



המוקד להגנה הפרטית
HAMOKED Center for the Defence of the Individual
המוקד - مركز الدفاع عن الفرد

תאריך: 14.5.2008
בתשובה נא לציין: 55871

בפקס: 02-6701611
ובדואר רשום

לכבוד
עו"ד דניאל סלומון
משרד הפנים – לשכת היועץ המשפטי
רח' קפלן 2, ת.ד. 6158
ירושלים 91061

שלום רב,

הנדון: ע"ר על סירוב בקשת אחמ"ש מס' 376/01
ע"ש מר אבו דהים, ת.ז.
עבור בת זוגו הגב' אבו דהים, ת.ז.
מכתבכם מיום 16.3.2008

1. מר אבו דהים ייפה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), לטפל בענייניו מול הרשויות הישראליות. מצ"ב ייפוי כוח.

2. בתחילת חודש אפריל 2008, התקבל אצל מרשנו מכתבכם שבסימוכין, אשר נוסחו כדלקמן:

בהתאם להחלטת ראש מינהל אוכלוסין, מר יעקב גנות, הוחלט לסרב לבקשת איחוד המשפחות שבנדון מאחר והנכם בני משפחתו של המפגע, האחראי למותם של שמונה אזרחים בישיבת "מרכז הרב".

בעניינה של החלטה זו (להלן: **החלטת הסירוב**) מוגש הערר שבנדון. ההחלטה מצ"ב, מסומנת א.

עניינם של מרשי ובני משפחתו

3. מרשי הוא תושב קבע במדינת ישראל, המתגורר בגיבל מוכבר. בחודש אוגוסט 2000 נישא מרשי לגב' _____ אבו דהים (להלן: **הגב' אבו דהים**). בני הזוג מתגוררים מאז חתונתם בגיבל מוכבר, בבית שבבעלותו של אביו של מרשי.

4. לבני הזוג ארבעה ילדים: _____, בת 7; _____, בן 4; _____, בת שנתיים; _____, בת חמישה חודשים. כל הילדים נולדו בירושלים. שלושת הילדים הגדולים נרשמו לאחר לידתם כתושבי קבע בישראל. בבקשתו של מרשי לרשום את בתו הקטנה _____ במרשם האוכלוסין בישראל – טרם התקבלה תשובה.

צילום של תעודת הזהות של מרשי, בה רשומים ילדיו, מצ"ב מסומן ב.

5. מרכז חיי המשפחה נמצא בכל מובן בירושלים: המשפחה מתפרנסת מעבודתו של מרשי בחנות סופרמרקט שבבעלותו, הנמצאת בעיר; הבת הגדולה _____, אשר הגיעה לאחרונה לגיל בית ספר, לומדת בירושלים; כל הילדים טופלו מאז ינקותם במרפאות בירושלים, בהן גם חוסנו. גם המוסד לביטוח לאומי מכיר במרשי ובילדיו כתושבי ישראל, והם מבוטחים בביטוח בריאות.
6. ביום 28.6.2001 הגיש מרשי בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו. מאחר שאין חולק כי מרכז חיי המשפחה נמצא בירושלים, ומאחר שלא נמצאה כל מניעה פלילית או ביטחונית – הבקשה לאיחוד משפחות אושרה, ומאז שנת 2004 מקבלת הגב' אבו דהים היתרי שהייה בישראל. אישור על הגשת הבקשה והטפסים מטעם משרד הפנים המאשרים כי הבקשה אושרה (טפסי "הפנייה למת"ק) מצ"ב, מסומנים ג-ז.

הפיגוע ב"מרכז הרב" והחלטת הסירוב בעקבותיו

7. ביום 6.3.2008 בוצע פיגוע מחריד בישיבת "מרכז הרב" בירושלים. לאחר זמן קצר מתברר כי מבצע הפיגוע הינו מר _____ אבו דהים, אחיו של מרשי. מרשי ומשפחתו, להם לא היה כל קשר לפיגוע, אינם יודעים את נפשם. הן ממותו של בן המשפחה. הן מהנסיבות הנוראיות של המוות.
8. בתחילת חודש אפריל 2008 קיבל מרשי את ההודעה כי החלטתם לסרב לבקשתו לאיחוד משפחות עם אשתו. ההחלטה לא מציינת כל נימוק לסירוב לבקשה מלבד היותו של מרשי קרוב משפחה של מבצע הפיגוע. ההחלטה איננה קובעת כי מרכז חיי המשפחה חדל לפתע להיות בירושלים. ההחלטה איננה קובעת כי קיים ספק באשר לכנות נישואי בני הזוג. ההחלטה איננה קובעת כי צצה לפתע מניעה פלילית או ביטחונית בנוגע לאשת מרשי.
- תחת זאת, קובעת החלטתכם, כי על מרשי, אשתו וילדיהם להיענש בגין מעשהו הנפשע של האח – מעשה שאתם עצמכם אינכם טוענים שלמרשי היו בו יד ורגל.
9. **מרשי נענש אפוא בגין מעשהו של אדם אחר, למטרת נקם ולמען יראו וייראו.** מדובר בשיקולים שהינם זרים להליך איחוד המשפחות. כמפורט לעיל, שקילת השיקולים הרלוונטיים להליך איחוד המשפחות היתה מביאה אתכם למסקנה, הברורה מאליה, שיש להמשיך ולאשר את בקשת מרשי לאיחוד משפחות עם בת זוגו.
- באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט י" כהן, כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון "האם היתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות, ואם כך היה הדבר, הרי יש לפסול את מעשה הרשות." (בג"ץ 392/72 אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה פ"ד כז(2), 764, 773).
10. אם אכן שיקול ההרתעה הוא זה שעמד ביסוד החלטתכם, הרי שמדובר בהחלטה שהתקבלה שלא כדין. עמד על כך בית המשפט העליון, בפרשיה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש. באותה פרשיה קבע הנשיא א' ברק כי לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם, ממנו לא נשקפת כל סכנה, רק משום שהדבר יביא להרתעתם של אחרים:

נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. **אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים.** כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. **לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור.** זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור. (בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1029). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

11. מדובר אפוא בענישה קולקטיבית לכל דבר, המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיסה של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורות. ספר דברים מבטא תפישה זו באופן המפורש ביותר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו. (דברים כד, טז).

כך היה גם בתקופתם של מלכי יהודה. בספר מלכים ב' מסופר על המלך אמציה, אשר עלה לשלטון לאחר שאביו, המלך יהואש, נרצח בידי עבדיו. המלך אמציה הרג את רוצחי אביו אולם הקפיד שלא לפגוע בבניהם של המתנקשים:

ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את עבדיו המכים את המלך אביו. ואת בני המכים לא המית. ככתוב בספר תורת משה, אשר ציווה ה' לאמר: לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות כי אם איש בחטאו ימות (קרי: יומת; מלכים ב' יד, ה-ו).

הנביאים ירמיהו ויחזקאל חוזרים גם הם על הכלל כי בן משפחה אחד לא ישא בעונו של בן משפחה אחר:

הנפש החוטאת היא תמות. בן לא יישא בעוון האב, ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה, ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח, כ).

12. לא ניתן להפריז במשמעות הקשה שיש להחלטתכם על חייו של מרשי ובני משפחתו. במשיכת קולמוס אחת הפכה הגב' אבו דהים – רעיה ואם לארבעה ילדים – לשוהה בלתי חוקית, שדינה אחד – גירוש. מיום קבלת ההחלטה שרויה הגב' אבו דהים בחרדה יומיומית והיא נמנעת כמעט לחלוטין מלצאת את פתח ביתה. המשפחה כולה חיה במתח מתמיד, המלווה את חוסר הוודאות בדבר מעמדה של הגב' אבו דהים. מובן, כי הדבר משפיע באורח קשה ביותר גם על ארבעת ילדי בני הזוג, בערעור ביטחונם האישי ובחרדה מפני גירושם של אימם מביתם, ומכאן – מחייהם.

13. בייחוד נכונים הדברים כאשר בני הזוג מתגוררים יחד בישראל כבר כשמונה שנים והגב' אבו דהים לוקחת חלק מזה ארבע שנים בהליך איחוד המשפחות ומקבל היתרי שהייה בישראל. במהלך תקופה זו נולדו ילדיהם, תושבי ישראל מבטן ולידה. כאן מתגוררת המשפחה. כאן מתחנכים הילדים. כאן מפרנס מרשי את משפחתו. מרכז חיי המשפחה הוא אפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המיידית של ההחלטה היא עקירתה של הגב' אבו דהים מישראל, וקריעתה מעל בן זוגה וילדיה. לחלופין – תגלה יחד עימה משפחתה כולה, בניגוד לרצונה, אל מחוץ לישראל.

14. כיום, בעידן שלאחר בג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח' תק-על 2006(2) 1754** – אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. הנשיא א' ברק קבע, בפיסקה 34 לפסק דינו:

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. (ההדגשה הוספה-י.ב.).**

15. באשר לזכות החוקתית לחיי משפחה נקבע לאחרונה כי:

התייחסותה (המוצדקת) של החלטת השר לזכותו של העותר לקיום חיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, מפריכה מתוכה היא את הטענה המופיעה בכתב התשובה... שלפיה איחוד משפחות איננו בגדר זכות מוקנית אלא מיוסד על טעמים הומניטריים גרידא. טענה מעין זו אפשר הייתה יכולה להיטען בימים עברו, בטרם נפסקו ההלכות בפרשת **עדאלה** ובבג"ץ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים ... כיום, לאחר שפסקי דין אלה אמרו את אשר אמרו, ברור כי לא זו בלבד שהזכות של אזרח או תושב המדינה לכך שבן זוגו וילדו יתגוררו יחד עמו בישראל הנה בגדר זכות מוקנית, אלא שמעמדה של הזכות הנו של זכות יסוד חוקתית המשתייכת לגרעין זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם. (עתי"מ י-ם) 310/07 מוגרבי נ' שר הפנים, תק-מח 2007(4), 12341 (2007), בסעיף 5 לפסק הדין). (ההדגשה הוספה-י.ב.).**

16. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשה לאיחוד משפחות שמגיש אזרח או תושב המדינה עבור בן זוגו או ילדיו. הטעמים

לפגיעה כזו ידועים ונמנו בפסיקה (ציינו אותם לעיל: היעדר מרכז חיים בישראל, היעדר כנות נישואין בין בני הזוג ומניעה פלילית או ביטחונית). טעמים של נקם והרתעה – בוודאי כאשר הסנקציה המרתיעה, לכאורה, מכוונת כלפי מי שאינו מהווה כל סכנה ביטחונית – אינם נמנים על השיקולים שיש לשקול בבחינת בקשה לאיחוד משפחות. מדובר אפוא בשיקולים זרים ופסולים.

17. לאור כל האמור לעיל אנו דורשים כי תחזרו בכם מהחלטתכם לסרב לבקשה לאיחוד משפחות שבנדון ותקבעו כי הגב' אבו דהים תוסיף ותקבל אישורי שהייה בישראל, בהתאם להליך.

18. אודה להתייחסותכם בהקדם, כדי לייתר פנייה לערכאות.

בכבוד רב,
יותם בן הלל, עו"ד

לוט:
ייפוי כוח
נספחים א-ז

העתק: עו"ד מני מזוז, היועץ המשפטי לממשלה