

בעניין:

1. _____ נתשה, ת.ז. _____
2. _____ געבה, ת.ז. _____
3. _____ נתשה, ת.ז. (קטינה, יליד 22.4.1997)
4. _____ נתשה, ת.ז. (קטין, יליד 6.12.1998)
5. _____ נתשה, ת.ז. (קטין, יליד 29.12.2000)
6. _____ נתשה, ת.ז. (קטין, יליד 16.4.2003)
7. _____ נתשה, ת.ז. (קטין, יליד 25.7.2007)
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.
כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרח' שמואל הנגיד 27, ירושלים 94269
טל': 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

מדינת ישראל: 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 להורות למשיב לחזור בו מהחלטתו לסרב לבקשת איחוד המשפחות, שהגיש העותר 1 עבור אשתו העותרת 2, באופן שהבקשה תאושר, ולעותרת 2 יינתן היתר לשהות בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות.

א. פתח דבר

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 תתכן 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. (פסה"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10)).

1. העותר 1, (להלן – העותר), תושב ישראל מירושלים והעותרת 2, (להלן – העותרת), תושבת הגדה המערבית (במקור) הם זוג נשוי מזה 17 שנה (להלן – העותרים, או בני הזוג). העותרים הורים לחמישה ילדים קטינים. בני הזוג בנו את חייהם בירושלים.

27 Shmuel Hanagid
Jerusalem 94269
Tel: 972-2-6222808
Fax: 972-3-5214947
e-mail: tamir@lb-law.net

شارع شموئيل هاناغيد ٢٧
القدس ٩٤٢٦٩
تلفون: ٠٢-٦٢٢٢٨٠٨
فاكس: ٠٣-٥٢١٤٩٤٧
www.lb-law.net

שמואל הנגיד 27
ירושלים 94269
טל': 02-6222808
פקס: 03-5214947
דואל: adi@lb-law.net

2. עניינה של העתירה בסירוב המשיב לבקשת איחוד המשפחות, וביטול היתרי השהייה המתחדשים מכוחם חיה העותרת בישראל משך למעלה מחמש שנים במסגרת ההליך. הסירוב נובע מטעמים ביטחוניים עקיפים הנוגעים למידע בנוגע לשניים מאחיה של העותרת 2. המידע איננו עדכני, כי אם, על פי המשיב, מידע שלילי אחרון התקבל בשנים 2010 ו-2011. האחים לא נעצרו.
3. במסגרת ההשגה נשוא העתירה, הודיע המשיב תחילה על נכונותו לאפשר לעותרת לשהות בישראל מכוח היתר מת"ק, ובלבד, שבני הזוג העותרים יצהירו שניהם בכתב על התחייבותם לנתק קשר "מכל סוג שהוא" עם אחיה וגיסה של העותרת. העותרים עמדו בקשר עם המשיב בניסיון להגיע להסכמה בדבר נוסח מרוכך של התצהיר, אשר לא יכלול את העותר, תושב ישראל, ואשר לא יחייב ניתוק קשריה של העותרת עם כל בני משפחתה, מחשש לחשיפה לאחיה שתהווה בעיני המשיב קשר "כלשהו", אולם המשיב סרב לשנוי בנוסח התצהיר.
4. העותרת לא נעצרה מעולם. היא מצויה, בקשר רופף בלבד עם אותם אחים, אשר לא עומד כנגדם כל חומר ביטחוני עדכני.
5. מעבר לכך, בני משפחתה המורחבת של העותרת מקבלים היתרי שהייה בישראל. כך, אמה ואחיה _____ שתיים מאחיותיה הן תושבות של קבע של המדינה מכח איחוד משפחות. אחות נוספת מקבלת היתרי שהייה בישראל לאחר שחתמה על תצהיר כמבוקש, כאן. בעניינה דובר בבקשה ראשונית לאיחוד משפחות ולא בבקשה מתנהלת.
6. קשה להפריז בתיאור ההרס והחורבן, אשר זורע המשיב בחיי בני משפחת העותרים, הורים וחמישה ילדיהם. מצב בו העותרת נתונה בפני סכנת קריעה ממשפחתה מטיל על המשפחה סבל וחרדה, בל יתוארו. לחלופין, יעמדו בני המשפחה, בלית ברירה, בפני הגלייה כואבת מארצם וביתם בניגוד לרצונם. לא ניתן להימנע מהרושם כי המשיב לא נתן משקל מספק לפגיעה הקשה בזכויות היסוד של העותרים, בעתידם וגורלם וזאת בניגוד לכלים ששורטטו בחוק ובפסיקה. הקלות הבלתי נסבלת בה נכון המשיב לפגוע במרקם חיי העותרים, הטבעיות בה תובע המשיב ביתור בני משפחה מורחבת כתנאי מובן מאליו לחיים משותפים של משפחה גרעינית – אלו פסולים ומהווים מדרון חלקלק ומסוכן. המשיב עיוור לאנושיות האדם, אשר לו הוא מחויב במתן שירות תקין, צודק ושוויוני.

ב. הצדדים

7. **העותרים 1 ו-2:** העותר הוא תושב מדינת ישראל, יליד שנת 1972, עובד בעיריית ירושלים, בתברואה, נשוי מאז שנת 1996 לעותרת, ילידת שנת 1975, תושבת הגדה המערבית במקור. בני הזוג מתגוררים יחד בירושלים בקביעות מאז נישואיהם, מזה למעלה מעשור.
8. בני הזוג הינם הורים לחמישה ילדים קטינים, תושבי ישראל.
9. **העותרים 3-7** ילדיהם הקטינים של העותרים, נולדו כולם בישראל והינם תושבי קבע. _____ ילידת 22.4.1997, תלמידת כיתה י', _____ יליד 6.12.1998, תלמיד כיתה ט', _____ יליד

29.12.2000, תלמיד כיתה ו', _____, יליד 16.4.2003, תלמיד כיתה ד' ו _____, ת.ז. יליד 25.7.07, בגן חובה. כל הילדים לומדים בירושלים.

10. בני המשפחה (פרט לעותרת) מוכרים כתושבים על ידי המוסד לביטוח לאומי, ומבוטחים בקופת חולים בעיר.

11. **העותרת 8** 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.

12. **המשיב** הוא זרוע של מדינת ישראל, השר המוסמך על ידיה, 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. המשיב האציל את סמכותו להכרעה בבקשות ללשכות מינהל האוכלוסין. כן האציל המשיב את סמכותו לוועדת ההשגה כערכאת ביקורת נוספת.

ג. המגעים עם המשיב

ג.1. אישור בקשת אחוד המשפחות לאחר הגשת עתירה

13. סמוך לאחר נישואיהם, בשנת 1996, הגישו העותרים בקשה לאיחוד משפחות. המשיב החליט ביום 9.3.97 לסרב לבקשה בנימוק של העדר מרכז חיים.

• מכתב הסירוב לבקשה מיום 9.3.1997 מצ"ב ומסומן ע/1.

14. העותרים פנו למוקד להגנת הפרט, שהחל לסייע להם בשנת 2000 לערך. המוקד ביקש, כי בקשת איחוד המשפחות תוחזר למסלול טיפול והמשיב קיבל את בקשתם ושב לטפל בבקשה בחודש אפריל 2000. בשנת 2001, אושרה בקשת העותרים לרישום ילדיהם הקטנים במרשם האוכלוסין, על בסיס הוכחות מקיפות למרכז חיי המשפחה בירושלים.

מכתב המוקד מאפריל שנת 2000, ומכתב המשיב מ16.4.00, המעיד על השבת הנושא לטיפול מצ"ב ומסומנים ע/2.

15. למרות ההוכחות הרבות שנשלחו בעניין מרכז חיים והתכתבויות ותזכורות רבות, ללא כל טעם ענייני, לא אושרה בקשת איחוד המשפחות לגבי העותרת. בשל כך נאלצו העותרים ביום 18.12.02, לעתור לבית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים, העתירה קיבלה את המספר עת"מ 1007/02. בעתירה התבקשה הכרעה בבקשת איחוד המשפחות עבור העותרת.

• עת"מ 1007/02 מצ"ב לעתירה זו ומסומנת ע/3.

16. לאחר בדיקה שנעשתה במסגרת ההליכים בעתירה, אושרה ביום 9.3.03 בקשת איחוד המשפחות שמספרה 335/96 עבור העותרת והעתירה נמחקה.

• מכתב המשיב מיום 9.3.03, ובו הודעה על אישור הבקשה, ובקשה למחיקת העתירה שהוגשה ביום 16.3.03 על בסיס הודעה זו, מצ"ב ומסומנים ע/4.

17. בשנת 2008, כחמש שנים לאחר אישור הבקשה לאיחוד משפחות, כאשר פנו בני הזוג בבקשה לחדש את ההיתר של העותרת, הודיע להם המשיב, כי הבקשה מסורבת. הנימוק לסרוב הובא במכתבו של המשיב מיום 27.8.08, שם נאמר, כי המניעה קשורה לאחיה של העותרת, _____ ו _____ שנטען שהם פעילי חמאס ונמצאים בקשר עם פעילי חמאס.

• הודעת הסירוב של המשיב מיום 27.8.08 מצ"ב ומסומנת ע/5.

18. בעקבות סרוב זה נשלח ביום 22.9.08 ערר מטעם העותרים ובו נטען, כי הסרוב אינו מוצדק. נטען, כי ההאשמות נגד אחיה של העותרת אינן נכונות. כמו כן התבקש מידע נוסף לגבי אותו חומר בטחוני שלילי. המשיב הודיע ביום 27.10.08 כי הוא מטפל בערר ויודיע את החלטתו.

• הערר מיום 22.9.08 מצ"ב ומסומן ע/6.

19. ביום 11.2.09 התקבלה החלטה בערר. ההחלטה דבקה בסרוב. הנימוקים לסרוב כפי שהובאו במכתב הינם דומים לאלה שנקבעו במכתב מיום 27.8.08.

1) הנדון (העותרת – ע.ל.) עולה כקשורה לפעילי ארגון טרור.

2) הנדון נמצאת בקשר אם אחיה.

3) אחי הנדון עולים כפעילי טרור ונמצאים בקשר עם פעילי ארגון טרור.

• מכתב ההחלטה בערר מיום 11.2.09 מצ"ב ומסומן ע/7.

20. ביום 2.3.09 נשלח מכתב ובו בקשה לעיון מחדש בהחלטה בערר. במכתב צויין, כי אחיה של העותרת _____ יצא את הגדה המערבית לחו"ל ולפיכך אין זה הגיוני שהוא מהווה סיכון בטחוני.

• בקשה לשיקול מחדש מיום 2.3.09 מצ"ב ומסומנת ע/8.

21. בתשובה מסר המשיב ביום 17.3.09, כי החלטתו נותרת בעינה ומדובר בהחלטה סופית.

• מכתב המשיב מיום 17.3.09 מצ"ב ומסומן ע/9.

2. השגה הראשונה – השגה 347/09

22. הנה כי כן הוגשה ביום 20.4.09 השגה בעניינם של העותרים, השגה מספר 347/09 (להלן: "ההשגה הראשונה"). בהשגה הראשונה התבקש שינוי החלטת המשיב בקשר לסרוב הבטחוני.

• השגה 347/09 מיום 20.4.09 מצ"ב כנספח ע/10.

23. על פי הנוהל והחלטת ועדת ההשגה היה על המשיב להשיב להשגה בתוך 30 יום. המשיב לא נתן כל תגובה עניינית להשגה במשך כארבעה וחצי חודשים. בין לבין, נפסק ביום 11.8.09 פסק הדין בעניין געאביץ. לאור עניין געאביץ וללא תגובת המשיב, קבעה ביום 8.9.09 הועדה, כי:

ההשגה מתקבלת בזה, אפוא, באופן חלקי, במונח זה שעל רשות האוכלוסין לבחון מחדש את הבקשה של המשיבים לאיחוד

משפחות, לאחר מתן הזדמנות לשימוע בפני הרשות, והכל כפי שנקבע בפסק הדין בעניין געאביץ (ההדגשה במקור – ע.ל.).

- החלטת הוועדה מיום 8.9.09 מצ"ב כנספח ע/11.
- 24. בהתאם להחלטת הוועדה פנו העותרים ביום 5.10.09 בבקשה לקבוע מועד לשימוע. תזכורת נשלחה גם ביום 21.12.09.
- פניות העותרים מימים 5.10.09 ו-21.12.09, מצ"ב ומסומנות ע/12.
- 25. ביום 24.11.09 הודיעו המשיב על מתן אפשרות למסירת טיעון בכתב בעניין הסירוב הביטחוני. יוטעם, כי מכתב זה התקבל במוקד רק ביום 15.2.10.
- מכתב המשיב מיום 24.11.09, שהתקבל אצל המוקד ביום 15.2.10, מצ"ב כנספח ע/13.
- 26. עמדת העותרים הייתה והינה, כי הדין והעקרונות שנקבעו בעניין געאביץ מחייבים, במקרה דנן ובמקרים דומים, שימוע בעל פה וכן מתן מידע מקיף וכולל על המניעה הבטחונית. על עמדה זו חזרו העותרים, המשפחה והמוקד להגנת הפרט, במכתב מיום 4.3.10, בו התבקש המשיב לגבש נוהל בעניין קיום השימוע (נוהל הערות גורמים במספר 5.2.0015 שאכן גובש ועודכן באפריל שנת 2010). עמדה זו של המוקד להגנת הפרט והאגודה לזכויות האזרח הובאה גם במכתב כללי מיום 11.1.10 לפרקליטות המדינה.
- מכתב העותרים מיום 4.3.10 ומכתב המוקד להגנת הפרט והאגודה לזכויות האזרח מיום 11.1.10, מצ"ב כנספח ע/14.
- 27. בין החודשים אפריל 2010 ל-יוני 2011 נשלחו למשיב 14 תזכורות נוספות, אשר כללו גם טיעון בכתב מיום 19.1.2011, בקשות להרחבת הפראפראזה, בקשות לקיום שימוע בע"פ ובקשה להכריע בבקשת איחוד המשפחות. המשיב מצדו הודיע ביום 19.12.10 כי אין בכוונתו להרחיב את הפראפרזה שניתנה בעבר.
- התזכורות והטיעון בכתב מאפריל 2010 ל-יוני 2011, מצ"ב כנספח ע/15.
- מכתב המשיב מיום 19.12.10 מצ"ב כנספח ע/16.

ג.3. ההשגה השנייה – השגה 381/11

- 28. בשל מחדל המשיב לזמן את העותרים לשימוע בעל-פה ולהשיב לבקשת איחוד המשפחות, הוגשה ביום 24.7.11 ההשגה השנייה בעניינם של העותרים, השגה 381/11. עוד נתבקש בהשגה סעד שעניינו קיום שימוע בע"פ לעותרים, טרם מתן החלטת המשיב הסופית בבקשה.
- השגה 381/11 מיום 24.7.11, מצ"ב כנספח ע/17.
- 29. ביום 8.8.11 ניתנה החלטת ביניים בהשגה, לפיה עד למתן החלטה אחרת של הוועדה לא תורחק העותרת מישראל.
- החלטת ביניים מיום 8.8.11 מצ"ב כנספח ע/18.

30. ביום 30.10.11 הודיע המשיב כי קיים כנגד משפחתה של העותרת "מידע מודיעיני שלילי", אך כי "לפנים משורת הדין" הוחלט להעניק לה היתר מת"ק לשנה, לתקופת מבחן, ועל סמך חתימה על תצהיר, בו יתחייבו העותרת ובן זוגה לנתק את הקשר עם אחיה וגיסה של העותרת. על יסוד הודעה זו ביקש המשיב את מחיקת ההשגה.

• הודעת המשיב ובקשה למחיקת ההשגה מיום 30.10.11 מצ"ב כנספח ע/19.

31. ביום 13.11.11 הוגשה תגובת העותרים להודעת המשיב, בה ביקשו העותרים את הרחבת הפראפראזה הבטחונית, טרם התייחסותם להודעת המשיב לגופה וכן ספציפית הבהרת כלילת גיס עלום לראשונה במסגרת הדרישה לחתימה על תצהיר. העותרים הפנו למשיב רשימת שאלות הנוגעות לטעמי הסירוב ולהפעלת שיקול דעתו.

• תגובת העותרים מיום 13.11.11 להודעת המשיב מצ"ב כנספח ע/20.

32. ביום 15.11.11 ניתנה החלטת יו"ר הועדה בהשגה. בהחלטה נקבע, כי ההשגה מתקבלת במובן זה שעל המשיב להרחיב את הפראפראזה תוך 30 יום, ולערוך לעותרים שימוע בעל-פה, באותו פרק זמן. עוד נקבע, כי על המשיב ליתן החלטה בבקשת איחוד המשפחות בתוך 30 יום ממועד קיום השימוע.

• החלטת הועדה בהשגה 381/11 מיום 15.11.11 מצ"ב כנספח ע/21.

33. רק ביום 7.2.12, כמעט פי שלוש מן הזמן שנקבע בהחלטת הועדה, ובעקבות פניות העותרים לוועדה והחלטת הועדה כי על המשיב להגיב לפניות אלו, מסר המשיב את הודעתו ובה הרחבת הפראפראזה הבטחונית, לפיה המידע הביטחוני שבידו הינו מסוף שנת 2008 וכי שמו של הגיס שלשמו נקשר מידע שלילי הינו _____. כן זומנו העותרים לשימוע בלשכת המשיב.

• הודעת המשיב מיום 7.2.12 מצ"ב כנספח ע/22.

34. ביום 19.2.12 התקיים לעותרת שימוע בלשכת המשיב. בשימוע נשאלה העותרת שאלות לאקוניות בלבד על אחיה וגיסה שכנגדם עומד, על פי המשיב, מידע בדבר פעילות ביטחונית שלילית.

• פרוטוקול שימוע מיום 19.2.12 כפי שנרשם ע"י פקידי המשיב מצ"ב כנספח ע/23.

35. ודוקו. במהלך השימוע בלשכת המשיב ביום 19.2.12, מבלי לוותר על טענות העותרים ועל מנת לקדם את ההכרעה בבקשתה, הסכימה העותרת לחתום על תצהיר, הכולל את התחייבותה שלא לעסוק בכל פעילות שתסכן את בטחון מדינת ישראל.

• התצהיר המוצע שהוגש ע"י העותרים בשימוע מצ"ב כנספח ע/24.

36. בימים 19.3.12, 19.4.12 ו-17.5.12 נשלחו למשיב תזכורות בבקשה להכרעה בבקשת העותרים לאיחוד משפחות, לאור החלטת יו"ר הועדה בהשגה 381/11, לפיה על המשיב ליתן החלטה בתוך 30 יום ממועד קיום השימוע, דהיינו עד ליום 19.3.12.

• תזכורות מימים 19.3.12-17.5.12 מצ"ב כנספח ע/25.

37. בחודש מרץ 2012, בחלוף 30 יום מהשימוע, פנו העותרים לוועדת ההשגה בהודעה על בזיון החלטת הוועדה ועל כשלון המשיב ליתן הכרעה בבקשה, על אף חלוף הזמן שנקבע, וביקשו, כי הועדה תורה למשיב להכריע בבקשת העותרים לאלתר. באותו היום הודיעה הוועדה כי "השגה זו נסגרה. הודעת עו"ד לוסטיגמן תתוייך בתיק ההשגה הסגורה".

• הודעת העותרים מיום 28.3.12 ועל גביה החלטת הוועדה מצ"ב כנספח ע/26.

4.ג. ההשגה השלישית – השגה 431/12

38. בחודש יוני 2012, בחלוף למעלה מ-100 ימים ממועד קיום השימוע, (תחת 30 היום שנקבעו ע"י וועדת ההשגה) מבלי שהכרעת המשיב בבקשה ניתנה, הגישו העותרים השגתם השלישית – השגה מס' 431/12.

• ההשגה השלישית מיוני 2012 מצ"ב כנספח ע/27.

39. ביום 21.6.12, הורתה וועדת ההשגה למשיב להשיב להשגה בתוך 30 יום ולסעד הארעי בתוך 14 יום. כך על פי נוהל הוועדה.

• החלטת הוועדה מיום 21.6.12 שניתנה בכתב יד על גבי העמוד הראשון של ההשגה מצ"ב כנספח ע/28.

40. ביום 5.7.2012, בהיעדר תשובה מעת המשיב לסעד הארעי, ניתן סעד האוסר על גירוש העותרת מישראל עד להחלטה אחרת. סעד זה עמד בתוקפו עד למתן החלטה בהשגה בסוף ינואר 2013 וניתן כהמשך לסעד הביניים שניתן בהשגה הקודמת ולנוהל המשיב מס' 5.1.0001 המונע הרחקה כל עוד הנושא מצוי בהליכי ערר אצל המשיב.

• החלטת ועדת ההשגה מיום 5.7.12 מצ"ב כנספח ע/29.

41. המשיב לא הגיש תשובתו במועד. ביום 7.8.12 התריעו העותרים על היעדר תשובה להשגה וביום 8.8.12 הורתה הוועדה למשיב להגיב לאלתר בהתחשב "בגורם שלישי...".

• פניית העותרים מיום 7.8.12 ועל גביה החלטת הוועדה מצ"ב כנספח ע/30.

42. ביום 11.9.12 הודיע המשיב על דחיית הבקשה וביקש לדחות אף את ההשגה. בתשובתו שצורפה להודעה, הודיע המשיב על צפייתו, כי הסתייגות העותרת ממעשי אחיה, כך על פי המשיב, הינה "חסרת כל חשיבות כשלא מתלווה אליה אקט מעשי, באמצעות התחייבות לניתוק קשריה עם אחיה". באותה הודעה חזר המשיב על כך שהמידע כנגד האחים הינו עדכני לשנים 2010 ו-2011. בהודעה זו לא נזכר הגיס.

• הודעת המשיב לוועדת ההשגה מיום 11.9.12 והמכתב שצורף אליה מיום 28.8.12, מצ"ב כנספח ע/31.

43. ביום 9.10.12 הגישו העותרים תגובתם להודעת המשיב, בה התנגדו למחיקת ההשגה השלישית במספר. העותרים ציינו, כי אין טענות חדשות להעלות בהשגה רביעית שלא נדונו כבר בארבע השנים שחלפו מאז החל הליך מצוי ההליכים הממושך, ולא נטענו במסגרת הערר ושלוש

ההשגות שכבר הוגשו. עוד ציינו העותרים בתגובתם, בין היתר, כי מהפראפרזה, שמסר המשיב עולה, כי הסירוב אינו מבוסס על מידע עדכני. העותרים הבהירו כי הדרישה לחתימה על תצהיר גורף הינה פוגענית ובלתי מוצדקת וכן הסבירו מדוע הם מתנגדים לדרישה כי העותר, שהינו תושב קבע של ישראל, אשר חי בישראל ואינו מצוי בכל הליך מבחן, יחתום על תצהיר משפיל, ממנו עולה חוסר האמון של מדינת ישראל בו, על לא עוול בכפו.

• תגובת העותרים מיום 9.10.12 מצ"ב כנספח ע/32

5.ג. החלטת וועדת ההשגה לדחות את ההשגה והתייחסות העותרים לעיקריה

44. ביום 27.1.2013 ניתנה החלטת ועדת ההשגה, אשר דחתה את ההשגה מטעמים ביטחוניים עקיפים (ההחלטה התקבלה אצל העותרים ביום 28.1.2013).

45. כנקודת מוצא, קבע יו"ר הוועדה קביעה שגויה לפיה, מדובר בבקשה לסעד הומניטארי (סעיף 13 להחלטה), וזאת חרף קביעת ביהמ"ש זה מכבר, כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות חוקתית. ר' בג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים (11.1.12) ובג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (14.5.06).

46. אף שוועדת ההשגה לא בחנה את החומר החסוי עצמו, וככל שידוע לעותרים כל שהיה בפניה היא אותה פראפרזה דלה שנמסרה לעותרים קבעה וועדת ההשגה:

מעיון בכלל החומר שהובא בפני, מצאתי כי המידע אכן קושר את המשיגה לפעילי ארגוני הטרור" (הדגשה במקור – ע.ל.)

לדברי וועדת ההשגה, הפראפרזה הכללית לפיה, אחי העותרת פעילים בחמאס ואחד מהם קשור לפעילי חמאס, נכון לשנים 2010 ו-2011, הינה עדכנית (אף כי אנו מצויים בשנת 2013) ומעידה על סכנה ממשית מהעותרת אשר מצדיקה סירוב לבקשה. הוועדה קבעה, שהדרישה כי העותרת תנתק את קשריה לחלוטין מאחיה מהווה איזון ראוי בנסיבות, אף שהאחים לא נעצרו ולא נחקרו בגין מעשה מסוים ולא נאסף מידע נגדם לאחרונה ואף שהעותרת חיה בישראל משנת 1996 במשך 17 שנה, מבלי שדבק בה רבב ולו קל שבקלים. לא זו אף זו, מוסיף יו"ר ועדת ההשגה, כי טענת העותרים בדבר הפגיעה בהם כתוצאה מהתניית המשך ההליך בניתוק קשרי העותרת עם משפחתה, הינה טענה מקוממת.

• החלטת וועדת ההשגה מיום 27.1.2013 מצ"ב כנספח ע/33

47. ונטעים, כי העותרים פרסו בפני הוועדה את העומד מאחורי חששם מהתחייבות גורפת לניתוק קשרי העותרת מאחיה המתגוררים לצד אמה. העותרים הסבירו, כי קשריה של העותרת עם אחיה דלים כבר עתה, אולם העותרת חוששת שפגישה אקראית עם אחיה, למשל בעת ביקור אמה, או כפי שקרה לאחרונה, מחמת מותו המצער של אביה בהלוויתו, תחשוף אותה להפרת ההתחייבות בעל כורחה. כך רק על שום עצם הנוכחות המשותפת עם אחיה על שפת קבר האב ובבית הוריה בעת ניחום האבלים. על מנת שלא להסתכן בהפרת ההתחייבות יהיה על העותרת למעשה להתנתק מכל בני משפחתה ולא רק משני אחיה _____ ו_____, אשר קשריה עמם רופפים, וזאת כדי לעמוד בהתחייבות. העותרים טענו, כי ניתוק מוחלט כאמור מבני משפחתה של העותרת הינו צעד קיצוני ביותר בנסיבות. העותרים טענו כי התניית המשך אישור הבקשה בהתחייבות כאמור פוגעת בעותרת באופן העולה על הנדרש, וכי בנסיבות בהן העותרת מתגוררת

שנים כה רבות בישראל, מבלי שפגעה מעולם או נחשדה בפגיעה בביטחון המדינה ומשאין מידע ביטחוני עדכני כנגד מי מבני משפחתה הקרובים, יש להסכים לנוסח התצהיר, שהוצע על ידה, בו התחייבה שלא לפגוע בביטחון המדינה.

48. ביום 28.1.2013 ביקשו העותרים לברר מול וועדת ההשגה אם הוועדה בחנה את החומר החסוי.

49. ביום 5.2.13 נמסר ע"י הוועדה כי המידע החסוי לא נבחן ולא נשקל בעת מתן ההחלטה בעניינם של העותרים.

- פניית העותרים מיום 28.1.13 ועל גביה הבהרת הוועדה, מצ"ב כנספח ע/34

ד. טענות העותרים בנוגע לסירוב בקשתם להתאחד בירושלים בגין מניעה ביטחונית עקיפה

50. על פי הודעתו האחרונה של המשיב, המניעה קשורה בפעילות אחיה של העותרת, _____ ו_____. הפרוט המינימלי, האחרון הובא במסגרת תשובת המשיב להשגה 381/11 והמשיב חזר עליו גם במסגרת ההשגה האחרונה, מסי' 431/12, לפיו:

אחיה של הנדון _____ ו _____ פעילים בארגון טרור חמאס. ל _____ קשר לפעילים בארגון, המידע הביטחוני העדכני נגדו הינו עדכני לשנת 2011. אף לאחיה _____ קשר לפעילים בארגון, והמידע הביטחוני השלילי נגדו הינו עדכני לשנת 2010.

51. אחיה של העותרת, _____, הוא גבר בן 30, נשוי ואב לשלושה ילדים. _____ הוא בעל חנות נעליים באזור חברון. _____ לא נעצר מעולם באשמה בטחונית וודאי שלא הורשע בכל עבירה בטחונית. לפני כשמונה שנים עבר _____ תחקיר אצל 'קפטן' השב"כ שנכנס לתפקיד וביקש להכיר את הנפשות הפועלות באזור. _____ ביקש לחדש את הכרטיס המגנטי שלו ובקשתו נדחתה. הוא נפגש עם ה'קפטן' וביקש לברר את סיבת אי-החידוש. _____ לא תוחקר ולא הואשם גם בשיחה זו אודות פעילות בלתי חוקית. _____ מחזיק היום בכרטיס מגנטי בתוקף.

52. אחיה של העותרת _____ הוא בחור צעיר בן 24. _____ נשוי ואב לשתי בנות צעירות. עיסוקו של _____ הוא יבוא נעליים מסין. _____ מעולם לא נעצר באשמה בטחונית ובודאי שלא הורשע. לפני כשלוש שנים תושאל על ידי 'קפטן' השב"כ שהוצב באזור מגוריו. התשאול לא כלל כל האשמה או חשד לעבירות ביטחון או קשר לגורמים עוינים. יצויין, כי _____ יוצא לסין כל חודשיים בערך ועובר בגשר ללא בעיה, גם בעת האחרונה. ל _____ יש כרטיס מגנטי בתוקף גם בימים אלו.

53. עם גיסה _____ אין לעותרת כל קשר ישיר. היא אינה משוחחת עמו ואינה מתרועעת עמו. הגיס הוסר בהמשך מהפראפרזה.

54. הקשר בין העותרת לבין אחיה הוא דליל ביותר. מדובר באישה שנמצאת בישראל עם משפחתה כבר כ- 15 שנה. היא מטופלת בילדים ודואגת למשפחתה הגרעינית בקושי רב. אין לה פנאי או רצון כלשהו לעסוק בכל פעילות פוליטית או בטחונית.

55. מאז שנת 2008 לא ביקרה העותרת בגדה כלל ועד ופרט להגעתה להלווית אביה לאחרונה ביום 24.7.12, שאחריה לקחה העותרת חלק בימי האבל. היא משוחחת עם אחיה מספר פעמים

ספרות בשנה, לרגל אירועים. ב- 12 השנים האחרונות ביקרו אותה _____ ו _____ בירושלים פעם אחת.

56. יתר על כן, כאמור, בני משפחתה של העותרת מקבלים היתרי שהייה בישראל. כך, אמה של העותרת מקבלת היתרים לצורכי תפילה ואחיה _____, מקבל היתרי עבודה כסוחר, לחצי שנה בכל פעם. ההיתרים ניתנים לאם ולאח ללא כל התנייה. האם והאח מתגוררים בקרבת האחים _____ ו _____. בנוסף, שתיים מאחיותיה של העותרת, _____ ו _____, הן תושבות קבע של מדינת ישראל מכח הליך איחוד משפחות. אחות נוספת, מקבלת היתרים מכח הליך איחוד משפחות לאחר שנאותה לחתום על התחייבות. יוער, כי בעניינה של אותה אחות דובר בבקשה חדשה, שלא אושרה קודם לכן.

57. כיצד ניתן לקבוע שיש הסתברות קרובה לוודאות לסיכון כלשהו מהעותרת במקרה דנן. יחוס המשקל הראוי לסיכון, ככל שהוא קיים מאותם אחים, שלא הורשעו ונעצרו מעולם, למרות שהיו בידי השב"כ מספר פעמים, מוביל למסקנה, כי אין כל מקום לסירוב או הטלת מגבלה כנגד העותרת, וזאת מעבר למגבלות המשמעותיות הטמונות ממילא בחוק הוראת השעה, האוסר על שדרוג המעמד וסיום ההליך ואשר מכוחו נעשות בדיקות שנתיות דקדקניות מדי שנה מכאן ועד עולם.

58. העותרים דנן, נשואים מזה כ-17 שנים. מאז נישואיהם, ירושלים היא ביתם היחיד בה הם מנהלים את חייהם ומגדלים את ילדיהם הקטינים. במהלך השנים לא נעצרו העותרים מעולם. הקשר בין העותרת לבני המשפחה המואשמים, הוא דליל ביותר. אחיה של העותרת מעולם לא נעצרו. עם גיסה כאמור, אין לה כל קשר.

59. דרישתו של המשיב כי שני העותרים יחתמו על תצהיר לניתוק גורף של הקשר (הרופף ממילא) עם אחיה וגיסה של העותרת מהווה דה הומיניציה של הקשר האנושי - דבר אחד הוא התדלדלות טבעית בקשר בין אחים ועניין אחר הוא הצהרה על ניתוק כל קשר עם בן משפחה אשר פגישה עמו בנסיבות שלעותרת אין שליטה עליהן עלולה לשלול ממנה שלא באשמתה את הזכות לחיי משפחה. בדרישה זו יש משום הטלת רבב בעותרים והשפלתם.

60. כך גם דרישת המשיב כי העותר, המזמין בהליך איחוד משפחות, יחתום על התחייבות לנתק את הקשר עם אחיה וגיסה של העותרת, איננה סבירה. העותר הוא תושב ישראלי - אין הוא מבקש מעמד בישראל ואין הוא צריך לחתום על התחייבויות ולעמוד בתנאים מגבילים. המשיב לא הצביע על כל טעם להטיל רבב באמינותו של העותר וליחס לו מסוכנות.

61. כאמור, מנת לקדם את הטיפול בבקשה, באפן שזכותם החוקתית של העותרים וילדיהם לחיי משפחה לא תפגע, הציעה העותרת במהלך השימוע שנערך לה ביום 19.2.12 להתחייב שלא לפגוע בבטחון המדינה (ההתחייבות שהוצעה ע"י העותרים צורפה לעיל כנספח ע/24 להשגה זו).

62. הנה כי כן, הפעלת המבחנים בדין, מתן היחס הראוי ולא יותר מכך, מבחן הקרוב לוודאות והנתונים האובייקטיביים, מצביעים כולם במקרה זה על כך, שיש לאשר את בקשת העותרים לאיחוד משפחות ללא סייג.

ה. המסגרת המשפטית

63. סירוב המשיב לבקשת איחוד המשפחות של העותרים נובע לכאורה מסעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן – **חוק הוראת השעה**). לפי סעיף זה, ניתן לסרב לבקשת איחוד משפחות:

אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם.

64. שיקול הדעת הניתן לשר הפנים להתחשב ב"מניעה ביטחונית" עשוי לפגוע בזכויות של בן הזוג הישראלי ובני משפחתו. ר' למשל, בג"ץ 2208/05 **אמארה ואח' נ' שר הפנים ואח'** (10.7.06) (להלן- **אמארה**); בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים** (22.2.10) (להלן – **עניין דקה**). אולם, ברי כי בהפעילו את שיקול דעתו שומה על המשיב לאזן את שיקולי הביטחון אל מול הזכות לחיי משפחה, שהינה זכות חוקתית. כמובן, שעל שיקולי הביטחון לנבוע מסכנה ביטחונית אמיתית, מוחשית ועדכנית:

אין כל קסם במילים 'טעמי ביטחון' ו'מצב ביטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי הצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לו, לבית המשפט, כי מילים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שייעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק. (בג"ץ 188/53 **אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוידור ירושלים, פ"ד ז(2) 941, 943)**

65. ראו לעניין זה, למשל, בג"ץ 5672/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, תק-על 2004(2) 448, 451 שם נקבע:

ואכן, הביטחון הוא ערך יסוד בחברתנו... אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט, נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו.

66. העותרים נישאו טרם הגזרות שהושתו מכח החלטת הממשלה 1813 וחוק הוראת השעה. בקשתם לא טופלה לאורך שנים מחמת גזרות החוק, בשל מדיניות המשיב שעוגנה בעקבותיו ובשל מחדליו וקצב עבודתו הלאה של המשיב. נוכח החוק כל שתזכה בו העותרת, באם תאושר בקשתה והגם בשלהי העשור השני של מגורים בישראל עם בן זוגה וילדיה הישראלים הוא היתר צבאי לשהייה, היתר שאינו מקנה כל זכויות. אין חולק, כי על פי החוק ועוד טרם חקיקתו נתונה למשיב סמכות לסירוב בקשות לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים עקיפים, אולם הרחבת המגבלות הקשות ממילא, תוך השפלת העותרים, אילוצם לניתוק קשר עם משפחתם ותיגום על לא עוול בכפם כאיום ביטחוני המחייב פילוח משפחות בנסיבות המקרה - הינה החלטה בלתי סבירה באופן קיצוני.

ה.1. חובת הוכחה מוגברת בעת סירוב מטעמים עקיפים לבקשה מתנהלת

67. סעיף 3ד לחוק הוראת השעה אינו חל באופן ישיר על בקשות שכבר מתנהלות. בענייננו, מדובר, כאמור, בסירוב לחידוש היתרים בבקשה לאיחוד משפחות שכבר אושרה בעבר בשנת 2003,

במסגרתה במשך למעלה מ-5 שנים קיבלה העותרת היתרים מכח הליך איחוד המשפחות. הבקשה אושרה לאחר שנים ארוכות של המתנה להכרעת המשיב, כאשר ברי, כי לו היה המשיב מטפל בבקשה באופן סביר, היתה העותרת זוכה למעמד של קבע זה מכבר וזמן רב טרם גזרות חוק הוראת שעה.

68. כאמור, סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, חל באופן ישיר רק על בקשות לאיחוד משפחות שלא אושרו אישור ראשוני ומתנהלות מכח סעיף 4(2) לחוק הוראת השעה. את עניינה של בקשת העותרים שאושרה והתנהל מזה שנים, מעגן סעיף 4(1) לחוק. ואלו מילות סעיף 3ד בדבר מניעה עקיפה:

לא יינתן היתר או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 1א3, 3א3, 3ב(2), 3ב(2) ו-3 ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. (הדגשה שלי – ע.ל.)

ויודגש: בענייננו, מדובר בבקשה אשר התנהלה ואושרה טרם חוקק חוק הוראת השעה. לפיכך, אינו חל סעיף 3ד על סעיף 4(1), מתוקפו מתנהלת בקשתם של העותרים:

4. (1) על אף הוראות חוק זה –

רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה, בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף 3ד.

69. במקרים כמו זה של העותרים, נחוץ אם כן מידע חזק, ועדכני המוכיח כי צפויה מהעותרת סכנה ביטחונית מוחשית בעקבות קשריה המשפחתיים עם אחיה החשודים בפעילות ביטחונית ואין די בחשש בלבד. על כך ר' פסיקת בית המשפט בעת"מ (י-ם) 1030/09 אבו חלף נ' שר הפנים (9.6.09)

לא למותר בהקשר זה להזכיר את ההבדל בין סעיף 4(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, המתיר ל"שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, להאריך את תוקפו של רישיון לישיבה בישראל או של היתר לשהייה בישראל, שהיו בידי תושב אזור ערב תחילתו של חוק זה בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית כאמור בסעיף 3ד", לבין סעיף 3ד עצמו, המטיל איסור גורף על מתן רישיון שהייה בישראל למבקש שלא רק הוא, אלא גם בן משפחה שלו (כהגדרת מונח זה באותו סעיף), עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל. העותרת, שקיבלה רישיונות ישיבה ארעיים בישראל מאז שנת 2002 ואינה נזקקת אלא להארכתם, באה בכללו של סעיף 4(1) ולא של סעיף 3ד לחוק. לפיכך, הסיכון הביטחוני הנשקף לדעת גורמי הביטחון מאחיה, אינו שיקול בלעדי

אלא אחד השיקולים בו רשאי משרד הפנים להתחשב, בתוך כלל השיקולים הרלוונטיים להחלטה האם לאשר את המשך הישיבה (ראו עת"מ (י-ס) 8182/08 מרבוץ נ' מנהל לשכת מינהל האוכלוסין). השימוע המוקדם בעל-פה הנו כלי חיוני ורב ערך לצורך שקילה כזו, שרק לאחריה ניתן לקבל את ההחלטה.

70. עמדה זו של בית המשפט מתיישבת עם הלכות ותיקות שיצאו תחת ידו של בית המשפט העליון בדבר שלילת רישיון. כך נאמר בבג"ץ 113/52 זקס נ' שר התמ"ס, פ"ד (1) 696, 700, קובע כב' השופט ויתקון:

לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש. רישיון חדש, הרי הלכה פסוקה, שגם חשד מבוסס יכול – בדרך כלל – לשמש סיבה מספקת לסירוב הרישיון, אולם באשר לביטול רישיון שכבר ניתן, סבורים אנו כי אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו.

וראו לעניין זה גם בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד (1) 317, 327 וכן דפנה ברק ארז, הגנת הציפייה במשפט המנהלי, עיוני משפט יז 209, 242.

71. סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, מאפשר אמנם שיקול דעת באשר לסרוב בטחוני בשל בן משפחה, אולם שיקול דעת זה כפוף לאמות מידה המתחשבות בהיותה של הזכות לחיי משפחה זכות חוקתית ולקשת הזכויות הנפגעות מאי אישור איחוד המשפחות, כגון טובת הילד.

72. אם ניישם את ההלכות הכלליות שנקבעו במקרים אחרים למקרה שלפנינו, הרי שמקל וחומר ניתן ללמוד, כי בעניינם של העותרים, הסירוב הביטחוני, על פי הפראפרזה שנמסרה, אינו יכול לעמוד. (לעניין זה ר' למשל והשוו, סעיף 7 לעניין דקה)

ה. 2. מה בין המניעה הבטחונית העקיפה לסירוב בקשת העותרים

73. מינהל תקין, כללי הצדק הטבעי, ועקרונות אנושיים בסיסיים שוללים ענישה של אדם על חטאיו של חברו או בן משפחתו. ודאי יש לנקוט משנה זהירות, חרדת קודש ממש, כאשר הפגיעה בפרט שלא בגין מעשיו הוא מובילה, כמו בענייננו לפגיעה בזכויות חוקתיות של משפחה שלמה. כך ניסח זאת בית המשפט באחת הפרשות:

ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה. (בג"ץ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651 עמ' 654-655, מתבסס על ירמיהו לא 29, דעת מיעוט כב' השופט חשין).

74. סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, מאפשר למשיב להפעיל שיקול דעת באשר לסירוב בטחוני בשל בן משפחה. דא עקא, כי במסגרת הפעלת שיקול הדעת, יש ליתן משקל לקשת הזכויות הנפגעות כתוצאה מדחיית בקשה לאיחוד המשפחות, בהן, הזכות החוקתית לחיי משפחה והפגיעה החרפה בטובת הילד. מקרים מעין אלה, מחייבים בחינה מעמיקה ומדוקדקת במיוחד, כאשר מדובר בהחלטה אשר פוגעת בפרט על לא עוול בכפו. והרי סמכות המשיב לסרב לבקשות בגין

מעשיהם של קרובי משפחה, לא נועדה להעניש את העותרת ואת בני משפחתה או להלך עליהם אימים, כי אם אך ורק למקרים בהם קיים חשש ביטחוני אמיתי, עדכני ומשמעותי.

75. בפס"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10), נקבע באלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לסרב להליך איחוד משפחות לבן זוג תושב האזור, מטעמים של קרבת משפחה בין בן הזוג לבין אדם המהווה סיכון בטחוני – בנסיבות בהן אין מידע ביטחוני על מעורבות ישירה שלו בפעילות נגד ביטחונה של ישראל:

הזכות למשפחה ניצבת במידרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תתכן 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.

נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה ... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם. (שם, בפסקאות 15-16. ההדגשה הוספה – ע.ל.).

76. בפסקה 41 לפס"ד דקה, מחייב בית המשפט את המשיב להבדיל בין סיכון ישיר וסיכון עקיף:

כנגד גורם הפגיעה בזכות למשפחה, על הגורם המוסמך לשקול את קיומה של מניעה ביטחונית מצד מבקש היתר – מניעה ישירה ביחס למבקש היתר עצמו, או מניעה עקיפה העלולה להיווצר עקב קשריו לבני משפחה המהווים סיכון ביטחוני... הסיכון הקיים ממבקש היתר, שכל כולו נובע מקשריו המשפחתיים עם גורמים הקשורים לטרור, הוא עניין מורכב, הנתון להערכת הסתברויות, ומחייב הפעלת שיקול דעת זהיר. את הסיכון העקיף יש לאמוד בזהירות, ולייחס לו אך את משקלו היחסי הראוי, ולא יותר מכך. יש להיזהר מהסקת מסקנה גורפת לפיה כל מבקש היתר, בעל קשר משפחתי למי שקשור לפעילות טרור פסול, מניה וביה, מאיחוד משפחות. יש לבחון את מידת ההסתברות במקרה הקונקרטי כי מבקש היתר עצמו יהיה נתון להשפעה וללחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר. (ההדגשה שלי – ע.ל.).

77. מבחינת הסיכון העקיף, קובע בית המשפט, כי יש להיעזר ב"נתונים אובייקטיביים", כגון:

נתון בדבר שהות ארוכת שנים של בן זוג זר בישראל, אשר חרף קשרי משפחה לגורמי טרור, לא עלה נגדו כל מידע שהוא, ולו בקצה חוט, על מעורבות כלשהי מצדו בפעילות נגד ישראל. נתון כזה עשוי להפריך, ולו לכאורה, חזקה של מניעה ביטחונית עקיפה; כאשר מדובר בבנות זוג מהאזור המתגוררות בישראל מזה שנים במסגרת איחוד משפחות, כשהן מטופלות במספר ילדים ונתונות בעול פרנסת המשפחה, החשש למימוש פוטנציאל הסיכון למעורבות בפעילות עוינת מצידן נוכח קשר משפחתי לקרובים המעורבים בפעילות טרור עשוי להיות קטן...

78. ואילו בענייננו לא זו בלבד כי קיים "נתון בדבר שהות ארוכת שנים" של בת הזוג הזרה בישראל, אשר לא עלה נגדה מעולם כל מידע שלילי שהוא "ולו בקצה חוט", אלא שגם כנגד בן משפחתה אין כל מידע עדכני בדבר פעילות ביטחונית. המשיב מוסר, כי אין כל מידע ביטחוני עדכני, כי

אם הוא נסמך לעניין הסירוב הביטחוני על מידע משנים 2010 ו-2011, לפני שנתיים עד שלוש שנים. מאז אותו מידע, על פי המשיב, אין כל טענה ביטחונית כלפי האחים, אשר, כאמור, לא נעצרו.

79. ואכן, בני משפחתה המורחבת האחרים של העותרת, יוצאים ובאים מהגדה לישראל מבלי שמוטלת עליהם מגבלה. כך, אמה של העותרת, אשר מקבלת היתרי שהייה לצורכי תפילה. כך, אחיה עבדאל כרים, אשר מקבל היתרים ארוכי טווח לצורכי מסחר. שתיים מאחיותיה, הינן תושבות קבע. אחות נוספת מקבלת היתרים במסגרת בקשה לאיחוד משפחות לאחר שחתמה על התחייבות דומה לזו שהתבקשה מהעותרת. בעניינה של אחות זו לא היתה בקשה מתנהלת לאורך שנים קודם לאישור. העותרת עצמה קיבלה היתרים לאורך חמש שנים ושוהה בישראל מזה 17 שנה מבלי שנטענה כנגדה מעולם ולו טענה קלה שבקלות.

80. ודוקו, כי בעניין דקה, בשונה מענייננו, דובר על מעורבות ביטחונית עדכנית וחמורה ביותר של שלושה מאחיה של העותרת ושל אביה (ר' עניין דקה בפסקה 7 וכפי שצוטט לעיל).

81. הדברים שנקבעו שם יפים מקל וחומר בענייננו, בו מדובר ברקע ביטחוני נטען של אחים שלא הורשעו בדבר. ור' גם עת"מ 1196-05-10 נאצר נ' מ"י (22.8.10), הנסוב על שנים עברו, תקופה בה התגוררה העותרת בירושלים, כשהיא מטפלת במשפחתה הגרעינית, וכמעט ואינה מצויה בקשר עם אותם אחים.

עוד על הנחיות ביהמ"ש למשיב בבואו לסרב לבקשת איחוד משפחות מטעמים ביטחוניים ניתן ללמוד מפסה"ד בעת"מ (ח"י) 1196-05-10 ג'ואהר נאצר נ' מדינת ישראל (פס"ד מיום 22.8.10).

ה.3. התעלמות מחובת הנמקה ופגיעה בזכות הטיעון

82. לעותרים לא ניתנה הנמקה בהירה בנוגע לנסיבות הסירוב לבקשתם. זאת בניגוד לקבוע בפסק הדין בעניין געאביץ, אשר עסק בחובות החלות על המשיב בבואו לסרב לבקשות בהליך איחוד משפחות. בין היתר, נדרש בית המשפט בפסק הדין לתנאים המתחייבים ממתן זכות השימוע. חובת ההנמקה היא המרכזית מביניהם. כך, במקרים שבהם חוות הדעת של הגורמים הביטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג:

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).

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

עוד אבקש להעיר לסיים, 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 דהיום 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 באילוץ הביטחוני. (ההדגשות שלי – ע.ל.)

84. המשיב מצידו לא עמד בחובת ההנמקה המוטלת עליו, חובה המהווה חלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע והליך הוגן, אשר הוכרה כזכות במשפט המקובל האנגלי ובעקבותיו המשפט הישראלי, שהכירו בקיומם של כללי הצדק הטבעי (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. במקרה דנן, המידע שסופק סוטה מהדרישות שנקבעו בעניין געאביץ. דומה, כי המשיב לא העביר מידע "באופן רחב ככל הניתן" וגם לא "מידע ממשי ככל הניתן". רק בעקבות החלטת הביניים של וועדת ההשגה, אשר חייבה את המשיב להרחיב את הפראפרזה, נמסר לעותרים ממותי המידע ובאיזה גיס מדובר. כך נודע לעותרים כי המידע אינו עדכני כלל ועיקר, אלא מקור הידיעות האחרונות מתוכו משנים 2010 ו-2011 (בהתאם למיהות האחים). בפראפרזה מאוחרת הגיס לא הזכר, ובכל זאת הוא לא הוסר מההתחייבות שנדרשה ע"י המשיב. הפראפרזה הינה כללית ביותר ולאקונית ואין בה כדי לאפשר טיעון ממצה אל מול ההאשמות החמורות. שאלות שהעלו העותרים בבקשה לשפוך מעט אור על הסירוב הכואב בעניינם לא נענו. הנה כי כן, כיצד יוכלו העותרים, שהמידע האמור אינו נוגע ישירות אליהם, להתייחס למידע ולטעון כדבעי כנגד הגזרות המוטלות עליהם בגינו? המשיב לא עמד בחובתו לפוגג עד המינימום ההכרחי את הערפל בו מצויים העותרים.

ה.4. הזכות החוקתית לחיי משפחה ורמיסתה

85. התנהגות המשיב כמפורט לעיל פוגעת בזכותם של העותרים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שבחרו. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדיון, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

86. לאחרונה ניתן פסה"ד בבג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים (11.1.12) שנסוב על חוקתיותו של חוק הוראת השעה. 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 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 שתשווינה 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 לפסה"ד)

87. 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 בבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך. כך גם באשר לנקיטת סחבת והערמת מכשולים בירוקרטיים 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; דני"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פנאלויה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108.

88. גם המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להינשא ולהקים משפחה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אושררה 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 וחינוכם....

ראו עוד: ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48, ס' 18(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.

89. בהתנהלותו רומס המשיב את חיי המשפחה של העותרים וזאת ללא תשתית ראייתית כלשהי, ודאי לא תשתית מוצקה.

90. על הפגיעה האנושה בזכות לחיי משפחה ניתן וכדאי ללמוד מהסרט הקצר separation dairy המצוי בקישור הבא: <https://www.youtube.com/watch?v=ivvChYvydm8>

ה. הפגיעה בזכויות הילדים – אלא, חליל, מוסטפא, נעים ואמין

91. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמד אם המשפחה, 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.

92. התנהלותו השערורייתית של המשיב מונעת מן העותרת, מבחינות רבות, לתפקד כאם לילדיה. בהיעדר אישור שהייה בישראל נשלל ממנה חופש התנועה והיא וילדיה אינם יכולים אף לחלום על פעילויות יומיומיות והכרחיות של אם וילדיה כמו יציאה לטיול משותף, ליוויים של הילדים לקופת החולים במקרה הצורך או הליכה עמם לבית הספר ולגן.

93. 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.

94. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 **הררי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

95. 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 באוירה של אושר, הבנה ואהבה [...].

סעיף (1)3 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....

סעיף (1)9 קובע:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ולנהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד.

96. 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 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.

97. ילדי העותרים נפגעים פגיעה קשה מהימנעות המשיב לחדש את ההיתרים של אימם משך תקופה כה ארוכה. המתח הנפשי בבית עקב היעדר אישור שהייה בישראל, הפגיעה במשפחה וחוסר הוודאות בדבר המשך חיי כל בני המשפחה יחד בביתם בירושלים - בכל אלה יש כדי לגרום לנזק בלתי הפיך לילדי העותרים. המשיב מפר את הדין הבינלאומי והישראלי ואת הוראות האמנה לזכויות הילד, ומתעלם מהשיקול של טובת ילדי העותר, תושב מדינת ישראל, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

ה.6. חובות המשמורן

98. חובת המשמורן כלפי הילדים שתחת משמורתו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שכותרתו תפקידי ההורים, קובע:

אפטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין ... וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

99. סעיף 323 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע:

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ויראהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

וראו עוד סעיף 373 לחוק העונשין.

100. בסרבו לבקשה מונע המשיב מהעותרים לפעול בהתאם לחובות אלו. בכך, הופך המשיב הורים לעבריינים בעל-כורחם. חמור מזה: מדיניות המשיב פוגעת אנושות בתא המשפחתי ובכך מסכלת את הכלי החברתי המרכזי להגנת גופם, חייהם וכבודם של הילדים.

ה.7. שימוש לא ראוי בסמכות

101. הטעם שמוסר המשיב להחלטתו להגביל את העותרים ולהשפילם בחתימה על תצהיר המתייג אותם כאיום ביטחוני, אשר כופה ריחוק בינם לבין בני משפחתם למרות שמעולם לא פגעו בביטחון המדינה הינו עקיף, לא עדכני וכפי שניתן ללמוד בבירור מעצם העובדה שאמה של העותרת אחיה ואחיותיה נכנסים לישראל ללא מגבלות – אינו מחויב המציאות. החלטת המשיב, מבטאת דה-הומניזציה של בני המשפחה, זילות עצם היותם בני אנוש הראויים לחיות חיים נורמטיביים, תוך שמירה על מרקם חייהם וקשריהם המשפחתיים. התנהלות המשיב בעניינם של העותרים מבטאת שימוש פסול בסמכות המוקנית לו ויישום מורחב למעלה מן הצורך של חוק הוראת השעה.

102. העותרים אינם חולקים על כך, כי למשיב סמכות רחבה בעניין מתן היתרי שהייה וכניסה לישראל. דווקא סמכות רחבה זו ואף יוצאת דופן, מחייבת שימוש זהיר ומדוד בסמכות, במיוחד כאשר הפעלת הסמכות פוגעת בזכויות חוקתיות ותחת כנפי מגבלותיו הרחבות של חוק הוראת השעה. הדברים שנאמרו בערעור מעצר מנהלי 1/82 קואסמה נ' שר הביטחון (23.2.82), יפים גם למקרה דנן:

הסמכות, שניתנה לשר הביטחון לפי סעיף 2 של החוק, היא סמכות רחבה ויוצאת דופן, מכיוון שהיא מאפשרת שלילת חירות של אדם שלא בדרך הליך משפטי רגיל, ועל-כן יש להשתמש בסמכות זו בזהירות רבה ורק במקרים, שאכן הסכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור היא רצינית, ואין דרך למנוע סכנה זו אלא על-ידי מעצרו של אדם (עמ"מ 1/80 [1], בעמ' 259). דווקא מכיוון ששיקול-הדעת, שניתן לשר הביטחון, הוא רחב, מן הראוי לשמור על כך, שהשימוש בסמכות זו יעשה בקפדנות מרבית.

103. כאשר מופעל שיקול הדעת של המשיב, יש לקחת בחשבון את אופי הזכות אותה יש לאזן כנגד הזכות לביטחון. במערך הזכויות, הזכות לחיי משפחה מצויה "במדרג העליון של זכויות האדם" (ר' למשל, עניין דקה, וכן, עניין עדאלה, עניין גלאון). המדובר בזכות חוקתית של אזרחי ישראל, תושבי ישראל וילדיהם, כלפיהם מחויבת המדינה. לעומת זאת, על פי ההלכה הפסוקה בישראל,

מחויבות המדינה לכיבוד זכותם של מי שאינם נמנים על אזרחיה או תושביה לעבודה בישראל, וכניסה לתפילה בישראל, נמוכה יותר. למרות זאת, בנוגע לבני משפחתה המורחבת של העותרת, אמה ואחיה, באיזון בין זכויות אחרונות אלה לביטחון, בחרה מדינת ישראל בזכויות, בלא להגביל אותן בהצהרה בכתב. העותרים סמוכים ובטוחים כי שולי הסיכון שנלקחו לגבי בני משפחתה של העותרת נבחנו בקפידה ובאחריות. מכאן, התימהון אל מול בחירת המשיב, דווקא מקום בו הזכויות הנפגעות הינן זכויות חוקתיות של תושבי המדינה, של ילדים רכים - לבחור בגישה פוגענית יותר וכפי שראינו מעמדת המדינה כלפי בני משפחתה של העותרת, שאיננה הכרחית. דומה, כי במקרה דנן, לא הפעיל המשיב את שיקול דעתו בגדר סמכותו בזהירות ובכובד הראש הנדרשים והראויים.

ה. חוסר סבירות וחוסר הוגנות

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

105. 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 בהגינות.

106. משפחת העותרים הנה משפחה נורמטיבית. העותרים 1 ו-2 הם בני זוג והורים לילדים, המבקשים להמשיך לגור יחד בבית שהקימו בירושלים, בו הם מתגוררים מאז נישאו לפני 17 שנה. התניית אישור הבקשה בחתימת העותרים על תצהיר, אשר נוסחו נוקשה וגורף ומשמעותו פגיעה במרקם היחסים שבין העותרת לבין בני משפחתה המקורית, ובהם, אמה המבוגרת והאלמנה ולבסוף סירוב הבקשה, גוזרת על העותרים דילמה אכזרית ובלתי נחוצה ומעמידה את בני הזוג בפני החלופות הנוראות הבאות:

א. קריעת העותרת ממשפחתה הגרעינית, ובהם חמשת ילדיה הקטינים, וסילוקה לגדה המערבית.

ב. הגלייה כפויה, למעשה, של המשפחה כולה לגדה המערבית, בניגוד לרצונם. חלופה זו תאלץ את העותרים לעזוב את ביתם ואת הילדים לעזוב את בית ספרם וחבריהם, תוביל לאבדן זכויותיהם (כך למשל, אבדן הזכאות לזכויות סוציאליות ובהן ביטוח בריאות) ואף, עשויה להוביל לשלילת מעמדם של בני המשפחה כולם, באשר על פי המשיב, ללא מגורים בישראל, יפקע מעמדם של העותרים מתוכו.

ג. לבסוף, לו תחתום העותרת על תצהיר בנוסח הנדרש ע"י המשיב, תעמוד היא בפני קריעה ממשפחתה המקורית, הוריה אחיה ואחיותיה, מחשש שקשר איתם יחשוף

אותה לקשר "כלשהו" עם אחיה והגם אם באופן מקרי. לאחר מות אביה, מתקשה העותרת לחשוב על אבדן אמה. הסכמה של העותרת לעשות זאת, תוך הפניית עורף למשפחתה, למרות שלא פעלה מעולם כנגד המדינה ובגין מידע שאינו עדכני כנגד אחיה, מהווה פגיעה קשה בעותרת, ורמיסת כבודה עד עפר. המשיב לא העלה כל נימוק המצדיק, בנסיבות דן פגיעה שכזו ולא הסביר כיצד זה היא נדרשת בשעה שבני משפחתה המורחבת של העותרת מקבלים היתרי שהייה בישראל באופן רציף.

107. על המשיב לשים לנגד עיניו את בני המשפחה, כאשר הוא גוזר עליהם השלכות אלה.

ה.9. עקרון המידתיות - החובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד

108. כל זכות, גם זו שהינה בלב זכויות האדם והווייתם האנושית, הינה חלק ממערך זכויות ואינטרסים בניהם יש לאזן. האיזון שנקבע בפסיקה בהקשר זה, מקום בו נטען, כי הזכות החוקתית לחיי משפחה מתנגשת עם אינטרס השמירה על ביטחון המדינה, הוא מבחן ההסתברות הקרובה לוודאות. בעניינינו, מבקש המשיב לפעור את המבחן ולהעביר את נקודת האיזון, אותה קבעה ההלכה, ממבחן "ההסתברות הקרובה לוודאות" למבחן "קיומו של מידע עקיף כלשהו בעבר". קביעה זו מנוגדת להלכה ולמושכלות יסוד בדבר זכויות אנוש.

109. קביעת שר הפנים מכוח סעיף 3ד לחוק צריכה לעמוד בדרישת המידתיות (ר' פרשת אמארה סעיף 11 לפס"ד). כך על אחת כמה וכמה עת מדובר בבקשה מתנהלת עליה לא חל סעיף 3ד באופן ישיר. החלטת המשיב אינה עומדת במבחני המידתיות, החלים גם בעניינים ביטחוניים, כפי שהם מובאים, למשל, בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2004(2), 3035, עמ' 3051 :

מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט בהם להגשמת המטרה, יש לנקוט באותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתיה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא.

וראו גם בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים.

110. על פי מבחן המשנה הראשון, אמנם התכלית לשמה מתיימר המשיב לפעול – שמירה על ביטחון המדינה - הינה ראויה, אך אין כל קשר ראציונלי בין החלטת המשיב – סירוב לבקשת איחוד המשפחות לבין השגת התכלית הביטחונית. והרי, העותרת שוהה בישראל מזה שני עשורים, לאורך לא פחות מ-17 שנה, מבלי שפגעה מעולם בביטחון המדינה. אך בשנים האחרונות, שוהה העותרת בישראל, בידעת המשיב ובהסכמתו, אם מכח היתר שהייה, החלטת ביניים, או

הוראת נוהל 5.1.0001. מעולם לא דבק בה רבב. האחים המושמצים עצמם לא נעצרו, ויצאתם לחו"ל מותרת. נזכיר, כי תחת מגבלות חוק הוראת השעה, לא תהא העותרת זכאית ליותר מהיתר צבאי לשהות לצד משפחתה. חוק הוראת השעה מונע שדרוג של היתר שהייה לרישיון ישיבה המאפשר קבלת זכויות סוציאליות, רישיון נהיגה וקבלת תיעוד ישראלי.

111. על פי מבחן המשנה השני, על הרשות לבחור באמצעי שיפגע בפרט במידה הפחותה ביותר. החלטת המשיב להתנות שלא לצורך את מתן ההיתר, בהימנעות מקיום כל קשר שהוא עם שניים מאחיה של העותרת, אינו האמצעי הפוגע בפרט במידה פחותה. באם מוצא המשיב צורך להטיל על העותרת מגבלות מעבר למגבלות הקיימות בחוק הוראת השעה, הרי שניתן לעשות זאת מבלי לפגוע אותה מבני משפחתה, ולכל הפחות ע"י חתימה על תצהיר ובו מגבלות מצומצמות יותר, כפי שהוצע ע"י העותרת.

112. כפי שראינו לעיל, החלטת המשיב אינה עומדת גם במבחן המשנה השלישי. מבחן המידתיות במובן הצר, באשר אין כל יחס ראוי בין הנזק הרב שנגרם לבני משפחת העותרים, הפגיעה וההשפלה לבין התכלית הביטחונית העמומה. הדברים מתחדדים במובהק, נוכח מתן היתר שהייה לבני משפחתה של העותרת, אמה, אחיה ואחיותיה, שתיים מהן בעלות מעמד של קבע.

113. ונזכיר, כי בעניין דקה לעיל הוטלו מגבלות שונות כאשר דובר היה במניעה ביטחונית עוצמתית ומשמעותית ביותר אשר נבעה משלושה אחים ומאביה של העותרת, אשר עסקו בפעילות ביטחונית העולה כדי טרור של ממש, ובין השאר באימונים באל-קעידה ועיסוק בטרור בשטחים. **רחוק מכך מרחק רב הוא עניינם של העותרים.** עם זאת, גם בעניין דקה לא שלל ביהמ"ש שינוי ההסדר לאחר תקופת מה ואף שקילת מתן מעמד ארעי בעתיד. ר' סעיף 53 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה.

114. מבחני המידתיות מושרשים בעקרונותינו המשפטיים. במקרה זה, בו נפגעת זכות יסוד, על המשיב לאזן את הפגיעה הקשה אשר תגרם לעותרים, בני זוג וחמישה ילדים קטינים, אל מול הסכנה לביטחון המדינה, אך ורק באם אכן קיימת סכנה כזו והיא משמעותית וקרובה.

אכן, "פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה החוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (פרשת עדאלה, פסק דיני, פסקה 4). (סעיף 13 לפסק הדין בעניין דקה) (הדגשה שלי – ע.ל.)

115. איזון ראוי בין הטענות הביטחוניות העקיפות לבין הפגיעה הוודאית בזכות לחיי משפחה של העותרים – אמור היה להביא את המשיב להחלטה, כי יש לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות, אישור, אשר משמעותו מתן היתר צבאי לשנה, ובחינה דקדקנית של עניינם של העותרים מדי שנה בשנה.

ו. סיכום

...בהנחה כי החוק עומד במבחן החוקתיות על-פי המצב המשפטי הקיים, שומה עלינו לפרש את חוק הוראת השעה, וליישם את הוראותיו בדרך שתיתן ביטוי ראוי להתנגשות שבין הזכות למשפחה הנתונה לכל אזרח ותושב ישראל, לבין שיקולי ביטחון של המדינה, תוך שקלול חוקתי ראוי בין זכות יסוד של האדם, בעלת מעמד-על במידרג זכויות האדם, לבין האינטרס הציבורי הנוגד. הפרשנות

והיישום של הוראות החוק הנדון נייזונים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה. (סעיף 13, לעניין דקה).

116. המשיב יוצא אל מלאכת הפעלת שיקול דעתו מתוך הנחת מוצא שגויה, לפיה "הראציונל העומד ביסוד הנכונות להעניק מעמד בישראל לבן זוג זר הנשוי לאזרח או תושב קבע בישראל, הוא ראציונל הומניטארי". (סעי' 13 להחלטת וועדת ההשגה). בהמשך לכך, מסקנתו היא, כי יישום נכון של חוק הוראת השעה מתיר לו לפגוע בזכויות תושבי ישראל ובני משפחתם ובכבודם, גם ללא כל מידע ביטחוני עדכני וקונקרטי המעיד על סיכון לביטחון המדינה. דרישתו הנחרצת של המשיב להכפיף את אישורו למתן היתר לעותרת בהתחייבות גורפת לפיה, היא ובן זוגה, שהינו ישראלי, יימנעו מ"לעמוד בקשר מכל סוג שהוא עם אחיה וגיסה של הגב' געבה", אינה יכולה לדור בכפיפה אחת עם הסכמתו כי בני משפחתה האחרים, חלקם מתגוררים בקרבת אחיה של העותרת, מקור הסירוב לכאורה, באים ויוצאים מישראל לאורך שנים ללא כל מגבלה. דרישתו אינה מתיישבת עם העובדה, כי אין כנגד האחים כל מידע עדכני. במיוחד, אין דרישה זו מתיישבת עם המציאות הנוגעת למשפחת העותרים שעברם הביטחוני צח כשלג ואשר עניינם נבחן ע"י המשיב במשך שנים ארוכות.

117. חיי המשפחה של בני הזוג וחמשת ילדיהם הקטינים תלויים על בלימה מזה תקופה ממושכת מחמת סירוב המשיב לבקשה מטעמים עקיפים ובלתי עדכניים. הפגיעה בזכות החוקתית של בני הזוג נתשה לחיי משפחה, הפגיעה בטובתם של ילדי המשפחה בניגוד לעקרון היסוד בדבר טובת הילד – אינה מתיישבת עם האיזון הנדרש בעת יישום חוק הוראת השעה, בהיותה עולה על הנדרש וחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב לאשר את בקשת העותרים לאיחוד משפחות, במובן זה שלעותרת 2 יינתנו היתרי שהייה בישראל. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, היום: 14.3.13



עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ העותרים