

- בעניין: 1. _____ געברי, ת.ז. _____
2. _____ אלגעברי, ת.ז. _____
3. _____ געברי, ת.ז. _____
4. _____ געברי, ת.ז. _____
5. _____ געברי, ת.ז. _____
6. _____ געברי, ת.ז. _____
7. _____ געברי, ת.ז. _____
8. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או יוסי וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665) ו/או עביר גובראן (מ.ר. 44346) ו/או עידו בלום (מ.ר. 44538) מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

1. שר הפנים
2. מנהל מינהל האוכלוסין
3. מנהל לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-6223140

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה לצו על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם ליתן טעם:

א. מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם לסרב לבקשת העותרת 1 (להלן: **העותרת**) לאיחוד משפחות עם בן זוגה, העותר 2 (להלן: **העותר**), ויאשרו את הבקשה.

ב. באשר לבקשות לאיחוד משפחות המסורבות בשל סיכון ביטחוני המיוחס לבן משפחתו של המוזמן (על פי סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)):

1. מדוע לא יעמדו בהוראות החוק, המאפשרות להם לסרב לבקשות אלה רק בגין סיכון ביטחוני המיוחס לבני משפחה המוגדרים בסעיף.

2. מדוע לא יקבעו, כי ניתן יהיה לסרב לבקשות אלה רק במקרים בהם קיימת זיקה עכשווית ממשית בין המוזמן לבין קרוב המשפחה לו מיוחס הסיכון.
3. מדוע לא יקבעו כי ניתן יהיה לסרב לבקשות אלה רק בהתקיים סיכון ביטחוני עכשווי מצד קרוב המשפחה של המוזמן.
- ג. מדוע לא יקבעו קריטריונים ברורים למקרים בהם ניתן לסרב לבקשות איחוד משפחות מטעמים ביטחוניים.
- ד. מדוע לא יקבעו נהלים ברורים באשר להודעה על סירוב בקשה מטעמים ביטחוניים – נהלים שיכללו את אופן ההודעה והמידע שיימסר בה למבקשי הבקשות.
- ה. מדוע לא יפרסמו בציבור את הנהלים והקריטריונים האמורים בסעיפים ב-ד.

פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו בסירובם של המשיבים לבקשה לאיחוד משפחות שהגישה תושבת ישראל עבור בן זוגה, תושב השטחים, המתגורר עמה ועם ילדיהם בירושלים. עילת הסירוב לבקשה היא "טעמים ביטחוניים". הנימוק בו השתמשו המשיבים: "בן משפחתו של המוזמן ביצע פיגוע התאבדות". כאשר ביקשו העותרים כי המשיבים יסבירו נימוק זה – לא נענו.
2. החלטתם זו של המשיבים מנוגדת לדין ולשכל הישר.
3. סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) מאפשר, אמנם, לסרב לבקשות לאיחוד משפחות על סמך סיכון ביטחוני המיוחס לבן משפחתו של המוזמן, ולא רק על סמך סיכון המיוחס למוזמן עצמו. עם זאת, החוק מגביל את אפשרות המשיבים לסרב לבקשות אלה על סמך סיכון ביטחוני המיוחס רק לאותם בני משפחה המוגדרים בסעיף. קרוב משפחתו של העותר שביצע את פיגוע ההתאבדות הוא אחיינו של העותר. אחיין אינו נמנה על בני המשפחה בגינם רשאי המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס ביטחוני. אשר על כן, מדובר בהחלטה שהתקבלה ללא סמכות, ודינה - בטלות.
- זאת ועוד, האפשרות לדחות בקשה מתקיימת רק כאשר בן המשפחה "עלול להוות סיכון ביטחוני" – כך, במבט צופה עתיד. מי שכבר אבד מהעולם, בהגדרה שוב אינו "עלול להוות סיכון ביטחוני". גם מטעם זה דחיית הבקשה נעשתה בחוסר סמכות.
4. המטרה העומדת, לכאורה, בבסיסו של סעיף 3ד היא מניעת קשר עתידי, שטמון בו סיכון של המוזמן עם בן המשפחה המהווה סיכון ביטחוני. החשש הוא שקרוב המשפחה ינצל את המוזמן בידיעתו או אף שלא בידיעתו. בענייננו, ניתק רגע הפיגוע כל אפשרות של קשר בין המוזמן לבין אחיינו – מבצע הפשע הנתעב – שאיבד באותה שנייה את עצמו לדעת. המשיבים אינם טוענים שנשקפת סכנה מהעותר עצמו, ולא בכדי. מדובר באדם נורמטיבי,

ללא עבר פלילי או ביטחוני, אשר בנה, יחד עם אשתו וילדיו, בית לתפארת בירושלים. המשיבים גם הרי אינם טוענים כי מצוי בדמו של העותר, או של מי מבני משפחתו, הגן הגורם לאדם לקום יום אחד ולבצע פיגוע התאבדות.

לפיכך, מנוגדת החלטת המשיבים גם לכל היגיון בריא.

5. התנהלות המשיבים במקרה דנן מעלה תמיהות קשות באשר לאופן קבלת ההחלטות בכל האמור לסירובים לבקשות לאיחוד משפחות על רקע ביטחוני. נראה כי **החלטות מתקבלות באופן אוטומטי** – רק על סמך המלצת גורמי הביטחון – וללא הפעלת שיקול דעת מצד המשיבים. שיקול דעת, שהפעלתו מתחייבת בחוק ובנהלי המשיבים עצמם. עוד עולה מהמקרה שלפנינו, וכן ממקרים אחרים המטופלים כיום על ידי העותרת 8, כי המשיבים מסרבים לבקשות גם בשל מידע ביטחוני הנעוץ **בעברו** של בן המשפחה, ואשר איננו רלוונטי כלל בהווה.

6. מהמפורט בעתירה עולה, כי לא קיימים קריטריונים ברורים באשר לסירוב לבקשות על רקע ביטחוני, ובפרט סירובים המתייחסים לקרובי משפחה של המוזמן. למצער, לא מדובר בקריטריונים הידועים לציבור הרחב. תוצאה חמורה אפשרית של היעדר הנחיות ברורות, היא שקילתם של **שיקולים זרים** לחוק ולהליך איחוד המשפחות. עולה החשש, שגם במקרה זה, בו לא נראית לעין סיבה הגיונית לסירוב לבקשה, נשקלו שיקולים שאינם מן העניין. ייתכן שמדובר בפעולת ענישה, למען "יראו וייראו". יתכן כי מדובר בפעולה נקמנית לשמה.

7. השלכות ההחלטה על התא המשפחתי של העותרים - קשות מנשוא. העותרים מתגוררים יחד עם ילדיהם בירושלים למעלה מחמש שנים ברציפות. ישראל היא מרכז חיי המשפחה בכל מובן אפשרי. המשיב אינו מתכחש לכך, ועל בסיס עובדה זו רשם את ילדי בני הזוג במרשם האוכלוסין. כתוצאה מהחלטת המשיבים יאלץ העותר לעקור מישראל, כשבני משפחתו יישארו בארץ. לחלופין – תיגלה יחד עימו משפחתו כולה, בניגוד לרצונה, אל מחוץ לישראל - מדינתם.

8. נראה כי עובדות אלה לא עמדו בפני המשיבים, בבואם לקבל החלטה כה גורלית לחיי המשפחה. התעלמות זו מחזקת את החשש כי המקום בו מתקבלות ההחלטות הסופיות, באשר לגורלן של משפחות בישראל, הם מסדרונות השב"כ ותחנות המשטרה. העותרים אינם טוענים כי הפנייה לגורמי הביטחון אינה במקומה, אולם את עמדתם של אלה יש לאזן מול שיקולים אחרים, כגון מניעת פירוק התא המשפחתי וטובתם של ילדים. בוודאי שיש לבדוק אם המלצות "הגורמים" תואמות את החוק ואת השכל הישר.

זהו בדיוק תפקידם של המשיבים.

הצדדים לעתירה

9. העותרת היא תושבת מדינת ישראל, המתגוררת בשכונת א-טור שבירושלים עם בן זוגה, העותר, תושב הגדה המערבית וילדיהם. העותרת הגישה ביום 2.2.2006 בקשה לאיחוד משפחות עם העותר. לאחרונה, סורבה הבקשה. לבני הזוג (להלן: **העותרים**) חמישה ילדים, העותרים 3-7, כולם ילידי ישראל ותושביה. אין מחלוקת בדבר מרכז חייה של המשפחה בירושלים.
10. העותרים 3-7 (להלן גם: **הילדים** או **ילדי העותרים**) הם ילדיהם של העותרת והעותר, המתגוררים עמם בירושלים. העותרים 3-7 נולדו כולם בישראל. העותרים 4-6 נרשמו ביום 7.3.2005 במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי קבע. לעותרת 3 החליט המשיב תחילה להעניק "היתר מת"ק" בלבד. עם זאת, בעקבות עתירה שהוגשה בעניינה (עת"מ 366/05) החליט המשיב להעניק לה מעמד בישראל, והיא נרשמה כתושבת קבע ביום 28.5.2007. באותו יום נרשמה גם העותרת 7, ילידת 29.8.2006, כתושבת קבע בישראל.
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 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
13. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. כמו כן, המשיב 2 משתתף בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל, מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.
14. המשיב 3 (להלן: **המשיב**) מנהל את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.

עניינם של העותרים 1-7

15. העותרת והעותר נישאו זו לזה בשנת 1993. באותה שנה, זמן קצר לאחר החתונה, הגישה העותרת בקשה לאיחוד משפחות עם העותר. הבקשה סורבה ללא נימוק. יצוין, כי עד לשנת 1994, לא הותר לנשים, תושבות ישראל, להגיש בקשה לאיחוד משפחות עם בני זוגן, ונראה שזו היתה הסיבה לדחיית הבקשה.

16. לאחר שסורבה הבקשה, עברו העותרים להתגורר בגדה המערבית. באותן שנים המשיכה העותרת לבקר תכופות אצל משפחתה, המתגוררת בא-טור. העותרת אף ילדה את כל ילדיה בישראל. בשנת 2002 חזרו בני הזוג לירושלים, וקבעו את ביתם בשכונת א-טור, בה הם מתגוררים עד עצם היום הזה.
17. ביום 19.7.2004 הגישה העותרת בקשה לרישום העותרים 4-6 במרשם האוכלוסין. במקביל, בהתאם לנוהלי המשיב, הגישה העותרת באותו יום בקשה לאיחוד משפחות עם העותרת 3, שהיתה רשומה בתעודת הזהות של העותר.
- הקבלות עבור הגשת הבקשות מצ"ב, מסומנות ע/1 ו-ע/2.
18. ביום 1.3.2005 התקבל אצל העותרת 8 מכתבו של המשיב מיום 23.2.2005, לפיו אושר רישומם של העותרים 4-6 במרשם האוכלוסין כתושבי קבע.
- מכתבו של המשיב מצ"ב, מסומן ע/3.
19. באותו יום התקבל אצל העותרת 8 מכתב נוסף מטעם המשיב, הנושא גם הוא את התאריך 23.2.2005, לפיו הוחלט לאשר לעותרת 3 היתר שהייה בישראל בלבד.
- מכתבו של המשיב מצ"ב, מסומן ע/4.
20. לאור סירובו של המשיב להעניק לעותרת 3 מעמד של קבע בישראל, הוגשה ביום 7.4.2005 עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים (עת"מ 366/05). ביום 15.5.2005, מעט למעלה מחודש לאחר הגשת העתירה, התקבל אצל העותרת 8 מכתבו של המשיב, לפיו הוחלט להעניק לעותרת 3 מעמד של תושבת ארעית לשנתיים.
- מכתבו של המשיב מצ"ב, מסומן ע/5.
21. יצוין, כי לאחרונה, ביום 28.5.2007, שודרג מעמדה של העותרת 3 למעמד של תושבת קבע.
22. ביום 1.8.2005 תוקן חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (להלן: **הוראת השעה**), כך שמאותו יום ניתן היה להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור מוזמן, תושב השטחים, שגילו מעל 35. בהתאם לכך, פנו העותרים למשיב, במהלך ספטמבר 2005, בענייניו של העותר, שהיה באותה עת בן 41. לעותר נקבע מועד להגשת בקשת מלאה לאיחוד משפחות, ליום 2.2.2006, וכך עשה.
- קבלה על הגשת הבקשה לאיחוד משפחות עם העותר (להלן: **הבקשה**) מצ"ב, מסומנת ע/6.
23. ביום 3.4.2006 וביום 15.5.2006 נשלחו למשיב מכתבי תזכורת באשר לבקשה.
- המכתבים מצ"ב, מסומנים ע/7 ו-ע/8 בהתאמה.

24. ביום 30.5.2006 התקבל אצל העותרת 8 מכתב מטעם המשיב, לפיו לא צורף למכתב העותרת 8 מיום 15.5.2006 ייפוי כוח. למרות שייפוי כוח כבר צורף לבקשה המלאה, צורף שוב ייפוי כוח למכתב התזכורת הבא, שנשלח למשיב ביום 31.5.2006.
- מכתב המשיב ומכתב העותרת מצ"ב, מסומנים ע/9 ו-ע/10 בהתאמה.
25. ביום 25.6.2006 התקבל אצל העותרת 8 מכתב מטעם המשיב, לפיו טרם התקבלה החלטה בבקשה.
- מכתב המשיב מצ"ב, מסומן ע/11.
26. ביום 4.7.2006, ביום 31.8.2006 וביום 20.11.2006 נשלחו למשיב מכתבי תזכורת נוספים.
- המכתבים מצ"ב, מסומנים ע/12, ע/13 ו-ע/14.
27. בין לבין, נולדה לעותרים, ביום 29.8.2006, בת - העותרת 7. העותרת הגישה בקשה לרשמה במרשם האוכלוסין (מספר סידורי 131/06). הבקשה התקבלה, וביום 28.5.2007 נרשמה העותרת 7 כתושבת קבע בישראל.
28. ביום 21.11.2006 התקבל אצל העותרת 8 מכתב מטעם המשיב, הנושא את התאריך 16.11.2006, והמודיע לעותרת כי בקשתה לאיחוד משפחות עם העותר מסורבת (להלן: **ההחלטה**). נוסח ההחלטה:

הריני להודיעך כי בקשתך לאיחוד משפחות נבחנה, וניתנה בה ההחלטה הבאה:

הבקשה מסורבת מטעמים ביטחוניים.

בן משפחתו של המוזמן ביצע פיגוע התאבדות.

ההחלטה מצ"ב, מסומנת ע/15.

29. בירור עם העותרים, העלה כי בן המשפחה שביצע את הפיגוע היה אחיינו של העותר.
30. כבר עתה ייאמר, כי לעילה לדחיית הבקשה אין עיגון בדין. **אחיין אינו נמנה על בני המשפחה בגינם רשאי המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס ביטחוני. בנוסף, אדם מת, ששוב אינו מהווה סיכון, אינו יכול להיות עילה לסירוב, אפילו היה כלול ברשימה הסגורה של בני משפחה אלו.** כך, כבר בקריאה ראשונה של ההחלטה זועק לשמיים חוסר ההיגיון שבה. מחד, לא נטען כי העותר עצמו מהווה סיכון ביטחוני. מאידך, אותו בן משפחה, שבגיניו מסורבת הבקשה, נהרג בעת ביצוע הפשע הנתעב, ואינו עוד בין החיים.
31. בהתאם לכך, נשלח למשיב ביום 26.12.2006 ערר על ההחלטה. בערר הסבה העותרת 8 את תשומת ליבו של המשיב לעובדה שהסירוב לבקשה חסר בסיס חוקי. בנוסף, ביקשה

העותרת 8 לקבל את תשובת גורמי הביטחון לשאלות הנוגעות לעילת הסירוב ולזמן בו צפויה לעמוד בתוקפה המניעה הביטחונית נגד העותר.

מכתב הערר מטעם העותרת 8 מצ"ב, מסומן ע/16.

32. לאחר שלא נתקבלה כל תשובה לערר, שלחה העותרת 8 מכתב תזכורת למשיב ביום 28.1.2007.

מכתב התזכורת מצ"ב, מסומן ע/17.

33. ביום 8.2.2007 התקבל אצל העותרת 8 מכתב מטעם המשיב, המאשר כי הפנייה הועברה לבדיקת הגורמים. "עם זאת", כתב המשיב, "החלטתנו לסרב הבקשה בעינה עומדת".

מכתב המשיב מצ"ב, מסומן ע/18.

34. ביום 15.4.2007 שלחה העותרת 8 מכתב תזכורת למשיב, בה ציינה כי מאז יום 8.2.2007 לא נתקבלה כל תשובה מלשכתו.

מכתב התזכורת מצ"ב, מסומן ע/19.

35. לאור זאת, ולאור העובדה שחלפה כבר למעלה מחצי שנה מיום החלטת הסירוב, ובחלוף חמישה חודשים מיום הגשת הערר, ומאחר שהמשיב עומד בהחלטתו לסרב לבקשה, מוגשת עתירה זו.

המסגרת המשפטית

36. להלן יטענו העותרים כדלקמן:

א. סירוב המשיב לאשר את הבקשה, רק בשל העובדה שאחיינו של העותר ביצע פיגוע התאבדות, הינו בניגוד להוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). אחיין אינו נמנה על בני המשפחה בגינם רשאי המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס ביטחוני. אשר על כן, ההחלטה התקבלה ללא סמכות.

בנוסף, האפשרות לדחות בקשה מתקיימת רק כאשר בן המשפחה "עלול להוות סיכון ביטחוני" – כלומר, במבט צופה עתיד. מי שכבר אבד מהעולם, שוב אינו עונה על ההגדרה "עלול להוות סיכון ביטחוני". גם מטעם זה דחיית הבקשה נעשתה בחוסר סמכות.

ב. מותו של מבצע הפיגוע – בנסיבות איומות ומפלצתיות ככל שיהיו – שומט את הקרקע תחת הרציונל העומד, לכאורה, בבסיס האפשרות לסרב לבקשה לאיחוד משפחות בגין סיכון ביטחוני המיוחס לבן משפחה של המוזמן. היעדר היתכנותו של קשר עכשווי בין

המוזמן לבין אותו בן משפחה - אשר, כאמור, אינו בין החיים - לא מאפשר לסרב לבקשה רק בשל הקירבה המשפחתית.

ג. כן יטענו העותרים, כי מקרה זה ממחיש את השימוש הציני שעושה המשיב בהוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). החוק מאפשר, כאמור, לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס מידע ביטחוני, המיוחס לבן משפחה. המשיב מפרש הוראה זו בהרחבה רבה, ומסרב לבקשות גם בשל מידע ביטחוני הנעוץ **בעברו** של בן המשפחה, ואשר איננו רלוונטי בהווה. בענייננו, הסיכון הביטחוני שנשקף מאותו אחיין כבר מומש, לצערנו הרב, אך כיום אין לעניין עוד רלוונטיות.

ד. התנהלות המשיב במקרה דנן מעלה תמיהות קשות באשר לאופן קבלת ההחלטות בכל האמור לסירובים לבקשות לאיחוד משפחות על רקע ביטחוני. העותרים יטענו כי ההחלטות מתקבלות באופן אוטומטי - על בסיס המלצת גורמי הביטחון - וללא הפעלת שיקול דעת מצד המשיב, כמתחייב בחוק ובנהלי המשיב. מהתנהלות המשיב עולה גם כי לא קיימים קריטריונים ברורים באשר לסירוב לבקשות על רקע ביטחוני, ובפרט סירובים המתייחסים לקרובי משפחה של המוזמן (ולא למוזמן עצמו). אחת מתוצאותיו של מצב זה היא שקילתם של שיקולים הזרים לחוק ולהליך איחוד המשפחות.

שיקול דעתו של המשיב בשאלת המניעה הביטחונית

37. סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (להלן: **החוק**) קובע כי:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל לתושב אזור לפי סעיף 3, 3א(2), 3ב(2) ו-3(3) ו-4(2), 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.

38. פסיקת בתי המשפט קבעה אמות מידה להפעלת שיקול הדעת של שר הפנים באשר להחלטה אם תושב האזור מהווה סיכון ביטחוני:

על שר הפנים להפעיל את סמכותו זו על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. עליו להפעיל סמכויות המאפשרות לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות אדם. קביעת שר הפנים מכוח סעיף 3ד לחוק צריכה לעמוד, אפוא, בדרישת המידתיות. (בג"ץ 2028/05 חסן אמארה ואח' נ' שר הפנים ואח' תק-על 2006(3), 154, עמ' 158).

בהמשך פסק הדין נקבע כי:

כאשר עסקינן בהחלטה על בסיס בדיקות אינדיבידואליות, שאלת המידתיות של החלטת שר הפנים מותנית בנסיבותיה הספציפיות של כל בקשה. במסגרת בחינת המידתיות יש להביא בחשבון את מכלול הנסיבות. הבדיקה האינדיבידואלית, לפי נסיבותיו הפרטניות של המקרה, צריכה לבחון קיומו של סיכון, בפועל או בכוח, מצד בן הזוג הזר. בחינת עוצמתו של השיקול הביטחוני נעשית על יסוד בדיקת חומר פרטני הקשור לאנשים הנוגעים בדבר. (שם, שם).

39. כפי שיפורט להלן, שיקול דעתו של המשיב בעניינם של העותרים היה פגום, כמעט מכל בחינה אפשרית. בוודאי שהפעלת שיקול הדעת לא תאמה את העקרונות שצוינו לעיל. נסקור תחילה את הפגמים בהחלטת המשיב גופה, ונעבור בהמשך לכשלים מערכתיים באשר לסירוב לבקשה לאיחוד משפחות בעילה של 'מניעה ביטחונית'.

הסירוב לבקשה – מבלי שתתקיים זיקה בין המוזמן לבן משפחתו

40. כאשר הסיכון הביטחוני הנטען איננו נובע מהמוזמן עצמו, אלא מבן משפחתו, הבדיקה האינדיבידואלית חייבת לכלול בחינה של אופי הקשר של המוזמן עם אותו בן משפחה, ומידת הקירבה ביניהם. כך, למשל, בעת"מ 796/03 הגיע בית המשפט למסקנה כי מהמוזמן נשקף סיכון ביטחוני רק לאחר שהוצג לבית המשפט חומר חסוי בשאלת אופי הקשר שבין המוזמן לבין אחיו, שנטען שהיה פעיל חמאס בכיר, ובדבר תדירות מפגשיהם של השניים (ראו עת"מ 796/03 מימי ואח' נ' שר הפנים, תק-מח 2005(1) 7716, סעיף 18 לפסק הדין).

41. בעתירה שלפנינו, הבדיקה הפרטנית באשר לאופי הקשר בין העותר לבין קרוב משפחתו - פשוטה. כאן לא נדרש כל מידע חסוי. כאן אין צורך לבדוק את תדירות מפגשיהם. קרוב המשפחה, אחיינו של העותר, הוא _____ גיעברי, שביצע פיגוע התאבדות בבאר שבע באוגוסט 2004. ברי כי מהרגע בו בוצע הפשע הנתעב, לא יתכן כל קשר - פיזי, או אחר - בין העותר לבין אותו אחיין, שאינו כיום בין החיים.

רגע הפיגוע, ניתק אפוא, כל זיקה אפשרית (אם היתה כזו) בין העותר לבין האחין. מאחר שהטענה בדבר סיכון ביטחוני מבוססת כל כולה על אותו קשר - ולא, למשל, על מידע ביטחוני המיוחס לעותר - הרי שאין כל עילה לסירוב לבקשה לאיחוד משפחות על רקע ביטחוני.

42. למעלה מן הדרוש, נציין כי לעותר עצמו אין כל עבר פלילי או ביטחוני. יתרה מכך, לעותר מונפק, החל משנות התשעים, כרטיס מגנטי המאפשר עבודה בישראל. הוא גם קיבל בזמנו - בתקופה בה מצא עבודה בישראל - היתרי עבודה, המאפשרים כניסה לתחומי המדינה. הנפקת הכרטיס המגנטי וקבלת היתרי העבודה כרוכות בבדיקות ביטחוניות קפדניות. אותם אישורים לא היו ניתנים לעותר אם נטען כי נשקף ממנו סיכון ביטחוני כלשהו.

הסירוב לבקשה – ללא הסמכה מפורשת בחוק

43. סעיף 3 לחוק קובע כי בקשה לאיחוד משפחות תסורב אם למוזמן או לבן משפחתו מיוחס סיכון ביטחוני. תחת ההגדרה של "בן משפחה" באותו סעיף נכללים: בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. כלומר, אחיין אינו נמנה על בני המשפחה בגינם רשאי המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס ביטחוני. יצוין גם, כי ביום 28.3.2007 התקבל תיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). התיקון הותיר את ההגדרה של "בן משפחה" על כנה.

44. שיקול הדעת המוקנה לרשות לעולם אינו מוחלט. הפעלתו כפופה תמיד לדל"ת אמות החוק המסמיך. בענייננו מדובר, אם כך, בהחלטה שנעשתה ללא סמכות, החלטה שסותרת את עקרון חוקיות המינהל. עקרון זה קובע כי אין סמכות לשום רשות מינהלית, אלא אותה סמכות שהוענקה לה לפי חוק. בספרו הסמכות המינהלית, קובע פרופ' י' זמיר כי:

אם הרשות אינה יכולה להצביע על חוק ממנו נובעת הסמכות לעשות אותו מעשה, המעשה אינו בתחום הסמכות, ולכן הוא בלתי-חוקי. (י' זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו) (א), 50).

45. אשר על כן, מטעם זה בלבד, דינה של החלטת המשיב – בטלות.

46. כאמור בסעיף 30, העותרים העמידו את המשיב על טעותו, במסגרת הערר שהגישו על החלטתו (ראו נספח ע/16). אולם המשיב עומד בסירובו.

47. המשיב חרג מסמכותו לא רק בהסתמכות על אדם שאינו בא בגדר הרשימה הסגורה של בני משפחה, הקבועה בחוק.

החוק קובע במפורש, כי התנאי לדחיית בקשה בשל מידע הנוגע לבן משפחה, הוא שבן המשפחה "עלול להוות סיכון ביטחוני". דהיינו, המבט הוא כלפי עתיד. אדם מת, גם אם היה מסוכן מכל כל בהיותו בחיים – עם מותו שוב אין נשקף ממנו כל סיכון בשום דרגה שהיא. ממילא לא קמה סמכות לדחות בקשה בשל מידע הנוגע אליו.

דברים אלו הם בבחינת מובן מאליו, שהרי הסירוב הביטחוני הוא תמיד צופה פני עתיד, מקדם סכנה עתידית, ואין לו נגיעה לדברים שהם נחלת העבר ואין להם השפעה על העתיד.

יפים לעניין זה, בשינויים המחויבים, דברים שאמר כב' הנשיא בדימוס א' ברק בעניין אחר:

המפקד הצבאי אינו רשאי, למשל, תוך שימוש בהוראת סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית, להורות על תיחום מקום מגוריו של אדם תמים שאינו מעורב בכל פעילות הפוגעת בביטחון המדינה ושלא נשקפת ממנו כל סכנה, וזאת גם אם המפקד הצבאי סבור כי הדבר הכרחי בשל טעמי ביטחון החלטיים. כן אין הוא רשאי לעשות כן לאדם המעורב בפעילות הפוגעת בביטחון המדינה, אך ששוב לא נשקפת ממנו כל סכנה שתיחום מקום המגורים נועד

למונעה. (בג"ץ 7015/02 כיפאח מחמד אחמד עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1032).

48. סעיף 3 לחוק נומק בכך שהמוזמן עשוי להיות נתון ללחץ מצד בן-משפחתו המסוכן, או אף להיות מנוצל על-ידיו שלא בידיעתו, מתוך אמון ונאיביות. מעולם לא נטען כי בחירותיו של בן המשפחה המסוכן מעידות על הלכי רוחו של המוזמן, בבחינת "גן טרוריסטי" העובר במשפחה. אולם כאשר מסרבים לבקשה בגין מעשיו של בן-משפחה מת, מבטאים בכך גישה מכלילה וסטריאוטיפית, המבטלת את ההכרה המשפטית בכבודו של כל אדם, באוטונומיה שלו ובזכותו להישפט לפי מעשיו ובחירותיו, ולא על-בסיס מעשיו של זולתו.

זוהי פגיעה קשה ובלתי נסבלת בעצם כבודו של האדם.

49. לעניין זה, נאמר בהקשר דומה כי:

הפגיעה של מעצר מינהלי בחירות ובכבוד של אדם אשר ממנו עצמו נשקפת סכנה לביטחון המדינה היא קשה. הפגיעה היא קשה שכן היא פוגעת בחירותו של אדם - חירות המוגנת בישראל ברמה חוקתית-על-חוקית - בלא משפט ובלא פסק דין (ראו בג"ץ 2320/98 אל-עמלה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד נב(346) 3). עם זאת, היא נסבלת. היא בבחינת הרע במיעוטו. לעומת זאת, הפגיעה בחירות ובכבוד, במעצר מינהלי של אדם אשר ממנו עצמו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, היא קשה ביותר, עד כי הפרשן אינו רשאי להניח כי החוק נועד להשיג פגיעה קשה זו. אכן, המעבר ממעצרו המינהלי של אדם שממנו נשקפת סכנה לביטחון המדינה למעצרו המינהלי של אדם שממנו לא נשקפת סכנה לביטחון המדינה, אינו מעבר "כמותי". זהו מעבר "איכותי". המדינה עוצרת, באמצעות הרשות המבצעת, אדם שלא ביצע כל עבירה, ואשר לא נשקפת ממנו כל סכנה, וכל "חטאו" בהיותו "קלף מיקוח". הפגיעה בחירות ובכבוד היא כה מהותית ועמוקה, עד שאין לסבול אותה במדינה שוחרת חירות וכבוד, גם אם נימוקים של ביטחון המדינה מובילים לנקיטה בצעד זה. כבר עמד חברי, השופט מ' חשין על כך, כי לענין תקנה 119 לתקנות ההגנה (שעת חרום), 1945, תפישת היסוד הינה כי "איש בעונו יישא ואיש בחטאו יומת... אין עונשין אלא-אם-כן מזהירין ואין מכים אלא את העבריין לבדו" (בג"ץ 2006/97 ג'נימת נ' אלוף פיקוד מרכז - עוזי דיין, פ"ד נא(2) 651, 654).

בגישה דומה יש לנקוט לעניין מעצר מינהלי. איש בעונו ייעצר ואיש בחטאו יוחזק במעצר מינהלי. אין עוצרים במעצר מינהלי אלא את מי שעצמו, במעשיו שלו, מהווה סכנה לביטחון המדינה. כך במצב הדברים שקדם לחקיקתו של חוק-יסוד: כבוד האדם

וחירותו. כך בוודאי לאחר שחוק יסוד זה נחקק, והעלה את חירותו של אדם וכבודו לרמה חוקתית-על-חוקית. (דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר הביטחון פ"ד נד(1), 721, עמ' 742-743). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

הסירוב לבקשה – על בסיס מידע לא עדכני

50. כאמור, מאפשר החוק לסרב לבקשה לאיחוד משפחות על בסיס מידע ביטחוני, המיוחס לבן משפחה. המשיב מפרש הוראה זו בהרחבה רבה, ומסרב לבקשות גם בשל מידע ביטחוני הנעוץ בעברו של בן המשפחה, ואשר איננו רלוונטי עוד בהווה.

51. ממקרים ההולכים ונערמים אצל העותרת 8, עולה כי המשיב מסרב לבקשות לאיחוד משפחות גם כאשר, למשל, בן משפחתו של המוזמן הורשע בעבר הרחוק וכלוא מאז במאסר עולם, או כאשר בן המשפחה היה כלוא בעבר, אפילו למספר חודשים בלבד, ושחרר זה מכבר.

52. התבססות על מידע לא עדכני היא הפרה של החובה החלה על רשות מינהלית, לשקול את השיקולים הרלבנטיים – ואותם בלבד – בעת הפעלת שיקול הדעת.

השיקולים הרלבנטיים נסמכים גם על נתונים עובדתיים רלבנטיים שאותם יש לקחת בחשבון. החובה לשקול את כל השיקולים הרלבנטיים מתפרסת הן על נתונים עובדתיים רלוונטיים והן על שיקולים רלבנטיים. אי התחשבות בנתון או בשיקול רלבנטי עלול לפגום בהחלטתה של הרשות. (ר' הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי, (תשנ"ז) 440).

53. בענייננו, נחזור ונאמר כי הסיכון הביטחוני שנשקף מאותו אחיין כבר מומש, לצערנו הרב, אך כיום אין לעניין רלוונטיות. אף אם היה קשר כלשהו בין העותר לבין אחיינו, הרי הוא נחלת העבר, ואיננו יכול להעיד על סיכון הנשקף כיום מן העותר.

54. בעניין זה, קבעה השופטת י' צור בעת"מ (י-ס) 286/07 עבאסי נ' הלשכה האזורית למינהל אוכלוסין, (טרם פורסם) כי אין להתערב בהחלטת המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות, במהלך "ההליך המדורג". זאת לאור סיכון ביטחוני עדכני ומבוסס שיוחס לאחיה של המוזמנת:

בדיון שהתקיים ביום 30.4.07 עיינתי בחומר החסוי ושמעתי את נציגי שירות הביטחון במעמד צד אחד. נציגי שירות הביטחון פרטו את עמדתם והציגו בפניי את החומר החסוי שעמד ביסוד התנגדותם לאשר את בקשת העותרת. שוכנעתי כי החומר שהוצג בפניי, המתייחס לאחיה של העותרת, מבסס כראוי את החלטת המשיב בדבר קיומה של "מניעה ביטחונית" לאישור הבקשה. אכן, העובדה כי בפני העותרים לא נפרש המידע המצוי בידי שירות הביטחון מקשה על יכולתם להגיב או להפריך

את המידע. אולם, טיבו החסוי של המידע המודיעיני שהוצג בפני, מעלה בבירור כי יש לתת בעניין זה עדיפות לאינטרס הביטחוני המחייב כי מידע מסוג זה לא יוצג ולא ייחשף בנוכחות העותרים. במקרה כזה, כאשר נמנעת מהעותר האפשרות להתמודד עם חומר הראיות המינהלי הקיים נגדו, הדבר מחייב כמובן נקיטת משנה זהירות בבחינת החומר. כך נעשה במקרה זה. בחנתי את החומר החסוי. מדובר במידע **עדכני ומבוסס** שלא היה בידי המשיב בשנים בהם הוארכו אישורי השהייה של העותרת. (ההדגשה במקור – י.ב.).

שקילת שיקולים זרים

55. במקרה מעין זה שלפנינו, בו הסתירה בין הוראות החוק לבין החלטת המשיב היא כה ברורה, עולים מיד חשדות שמא מדובר כאן בשקילת שיקולים שאינם מן העניין.
56. ניתן לראות בהחלטת המשיב פעולת ענישה ללא משפט, נגד אדם שלא נטען כלל כי פשע. ניתן אף לראות בה פעולה נקמנית על ביצוע פיגוע ההתאבדות. כך או כך, מדובר בהחלטה העומדת בניגוד למטרה הלכאורית של הסעיף – מניעת קשר עתידי, הטומן בחובו סיכון, בין המוזמן לבין בן המשפחה המהווה סיכון ביטחוני. ההחלטה פוגעת פגיעה קשה מנשוא בעותר, בעותרת ובילדיהם, כאשר לא נטען כלל כי למי מהם היה קשר כלשהו לפיגוע. יתרה מכך, רבים מבני משפחתו של העותר, המתגוררים בחברון, נעצרו לאחר הפיגוע. הם נחקרו, ונמצא כי לא היו להם יד ורגל במעשה הנתעב. העותר עצמו לא נעצר ולא נחקר בעניין כלל.
57. פסיקת בית המשפט באשר לשקילת שיקולים זרים - ברורה.

שיקול החורג ממטרותיו של החוק המסמיך הוא שיקול זר, ועל-כן פסול, ואין הרשות השלטונית רשאית להתחשב בו. זאת ועוד: אין לה, לרשות השלטונית, חופש לעצב לעצמה את המטרות, שלשמן היא רשאית להפעיל את שיקול-דעתה. שיקול-דעת, המופעל מכוח החוק, חייב להתקיים במסגרת המטרות שהחוק קבען, ובמסגרת זו בלבד. אפילו נאמר בדבר חקיקה במפורש, כי שיקול הדעת הוא מוחלט, הרי גם אז מתפרש שיקול הדעת כמחייב את בעל הסמכות לפעול לשם הגשמת מטרות החקיקה שמהן יונקת סמכותו (בג"ץ 953/87 פּוּרָז נ' ראש עיריית תל אביב-יפו ואח, פ"ד מב (2) 309, 324). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

58. הנה כי כן, נראה כי לא ניתן לספק כל הסבר סביר להתנהלות המשיב, מלבד החשד בדבר הרצון להעניש או לנקום במשפחת העותר על ביצוע הפיגוע. השופט יי כהן קבע בעבר 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).

59. אשר על כן, גם מן הטעם הזה, דינה של החלטת המשיב – בטלות.

כשלים מערכתיים בהתנהלות המשיב

60. התנהלותו של המשיב מעלה מספר שאלות קשות: האין המשיב מכיר את הוראות החוק, לרבות מי נכלל בהגדרה של "בן משפחה" בסעיף 3ד? האין המשיב יודע כי חייבת להיות זיקה כלשהי בין אותו "בן משפחה" לבין המוזמן – זיקה, שתנאי ראשוני לקיומה הוא שבן המשפחה הוא בין החיים? הייתכן שהמשיב מיישם בלהיטות יתר את התיקון בחוק משנת 2005, אשר הגדיר מיהו "בן משפחה" לעניין 'מניעה ביטחונית'?

61. תשובה אפשרית לשאלות אלה ניתן למצוא בתגובת המשיבים לעת"מ 187/07 פספוס ואח' נ' שר הפנים ואח'. שם נאמר, בסעיף 36, כי:

כאן המקום לציין, כי בעקבות שינוי החקיקה, הותאמה מדיניות שירות הביטחון הכללי למצב הנורמטיבי החדש. בין היתר, מאז אוגוסט 2005 נבדקה ביתר פירוט שאלת הסיכון הטמון בחומר ביטחוני שלילי אודות בני משפחה של מי שמבקשים לקבל מעמד בישראל (מידע שהיה נבדק אף בעבר, אך בהתעמקות במידה פחותה).

(בתגובת המדינה לעתירה זו ניתן לצפות באתר המוקד להגנת הפרט בקישור:

<http://www.hamoked.org.il/items/8741.pdf>).

מסעיף זה לתגובה ניתן להבין – לפחות, לכאורה – כי הדרישה לאפשר סירוב לבקשת אחמ"ש על בסיס מידע מודיעיני המיוחס ל**בן המשפחה** של המוזמן, לא עלתה מן השב"כ. מנוסח זה עולה כי מנסחי התיקון – כלומר, המשיבים – הם שיזמו את השינוי בהגדרת "בן משפחה", ואילו השב"כ היה צריך 'להתאים עצמו' לשינוי. הייתכן כי המשיבים, ואיתם שירות הביטחון הכללי, קפצו על התיקון בחוק כמוצאי שלל רב, וכעת "מיישמים" אותו גם במקרים בהם אין לו כל תחולה, לא חוקית ולא הגיונית?

62. כאמור, מדובר בתמיהות, שמן הראוי שירבצו לפתחו של המשיב. העותרים, מבחינתם, אינם צריכים להיפגע מ"הרחבה", כזו או אחרת, שעושה המשיב בהוראות החוק, שלא כדין. בוודאי שאין הם צריכים להיפגע מזיקה בלתי אפשרית בין העותר לבין אחיינו, שביצע את פיגוע ההתאבדות.

מיהות הגורם המחליט לסרב לבקשה על בסיס מידע ביטחוני

63. העובדה כי במקרה דנן נתקבלה החלטה העומדת בסתירה כה גלויה להוראות החוק, מעלה אפשרות נוספת, חמורה לא פחות מקודמותיה. יתכן כי ההחלטה נתקבלה על ידי גורמי הביטחון ואושרה, באופן אוטומטי, על ידי המשיב.

64. הוראות החוק בעניין זה – ברורות. סעיף 3 לחוק קובע מפורשות שגורמי הביטחון מהווים גורם ממליץ בלבד. **ההחלטה, אם לאשר או לדחות את הבקשה, לאור המידע המתקבל מגורמי הביטחון, חייבת להיות של משרד הפנים, ושלו בלבד.** המלצתם של "הגורמים" אינה יכולה לחרוץ לבדה את גורל הבקשה לאיחוד משפחות. **המשיב** הוא הגורם שעליו מוטל לבדוק כי המלצת הגורמים תואמת את הוראות החוק. **המשיב** הוא זה שצריך לנמק – בראש ובראשונה, לעצמו, ואחר כך למבקשים – את ההחלטה. **המשיב** הוא הגורם שאת החלטתו יבחן בית המשפט באמות מידה של סבירות והגינות.
65. עובדה זו, בדבר מיהות הגורם עליו מוטלת קבלת ההחלטה, עולה גם מהנוהל שקיבל המשיב בעקבות בג"ץ 7016/01 אלמדני ואח' נ' שר הפנים - "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות" (להלן: **נוהל הערות גורמים או הנוהל**).
- הנוהל מצ"ב, מסומן ע/20.
66. גם מהאמור בנוהל זה, עולה כי עמדת גורמי הביטחון הינה המלצה בלבד, ואילו על המשיב מוטל להחליט (ראו סעיפים 1.2 ו-1.5 לנוהל).
67. מהתנהלות המשיב במקרה זה, כמו גם במקרים רבים אחרים, עולה החשש כי נוהל זה נותר כאות מתה בלשכתו של המשיב, והפקידים, אם יודעים הם כלל על קיומו, מתעלמים מהוראותיו (דוגמא להתעלמות המשיב מהוראות הנוהל, הפעם בהקשר של הנמקת הסירוב לבקשת אחמ"ש ראו, למשל, עתירת המוקד - עת"מ 187/07 פספוס ואח' נ' שר הפנים ואח'. בעתירה ניתן לצפות באתר המוקד להגנת הפרט בקישור: <http://www.hamoked.org.il/items/8740.pdf>
68. יש לציין, כי בעקבות מחדלו של המשיב ליישם נוהל זה, עליו התחייב בפני בג"ץ, הוגשה לאחרונה עתירה נוספת - בג"ץ 4944/06 שירין חמודה ואח' נ' משרד הפנים. העתירה עדיין תלויה ועומדת בפני בג"ץ.
69. השאלה בדבר מיהות הגורם המחליט בהליכים אלה איננה שאלה פרוצדוראלית גרידא. ביסודה עומדת קודם כל הכרעה מהותית, בדבר השיקולים שיש לשקול, וכיצד יש לאזן בין השיקולים המתנגדים. בשונה מגורמי הביטחון, על המשיב לשקול גם שיקולים כגון מניעת פירוק התא המשפחתי וטובתם של ילדי בני הזוג. המשיב מחויב, במסגרת החלטתו הסופית, לאזן בין שיקולים אלה לבין עמדת גורמי הביטחון.
70. במקרה דנן, עולה במובהק שלא נשקלו הנסיבות המיוחדות של העותרים. למצער, לא ניתן לנסיבות אלה המשקל הראוי. לא ניתן משקל ראוי לעובדה שהעותר הוא אזרח שומר חוק, המתגורר יחד עם אשתו וילדיו בירושלים, למעלה מחמש שנים ברציפות. לא ניתן משקל ראוי לעובדה שילדי בני הזוג רשומים במרשם האוכלוסין הישראלי, וכי ירושלים היא מרכז חייהם לכל דבר ועניין. ובראש ובראשונה – לא ניתן משקל ראוי להשפעה ההרסנית שתהיה להחלטה על התא המשפחתי.

היעדר קריטריונים ברורים

71. עולה מהמקובץ, שככל הנראה לא קיימים הנחיות וקריטריונים ברורים בכל הקשור לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות על בסיס מידע ביטחוני, ובפרט על בסיס מידע ביטחוני המיוחס לקרוב משפחתו של המוזמן, ולא למוזמן עצמו. למצער, לא מדובר בהנחיות הידועות לציבור הרחב.

72. נוהל הערות גורמים מסדיר אמנם את הליך ההיוועצות עם גורמי הביטחון, ואת מתן התשובה למבקש, אולם נראה כי אין די בכך. ראשית, כאמור לעיל, נראה כי הנוהל לא הוטמע כנדרש בלשכת המשיב, ואף ספק אם פקידי המשיב מכירים אותו. שנית, בנוהל לא מצוין במפורש מיהו הגורם המחליט בלשכת המשיב. שלישית, הנוהל נוסח בטרם תוקן חוק האזרחות בקיץ 2005. הוא אינו מתייחס לשיקולים שעל המשיב לשקול כאשר המידע הביטחוני מיוחס לקרוב משפחתו של המוזמן, ולא למוזמן עצמו. עדות לכך ניתן למצוא במקרה שלפנינו. נראה כי הגורם שקיבל לבסוף את החלטה בעניינם של העותרים, לא מודע היה להוראות החוק, ואף לא נדרש למציאת זיקה אפשרית בין קרוב המשפחה לבין העותר.

73. להנחיות ונהלים יתרוונות רבים. הן מבחינת האזרח או התושב הנזקק לשירותי הרשות, שהנהלים מאפשרים לו לכלכל את צעדיו במידה סבירה של ודאות. הן מבחינת המינהל הציבורי והקשר שלו עם הציבור הרחב – הנהלים תורמים לשוויון ומצמצמים את השרירותיות בהחלטות הרשות. והן גם מבחינת הרשות עצמה.

מבחינתה של הרשות המינהלית, גיבוש הנחיות באופן מודע ומתוכנן מאפשר לה לערוך בירור יסודי של הנתונים והשיקולים הנוגעים לעניין, תוך התייעצות עם הממונים עליה, מומחים לעניין וגורמים נוספים לפי הצורך. לאחר גיבוש ההנחיות, הרשות יכולה להפעיל את הסמכות על יסוד ההנחיות בכל מקרה ומקרה בקלות ובמהירות יחסית. **הפעלת הסמכות על יסוד ההנחיות מסייעת לרשות לשמור על מידה רבה של אחידות, עקביות והיצמדות למטרת החוק**, הפעלה כזאת מקילה על הרשות להסביר את החלטותיה ולעמוד בפני ביקורת, משפטית או אחרת. (יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו) (ב) 778). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

74. גם באשר לחובת המשיב בפרסום הנהלים והקריטריונים על פיהם מתקבלות החלטותיו – אין צורך להכביר מילים. זכותו של הציבור לדעת ולקבל מידע מרשויות השלטון על פעולותיהן, היא זכות אשר זכתה להכרה מפורשת בחקיקה ובפסיקה הישראלית. זכות הציבור לדעת היא אמצעי חיוני לקיומה של ביקורת ציבורית על פעולותיהן של רשויות השלטון; היא חשובה להבטחת אמון הציבור בפעולותיהן של הרשויות, כי אין לקיים אמון הציבור על יסוד הנסתר. זכות הציבור לדעת היא אף זכותו של כל אחד בציבור לגישה בלתי אמצעית למידע שאוצרות רשויות השלטון בידיהן מתוקף תפקידן. כנגד זכות הציבור

לדעת עומדת "חובתם של נושאי תפקידים ציבוריים ליתן מידע לבני הציבור". (בג"ץ 1604-1601/90 של יט ואח' נ' פרס ואח', פ"ד מא(3) 365).

לעניין החובה לפרסם קריטריונים ונהלים ראו בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח', פ"ד מו(3) 501; בג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728, 767-768.

75. קיומם של נהלים ברורים, הידועים הן לפקידי המשיב והן לציבור הפונים אליו, יתכן שהיה מונע את המצב אליו נקלעו העותרים במקרה דנן. קבלת החלטות מסודרת, הכוללת שקילת השיקולים המתאימים ומתן החלטה על ידי גורם מוסמך בלשכת המשיב, המכיר על בוריים את הוראות החוק, יתכן שהיתה מונעת תוצאה של החלטה המנוגדת לחוק.

הפרת הזכות לחיי משפחה

76. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. המשפט הישראלי מכיר בערך של חיי משפחה תקינים כערך מרכזי ויסודי הראוי להגנת החברה:

[...] שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו 'התא הראשוני... של החברה האנושית' (השופט חשין בע"א 238/53 כהן ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל); הוא 'מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה' (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. (כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783).

לעניין זה ראו עוד:

בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(4) 35; בג"ץ 488/77 פלונג ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלונג 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.

77. הזכות לחיי משפחה נתפסת כזכות חוקתית טבעית. בפסק הדין בעניין "סטמקה" דן כבוד השופט חשין בחשיבות התא המשפחתי העולה כדי זכות-יסוד, כמו גם במחויבות ישראל לזכות זו, בין השאר, מתוקף חתימתה על אמנות בינלאומיות המכירות בחשיבות הזכות לחיי משפחה:

ענייננו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד - לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בינלאומיות

המקובלות על הכל... (בג"ץ 3648/97 ביג'לבהן פטל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, עמ' 784).

78. 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 האוניברסלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ביום 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.

79. בפסק הדין שניתן בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח' תק-על 2006(2) 1754), נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. הנשיא (בדימ') א' ברק, סיכס, בפיסקה 34 לפסק דינו, 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.

80. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, 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.

81. אין חולק כי התנהלות המשיב פוגעת באורח אנוש ומיידו בזכותם של העותרים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שבחרו. ודוק: לא מדובר בתא משפחתי בתחילת דרכו, ששורשיו עדיין אינם נטועים עמוקות במדינת ישראל. בני הזוג חיים יחד בישראל במשך כחמש שנים. ילדיהם, ילדי ישראל, רשומים במרשם האוכלוסין הישראלי. מרכז חיי המשפחה, בכל מובן אפשרי – הוא ישראל. ההשלכה המיידית של החלטה היא עקירתו של העותר מישראל, וקריעתו מעל בני משפחתו. לחלופין – תיגלה יחד עימו משפחתו כולה, בניגוד לרצונה, אל מחוץ לישראל.

82. כאשר אלו הן ההשלכות של החלטת הרשות, יש לתת תשומת לב מיוחדת למכלול הנסיבות בכל מקרה ומקרה. יש להקפיד במיוחד עם הערובות הדיוניות למניעת החלטות שרירותיות, בלתי-מידתיות או בלתי-הוגנות מבחינה דיונית. יש להקפיד על נהלים תקינים, במסגרתם יישקלו השיקולים המתאימים. יש להקפיד כי הגורם המחליט יהיה מוסמך לכך, יהיה מודע להוראות החוק הרלוונטיות ויקבל את החלטה על סמך מידע עדכני. ולבסוף, יש להקפיד על כך שהחלטה תהיה נקייה משיקולים זרים.

הפגיעה בזכויות ילדי העותרים

83. חוסר הוודאות בדבר מעמדו של העותר מלווה במתח נפשי קשה. למותר לציין, כי חוסר ודאות זה משפיע באורח הקשה ביותר על חמשת ילדי בני הזוג, הן בערעור ביטחונם האישי והן בערעור התא המשפחתי כולו, לנוכח החרדה היומיומית מפני גירושו של אבי המשפחה מביתם, ומכאן – מחייהם.

84. זכותם של ילדים 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.

85. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד - אותה אישרה מדינת ישראל, והזוכה להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו - קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך למשל, קובע סעיף 3(1) לאמנה:

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...

בהתאם לכך, מן הראוי היה שהמשיבים, בבואם לקבל החלטות שמשעותן באשר לחיי המשפחה הרות גורל, יפעילו את סמכויותיהם בהתאם לטובת הילד כפירושה בהוראות האמנה.

סיכום

86. משפחתה של תושבת ישראל קובעת את ביתה בירושלים. בני הזוג מנהלים בה את חייהם לכל דבר ועניין. הילדים, ילידי העיר, נרשמים במרשם האוכלוסין בישראל. הם גם לומדים בירושלים. כאן הם קושרים את קשריהם החברתיים הראשונים. כאשר הדבר מתאפשר חוקית, מגישה האם בקשה לאיחוד משפחות עם בן זוגה, תושב הגדה. לאחר תשעה חודשים מתקבלת תשובת משרד הפנים: הבקשה מסורבת מטעמים ביטחוניים.
87. באוגוסט 2004 מתבצע פיגוע התאבדות מחריד בשני אוטובוסים בבאר שבע. לאחר זמן קצר מתברר כי אחד המתאבדים הינו אחיינו של העותר. משפחתו של העותר בחברון אינה יודעת את נפשה. הן ממותו של אחד מבניה. הן מהנסיבות הנוראות של המוות. גם העותר ובני משפחתו שבירושלים מוכי הלם. העותר, אדם שומר חוק, ללא עבר פלילי או ביטחוני, מתקשה להבין כיצד אירע הדבר במשפחתו. מה שאינו יודע העותר בשלב זה, הוא כי הפיגוע הנורא עוד יוסיף וירדוף אותו שנים אחר כך, על לא עוול בכפו.
88. סירוב לבקשתו של העותר רק על בסיס העובדה שאחיינו ביצע פיגוע - אינו חוקי. הוא גם עומד בסתירה למטרה העומדת, לפחות לכאורה, בבסיס סעיף 3ד להוראת השעה - מניעת קשר עתידי, בו טמון סיכון, בין המוזמן לבין בן המשפחה המהווה סיכון ביטחוני. הרי כיצד יכול להתבצע אותו קשר עם אדם אשר כבר למעלה משנתיים אינו בין החיים?
89. מטרתם של נהלים וקריטריונים ברורים היא למנוע, בין היתר, החלטות המתקבלות בשרירותיות, בחוסר היגיון, בניגוד להוראות חוק ותוך שקילת שיקולים זרים. החלטה של רשות, בה דבקים פגמים רבים כל כך, היא תוצאה ישירה של נהלים וקריטריונים פגומים, או אף של היעדרם של אלה.
90. מעבר לסתירה להוראות החוק, להיעדר הפעלת השכל הישר ומעבר לשקילת השיקולים הזרים – ההחלטה במקרה דנן היא כזו שקורעת, הלכה למעשה, תא משפחתי בישראל. וזאת, מבלי שנטען כי למי מבני המשפחה היתה יד או רגל בביצוע הפיגוע המתועב. עטוף בהחלטתו הצינית והנקמנית של המשיב, חוזר בן משפחתו של העותר ורודף את העותר ובני ביתו גם בעצם היום הזה.
91. **מכל האמור לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.**

ירושלים, 30 במאי, 2007.

יותם בן הלל, עו"ד

ב"כ העותרים

(ת.ש. 37114)