודות סיבת הסירוב.

22. האמור לעיל, מלמדנו על התנהלותו המוזרה של המשיב אשר התעכב זמן רב בבחינת הבקשה, עד שהודיע על אישורה, קרוב לאחר מכן הודיע על אי יכולתו לאשרה לעת עתה, בהמשך הודיע כי הבקשה סורבה, וכעת הודיע כי נשקל לסרבה, כל זאת ביחס לבקשת אמא ישראלית להסדרת מעמדו של בנה, אשר הוגשה עוד בקטינותו.

• מכתב המשיב מיום 28.7.11 מצ"ב, כנספח "9/ע"

23. העותר הורשע ביום 24.11.09 במסגרת ת.פ. (שלום – ירושלים) 3330/09 על פי הודאתו בביצוע שלוש עבירות של סחר בסמים, ושתי עבירות של שהייה בישראל שלא כדין. המדובר היה במכירת כמויות של סם מסוג חשיש בכמות פחותה מ-15 גרם לשוטר סמוי בין יוני ליולי 2009. ביום 29.12.09 נגזר דינו של העותר לתשעה חודשים בפועל (עם חפיפה של המעצר) ושישה חודשים על תנאי. השופט התחשב בכך שלעותר אין עבר פלילי, הוא מסייע בפרנסת המשפחה והביע חרטה. עבירות השב"ח זכו גם הן להתחשבות, לאור מצבו המיוחד והגשת הבקשה להסדרת המעמד. כאמור, למעשה, על פי הדין, לא היה מקום כלל להוסיף לכתב האישום לא כל שכן להרשיע את העותר בעברות שההייה הבלתי חוקית, באשר העותר לא היה שווה בלתי חוקי, באותה עת, אלא מצוי היה בישראל עם משפחתו, בהמתנה להכרעה בבקשת אמו לרישומו במרשם האוכלוסין, שהוגשה כבר ביום 7.2.2008. על כך ר' סעיף א.2 לנוהל 5.1.0001. ברי, כי לו היה המשיב מעדכן את רשויות האכיפה בדבר הנוהל ולו ידע בא כוחו בהליך הפלילי אודות הנוהל, לא היה כלל העותר מואשם בשהייה בלתי חוקית וקרוב לוודאי, כי במצב דברים זה, היה עונשו של העותר קל במידה ניכרת.

• גזר דין מיום 29.12.09 מצ"ב כנספח "10/ע"

24. יוטעם, כי הנימוק לסרוב, גם לגרסת המשיב, הוא בתיקים שהיו קיימים עוד לפני אישור הבקשה, מלכתחילה. כאמור, בעוד קודם לכן טען המשיב כי בקשתו של העותר סורבה, הרי שכעת הוא מודיע כי הוא שוקל לסרב את הבקשה, אשר עדיין לא סורבה.

25. ביום 27.9.2011 נשלח ללשכת המשיב מכתב ובו פורטו הטענות כנגד הסירוב. במכתב זה, טענו העותרים כנגד הפגיעה הבלתי מידתית בעותר, תוך פירוט הנימוקים המפריכים את הסיכון הנובע ממנו לכאורה. עוד דרשו העותרים, כי לעותר יערך שימוע בעל פה, כנדרש.

• מכתב העותרים נגד הסירוב מיום 27.9.11 מצ"ב כנספח "11/ע"

26. ביום 2.10.2011, **יומיים לאחר מכן** ובזריזות לא אופיינית, נתקבל מכתב לשכת המשיב לפיו הוחלט "לסרב לבקשה מטעמים פליליים". עוד ציין המשיב בתשובתו, **לראשונה**, כי "קיים מידע עדכני אודות מרשך לפיו ממשיך לעסוק בפלילים". אותו ציון בדבר מידע נוסף עלום, הועלה לאחר מתן ההזדמנות להעלות את טענות העותר, באופן אשר לא איפשר לו

להתייחס לאותו טיעון חדש, אשר כשלעצמו נמסר באופן לאקוני ועמום נטול מידע המאפשר התייחסות. כפי שנרחיב בהמשך התנהלות המשיב בכללותה אינה עולה בקנה אחד עם כללי המינהל התקין, כללי הצדק הטבעי, ועם נוהל מפורש של המשיב, "נוהל הערות גורמים".

• מכתב לשכת המשיב מיום 2.10.11 מצ"ב כנספח "12/ע"

27. עוד באותו היום, הוא, 2.10.11, נשלחה ללשכת המשיב בקשה להבהרת המידע עליו מתבסס הסירוב, כולל "המידע העדכני" שבידי המשיב. עוד חזרו העותרים על דרישתם, כי לעותר יערך שימוע על פה, כנדרש.

• מכתב העותרים מיום 2.10.2011 מצ"ב כנספח "13/ע"

28. בשונה מהזריזות בה נענה הערר, הבקשה להבהיר את טעמי הסירוב שכבר ניתן, לא נענתה במשך זמן רב.

ה. השגה 641/11 – מיצוי הליכים

29. בגין סירובו של המשיב לבקשה להסדרת מעמד העותר, ובגין אי המענה לבקשה להבהרה, הוגשה ביום 17.11.11 השגה נוספת, שמספרה 641/11. בהשגה נטען כנגד סירוב המשיב לבקשה להסדרת מעמדו של העותר.

• השגה 641/11 (ללא נספחים) מצ"ב כנספח "14/ע"

30. ביום 23.11.11 ניתנה החלטה הקוצבת את זמן התשובה ל- 30 יום. ההחלטה ניתנה בהתאם לנוהל 1.5.0001 הקובע את סדי הזמנים למתן תשובת המשיב ולמתן הכרעת הוועדה ל- 30 ו- 60 יום בהתאמה, כך שסה"כ יוכרע המקרה בתוך 90 יום. פרקי הזמן, נקבעו בשים לב לכך שמדובר בנדבך נוסף של מיצוי הליכים, אשר מתווסף על מיצוי הליכים ממושך ביותר ואשר הינו הכרחי טרם פנייה לביהמ"ש, באופן שאינו מתיר לאדם לקבל את יומו בביהמ"ש קודם שיעבור בפני שבת החלטת וועדת ההשגה.

• החלטה מיום 23.11.11 במסגרת השגה 641/11 מצ"ב כנספח "15/ע"

31. ביום 8.12.11 בהעדר תגובה כלשהי, ניתן סעד זמני, האוסר הליכי אכיפה כנגד העותר עד להחלטה אחרת. **סעד זה ניתן ללא התנגדות המשיב, לא לפני ולא אחרי מתן הסעד.**

• החלטת ביניים מיום 8.12.11 במסגרת השגה 641/11 מצ"ב כנספח "16/ע"

32. משלא ניתנה כל תשובה מאת המשיב גם לאחר מתן אורכות לרוב, נאלצו העותרים ביום 26.6.12 לפנות בעתירה - עת"מ 49161-06-12, לבית משפט נכבד זה בבקשה להפעלת ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב והתנהלותו. חרף בקשת העותרים במסגרת העתירה לא ניתן צו ביניים, על שום קיומו במסגרת וועדת ההשגה.

• בקשות ארכה מטעם המשיב, תגובות העותרים והחלטות הוועדה לגבי ארכה במסגרת השגה 641/11 בתאריכים 2.1.2012-3.5.2012 מצ"ב כנספח "17/ע"

• העתירה הראשונה, עת"מ 49161-06-12, מצ"ב כנספח "18/ע"

33. ביום 10.7.12, לאחר הגשת העתירה ושימונה חודשים לאחר הגשת ההשגה, ניתנה תשובת המשיב להשגה. בתשובתו עמד המשיב על סירובו להסדיר את מעמדו של העותר בישראל

מטעמים פליליים. בין היתר, טען המשיב כי קיים חומר מודיעיני פלילי חסוי כנגד העותר, אך שדי בהרשעת העותר בעבר בגין מכירת כמות זעומה של חשיש כדי להצדיק את הסירוב. (סעיף 44 לתשובה)

• תשובת המשיב מיום 9.7.12 מצ"ב כנספח "ע/19"

34. נוכח קבלת התשובה להשגה ביקשו העותרים בהסכמת המשיב למחוק את העתירה תוך השתתפות הוצאות הגשתה על המשיב.

• הבקשה למחיקת העתירה ולהוצאות מצ"ב כנספח "ע/20"

• תגובת המשיב לבקשה מצ"ב כנספח "ע/21"

35. לאחר שביום 29.8.12 לבקשת העותרים נמחקה העתירה, ניתנה ביום 13.9.12 החלטת בית המשפט בה הושתו על המשיב הוצאות משפט.

• החלטה בעת"מ 49161-06-12 מיום 29.8.12, מצ"ב כנספח "ע/22"

• החלטה בעת"מ 49161-06-12 מיום 13.9.12, מצ"ב כנספח "ע/23"

36. ביום 6.8.12 הגישו העותרים תגובתם לעמדת המשיב להשגה, בה התנגדו, בין היתר, לבחינת החומר החסוי במעמד צד אחד. העותרים ציינו בתגובתם כי, בניגוד מוחלט לאמור בתשובת המשיב אודות "חומרתן וטיבן" של העבירות בהן הורשע העותר, כעילה מספיקה לסירוב הבקשה, הרי שכפי שתואר לעיל, מדובר בעבירה מינורית שהתבצעה על פני תקופה קצרה ביותר, ע"י נער צעיר במצוקה שהביע חרטה על מעשיו, שלא פשע טרם מעידה זו ולא אחריה, לאחר ששוחזר מן הכלא. העותרים הסבירו, כי בניגוד לטענת המשיב, לפיה בית המשפט התייחס לעבירות בחומרה, הרי שהמציאות רחוקה מכך. העותרים הזכירו, כי בגזר דינו של העותר התייחס בית המשפט לעובדה, כי מדובר בבחור צעיר, בעל עבר נקי, שנסיבות חייו הביאוהו למעידה חד פעמית והביאו מדברי השופט בגזר הדין, לפיהם: "אני מתחשב בכך שלפנינו נער בן 19 ללא עבר פלילי. לטענתו, הוא עובד בעבודות שונות על מנת לסייע בפרנסת המשפחה. הוא הביע בפני בית המשפט חרטה על מעשיו".

• תגובת העותרים מיום 6.8.12, מצ"ב כנספח "ע/24"

37. בהחלטה מיום 8.8.12 איפשרה הוועדה למשיב להגיב על עמדת העותרים. משבושש המשיב למסור תגובתו ביקשו העותרים ביום 10.9.12 מהוועדה להורות למשיב למסור פראפרזה גלויה ומפורטת לסירוב ובהיעדרה להכריעה בהשגה על יסוד החומר הגלוי.

• החלטת הוועדה מיום 8.8.12 מצ"ב כנספח "ע/25"

• תגובת העותרים מיום 10.9.12 מצ"ב כנספח "ע/26"

38. ביום 23.9.12 התקבלה החלטת ביניים מטעם הוועדה, בה התבקשו העותרים לשקול מחדש התנגדותם לצפיית הוועדה בחומר החסוי במעמד צד אחד.

• החלטת הביניים מיום 23.9.12 מצ"ב כנספח "ע/27"

39. ביום 9.10.12 הודיעו העותרים, כי באופן חריג יסכימו במקרה זה לבחינת החומר החסוי על ידי הוועדה. העותרים הציגו רשימת שאלות, בעניינן התבקשה התייחסות הוועדה,

וביקשו להופיע בפני הוועדה וכי לאחר בחינת החומר החסוי תורחב הפראפרזה אודות טעמי הסירוב.

• תגובת העותרים מיום 9.10.12 מצ"ב כנספח "ע/28".

40. ביום 25.10.12 ניתנה החלטת ביניים נוספת של וועדת ההשגה, בה הופנו העותרים להתייחס לעת"מ 7218-05-12 **אבו שהאב נ' משרד הפנים**.

41. ביום 28.10.12 הגישו העותרים תגובתם, ומסרו כי באופן חריג וללא כל קשר לפסה"ד בעניין בעת"מ 7218-05-12, שנסיבותיו שונות, יסכימו לבחינת החומר החסוי על ידי הוועדה.

• תגובת העותרים מיום 28.10.12 מצ"ב כנספח "ע/29".

42. ביום 7.11.12 ניתנה החלטת ביניים נוספת מטעם הוועדה. בהחלטה נמסר, כי המידע בעניינו של העותר מאוחר לשחרורו ממאסר, כי המידע אמין ואינו נוגע לשהייה בלתי חוקית אלא למעשיו של העותר, אשר לו היה מובא למשפט בגינם ומורשע בהם היה מרצה מאסר. עוד הוסיפה יו"ר הוועדה, כי לא ניתן למסור לעותרים מידע נוסף מעבר למידע זה.

• החלטת הביניים מיום 7.11.12 מצ"ב כנספח "ע/30".

1. החלטת וועדת ההשגה

43. ביום 21.1.13 ניתנה החלטת וועדת ההשגה, הדוחה את ההשגה. במרכז ההחלטה עמד חומר מודיעיני חסוי בעניינו לא נשפט העותר ואפילו לא נחקר ואשר כל בדל מידע לגביו לא נמסר. הוועדה הסתפקה בציון כי, מדובר בחומר עדכני למועד שחרורו של העותר מהכלא. אמירה ממנה לא ניתן להבין אם מדובר במידע שקיים גם היום או שמא רק מאוחר למועד השחרור מהכלא. עוד הוסיפה הוועדה וציינה כי "לו היה העותר מובא למשפט ומואשם", "היה מרצה מאסר" (סעיף 14 להחלטת וועדת ההשגה). על טיבם של המעשים עצמם ועל הראיות להתקיימותם, לא נמסר דבר ועל כן לא ניתנה לעותרים הזדמנות מהותית להתייחס להאשמה הכללית העלומה.

• החלטת הוועדה מיום 21.1.13 מצ"ב כנספח "ע/31".

44. וועדת ההשגה לא התייחסה כלל לעובדה שהבקשה עבור העותר הוגשה על ידי אמו בהיותו קטין ואין כל אינדיקציה למתן משקל כלשהו לחיי העותר בישראל עם כל בני משפחתו מאז גיל 15. הוועדה אמנם ציינה, כי על פי עת"מ 1768-08 **מצרי מחמד נ' משרד הפנים**, "ישנו כמובן הבדל בין מי שהורשע בדין בעבירות כאלה או אחרות, מי שהוגש נגדו כתב אישום, לבין מי שיש כנגדו רק ראיות מינהליות חסויות, ואין הליך פלילי צפוי שעתיד להתנהל על פי הן" (סעיף 15 להחלטת הוועדה, בו מצוטט מתוך עניין **מצרי**), אולם הדגישה, כי שם דובר על בקשה לאיחוד משפחות מתנהלת בעוד בעניינו, אף שאושרה הבקשה לאיחוד משפחות, הסתבר כי האישור ניתן כשהעותר כבר היה בכלא. ויוער, כי מהוועדה נשכח העיכוב המפליג בהכרעה בבקשת העותרת, אשר הוגשה בחודש פברואר 2008, אך הוכרעה רק בינואר 2010, כשנתיים תמימות מאוחר יותר בעקבות הגשת השגה קודמת לוועדת ההשגה. ברי, כי לו היה המשיב מטפל בבקשות בתוך פרק זמן סביר, המתקרב לפרק הזמן המקסימלי שנקבע בנוהל מטעמו לחצי שנה, ולא פי ארבע מפרק הזמן שנקבע בנוהל (פרק זמן, שאינו קצר, כשלעצמו), היה העותר כילד לוקח חלק בהליך איחוד משפחות משך זמן

ממושך. יתר על כן, על פי וועדת ההשגה הכלל המינהלי המובהק והברור מאליו במשטר דמוקרטי תקין, לפיו משקל שונה ייחוס לעבירות בגינם הואשם אדם והורשע לעומת עבירות בהן הוא רק נחשד, מתקיים באופן מהותי רק במקרה של בקשה מתנהלת ולא במקרה של בקשה עבור ילד שלא זכתה להתנהל בשל טיפול לקוי מצד המשיב. גישה זו מעידה על הבנה לקויה של הדין, כפי שהותווה בהלכה הפסוקה. הנחת המוצא כי חזקת החפות העומדת לאדם ובפרט כאשר אין לו כל יכולת להזים את הטענות כנגדו שתוכן לא נמסר לו מעולם, בטלה בשישים, מקום שבקשה עדיין לא אושרה והגם כשמדובר בפגיעה בזכויות יסוד, בטובת הילד ובזכות לחיי משפחה, מבטאת אטימות משוועת החורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

45. הוועדה מסכמת, כי האינטרס הציבורי - זכות הציבור לביטחון, "עדיף" בנסיבות אלה וכי ההחלטה שטעמיה עלומים הינה על כן סבירה. הוועדה מבהירה, כי אין כל קושי עם אי עריכת שימוע, משום שהנוהל אינו מחייב זאת.

46. מייד יוסבר כי החלטת הוועדה אינה סבירה באופן קיצוני, וודאי שאיננה מידתית. כל זאת על שום אופן קבלתה ופגיעתה בעותרים למעלה ומעבר לנדרש, ובהיותה נעדרת כל משקל למרכיבים משמעותיים כגון גילו הצעיר של העותר, בנה של תושבת ישראל ולהשלכות ההחלטה על חייו ועל חיי המשפחה.

ז. המסגרת המשפטית

I. הסדרת מעמד הילדים – העיקרון הכללי בהסדרת מעמד ילדי תושבים

47. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבע, בדבר החובות והזכויות של הורה משמורן ביחס לילדו הקטין, ובדבר ההגנה שעל החברה לפרוש על מערך היחסים שביניהם. בהתאם לכך, נפסק כי:

ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו... כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. (הדגשה שלי – ע.ל.) בג"ץ 979/99 - פבאלואיה קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים, תק-על 99(3), 108.

48. בנוגע לילד שנולד בישראל חלה באופן ישיר תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן - **התקנות**):

ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו. לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר.

49. למותר לציין, כי הזכאות למעמד בישראל מכוח תקנה 12 אינה מוגבלת לילד שאך זה נולד, ותופסת לגבי ילד בכל גיל:

...אין גם מקום לאמץ את עמדת המשיב לפיה חלה תקנה 12 רק אם הבקשה הוגשה בסמוך ללידה. מבחינת שמירה על שלמות המשפחה, אין הבדל בין מי שמבקש מעמד בישראל עבור ילדו, בסמוך ללידתו, ובין מי שמבקש מעמד לישראל עבור ילדו, כעבור זמן. בשני המקרים, אם להורה המשמורן רישיון לישיבת קבע בישראל ומרכז חיי המשפחה כאן, ראוי לאפשר לו לגדל את ילדו ולהתגורר עמו". (ר' עת"מ 577/04 **אלקורד ואח' נ' שר הפנים** – פסה"ד מצ"ב לעתירה המקורית וסומן שם, כנספח ע/7).

50. בהמשך לכך ניתן פסה"ד בעע"מ 5569/05 **מ"י נ' זלאל עויסאת ואח' (10.8.08)** לפיו יש ליתן משקל משמעותי וניכר לעקרון טובת הילד כאשר פרט למקרים נדירים וקיצוניים, יהיה על המשיב להשוות את מעמד הילד למעמדו של הורה המשמורן. ור' עוד עת"מ 311/06 **מוניר נ' שר הפנים (21.8.08)**.

51. המחוקק צמצם את אפשרות מתן המעמד השווה למי שהוגדר על ידו כתושב שטחים בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, אך קבע בסעיף 3א את האפשרות, ולמעשה החובה, ליתן היתרים או מעמד לילדים של תושבי ישראל, על פי גילם. על פי ההלכה, חובה זו אמנם יכול שתיסוג בפני שיקולים משמעותיים בדבר ביטחון המדינה והציבור (ר' בעניין **עויסאת** לעיל), אולם לשיקולים אלה רק משקל מסוים בין מכלול השיקולים החוקתיים וכבדי המשקל בדבר שלמות התא המשפחתי, וזכויותיהם של הורים וילדים. ברי, כי לא כל בדל מידע כלפי ילד של תושב ישראל, יהווה עילה לסירוב בקשתו וקריעתו ממשפחתו.

52. בפסה"ד בעע"מ 5718/09 **מ"י נ' סרור (27.4.11)** שב ואישר בית המשפט העליון את העמדה לפיה גיל הילדים לצורך החלת החוק הוא גילם במועד הגשת הבקשה:

"... על רקע זה קבעו בתי המשפט המחוזיים לא אחת כי על משרד הפנים לבחון את גילו של הקטין לצורך מתן רישיון ישיבה על-פי סעיף 3א(1) במועד הגשת הבקשה הראשונה לקבלת מעמד בישראל, ולא בתום השנתיים שבהן היה לקטין רישיון לישיבת ארעי. בתי המשפט המחוזיים סברו, כי רק באופן זה תוגשמה הוראותיהם של חוק הוראת השעה ותקנה 12 והתכליות המונחות בבסיסם (ראו דברים שנאמרו בעת"מ (מחוזי י-ם) 8295/08 משארה נ' שר הפנים (לא פורסם, 24.11.2008), פסקאות 12-14 לפסק-דינו של השופט י' עדיאל; ובעת"מ (מחוזי י-ם) 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים זחאייקה נ' שר הפנים (לא פורסם, 2.12.2008)).

עמדה זו מקובלת אף עלי. לדידי [...] (שם) סעיפים 46 ו-47. הדגשה שלי – ע.ל.)

53. במסגרת עת"מ 727/06 **נופל נ' השר הפנים (22.5.11)**, גובש לראשונה נוהל בנושא הסדרת מעמדם של ילדים, נוהל 2.2.0010, אשר פוצל לאחרונה לנהלים מס' 5.2.0029 ו-5.2.0030. בפסה"ד הורה בית המשפט הנכבד למשיב לתקן את הנוהל כך שיורה ככלל על סד זמנים

של חצי שנה לטיפול בבקשה. היות ובענייננו היה העותר שנולד בישראל מתחת לגיל 18 עת הוגשה הבקשה בענייננו, יש לשקול את ענייננו כקטין, על כל המשמעויות הטמונות בכך. כן, לו היה המשיב עומד באמות מידה סבירות לטיפול וכפי שהובהר בנוהל ובפסיקה ומכריע בענייננו של העותר בתוך חצי שנה, היתה מוכרעת בקשתו עוד בטרם היווצרות המניעה הפלילית הנטענת.

II. סרוב לקטינים בשל שיקולים פליליים - כללי

54. נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות (להלן: הנוהל) קובע בסעיף 1.1 כי:

במסגרת שיקול הדעת של שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל וחוק האזרחות, רשאי שר הפנים לשקול, בין היתר, את השאלה אם היענות לבקשה של זר לשהות בישראל, עלולה ליצור סכנה לביטחון הציבור, לשלומן, לביטחון המדינה או לאינטרסים החיוניים שלה.

• נוהל הערות גורמים מצ"ב כנספח "32/ע"

55. בהמשך, מציין הנוהל, שבכדי לענות על שאלה זו, על משרד הפנים להפנות לגורמי הביטחון והמשטרה (להלן: "הגורמים") את פרטי הבקשה ולקבל את המלצתם וחוות דעתם בעניין.

56. סעיף 3.1.1 לנוהל קובע כי:

כאשר הגורמים ימליצו לסרב את הבקשה מטעם הטמון בהרשעות של בן הזוג המוזמן ומשרד הפנים שקל ומצא כי יש לאמץ את ההמלצה ולסרב את הבקשה, יוצא למבקש מכתב כי בקשתו לאיחוד משפחות עבור בן זוגו סורבה וזאת מאחר ובן הזוג הזר הורשע בעברות אותן נפרט במכתב הסירוב.

57. ללמדנו: ראשית, הסעיף מתייחס לבני זוג ולא לילדים. כאמור, ומטבעם של דברים, כאשר מדובר בילד של תושבת ישראל שעבר לגור בישראל עם אמו בהיותו קטין, על ההתייחסות לרקע פלילי להיות מקלה לעומת ההתייחסות לבגיר. והרי, אמו וכל אחיו של הילד חיים כאן. ירושלים היא ביתו מזה שנים. לאן ילך במנותק ממשפחתו?

58. בהחלטה בהשגה 316/11 (ירושלים), אשר ניתנה ביום 8.11.2011, סקרה יושבת ראש הוועדה את העובדות הצריכות לעניין ואת הדין הרלוונטי. בין היתר ציינה יושבת הראש, באשר ל"נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות", כי "אין בנוהל הערות גורמים כל ההתייחסות למוזמן שהוא קטין, בגיל חינוך".

59. בדיוק באותו אופן בו ניתנת תשומת לב מיוחדת לטובת הילד בהליך הפלילי, [1] כך יש לתת את הדעת להבדל בין קטינים לבגירים, במסגרת קבלת החלטה על פי נוהל הערות גורמים. זאת, לאור העובדה כי:

להבדיל מן המבוגרים, ילדים נזקקים להגנה על צורכיהם, זכויותיהם ורצונותיהם, מפאת היותם במצב תמידי של התפתחות, אשר רק בתומו – עם הגעתם לבגרות, יוכלו לפעול בעצמם להגנת מלוא האינטרסים שלהם.

[1] ר', למשל, פרק 6 ("עיקרון טובת הילד בהליך הפלילי") לדו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה: ועדת המשנה בנושא הקטין בהליך הפלילי, נכתב ע"י עו"ד הלית אורן-רשף, פברואר 2003. זמין ברשת בכתובת:

<http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/C4D53B4C-AB90-4EDD-B0AE-49FEAC61F563/0/DOCHPLILY.pdf>
(להלן: הקטין בהליך הפלילי).

60. פעמים רבות, התנהגות עבריינית של צעירים קטינים או מי שבגר זה מכבר מקורה בקשיים הידועים הקיימים בהליך ההתבגרות. עניין זה מתעצם אף יותר כאשר מדובר בקטינים מהגרים, אשר עקרו ממדינה אחת לאחרת, ועברו ממסגרת מוכרת למסגרת חדשה, בה לא פעם, וכפי המקרה בענייננו הם ובני משפחתם נטולי מעמד.

61. על המדינה מוטלת חובה, לצד ההגנה על האינטרס הציבורי, לקחת בחשבון את הצרכים הייחודיים של מי שהגיש בקשתו כקטין, ואת טובתם, אף אם אלו מעורבים בהליך פלילי.

62. ברי, כי לא כל עבירה פלילית בכל דרגה יש בה כדי לחרוץ את גורלו של הילד לקריעה מביתו, כי אם דרוש לשם כך מידע משמעותי, עדכני ומוצק. ר' והשוו בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, אשר עוסק במניעה ביטחונית בעניינם של מבוגרים ואשר הרציונלים שנקבעו בו בדבר הזהירות בה יש לנקוט בטרם פגיעה בתא המשפחתי יפים בשינויים המחויבים ואף מקל וחומר לענייננו.

וכן ר' והשוו, בג"ץ 9211/04 **איבורה נ' משרד הפנים**, (18.7.2005) (להלן: עניין **איבורה**).

63. שנית, בנוגע לשיקול דעתו של משרד הפנים. הנוהל קובע, כי למרות שעל משרד הפנים לפנות אל הגורמים ולקבל את המלצתם, הרי שההחלטה אם לאשר או לדחות את הבקשה, לאור המידע המתקבל מהגורמים, חייבת להיות של משרד הפנים, ושלו בלבד. לשון אחר: **המלצת הגורמים כשלעצמה אינה יכולה לחרוץ את גורל הבקשה לאיחוד משפחות ואינה פוטרת את משרד הפנים ממחויבותו לשקילת הבקשה ומתן החלטה בבקשה**. באשר לשיקול דעתו של משרד הפנים, על פי נוסחו של סעיף 1.1 לנוהל, הרי שאין במעורבות פלילית כשלעצמה בכדי להביא לסירוב הבקשה. המדובר אך בגורם אחד מתוך מערך של היבטים ושיקולים. על המשיב להוכיח בכל מקרה לגופו כי כתוצאה ממעורבות זו, עלולה להיגרם סכנה לביטחון המדינה, לביטחון הציבור או לשלומם או לאינטרסים החיוניים של המדינה. לעניין הקביעה בדבר מחויבות המשיב להפעיל שיקול דעת בבואו להכריע בבקשות לאיחוד משפחות המובאות בפניו, קבע כב' השופט שפירא בעת"מ 1551-06-09, **נצאר נ' משרד הפנים** (29.9.09), כי:

אין לשב"כ "זכות וטו" לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות. אמנם לחוות דעתו של השב"כ מעמד מרכזי בשיקולי המשיב, ובדין ניתן לעמדת השב"כ מעמד זה, ואולם על המשיב לשקול מכלול של שיקולים נוספים בבואו להחליט בבקשה לאיחוד משפחות".

והשוו לענייננו, העוסק בבקשה אשר הוגשה עבור קטין, שחי בישראל מילדות עם כל משפחתו ובאשר עסקינן בעברה פלילית מינורית, אשר ודאי שאינה ברת משקל מרכזי בעת קבלת החלטה. הגם בהינתן חשד למסוכנות, על המשיב לשקול ולאזן בין שיקולי הביטחון לשיקולים אחרים. כך, עליו לבחון האם אכן מדובר בסכנה כה מוחשית לביטחון המדינה, לבטחון הציבור או שלומם או לאילו אינטרסים חיוניים של המדינה, עד כדי כך שיש בהם כדי לגבור על הפגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה – זכות שתיפגע אנושות כתוצאה מסירוב הבקשה. על חשיבות הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית בישראל, ראו פסק הדין בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** תק-על 2006 (2) 1754 וכן בג"ץ 446/07 **גלאון ואח' נ' היועמ"ש ואח'** (11.1.12).

64. לבסוף, נקבע בנוהל באשר לחובת ההנמקה, כי במכתב הסירוב לבקשה תנומק עילת הסירוב והעבירות בהן הורשע המוזמן ושביגין נדחתה בקשתו. בענייננו, לא עשה כן המשיב. במכתב הסירוב, כתב לראשונה, סיבה חדשה לסירוב, שלא ניתנה בהודעה המוקדמת ועל כן לא ניתן היה להתייחס אליה בערר. סיבה זו ניתנה באופן כללי ולאקוני, אשר אינו חושף ולו מאום ואינו מאפשר טיעון ממשי או הסבר.

III. הסרוב בשל שיקולים פליליים אינו מוצדק בנסיבות

65. העותר, בחור צעיר הסמוך על שולחן אמו, **נולד** בירושלים, **גדל** בה, **התחנך** וחי בה **עם כל משפחתו**, שלכולה יש כעת מעמד או היתר שהייה בישראל. קשריו של העותר לגדה מועטים וקלושים. למעשה, משנת 2005 לא ביקר בגדה, זאת מלבד ליום צאתו מהכלא, לשם נשלח, ומיד חזר אל משפחתו שבסילואן. (העותר גורש לאחרונה לקלנדיה בעודו אוחז בהחלטת וועדת ההשגה המונעת גירושו, אולם נכנס בעודו אוחז בסעד הזמני כלעומת שגורש).

66. יובהר, כי עברו של העותר היה נקי בטרם ביצע את העברות מסוג מכירת כמות מעטה של חשיש. גם מיום שחרורו מהכלא, לפני כשנתיים, לא ביצע עבירה. מדובר, לטענתו, במעידה נקודתית, אשר נבעה מנואשות כלכלית קשה, בעוד מצבה הכלכלי של משפחתו בכי רע. בתקופה זו היתה המשפחה במצוקה כלכלית ונפשית בשל אי הסדרת מעמדם של האב ושל ילדי המשפחה, אשר חיו כולם בביתם בישראל ללא מעמד וללא זכויות. לדברי העותר, לעולם לא ייפנה לאפיק זה יותר. תוך כדי ניצול מצבו השביר, דורדר העותר על ידי פושעים, ושילים על כך את המחיר במלואו ומעבר לכך בשהייה בכלא.

67. יודגש, כי לא מדובר בסחר בסמים במובנו הקלאסי, אלא בבחור צעיר, על גבול הקטינות, ששימש איש ביניים שמכר חשיש בכמות מעטה ביותר, תמורת רווח פעוט ביותר, במהלך תקופה קצרה ביותר (כחודש). לפני כן לא ביצע פעולה או עבירה. עברו היה נקי, גילו צעיר, מצבו המשפחתי והכלכלי קשה ביותר ומעמדו תלוי על הכף. לבסוף, נגזרו עליו תשעה חודשי מאסר.

68. וכך נכתב בגזר הדין כנגד העותר :

אני מתחשב בכך שבפנינו נער בן 19 ללא עבר פלילי. לטענתו, הוא עובד בעבודות שונות על מנת לסייע לפרנסת המשפחה. הוא הביע בפני בית המשפט חרטה על מעשיו.

69. כפי שעולה מגזר הדין, נרשמה התייחסות גם לשהייתו של העותר ללא היתר שהיה בישראל. יובהר כי העותר שהה בישראל בעוד בקשה להסדרת מעמדו תלויה ועומדת. והרי בהתאם לסעיף א.2. לנוהל 5.1.0001 של המשיב, אין לבצע פעילות אכיפה כלפי מי שמצוי בהליכים עד לקבלת תשובה סופית לעניין המעמד. לו היה נוהג המשיב על פי נהליו ומעדכן את הרשויות בדבר קיומה של בקשה מכח תקנה 12 לרישום העותר, מן הסתם היו מצטמצמים כתב האישום וההרשעה. לא מן הנמנע להניח: לו היה מוסדר מעמדו של העותר ולא מתעכב זמן כה רב, בהינתן אפשרות לעבוד ולסייע למשפחתו, אולי היה נוהג אחרת.

70. עוד יצוין, כי עקב היותו של העותר רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני, לא ניתן תסקיר רווחה שיפרוש את מצבו הכלכלי הקשה של המשפחה, ואת הסיטואציה הקשה בה מצוי העותר, יליד ירושלים, בהיותו חסר מעמד במקום הולדתו.

71. וכעת, נשאלת השאלה, האם עבר פלילי, כמתואר, מצדיק את החלטת המשיב, לסרב לבקשת אמו ליתן לעותר מעמד בישראל.

IV. ההלכה הפסוקה מורה על בחינה מאוזנת, מעמיקה וזהירה מאין כמותה טרם סירובה מטעמים פליליים הנוגעים למידע מודיעיני חסוי

72. בבג"ץ 5033/06 **גילבנוב נ' מדינת ישראל** (7.6.06) התייחס בית המשפט העליון לסמכות שר הפנים לסרב לבקשה לקבלת מעמד מטעמים פליליים וכן לשאלת המסוכנות לציבור. בעניין זה נדון עניינו של אדם צעיר, אך שם היה מדובר במספר רב של עבירות, מועדות וחזרה לעולם הפשע חרף התחייבות מפורשת. בעניין **גילבנוב**, נקבע הסדר מדורג של שלוש שנים, שבמהלכן גילבנוב מעד והכזיב שוב ושוב. בעניינו, הנסיבות הפוכות כמעט לחלוטין. ור' גם עניין **איבורה** לעיל.

73. בעע"מ 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נט(4), 134, התקבל ערעור העותרים על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי, ונקבע כי למרות ראיות מינהליות, לפיהן היה המערער מעורב בעבירה פלילית ביטחונית חמורה של זריקת בקבוק תבערה, עבירה ממנה זוכה בשל פגמים פרוצדוראליים בלבד ואשר בעניינה נמצאו ראיות מינהליות משמעותיות, יש לאשר את בקשת איחוד המשפחות של העותרים ואף להשיב למערער את המעמד הארעי, שהיה ברשותו. בית המשפט לא קיבל את עמדת המדינה, לפיה יש להאריך את הליך המבחן, כך שיוחל מראשיתו, וקבע כי ההליך ימשך מהמקום בו הופסק, באופן שיוותרו שנתיים עד לזכאות המערער למעמד של קבע, בכפוף לעמידה בתנאים הקבועים בהליך.

74. גם בעת"מ (ת"א) **מצרי מוחמד ואח' נ' משרד הפנים** (8.12.09), לא קיבל ביהמ"ש את עמדת המדינה וקבע, כי החלטת המשיב לדחות את בקשת איחוד המשפחות על יסודן של ראיות מינהליות איננה מידתית. ביהמ"ש עמד בעניין **מצרי**, על האיזון המתבקש בהפעלת שיקול הדעת של המשיב, עת מדובר במידע חסוי, בגינו לא הועמד אדם לדין ולא הורשע:

...העותר לא נחשף כלל למידע. הוא לא עומת איתו, ואין אפשרות כי הוא יקבל הזדמנות להתעמת איתו. לכן, העותר אינו יכול להעלות טענות כנגד המידע. יש להביא בחשבון במקרה כזה את האפשרות כי לו היתה לעותר הזדמנות להיחשף למידע, היו לו תשובות טובות ביחס אליו.

העדר האפשרות להתעמת עם המידע ולהשיב להאשמות העולות ממנו, פוגע באופן ברור ומוחשי בזכויות העותרים.

כאמור – מול השיקולים של החשש האפשרי לשלום הציבור – אם אכן היה העותר מעורב במעשים המיוחסים לו, ניצבת הפגיעה הוודאית הן בעותר (שאינו אזרח המדינה), והן בעותרת ובילדים שלהם. הפגיעה בזכויות אלה, הגם שאינה "ענישה" היא פגיעה משמעותית, חמורה וממשית... הזכות לחיי משפחה הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון (ר' בג"צ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח') [פורסם בנבו], כזכות יסוד בעלת חשיבות רבה. כדי לפגוע בזכות כזו, נדרש מידע בעל עוצמה ראייתית משמעותית, המתייחס לעבירה חמורה. רק מידע כזה יכול לספק את הדרישה לחשש המשמעותי לשלום הציבור ולביטחונו, מידע שיש בו כדי להצדיק את הפגיעה בזכותה של משפחת העותרים לחיות יחד כמשפחה בישראל.

75. על גישתו הזהירה של בית המשפט העליון בנושא זה ניתן ללמוד גם מפסה"ד בעע"מ 3375/11 **נטליה אוקון נ' משרד הפנים** (19.7.11). העתירה נשוא הערעור בעניין **אוקון** (עת"מ 38227-12-09 **נטליה אוקון נ' משרד הפנים - מדינת ישראל**) נדחתה מטעמים

פליליים, לאחר שרישיון ישיבת הארעי של העותרת הוארך פעם אחר פעם חרף המידע הפלילי הרב שהתגבש בעניינה ובענייניו של בעלה, אזרח ישראלי. מידע חמור, שהתבטא גם בראיות מינהליות חסויות ותיקים פליליים בנושא סחר בנשים, ניהול מקומות לצרכי זנות, איומים ועוד. בערעור, נקבע, כי חרף המידע הפלילי המשמעותי, יינתן למערערת רישיון ביקור מסוג ב/1 למשך חצי שנה במהלכה ייבחנו המשך עיסוקה בפלילים וכנות הנישואין. גם בעניין **אוקון** ניתן לראות כי הנושא נבחן בהירות, בהתחשבות ובמידתיות, תוך עריכת שימוע בעל פה, כאשר למרות המידע הפלילי הרב, הוחלט לבחון את נושא הסדרת המעמד על פני זמן נוסף, באופן שיזכה את בני הזוג בהזדמנות נוספת ובבחינה מעמיקה של עניינם טרם יוכרע כי על האשה להיקרע ממשפחתה ולעזוב את ישראל.

76. יתרה על כך. במקרים אחרים שהובאו בפני בית המשפט בעניינם של עותרים בעלי עבר פלילי נמשך, קבע בית המשפט כי יש לקבוע מתווה להסדרת מעמדם של העותרים במעמד של קבע. ר' לעניין זה פסה"ד בע"מ 11472/05 **ראזם נ' שר הפנים** (9.5.2010) בה נקבע מתווה להסדרת מעמדו של העותר, בעל עבר פלילי בישראל, והחלטה בהשגה 568/11 **זיאד נ' שר הפנים** בה ניתן למשיג, בעל עבר פלילי עשיר, מעמד של קבע בישראל. ר' גם החלטת בית המשפט העליון מיום 27.9.04 בע"מ 2098/04 **זיאד נ' מ"י**, וההסדר שנקבע בעניינו, מהם, עולה כי לא זו בלבד כי בשל הרקע הפלילי של אותו מערער הוא לא נפסל מקבלת מעמד, כי אם כחלק מהמתווה הורה ביהמ"ש למדינה לסייע בשיקומו.

• החלטת ביהמ"ש מיום 27.9.04, ההסדר, שנקבע בע"מ 2098/04 בעניין זיאד וההחלטה בהשגה המורה על מתן מעמד של קבע מצ"ב ומסומנים **"ע/33"**.

77. רציונל הבחינה הזהירה והמוקפדת בעניין זה יפה מקל וחומר בענייננו, בו מדובר בילד של תושבת, שהגיע הנה עם משפחתו כקטין והגיש את הבקשה בהיותו קטין ועבר עברות פליליות מינורית כשהוא על גבול הקטינות. על עברותיו שילם העותר את חובו זה מכבר, ומזה כשנתיים מתגורר בבית אמו במצב ביניים, מכלה את זמנו במשחקי מחשב וכדורגל, משתדל לעזור כמה שיותר בבית ובקרבתו, בעוד אין ביכולתו, בהיעדר מעמד, לעבוד בצורה מסודרת, ללמוד, ולממש את רצונותיו כאדם צעיר המבקש לשים את עברו מאחוריו ולהמשיך בחייו.

78. על העדר מסוכנותו העכשווית של העותר ניתן גם ללמוד מהיעדר התנגדות כלשהי מצד המשיב לסעד הזמני שניתן במסגרת ועדת ההשגה, סעד האוסר הליכי אכיפה כנגד העותר, ולמעשה מאפשר לו להישאר בישראל. לו הייתה אכן סכנה כלשהי מצד העותר, היה מצופה מהמשיב, להביע התנגדות, או התייחסות כלשהי לסעד זה. במצב דברים זה, לכל הפחות היה מצופה מהמשיב להחיש את תשובתו, אשר, כזכור ניתנה במקרה זה בשהוי ניכר, החורג למידה רבה מסד הזמנים שנקבע בנוהל וועדת ההשגה ורק בעקבות הגשת העתירה הקודמת על ידי העותרים. ועוד יוער, כי על העותר הושת בגין מעשיו עונש מאסר משמעותי בן תשעה חודשים ומאסר על תנאי לשנתיים, שחרף טענות המשיב בדבר מידע פלילי אליו קשור העותר, מעולם לא מומש.

79. העותר הוא בן העיר ירושלים, ובה מרכז חייו. למעט מעידה זו, וכפי שאנו למדים מעברו והוויתו כיום, כאשר למרות טענותיו המסתוריות של המשיב בדבר מידע מודיעיני, העותר לא נעצר ולא נחקר והמעצר על תנאי לא מומש. אין במעשי העותר ובאורח חייו משום סכנה לביטחון המדינה, בטחון הציבור ושלומם או פגיעה באינטרסים החיוניים של המדינה.

אדרבא, בהסדרת מעמדו של העותר בצוותא חדא עם כל יתר בני משפחתו יש משום קידום אינטרס המדינה והציבור, בקיום הדין בדבר חשיבות התא המשפחתי וטובתו של מי שהיה קטין בעת הגעתו לחיות עם הוריו במולדתם המשותפת. למען הסר ספק, ובניגוד לטענות המשיב, לדברי העותר הוא מתרחק מפלילים ואינו מעורב בכל עיסוק המנוגד לחוק.

V. הצורך בשימוע מלא, כולל שימוע בעל פה

80. בית המשפט העליון קבע בע"מ 1038/08 מ"י נ' **געאביץ** (11.8.09) כי על משרד הפנים לגבש נוהל בדבר שימוע במקרה של רצון לסרב לאיחוד משפחות. באשר לצורת השימוע, התווה בית המשפט העליון מסגרת כללית, לפיה האופן העדיף לעריכת השימוע הוא שילוב של שימוע בכתב ושימוע בעל פה. נאמר בפסק הדין מפי כב' השופט רובינשטיין, בסעיף ל' לפסק דינו, כך:

לדידי, השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב - הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאול שאלות העולות מן הכתוב. התשתית הכתובה מחייבת אדם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כוח; ההשלמה בעל פה פותחת אפשרות להבהרות.

81. הנוהל שגיבש המשיב קובע שהשימוע ייעשה בכתב, ואינו מאזכר אף אפשרות של שימוע על-פה. גישה זאת נדחתה במסגרת ביקורת שיפוטית עוד טרם גובש הנוהל. ר' למשל פרוטוקול הדיון מיום 28.1.2010 בבג"ץ 779/03 **רימאוי נ' שר הפנים**, שם הוסכם על ידי השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין ופוגלמן, כי בהעדר שימוע בעל פה, לא ניתנה לעותר זכות שימוע.

82. בעת"ס 1954/09 **הילאל נ' משרד הפנים** (פסק הדין ניתן ביום 24.8.2010), קבע כב' השופט יועד הכהן, כי על משרד הפנים חלה ככלל החובה לערוך שימוע בעל פה לגבי כל אדם, גם זר, שכניסתו למדינה נמנעת או שמבקשים לגרשו וכי "נדרשים טעמים כבדי משקל כדי לשלול מאדם" זכות זו. באותו עניין דובר באזרחית אמריקאית שביקשה להגיע לישראל לשם תעסוקה.

83. שימוע בעל פה נדרש גם על מנת ליישם את ההלכה הפסוקה בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' משרד הפנים**. אין לקיים דיון מהותי במסגרתו נלקח בחשבון לא רק המלצת השב"כ/משטרה אלא עוצמת ההשלכות האנושיות הצפויות למשפחה מאי היכולת לממש קיומו של תא משפחתי מאוחד בישראל ללא שימוע בעל פה.

84. בעניינינו, אף שמדובר בבקשה שהוגשה עבור קטין ע"י אמו התושבת, לא נערך שימוע בעל פה ואף לא שימוע בכתב בטרם קבלת החלטת המשיב על נימוקיה. באשר טיעוני העותר, הועלו טרם נמסרו לו מלוא הטעמים לסירוב. המשיב לא מסר טעמים אלו עד היום, כי אם מידע חלקי בלבד בנוגע לסיבת הסירוב. בחודש יולי 2011, מסתמך המשיב בתשובתו לעותרים על תיקים פליליים משנת 2009. העותרים אינם מכחישים, כי בעברו מעד העותר במספר עבירות של מכירת מעט חשיש ובמשך תקופה קצרה ביותר, בעיקר כפועל יוצא של מצבו האישי והמשפחתי הקשה ובהיעדר מעמד בישראל. עם זאת, גזירת גורלו של העותר על ידי המשיב, להיקרע ממשפחתו, תוך התעלמות משלל הנסיבות היחודיות במקרה זה, הינה החלטה אכזרית בלתי סבירה באופן קיצוני ובלתי מידתית, אשר נסמכת על מאורעות עבר ואינה משקפת את מציאות ההווה של העותר, כנדרש לפי נהלי המשיב עצמו.

85. שום פרט בתשובתו של המשיב לטיעוני העותרים (שהיוו כעין שימוע בכתב) כנגד הסירוב אינו מעיד על כך כי טענות העותרים זכו לתשומת הלב להם ראויים, נאמדו בכובד ראש ונשקלו בנפש חפצה במסגרת שיקולי המשיב לפני מתן הכרעה בבקשה. נהפוך הוא - המהירות בה ענה המשיב לכתב הטיעונים, וחוסר התייחסותו המוחלטת לנאמר בו, מבהירים כי המשיב גמר אומר בדעתו לסרב לבקשה ויהי מה, ונתן לעותרים לטעון את טיעוניהם בכתב רק כדי לצאת ידי חובה. זאת ועוד - לראשונה, לאחר הגשת הערעור, שלף המשיב מכובעו טיעון חדש, כאילו קיים כנגד העותר מידע פלילי עדכני - זאת מבלי לומר דבר וחצי דבר ולו פראפרזה על טיבו של מידע זה. ברי, כי העותרים אינם יכולים לטעון כלפי טעמים, שאינם מובאים בפניהם, אלא בהאשמה לאקונית כללית וגורפת - "מידע מודיעיני". יפים לענייננו הדברים שנפסקו בעניין **געאביץ** אודות החשיבות במסירת פראפרזה:

דרוש מאמץ ליצירת פרפראזות של החומר, תוך פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת, ויש לשאוף לצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש. (עניין געאביץ, פסקה ל"א)

ובהמשך לכך:

המפתח להפיכת השימוע להליך אמיתי הוא, כי למבקשים יינתן מידע ממשי, ככל הניתן, אם גם במגבלות מובנות, כך שיאפשר להם להתכונן להליך כראוי. (שם, בפסקה ל"ד).

86. כן נקבע, בפסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בעניין **געאביץ**:

עוד אבקש להעיר לסיום, כי קיימת חשיבות של ממש בהקפדה על קיום נהלי משרד הפנים הנוגעים לאופן הצגת תמצית המידע אותו ניתן לחשוף בפני הפרט שבקשתו למתן מעמד נבחנת ובשים לב למהותם ותכליתם של נהלים אלו. כזכור, בבסיס גיבושו של "נוהל הערות גורמים" עמדה התפיסה לפיה על משרד הפנים לעשות כל שביכולתו - בשים לב למגבלות החומר החסוי - לספק לפרט נתונים באשר למידע העומד בבסיס החלטה שלא להעניק לו מעמד בישראל מטעמים ביטחוניים ואחרים. במסגרת הנוהל גובש מתווה לפיו תסופק לפרט מבקש המעמד תמצית המידע המיוחס לו, העומד בבסיס עילת הסירוב, באופן רחב ככל הניתן. כך יתאפשר לפרט בצורה טובה יותר - גם אם לא מיטבית - להתמודד עם המיוחס לו. בחינת חלק מהחלטות הסירוב נשוא הערעורים שלפנינו העלו בליבנו חשש שמא תמציות המידע (פרפראזות) הגלויות הנזכרות בהחלטות הסירוב אינן מפורטות דיין ואינן מאפשרות התייחסות ראויה מצד הפרט לטענות המועלות נגדו. לדעתנו, ראוי כי הרשות תיתן דעתה להיבט זה ותבחן האם מצב הדברים זהיום נותן באופן אמיתי מענה הולם להיבט זה של חשיפת החומר בפני מבקש המעמד, כמתחייב מטיבו של ההליך ומטיבן של הזכויות הנפגעות מקום בו מתקבלת החלטת הסירוב, והכל בהתחשב באילוצי הבטחוני. (ההדגשות שלי - ע.ל.).

87. במקרה דנן, **המידע שסופק סוטה מהדרישות שנקבעו בעניין געאביץ**. ברי, כי המשיב לא העביר מידע "באופן רחב ככל הניתן" וגם לא "מידע ממשי ככל הניתן". כתוצאה מכך לא ניתן לעותרים לממש את זכות היסוד לשימוע בעניין כוונת המשיב לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות. המשיב מצידו לא עמד בחובת ההנמקה המוטלת עליו, חובה המהווה חלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע והליך הוגן והוכרה אף היא כזכות במשפט המקובל האנגלי ובעקבותיו המשפט הישראלי, שהכירו בקיומם של כללי צדק טבעי (natural

(justice). כפי שהנחה בית המשפט הנכבד את המשיב בעניין **געאביץ**, מעבר לרציונל העומד בבסיס חובת ההנמקה, שהוא, בין היתר, לאפשר לאדם שנפגע מן ההחלטה המינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין, ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית, הרי שבהיות ההחלטה על סירוב לבקשה כה קריטית לחיי המשפחה המבקשת, קיימת חשיבות מיוחדת להנמקת הסירוב, זאת מעבר לפראפראזה הדלה אשר נמסרה לעותרים במקרה דנן.

88. כל הטעמים הללו הצדיקו קיום שימוע בעל פה ומסירת פראפראזה אודות טעמי הסירוב בטרם קבלת החלטה בעניינו של העותר.

VI. הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

89. התנהגות המשיב כמפורט לעיל פוגעת בזכותם של העותרים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי. זכותו של כל אדם לדור עם משפחתו הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (ניתן ביום 14.5.06) שעניינו חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

90. לאחרונה ניתן פסק דין בדבר חוקתיותו של חוק הוראת השעה (בג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' שר הפנים**, ניתן ביום 11.1.12) החוק הושאר על כנו, בדעת רוב של ששה שופטים מול חמישה. כב' השופט בדימוס אדמונד לוי, אשר היה חלק מדעת הרוב בפרשת **עדאלה**, כתב את חלקה הארי של דעת המיעוט בפס"ד זה, והתייחס לקביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, כזכות ליבה במושג הכבוד:

הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה מצויות בגרעינו של המושג כבוד האדם, ולהן מעמד חוקתי המשקף ערכי יסוד של מדינת ישראל. היטב זכורים דברי השופט מ' לנדוי כי "עקרון היסוד של שוויון הכל בפני החוק הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו" (בג"ץ 98/69 **ברגמן נ' שר האוצר**, כג(1) 693, 698 (1969)). "הוא כצמח המחייב טיפוח מתמיד", הוסיף אליקים רובינשטיין, "הוא כשדה שלחין המצפה לא רק למטר שמים אלא גם ליד בוטחת של האדם" ("על השוויון לערבים בישראל" נתיבי ממשל ומשפט 278, 280 (התשס"ג-2003)). ואילו "זכות האדם למשפחה", כתבה חברתי, השופטת א' פרוקצ'יה, "היא מיסודות הקיום האנושי. קשה לתאר זכויות אנוש שתשוויה לה בחשיבותן ובעוצמתן. בין זכויות האדם ניצבת זכותו של אדם למשפחה במדרג העליון. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם ואת התגלמות הגשמת עצמיותו" (בג"ץ 7052/03 **עדאלה הנ"ל**, בעמ' 496-497) (פסקה 8 לפס"ד).

91. 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. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית מתוקנת, 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. כך גם באשר לנקיטת סחבת והערמת מכשולים בירוקרטים מוגזמים, התנהלות שמוצגת במקרה זה בצורה ברורה ואשר מנוגדת לשלטון החוק.

ר' עוד : כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 **אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח'**, פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 **כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 **פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 **פלוני נ' מ"י**, פ"ד מ"ט(1) 330, 337; דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני ואח'**, פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 **פבאלויה קרלו נ' שר הפנים**, תקדין עליון 99(3) 108.

92. גם המשפט הבינלאומי קובע הגנות לחיי המשפחה כיחידה אחת. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אושרה ע"י ישראל ביום 3.10.91, כי :

יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחיוכים....

ראו עוד: ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב- 10.12.48, ס' 8(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

VII. זכויות הילדים – טובת הילד

93. בהחלטתו הדוחה את הבקשה להסדרת מעמדו של העותר, פוגע המשיב בעותר, **שהיה קטין בעת הגשת הבקשה לרישומו**, שהוגשה מתוקף תקנה 12 וכחלק מבקשות להסדרת מעמדו של בני המשפחה, אשר כולן אושרו.

94. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמדו של העותר בהיעדר הצדקה, משבית כל היבט נורמטיבי של חיי המשפחה וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים חשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים ואנשים צעירים.

95. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. 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.

96. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221), אותה אישרה מדינת ישראל עם כמעט כל אומות העולם, 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 [...].

97. ר' עוד סעיפים 1, 3(1), 4, 5, 7, 9(1), סעיף 10(1) לאמנה. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: 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 שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר). מן הדין שהמשיבים יפעילו את סמכויותיהם בהתאם

לטובת הילד כפירושה בהוראות האמנה. ר' עוד סעיפים 24 (1) ו-(2), 17, 23, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

VIII. חוסר סבירות וחוסר הוגנות

98. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב.

ראו לעניין זה: בג"ץ 1689/94 **הררי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נא (1), 15 ובג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל**, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 745-746, דברי כבוד השופט (כתוארו אז) ברק לאמור:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגיונות.

99. סרוב המשיב לבקשת העותרים, גם לאור הנסיבות של חיי המשפחה כולה בירושלים, הגשת בקשות קודמות, העבר הפלילי הנקי, לבד מהרשעה על מעשים בחודש אחד, פוגעת במשפחה וממררת את חייהם, פשוטו כמשמעו. לאורך השנים חיים בני המשפחה בחוסר יציבות ובחוסר וודאות באשר לאפשרות הבן הבכור לחיות עמם בביתם בירושלים ולהשלכות הנוראות למשפחה באם יוחלט כי על העותר לעזוב.

100. קבלת החלטה כה קשה ע"י המשיב ללא מתן משקל להיבטים משמעותיים הנוגעים לבקשה כגון גיל הילד בעת הגשת הבקשה ובנה של תושבת ישראל וחלק ממשפחה שלמה המתגוררת בישראל כדין, ללא הנמקה, ללא מתן פראפרזה וללא עריכת שימוע, איננה סבירה באופן קיצוני.

IX. החלטת המשיב איננה מידתית

101. איזון ראוי בין הטענות הפליליות החסויות בגין לא נשפט העותר ואף לא נחקר לבין הפגיעה הוודאית במשפחת העותרים, באמא ובנה – אמור היה להביא את המשיב להחלטה שיש לאשר את הבקשה להסדרת מעמדו של העותר. כך למשל, בעניין **אוקון** לעיל לאחר שימוע, ניתנו לבני הזוג מספר הזדמנויות במהלכם הוארך תוקף רישיון הישיבה של העותרת, לשם בחינה מעמיקה של עניינם ומתן הזדמנות לחזרה למוטב. גם בעניין **גילבנוב** ניתנו לעותר מספרה הזדמנויות להיטיב את דרכיו טרם הוחלט לסרב לבקשתו. כך גם בעניין **חמדאן** ובעניין **מצרי**.

102. ואילו בענייננו? סירוב מוחלט. לא הזדמנות; לא אשרה מוגבלת בזמן ולא אשרה תחת תנאים. אפילו לא שימוע. למרות שמדובר בבחור צעיר, בעל נסיבות חיים קשות, המתאפיינות בעוני והיעדר מעמד, שנשפט בחומרה על עבירות קלות שעבר כשהוא על סף בגירות – שום הזדמנות לא ניתנת וכל חלופה מידתית לא נבחנת טרם ההחלטה הנחרצת לסלקו מביתו שבישראל ולהפרידו מכל בני משפחתו.

103. יו"ר וועדת ההשגות לא מצאה לנכון להרחיב את הפראפרזה הנוגעת לעותרים במאום, לא ציינה בהחלטתה כל חלופה שנבחנה. כל זאת, על פי הנקבע משום שיש במידע הפלילי

המודיעיני החסוי, **בגינת העותר אפילו לא נחקר**, משום מידע ש"לו היה העותר מובא למשפט ומורשע" היה מרצה מאסר. **לו היה העותר מורשע**. ושמא יתכן שלא היה מורשע? ושמא יתכן שהיה העותר נמצא זכאי? או אשם במידה מועטה או אף נמצא אשם במידה המצריכה עונש קל – כלום במצב כזה עצם ההאשמה ואף הרשעה היה בה כשלעצמה כדי לפסול את העותר מקבלת כל הזדמנות לחיות כדן עם משפחתו? ודוק, כי בענייננו, בשונה מעניין **גילבנוב ומעניין אוקון**, למרות שהעותר הינו בנה של תושבת ישראל, שנולד בישראל וחי כאן מגיל 15 עם כל בני משפחתו נוכח חוק הוראת השעה, כל שיזכה לקבל הגם אם תאושר בקשתו הוא היתר שהייה צבאי ומוגבל בזמן ובמגבלות לרוב. היתר שאינו מקנה זכויות סוצאליות, ואשר גלום בו פיקוח דקדקני על העותר, בדמות של בדיקות תכופות וכפולות אצל המשיב ובמינהלת התאום והקישור (מת"ק). כך למשל, בשנת 2010 אושרה בקשת העותר על ידי המשיב, אך סורבה כלעומת שאושרה בגין העניין הפלילי, בעוד העותר מצוי תחת פיקוח מתמיד. כך למשל, הגם אם תאושר בקשת העותר לא יקבל העותר תיעוד ישראלי ולא יורשה לנהוג בישראל.

104. בענייננו, הגם אם יש קשר רציונלי בין ההחלטה לתכלית המוצדקת של הגנה על שלום הציבור, ועל כך ללא הנמקה ופארפרזה ניתן רק לתהות, ברי, כי ישנן חלופות אשר היה בהן כדי להגשים את התכלית של שמירה על שלום הציבור, תוך פגיעה פחותה בעותר, באמו ובמשפחתם כולה. כאלו ננקטו בהנחיית בית המשפט במקרים אחרים, כגון, **גילבנוב, אוקון, חמדאן ומצרי**. בענייננו, ההחלטה הרת הגורל התקבלה מבלי שנבחנו חלופות, וודאי שלא נבחרה החלופה הפוגעת בזכויות במידה הפחותה.

105. בכל קנה מידה, חוטאת החלטת המשיב במקרה זה לעקרון המידתיות. מבחני המידתיות מושרשים בעקרונותינו המשפטיים. במקרה זה, בו נפגעת זכות יסוד, על המשיב לבחון את מידתיות ההחלטה בטרם יחליט החלטה לה משמעות הרסנית עבור משפחת העותרים.

ח. סיכום

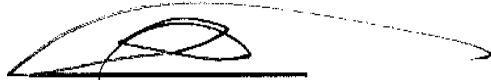
106. בבואו של המשיב להכריע בבקשה להסדרת מעמדו של ילד לתושב ישראל, עליו לנקוט בזהירות וברגישות יוצאות דופן ובכלל זה לקיים לנשוא ההחלטה שימוע בעל פה, לאחר מתן פראפרזה מקיפה בדבר טעמי הכוונה לסרוב הבקשה. המדובר בעניינם של ילדי תושבי ישראל, אשר בקשה להסדרת מעמדם הוגשה בהיותם קטינים, בעקבות מגוריהם כאן מילדות עם הוריהם הישראלי אחיהם ואחיותיהם. מאחר שעסקין בילדים, חשוב שהקניית המעמד תיעשה בהליכים פשוטים ומהירים, שאינם מציבים מכשולים קשים בפני תושבים מכל רובדי הציבור. בהתאם לכך, על המשיב לעשות שימוש זהיר בהפעלת שיקול דעתו לסרב לבקשה של ילדו של תושב ישראל, מטעמים פליליים, כאשר לא כל היבט פלילי שיתעורר יהווה עילה לסירוב הבקשה. משמעות הדבר היא, שרק טעמים עדכניים וכבדי משקל, המעידים על סכנה וודאית לציבור כתוצאה ממתן המעמד, יצדיקו סירוב הבקשה. זאת לאחר שקילת חלופות מידתיות לסירוב. למידע הפלילי יש ליתן אפוא, רק משקל מסויים במערך השיקולים אשר על המשיב לשקול בבואו להפעיל את סמכותו הגורלית בבקשות אלה.

107. בענייננו, חרף הפגיעה הקשה בזכות החוקתית של העותרים לחיי משפחה והפגיעה בטובתו של העותר, שהיה קטין בעת הגשת הבקשה, בניגוד לעקרון היסוד בדבר טובת הילד לא נערך הליך מינהלי תקין, הכולל, שימוע בעל פה, ולא ניתנה פראפרזה ראויה. משכך קיים

קושי רב להתמודד עם עמדת המשיב הדוחה באופן מוחלט את הבקשה. עם זאת, מהתנהלותו האיטית של המשיב, אשר לא מיהר להכריע בעניינו של העותר, למרות שהייתו כאן בינתיים לאורך זמן מכח סעד זמני, ומהעובדה שהמעצר על תנאי שהושת על העותר מעולם לא מומש – עולה, כי קריעת העותר ממשפחתו איננה החלטה סבירה ולכל הפחות אין זוהי החלטה מידתית.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כמבוקש בראש עתירה זו וכן להשית על המשיב הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

היום : 21.2.2013



עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ העותרים