

**בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

עת"מ 4724-02-12

בעניין:

1. _____ צואלחי, ת.ז. _____.
2. _____ צואלחי, ת.ז. _____.
3. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ואח' מרח' שמואל הנגיד 27, ירושלים 94269
טל': 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

מדינת ישראל: שר הפנים

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל': 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיבים

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לחזור בו מהחלטתו לסרב לבקשת איחוד המשפחות שהגישה העותרת 1 עבור בעלה, העותר 2, באופן שהבקשה תאושר, והעותר יקבל היתר לשהות בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות.

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).

1. עניינה של העתירה בסירוב בטחוני עקיף מצד המשיב לבקשה לאיחוד משפחות של העותרת 1, תושבת ישראל, הנשואה מזה שנים ארוכות לעותר 2, תושב רצועת עזה במקור המתגורר עמה בישראל משנת 1998. העותרים הם הורים לארבע בנות, קטינות, אף הן תושבות קבע של מדינת ישראל.

2. בקשתם הראשונה של העותרים לאיחוד משפחות הוגשה כבר בשנת 2001. הבקשה אושרה 4 שנים מאוחר יותר, בשנת 2005, והעותר זכה להיתר שהיה בישראל. במרוצת השנים, הוגשו בקשות הארכה להיתר השהיה כנדרש והעותר שהה בישראל מכוחם של היתרים.
3. ביום 2.8.2009, לאחר שהוגשה בקשה הארכה, הודע לעותרים כי בקשתם מסורבת מטעמים ביטחוניים. נמסר כי אחיו של העותר 2, _____, "קשור לפעילות טרור".
4. לאחר הליכים ממושכים, אשר נבעו מעיכובי המשיב ובהם ערר, ושתי השגות – אישרה וועדת ההשגה את סירוב המשיב לבקשת איחוד המשפחות ודחתה את ההשגה.
5. העותר 2, המוזמן בבקשה, לא נעצר מעולם. הובהר כבר כי הסירוב הוא עקיף, בגין אחיו של העותר, עמו הוא מצוי, כאמור, בקשר רופף. זאת ועוד: העותר לא ביקר בעזה מחודש דצמבר 2008, מעל לשלוש שנים. ספק רק אם סירוב המשיב לבקשה עולה בקנה אחד עם היקף הסמכות לסירוב ביטחוני שמתווה חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, (להלן – **החוק** או **חוק הוראת שעה**), במיוחד כאשר העותרים בנו את ביתם בירושלים וחיים בה מזה שנים, כאשר, לעותר, אישה, ארבע ילדות ישראליות, וכאשר מדובר בבקשה מתנהלת, במהלכה העותר כבר זכה למס' היתרי שהיה ומשכך בשנוי מהותי במצב הקיים.
6. העותרים סבורים כי בשלה העת להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטה זו של המשיב ושל וועדת ההשגה.
7. קשה להפריז במשמעות החלטת המשיב לדחות את בקשת העותרים, על חיי בני הזוג העותרים ועל חיי ילדותיהם הקטינות. הדרך היחידה בה יכולה להישאר המשפחה מאוחדת היא במעבר לעזה, על כל המורכבות והבעייתיות הזועקת שבדבר. במידה ולא יעשו כן, ובמיוחד עקב הסגר המתמשך על עזה, האב ייקרע מעל ביתו ומשפחתו, מחמת מניעה עקיפה, על לא עוול בכפו.
8. לא ניתן להימנע מהרושם כי המשיב לא נתן משקל מספק לפגיעה הקשה בזכויות היסוד של העותרים, במרקם חייהם, עתידם וגורלם וזאת על פי הכלים ששורטטו בחוק ובפסיקה.
9. פגיעה קיצונית זו בזכויותיהם החוקתיות של העותרים, המתגוררים יחד בישראל מזה למעלה מעשור, דורשת בחינת כל החומר ואיזון הזכויות, על מנת לוודא באם סבירה החלטת המשיב.

העובדות

וזוהי התשתית העובדתית המהווה בסיס לטענות העותרים:

הצדדים

10. **העותרים 1 ו-2**: העותרת 1 (להלן: **העותרת**), תושבת מדינת ישראל, נישאה לבעלה, העותר 2 (להלן: **העותר**), תושב עזה במקור, בשנת 1995. השניים מתגוררים יחד בירושלים בקביעות מאז שנת 1998, מזה 13 שנים.
11. **העותרת 3** 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 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. המשיב האציל את סמכותו להכרעה בבקשות ללשכות מינהל האוכלוסין. כן האציל המשיב את סמכותו לוועדת ההשגה כמעין ערכאת ערר נוספת.

ענינים של העותרים

כללי

13. העותרת, ילידת 1975, נולדה וגדלה בשכונת ג'בל מוכאבר בירושלים. בשנת 1995 נישאה לבן זוגה, העותר. השניים התגוררו תקופה קצרה בעזה לאחר הנישואין, ושבו סופית לישראל בשנת 1998. מאז חיה המשפחה בירושלים. בנותיהם, ___ , בת 17, ___ , בת 15, ___ , בת 12 ו___ , בת 10 כולן רשומות במרשם האוכלוסין הישראלי, ולומדות בבתי ספר בירושלים. המשפחה מוכרת ע"י המוסד לביטוח לאומי ומבוטחת בקופת החולים בעיר. ____, האחות הגדולה, לוקה במחלת האסטמה ונדרשת לטיפולים באופן קבוע.

מסמכים רפואיים בדבר מחלת ___ מצ"ב ומסומנים **1/ע**

14. בשנת 2001, הגישה העותרת בקשה לאיחוד משפחות עם בעלה. הבקשה אושרה כעבור ארבע שנים, בשנת 2005, ולעותר ניתנו היתרי שהיה, אשר חודשו באופן קבוע, עד לשנת 2009, שבה נטען כנגדם דבר המניעה העקיפה.

מיצוי הליכים:

הערר כנגד הסירוב

15. ביום 2.8.2009, זמן קצר בטרם פג תוקפה של אשרתו של העותר, נשלח מכתב מלשכת המשיב בה הודע כי הבקשה להארכת ההיתר מסורבת "מטעמים בטחוניים. אח המוזמן ___ קשור לפעילות טרור".

מכתב הסירוב מצ"ב, ומסומן **1/עא**.

16. ביום 17.9.2009 ערערו העותרים על החלטה זו. בערר הסבירו העותרים את הקשר הדליל בין העותר לאחיו והובהרו ההשפעות ההרסניות שיש להחלטה זו, אשר עניינה מניעה עקיפה, לחיי המשפחה של העותר.

כתב הערר מצ"ב ומסומן **2/ע**.

17. בימים 18.11.2009, 4.2.2010 ו- 7.3.2010 שלחו העותרים מכתבי תזכורת בדבר הערר.

מכתבי התזכורת מצ"ב ומסומנים **3/ע, 4/ע ו5/ע**.

ההשגה הראשונה – השגה 113/10

18. בשל מחדל המשיב באי מענה, הוגשה השגה 113/10 כנגד הסירוב לבקשה וכנגד הסירוב גופו.

כתב ההשגה מצ"ב ומסומן ע/6.

19. באותה התקופה זומן העותר טלפונית למשרדי השב"כ. קפטן "יניב" אשר שוחח עמו, הבהיר לו אז כי לא משנה אם כל עורכי הדין של ישראל יטפלו בו, בקשת איחוד המשפחות שלו לא תאושר בלי אישורו של השב"כ, וכי "יש דרכים אחרות לדחוף לאישור הבקשה". חוקר השב"כ עוד מסר לו כי הוא "טיפש" וכי הוא לא מבין מה האינטרס שלו. העותר, אשר סרב לבקשה בוטה זו לשיתוף פעולה, הבהיר כי הוא עובד ומטפל באשתו ובבנותיו, אשר אחת מהן חולת אסטמה ונדרשת לטיפולים רבים. כמו כן הבהיר שאין לו עבר פלילי או בטחוני, ושהוא אדם שומר חוק.

על השיחה בין העותר לקפטן "יניב" מהשב"כ ניתן ללמוד מתצהיר העותר בעניין זה, שנגבה מייד בסמוך לחקירה, המצ"ב ומסומן ע/7.

20. ביום 11.3.2010 החליטה יו"ר הוועדה כי על המשיב להגיב לסעד הארעי בתוך 21 יום ולסעד העיקרי בתוך 30 יום.

ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/8.

21. ביום 7.4.2010 החליטה יו"ר הוועדה כי אין לבצע פעולות אכיפה כלפי העותר.

ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/9.

22. ביום 22.4.2010 החליטה יו"ר הוועדה ליתן ארכה בת 60 יום למשיב, חרף התנגדות העותרים.

ההחלטה על מתן הארכה מצ"ב ומסומנת ע/10.

23. ביום 21.6.2010 החליטה יו"ר הוועדה ליתן ארכה נוספת בת 60 יום, חרף התנגדות העותרים.

ההחלטה על מתן הארכה מצ"ב ומסומנת ע/11.

24. ביום 17.8.2010 ביקשו המשיבים ארכה נוספת. לאחר התנגדות העותרים, יו"ר הוועדה הנכבדה הודיעה כי החלטתה תינתן בהקדם, גם ללא תשובת ב"כ המשיבים.

החלטת יו"ר הוועדה מצ"ב ומסומנת ע/12.

25. ביום 29.8.2010 החליטה יו"ר הוועדה הנכבדה בהשגה. בהחלטתה, קיבלה את ההשגה במובן זה שהחלטת המשיב לסירוב בקשת העותרים לאיחוד המשפחות מבוטלת וכי על המשיב לערוך לעותרים שימוע על פה תוך 60 יום, ולהמשיך לטפל בבקשה.

ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/13.

26. עוד באותו היום שלחו העותרים ליו"ר הוועדה הנכבדה בקשה לקבלת מועד התור לשימוע העותרים בלשכת המשיב וכן להאריך את סעד הביניים. יו"ר הוועדה קצבה שבועיים לתשובת ב"כ המשיב.

המכתב וההחלטה מצ"ב ומסומנים ע/14.

הטיפול חוזר למשרדי המשיב

27. שלושה שבועות מאוחר יותר, ביום 21.9.2010 שלח המשיב תגובתו כי על העותרים להתייצב לשימוע בלשכתו ביום 5.10.10.

הזימון לשימוע מצ"ב ומסומן ע/15

28. ביום 4.10.2010 החליטה יו"ר הוועדה, לבקשת העותרים, על המשך תוקפה החלטת הביניים על הישארותו של העותר 2 בישראל, ל-45 יום מיום קבלת תשובת המשיב לבקשה.

החלטת יו"ר הוועדה מצ"ב ומסומנת ע/15א

29. ביום 5.10.2010 ערך המשיב שימוע בלשכתו לעותרים. בשימוע חזר והדגיש העותר את הדברים שנטענו בטיעוניו בכתב בדבר המניעה הבלתי מוצדקת כלפיו ובדבר הפגיעה בו ובמשפחתו בעקבות ההחלטה על ביטול הליך איחוד המשפחות.

פרוטוקול השימוע מצ"ב ומסומן ע/16.

30. בימים 14.11.2010, 20.12.2010, 17.1.2011, 22.2.2011 ו-24.3.2011 שלחו העותרים מכתבי תזכורת למשיב.

התזכורות מצ"ב ומסומנות ע/17, ע/18, ע/19, ע/20 ו-ע/21.

אי מענה נוסף – ההשגה השנייה – השגה 127/11

31. בשל מחדל המשיב להשיב לערר ובביזיון החלטת הוועדה בהשגה הראשונה, הוגשה ביום 10.4.10 השגה 127/11.

כתב ההשגה מצ"ב ומסומן ע/22.

32. ביום 17.4.2011 החליטה יו"ר הוועדה כי על המשיב להשיב להשגה, תוך 38 יום, בהתחשב בימי חופשת הפסח.

החלטת יו"ר הוועדה מצ"ב ומסומנת ע/23.

33. ביום 26.5.2011, ובחלוף המועד בו היה על המשיב להגיש תגובתו, הגישו העותרים בקשתם מיו"ר הוועדה להכריע בהשגה ללא תגובתו. הוועדה החליטה כי על המשיב להגיש תגובתו לאלתר.

הודעת העותרים ועליה ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/24.

34. כמעט חודשיים חלפו מהחלטה זו של יו"ר הוועדה הנכבדה, והמשיב לא הגיב. ביום 14.7.2011 חזרו העותרים על בקשתם להכריע בהשגה ללא תגובתו. יו"ר הוועדה החליט באותו היום כי המשיב להגיב בתוך 7 ימים להשגה.

הודעת העותרים ועליה ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/25.

35. ביום 24.7.2011 הגיש המשיב את תגובתו להשגה. עיקר תגובתו בטענותיו כי אין עילה להשגה משום שניתנה תשובה כשבעה חודשים לפני כן, ביום 30.12.11, לפני הגשת ההשגה. כבר עכשיו יוער, כי על תשובה זו למדו העותרים לראשונה מתשובת המשיב, באשר זו לא התקבלה על ידם או על ידי הח"מ. הגדיל המשיב לעשות ואף צירף את תזכורות העותרים חתומות בחותמת "נתקבל" מלשכת המשיב, מהחודשים שלאחר הסירוב לכאורה (ר' נספחים ע/19-ע/21 לעיל). דהיינו, שבעה חודשים המתינו העותרים מיום מתן החלטה זו, שלחו מכתבי תזכורת, הגישו השגה, ורק שלושה חודשים ממועד הגשת ההשגה הואיל בטובו המשיב להבהיר שלמעשה הבקשה כבר הוכרעה זה מכבר, אולם למרות שתזכורות העותרים העידו על אי ידיעתם אודות התשובה, לא מצא המשיב לנכון ליידעם בדבר, באופן שהצריך הגשת ההשגה.

לשון מכתב הסירוב לגופו: "גורמי הבטחון חוזרים על עמדתם לפיה יש להתנגד לאישור בקשת איחוד המשפחות, זאת מאחר ואחיו של מר צואלחי, _____, קשור לפעילות טרור. אודות בני משפחה נוספים מידע בטחוני הקושר אותם לפעילי טרור".

כתב התשובה של המשיב מצ"ב ומסומן ע/26.

מכתב הסירוב מצ"ב ומסומן ע/27.

36. ביום 31.7.2011 הגיבו העותרים לכתב התשובה. בתגובתם נכתב, כי כמנהג המשיב, הפראפרזה הבטחונית שניתנה לאקונית ביותר, וכי בכתב ההשגה פורטו טיעוני העותר בכתב, נפרש הטיעון המשפטי והוסברו הנסיבות. עוד נכתב כי לא עלו נתונים חדשים, וכי וועדת ההשגה מתבקשת להכריע בהשגה גופא.

תגובת העותרים מצ"ב ומסומנת ע/28.

37. ביום 2.8.2011 החליטה יו"ר הועדה כי על העותרים להודיע אם הם מבקשים כי היא תעיין בחומר הבטחוני במעמד צד אחד.

החלטת יו"ר הועדה מצ"ב ומסומנת ע/29.

38. עוד באותו היום השיבו העותרים, בציינם כי טרם עוגן בנוהל נושא העיון בחומר החסוי בוועדה, וכי מדובר בסיטואציה רגישה ביותר, בה ידיהם של העותרים כבולות אל מול האישומים החסויים. העותרים ביקשו כי במידה ונקבע נוהל, מבקשים כי יידעו על כך. עוד ציינו, כי למיטב ידיעתם של העותרים, וועדת ההשגה יושבת בצמוד למשרדי המחלקה המשפטית של המשיב, בניגוד לקבוע בס' 9 לנוהל הוועדה. מקל וחומר, במקרה של חומר חסוי, הטומן בחובו מורכבות רבה ביותר, עובדה זו מקבלת משנה בעייתיות. להחלטתם צירפו העותרים את הודעתה של גב' מלי דודיאן, הממונה על חוק חופש המידע במטה המשיב מיום 19.6.2011, אשר עדכנה ש"בימים אלה מוסדרים באופן סופי ההליכים מול גורמי הבטחון בכדי להכשיר את האפשרות לעיון בחומר החסוי ע"י הועדה". עד עצם היום הזה, למיטב ידיעתם של העותרים, לא הוסדרו אותם "הליכים".

39. ביום 8.8.2011 החליט יו"ר הועדה הנכבד כי על המשיב להגיב להודעת העותרים בתוך 14 ימים וכי בהיעדר תגובה תינתן החלטה ע"י הועדה.

הודעת העותרים ועליה החלטת יו"ר הועדה וכן ומכתבה של גב' מלי דודיאן מצ"ב ומסומנים ע/30 וע/31 בהתאמה.

40. בחלוף מעל ל-60 יום ממועד ההחלטה, ביום 10.10.11 שלחו העותרים תזכורת לועדה בדבר קבלת ההחלטה בנושא. ביום 11.10.11 התקבלה החלטת ביניים ע"י הועדה. יו"ר הועדה קיבלה את ההשגה באופן חלקי, והחליטה כי על המשיב להעביר את החומר שהווה בסיס להחלטתו לסרב את בקשת איחוד המשפחות. על החומר לכלול את הנתונים הבאים :

א. האם המידע הבטחוני השלילי הקושר את אח העותר לפעילות טרור, ואת בני משפחתו לפעילי טרור, התקבל מיותר ממקור מידע אחד?

ב. האם המידע הבטחוני השלילי הקושר את אח העותר לפעילות טרור, ואת בני משפחתו לפעילי טרור נסמך על אירוע אחד?

ג. האם המידע הבטחוני השלילי הקושר את אח העותר לפעילות טרור, ואת בני משפחתו לפעילי טרור התקבל בעת האחרונה, בשנה האחרונה?

ד. האם נשקל הקשר שבין העותר לבני משפחתו, כמהווה סכנה לבטחון המדינה?

יו"ר הועדה קצבה 30 יום לקבלת החומר מהמשיב.

הודעת העותרים והחלטת הועדה מצ"ב ומסומנות ע/32 וע/33

41. ביום 24.11.11, הגישה ב"כ המשיב את תגובתה. החומר שניתן הוא למעשה, אך ורק תשובות לשאלות שנשאלו. התשובות שניתנו הן בפשטות כן, ולא. נאמר כי המידע הבטחוני התקבל מיותר ממקור אחד, שהנו עדכני, אינו נסמך על אירוע יחיד, ושנשקל הקשר בין העותר לבני משפחתו.

הודעת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/34.

42. ביום 20.12.11 החליטה יו"ר הועדה הנכבדה לדחות את ההשגה על בסיס מידע זה בלבד.

החלטת הועדה מצ"ב ומסומנת ע/35.

43. בטרם יפרשו העותרים את הטיעון המשפטי, יבקשו לחזור ולהדגיש את טיעוניהם בדבר המניעה הבטחונית.

הטיעונים נגד הסירוב

44. אביו של העותר אינו בין החיים. לאמו המבוגרת אין עבר בטחוני או פלילי.
45. ככל הידוע למשיג, אף אחד מבין אחיו ואחיותיו לא נעצר או נחקר מעולם. האח _____, אשר לטענת המשיב מהווה את הטעם לסירוב הבקשה, **לא נעצר ולא נחקר מעולם**. הוא נשוי ואב לחמישה ילדים.
46. העותר נהג לבקר את בני משפחתו בעזה פעם או פעמיים בשנה. לרוב לא ארך הביקור יותר משלושה ימים. לעיתים נשאר בקרב משפחתו למשך שבוע. אך מחודש דצמבר 2008, **במשך כשלוש שנים**, לא ביקר העותר בעזה, והדבר אף נאסר עליו, בהיותו ללא היתר ובמיוחד עקב המצב החמור בעזה כיום. אכן, כיום מחד נמנע מהעותר לשהות כחוק עם משפחתו בבית המשפחה בירושלים מאידך, נמנעת גם כניסתו לעזה.
47. העותר מדבר קצרות בטלפון עם _____, כאשר הוא מתקשר לאמו ו_____, אשר מתגורר בקרבתה עונה לטלפון. היות והעותר מתראה עם משפחתו לעיתים רחוקות ולא מתגורר בבית מזה כ-14 שנה, אין בינו לבין האח _____ כל קשר משמעותי וקרוב. כאשר הגיע העותר לביקורים, הוא התראה בעיקר עם אמו ועם בני המשפחה, אחיו, אחיותיו ובני משפחה נוספים, על ילדיהם. הוא אינו התראה עם _____ ביחידות ואין בניהם קשר קרוב אישי או חברי. מאז שסורבה בקשתו, הוא מתקשר ישירות לסלולארי של אמו על מנת להימנע ככל היותר ממגע. העותר מעולם לא ביקר בביתו של _____.
48. מהשימוע שנערך לעותר בלשכת המשיב ביום 5.10.2010, מקבלים טיעונים אלה משנה תוקף. עולה כי העותר כמעט ואינו משוחח עם אחיו, במיוחד מאז שקיבל את ההודעה שאחיו לכאורה קשור לפעילות טרור.
49. העותר רואה חשיבות עליונה בקיום משפחתו הגרעינית, אשתו וילדיו ובטובתם של הילדים. ברי, כי ניתוק הילדים מביתם ועזיבתם לעזה תפגע בהם קשות. מיותר לומר, עד מה רבה תהיה הפגיעה בילדים לו יאלץ אביהם לבדו להיקרע מעליהם, כאשר לא בטוח אם יתאפשרו אפילו ביקורים בין בני המשפחה, לו יגורש אב המשפחה לעזה, המצויה תחת סגר מתמשך ושלטון חמא"ס.
- על המצב כיום בעזה, בין השאר על העובדה כי 70% מתושביה נזקקים לסיוע הומניטארי, ניתן להתרשם מדו"ח עמותת "גישה" המצוי בלינק

http://www.gisha.org/UserFiles/File/publications/Info_Gaza_Heb.pdf

המסגרת המשפטית**מניעה בטחונית עקיפה חורצת את גורלה של המשפחה ורומסת את זכותם החוקתית לחיי משפחה**

50. מינהל תקין, כללי הצדק הטבעי, ועקרונות אנושיים בסיסיים שוללים ענישה של אדם על חטאיו של חברו או בן משפחתו. כך ניסח זאת בית המשפט באחת הפרשות:

"ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכנו הישר 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).

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 העותר ואת בני משפחתו, כי אם אך ורק למקרים בהם קיים חשש ביטחוני אמיתי.

51. בפס"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים 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. בפסקאות 15-16 לפס"ד דקה נקבע כי:

"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 ינקטו 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". (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

52. בפסקה 41 לפס"ד דקה, מחייב בית המשפט את משה"פ להבדיל בין סיכון ישיר וסיכון עקיף:

כנגד גורם הפגיעה בזכות למשפחה, על הגורם המוסמך לשקול את קיומה של מניעה ביטחונית מצד מבקש ההיתר – מניעה ישירה ביחס למבקש ההיתר עצמו, או מניעה עקיפה העלולה להיווצר עקב קשריו לבני משפחה המהווים סיכון ביטחוני... הסיכון הקיים ממבקש ההיתר, 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 ההיתר עצמו יהיה נתון להשפעה וללחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר.

53. 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...

54. העותרים דגן נשואים כ-17 שנה. מזה כ-14 שנים, ירושלים היא ביתם היחיד, בה הם מנהלים את חייהם ומגדלים את ילדותיהם. כנגד העותר מעולם לא עמד מידע ביטחוני ישיר, הוא לא נעצר מעולם. אדרבא, בקשתו לאיחוד משפחות אושרה לאחר זמן רב והעותר י בישראל לאורך שנים מכח היתרים, תוך שהמשפחה מתבססת בירושלים.

חובת הוכחה מוגברת בעת סירוב לבקשה מתנהלת

55. נזכיר, כי סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, אינו חל באופן ישיר על בקשות מתנהלות לאיחוד משפחות, אלא רק על בקשות שלא אושרו אישור ראשוני. במקרים כמו זה של העותרים, נחוץ אם כן מידע חזק ועדכני המוכיח כי צפויה מהעותר סכנה ביטחונית מוחשית בעקבות קשריו המשפחתיים, לכאורה. על כך ר' פסיקת בית המשפט בעת"מ 8182/08 **מרבוע נ' משרד הפנים** (פסק דינו של כב' סגן הנשיא, השופט חשין מיום 20.11.2008):

אף אני סבור כי משקלה של המניעה הביטחונית פחותה יותר במקרה של בקשה על פי סעיף 14(1) לחוק, החל על ענייננו, לבין סעיף 4(2) לחוק (ולמעשה בין סעיף 14(1) לבין שאר סעיפי החוק המנויים בסעיף 3ד לחוק). אף אני סבור כי משקלה של המניעה הביטחונית פחותה יותר במקרה של סעיף 14(1) לחוק, שהותיר למעשה את שיקול הדעת בידי שר הפנים להאריך את היתר השהייה של התושב הזר, אף לאחר שקבע, בהתאם לחוות הדעת של גורמי הביטחון, כי קיימת מניעה ביטחונית. מסקנה זו עולה לא רק מלשונו של הסעיף – המנוסח בדרך החיוב ("רשאי שר הפנים"), בניגוד ללשון השלילה המאפיינת ככלל את חוק הוראת השעה – אלא גם מהגיונו ותכליתו של הסעיף. שכן לא הרי דחיית בקשה להארכת היתר, שכבר ניתן, כהרי סירוב ליתן היתר שטרם אושר. המניעה ביטחונית היא אמנם שיקול, אותו חייב שר הפנים לשקול, בבוחנו בקשה להארכת היתר, אך אינו השיקול הבלעדי. השר מצווה לשקול בכל מקרה את המניעה הביטחונית מזה ואת נסיבות העותרים מזה, טרם גיבוש החלטתו. (סעיף 15 לפסה"ד).

יצוין, כי באותו מקרה החליט ביהמ"ש לאחר בחינת החומר החסוי לאשר את החלטת המשיב. ר' גם עניין דקה לעיל.

56. מפליא כי המשיב בחר בנקיטת צעד מרחיק לכת כל כך – סירוב הבקשה, ובד בבד אינו מזדרז להכריע בערר, בשימוע ובמתן תשובותיו לשתי השגות, שנאלצו העותרים להגיש. בעוד המשיב מתמהמה בתשובותיו שוהה העותר כישראל כדין, בידיעת המשיב, ברוב התקופה תחת החלטת ביניים. ברי, כי אם המסוכנות היתה רבה כל כך הדורשת צעד כה קיצוני, היה המשיב מאיץ את ההליכים כדי שהסכנה לא תיוותר בתחומנו. האיטיות בה בחר המשיב לטפל בעניינו של העותר יש בה לשפוך אור על הצורך האמיתי בצעד של סירוב הבקשה.

הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

57. 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 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 בדין, 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.

58. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית מתוקנת, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך. כך גם באשר לנקיטת סחבת והערמת מכשולים בירוקרטים מוגזמים, התנהלות שמוצגת במקרה זה בצורה ברורה ואשר מנוגדת לשלטון החוק.

ר' עוד: כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלונים 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.

59. לאחרונה ניתן גם פסה"ד בדבר חוקתיותו של חוק הוראת השעה (בג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים, ניתן ביום 11.1.12) החוק הושאר על כנו, בדעת רוב של ששה שופטים מול תמישה. כבי' 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)

60. 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' 8(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

זכויות הילדות – הפגיעה ב

61. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמד אביו בהיעדר הצדקה חד משמעית, 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.

62. 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.

63. 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.

64. 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 3(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה....

סעיף 9(1) 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.

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' השופטת דורנר); בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על-98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

65. בנות העותרים נפגעות פגיעה קשה מהימנעות המשיב מלהסדיר את מעמד אביהן, גם בתנהלותו השערורייתית של המשיב שמטפל בבקשה מעל לשנתיים וחצי וגם עם קבלת ההחלטה ההרסנית כל כך. 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 לילדות וזאת כמעט כלאחר יחד, ללא הנמקה, ובאופן עקיף.

חוסר סבירות וחוסר הוגנות

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

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

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

67. יפים לעניינו דברי בית המשפט הנכבד בבג"ץ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוזדור ירושלים,

פ"ד ז(2) 941, 943:

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 יתחוור 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 שיעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק.

68. משפחת צואלחי הנה משפחה נורמטיבית, החיה בירושלים. החלטת המשיב, אשר אינה מגובה בשיקול דעת אמיתי לאחר מתן תשובות הגורמים, דורשת מהעותר אשר לא ביקר בעזה מזה שלוש שנים לעזוב את המדינה ואת משפחתו, או לחלופין לגרש חמש תושבות ישראליות לעזה, באופן שיפגע בהן משמעותית ואף עשוי לסכן את מעמדן הן כתושבות ישראל. משמעות זו של ההחלטה נדרשת ועל המשיב לשים אותה כנגד ענינו כאשר הוא גוזר על המשפחה השלכות מחרידות אלה. הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית בישראל. על המשיב לגבש דרך לאפשר לעותרת לממש את זכותה לחיי משפחה, וזאת באופן סביר ומבלי שייכפה עליה המעבר.

עקרון המידתיות - החובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד

הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניזונים 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. 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.)

69. איזון ראוי בין הטענות הביטחוניות העקיפות לבין הפגיעה הוודאית בזכות לחיי משפחה של העותרים – אמור היה להביא את המשיב להחלטה שיש להמשיך ולאשר את הבקשה לאיחוד משפחות. כך למשל, בעניין דקה לעיל הוטלו מגבלות שונות כאשר דובר היה במניעה ביטחונית קשה ביותר של שלושה אחים ושל אביה 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.

70. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית חובקת עמה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים רלוונטיים 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.

71. לא נבחנו הסדרים בעניינם של העותרים. למעשה – העותרים סבורים כי לא הופעל כל שיקול דעת ממש, ולפחות לבחינת חלופות. המשיב גמר אומר – הבקשה מסורבת, וגזר על המשפחה קריעה מן האב או לחלופין גירוש דה פקטו לעזה, זאת על אף העובדה כי העותר בעצמו מעולם לא היה קשור לפעילות שמסכנת את בטחון ישראל.
72. יו"ר וועדת ההשגות עסקה במידתיות ההחלטה כלפי העותרים. היא לא השתכנעה כי נבחנו העניינים לעומקם. אולם ראו זה פלא, גזרה לבסוף על קריעת המשפחה על בסיס תשובות לאקוניות של המשיב על שאלותיה. ברי כי אין מדובר בבחינה עניינית וכי לא ניתן להכריע באופן רציני כי החלטת המשיב סבירה ומידתית. אשר על כן, אין לקבל החלטה זו, אשר מבוססת על חצאי דברים, ומבלי מתן אפשרות לטענה.
73. מבחני המידתיות מושרשים בעקרונותינו המשפטיים. במקרה זה, בו נפגעת זכות יסוד, על המשיב לבחון את מידתיות ההחלטה בטרם יחליט החלטה בעל משמעות הרסנית על משפחת העותרים וזכויותיהם.

לסיכום

**“רמים ונשאים זה בעיני זה בלא כל זכות,
זוג מקרי, אחד ממליון, אבל משוכנע
כי כך נגזר. כגמול בעבור מה? בעבור לא כלום.
אור נופל משום מקום –
מדוע דווקא עליהם, לא על אחרים?
כלום הדבר מעליב את חוש הצדק? כן.
כלום הוא מחלל עקרונות שנערמו בקפידה?
מדיח את המוסד מן הפסגה? מחלל ומדיח”¹.**

74. חיי המשפחה של העותרים ישתנו ללא היכר אם תתקבל החלטת המשיב. במיוחד בהיותם תחת איום למעבר לעזה, המצויה תחת סגר, ולאחר שבנו את ביתם בישראל, בית בו חיה המשפחה יחד במשך 15 שנים.
75. הדין והפסיקה מורים כי אין לפגוע בחיי העותרים באורח כה קשה, אלא תחת בחינה קפדנית ובאם הדבר מחוייב המציאות בשל סכנה קונקרטית, עכשווית ורבה הנשקפת משהייתו של העותר בישראל. מהתנהלותו השערורייתית של המשיב ואוזלת ידה של וועדת ההשגה עולה כי לא נעשתה כל בחינה כזאת.
76. הפגיעה בזכות החוקתית של העותרת לחיי משפחה, הפגיעה בטובתן של ארבעת ילדות המשפחה בניגוד לעקרון היסוד בדבר טובת הילד – עולה על הנדרש וחורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

¹ אהבה מאושרת, מאת ויסלבה שימברוסקה, מתוך רגע מבחר שירים, הוצאת כרמל ירושלים.

77. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב לאשר את בקשת העותרים, במובן זה שלעותר 1 ינתנו היתרי שהייה בישראל. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 1 בפברואר 2012



עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"ב העותרים