

משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



מדינת ישראל

השגה 93/10

**בפני:** יו"ר ועדת ההשגה לזרים

**בעניין:** **המשיגה:** 1. כ אחמד  
2. ב מוחמד  
על-ידי בייכ עוה"ד ליאורה בכור, עדי לוסטיגמן

- נגד -

**המשיב:** רשות האוכלוסין ההגירה ומעברי הגבול  
באמצעות הלשכה המשפטית, עו"ד קרן גלבע

**ה ח ל ט ה**

עניינה של השגה זו, הוא בקשת איחוד משפחות (להלן: "אחמ"ש"), המוגשת על ידי משיגה 1 ותושבת קבע בישראל, המבקשת עם בעלה, הוא משיג 2 תושב אזור רצועת עזה. עמדת המשיב היא כי בקשת האחמ"ש דינה להידחות, לאור החלטת הממשלה 3598 מיום 15 יוני 2008 (להלן: "החלטת הממשלה 3598"), לפיה הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ותיקון מס' 2 (תשס"ז-2007) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, הכרוך בהחלטת הממשלה.

**סמכות ועדת ההשגה – המסגרת הנורמטיבית**

1. סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: "חוק הכניסה לישראל") קובע:  
"מי שאינו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רישיון ישיבה לפי חוק זה."  
בסעיף 2 לחוק הכניסה לישראל נקבע כי הסמכות למתן אשרות ורישיונות ישיבה בישראל נתונה לשר הפנים או למי שהוסמך על ידו.
2. ביום 25 נובמבר 2008 התפרסמה בילקוט הפרסומים ברשומות (ילקוט הפרסומים 5870), הודעת שר הפנים מיום 13 נובמבר 2008, כי מתוקף סמכותו לפי סעיף 16(א) לחוק הכניסה לישראל מעביר שר הפנים ליושב ראש הוועדה את סמכויותיו לפי סעיפים 2(א), 2(ב), 3, 3א(א), 3א(ב) ו-3א(ג), 4, 5, 6 – לעניין מקרים פרטניים ו-11 לחוק האמור.
3. ביום 11 דצמבר 2008 פורסם ברבים נוהל ועדת השגה לזרים, מס' 1.5.0001, על פיו הוקמה הוועדה. ביום 3 אפריל 2011 נכנס לתוקף נוהל מתוקן המרחיב את סמכויות הוועדה. השגה זו

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

נמצאה עומדת בסמכות וועדת ההשגה לזרים שברשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול שבמשרד הפנים, בירושלים.

#### תיאור העובדות הנדרשות לעניין

1. משיגה 1 תושבת קבע בישראל, ילידת שנת 1971 (להלן: "המשיגה"). משיג 2, יליד 1956 עזה, כיום מקום מושבו בעזה (להלן: "המשיג").
2. המשיגים נישאו זה לזה בשנת 1998, מנישואין אלה נולדו להם שלושה ילדים.
3. המשיגים הגישו בקשה ראשונה לאיחוד משפחות בשנת 1999. בקשתם סורבה בשנת 2000 מטעמים הנוגעים לעברו הפלילי של המשיג.
4. בתאריך 16 מרץ 2008 הגישו המשיגים בקשה נוספת לאיחוד משפחות, בקשה זו סורבה בתאריך 27 מאי 2009 על ידי המשיב לפי המלצת המשטרה, וזאת בגין אותו עבר פלילי של המשיג.
5. כעניין רלוונטי להשגה זו יצוין כי בתאריך 15 יוני 2008 התקבלה החלטת ממשלה מס' 3598, שעניינה הכרזה על רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל, ולאורה ניתנה לשר הפנים ההנחיה שלא לאשר בקשות למתן רישיון או אשרה לישיבה בישראל לתושבי רצועת עזה, הכול על פי החלטת הממשלה והתיקון לחוק האזרחות הכרוך בהחלטת הממשלה 3598.
6. בתאריך 24 אוקטובר 2010 הוגש ערר על החלטת המשיב בדבר סירוב האחמ"ש, גם ערר זה נידחה על ידי המשיב בתאריך 18 ינואר 2010, בטענה כי החלטת הממשלה והוראת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, חלות בעניין בקשת המשיגים, כך שעל המשיב לטרב לבקשה.
7. על החלטת המשיב בערר הוגשה השגה זו בתאריך 23 מרץ 2011.

#### טענות הצדדים

1. ראשית יאמר כי בתאריך 12 מאי 2011, ביקשה ב"כ המשיגים ליתן צו ביניים המורה לאפשר למשיג לשהות בישראל. בתאריך 15 מאי 2011 התבקש המשיב ליתן תגובתו לבקשה, תגובת המשיב התקבלה 7 ימים אחר-כך בתאריך 19 מאי 2011, בדרך של מענה שלם לגופה של ההשגה.
2. המשיגים טוענים כי דין ההשגה להתקבל, כך שעל הוועדה להתערב בהחלטת המשיב ולהורות על הענקת מעמד לישיבה בישראל למשיג מכוח הבקשה לאיחוד משפחות.
3. עברו הפלילי של המשיג אינו מכביד, כך לטענת המשיגים, ואין בו כדי להוות עילה לסירוב הבקשה. היותן של העבירות המיוחסות למשיג קלות בלבד ועל עבירות אלה שילם כבר המשיג את חובו לחברה.

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

4. לא ניתנה למשיגים הזכות לשימוע ביחס לעבירות הפליליות, שהיוו עבור המשיב את העילה לסירוב בקשת האחמ"ש של המשיגים.
5. המשיגים טוענים כי המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו העצמאי, אלא נסמך על המלצת גורמי המשטרה. בהעדר שיקול דעת עצמאי של המשיב, ומשקבעו המשיגים שמדובר בעבירות מינוריות, ואין בעבירות הפליליות אלה המיוחסות למשיג משום סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור, הרי שעל המשיב היה לקבוע שאין העברות הפליליות אלה מהוות משקל המכריע את הכף לחובתו של משיג.
6. נפל פגם בכך שהחלטת המשיב נעדרה הנמקה כמתחייב.
7. באשר להחלטת הממשלה 3598, סבורים המשיגים כי אין היא מהווה עילה לסירוב בקשת האחמ"ש מהטעמים הבאים:
  - א. בקשת המשיגים לאחמ"ש הוגשה קודם להחלטת הממשלה, ואין להחיל החלטה זו, בדגש לסיפא של ההחלטה. החלה רטרופקטיבית.
  - ב. החלטת הממשלה אינה סבירה (רלוונטית), בנסיבות העניין, מאחר והחלטת המשיב על סירוב הבקשה בחודש מאי 2009, אינה מזכירה את החלטת הממשלה הני"ל, ומאידך גיסא, מתמקדת בסירוב הנובע מעברו הפלילי של המשיג. וזאת בשים לב לעובדה, שהחלטת הממשלה הייתה מונחת בפני המשיב כשנה, בטרם נתן את החלטתו.
  - ג. חובה היה על שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו העצמאי ולאזן בין האינטרסים החשובים המונחים על כף. האחד אינטרס בעל ערך עליון – הזכות לחיי משפחה. השני גם הוא אינטרס בעל ערך עליון – ביטחון המדינה. בנסיבות השגה זו, הסיכון הביטחוני הנובע ממשיג 2 הוא סיכון עקיף, ומשכך, בהעדר סיכון ישיר הנובע מהמשיג, משקל ערך חיי המשפחה הנפגעת, מכריע את הכף לזכותם של המשיגים לחיי משפחה, אל מול הסיכון הביטחוני העקיף/הערטילאי, הנובע ממקום מגוריו של המשיג.
8. המשיב מצדו הודף את טענות המשיגים וקובע שלא נפל פגם בהחלטת המשיב.
9. ראשית מציין המשיב את תחום שיקול הדעת הרחב המסור, הן על פי החוק והן על פי הפסיקה לשר הפנים, ככל שהדברים נוגעים להענקת רישיונות לישיבה בישראל לזרים.
10. המשיב עומד בתשובתו על הנסיבות שהביאו ליצירת תיקון מסי 2 (תשס"ז-2007) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, ולהתפתחות אשר חלה בהמשך עד אשר התקבלה החלטת הממשלה בתאריך 15.6.08. החלטת הממשלה מנחה את שר הפנים שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה ושהייה בישראל למי שמתגורר ברצועת עזה.

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

11. באשר למשיגים עצמם קובע המשיב, חלה החלטת הממשלה עליהם, ואין ביישום החלטה זו לגבי המשיגים משום שלילת זכות, אלא סירוב לבקשה המופנית למשיב שתכליתה התחשבות בטעמים הומניטאריים.
12. החלטת המשיב הדוחה בקשת המשיגים עומדת בקריטריון הקבוע על ידי הממשלה בהחלטתה. אומנם הבקשה הוגשה עוד בטרם נכנסה לתוקף החלטה זו, אלא שבקשת המשיגים לא אושרה על ידי המשיב קודם למועד החלטת הממשלה. משכך ועל פי נוסח החלטת הממשלה, תקפות המניעה למתן רישיונות והיתרים חלה על כל בקשה, למעט בקשות שאושרו, זאת להבדיל, מבקשות שרק הוגשו.
13. באשר לטענת המשיגים כי לא נערך להם שימוע כמתחייב, על רקע סירוב המשיב מטעמים פליליים, הרי שבמועד הגשת הערר על החלטת המשיב, שנה וחמישה חודשים לאחר שניתנה התשובה הדוחה את בקשת האחמ"ש, ניתנה התשובה הרלוונטית כיום. כל עוד החלטת הממשלה תקפה, אין מקום ולא תצמח למשיגים כל תועלת מעריכת שימוע אשר באה לבחון את טעמי הסירוב הפליליים.

### דינו

1. על פי הפסיקה הרציונאל העומד ביסוד הנכונות להעניק מעמד בישראל לבן זוג זר הנשוי לאזרח או תושב קבע בישראל ולילדיהם הקטינים הסמוכים על שולחנם, הוא רציונאל הומניטארי. עיקרו של רציונאל זה הוא מתן אפשרות לבני זוג וילדיהם לחיות יחדיו ובכך להגן על התא המשפחתי.
2. הלכה היא כי לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על פי חוק הכניסה לישראל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728; בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293; מדינת ישראל נ' אורן (פורסם באתר נבו, ניתן ביום 16.3.09), בפסקה 5). זאת, בהתאם לעקרון הריבונות, שלפיו המדינה רשאית להחליט מי ישהה בתחומה ומי לא, ומכוחו יש למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים להיכנס לתחומה.
3. שר הפנים הוא, אפוא, "שומר הסף" של המדינה, כלשונו של הנשיא א' ברק בבג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים, פ"ד נט(4) 577, בפסקה 11.

### החלטות הממשלה וחוק הוראת השעה

4. בעקבות ההתפתחויות הביטחוניות שחלו בישראל מאז חודש אוקטובר 2000, ביום 12.5.02 התקבלה החלטת הממשלה, ונקבע בה כי משרד הפנים לא יטפל עוד בבקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד בישראל.

משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



מדינת ישראל

5. כשנה לאחר קבלת החלטת הממשלה, ביום 6.8.2003 התקבל בכנסת תיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003, (להלן: "חוק הוראת השעה"), אשר תוקפו ניתן להארכה והוא אכן הוארך על ידי הממשלה, באישור הכנסת, מספר פעמים, כך שהוא בתוקף גם כיום, בתיקונים ותוספות שהוכנסו בו במהלך השנים.
6. על תכליתו של חוק הוראת השעה ועל הרקע לחקיקתו עמד בית המשפט העליון בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פורסם בנבו, ניתן 14.5.2006) (להלן: "עניין עדאלה"), שבו נדחו, בדעת רוב, העתירות נגד החלטת הממשלה ונגד חוקתיותו של החוק. על דעת רוב שופטי ההרכב המורחב, נתקבלה טענת המדינה לעניין זה ונקבע כי תכליתו של החוק היא תכלית ביטחונית. במילים אחרות, נקבע כי מטרת החוק היא להגן על המדינה מפני הסיכון הביטחוני שנושקף לה מאיחוד משפחות בין תושבי ישראל לבין תושבי האזור. זאת, בשל החשש ממעורבותם בטרור של בני המשפחה של תושבי האזור, שכניסתם לישראל או מתן מעמד להם בישראל, עלולים להיות מנוצלים לרעה על ידי ארגוני הטרור למטרותיהם (עניין עדאלה, בפסקה 79 לפסק דינו של הנשיא א' ברק, וכן בפסקה 98 לפסק דינו של המשנה לנשיא מ' חשין).
7. נוסחו העדכני של סעיף 3ד לחוק הוראת השעה מורה כך:
- "לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א3, 2ב3 ו-3(1) ו-2(4), 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." (ההדגשה אינה במקור)
8. מכוח האמור בסעיף 3ד לחוק הוראת השעה, החליטה הממשלה בהחלטה מס' 3598 מיום 15/6/08 כי על בסיס חוות דעת גורמי הביטחון המוסמכים, יש לראות ברצועת עזה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה. ולפיכך אין לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לישיבה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום כתושב רצועת עזה. ובלשון החלטת הממשלה:

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

"ג. בהתאם לסעיף 3ד לחוק, ועל בסיס חוות דעת גורמי הבטחון המוסמכים, לקבוע כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, ולפיכך מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמיך לכך שלא לאשר מתן רשיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין ככזה. מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה." (ההדגשה אינה במקור).

#### הזכות לשימוע בטרם תתקבל החלטה המסרבת בקשת אחמ"ש

9. הזכות מטבעה, יוצרת חובה. משנקבע כי לאחד זכות - בבחינת "ילך החבל אחר הדלי" - תקום לאחר החובה. משנקבעה זכות הטיעון כזכות יסוד בדין בישראל, יוצא מכך שזכות זו נפרשה גם על החובה לקיים שימוע. על המשיב לקיים שימוע, כך נאמר על ידי בית המשפט העליון בעעמ 1038/08 מדינת ישראל נ' חסין געאביץ:

"עסקינן במקרים שבהם אחד מבני הזוג הוא ישראלי, אזרח או תושב, הפגיעה בבן הזוג הישראלי כשלעצמה מצדיקה הענקת זכות טיעון. שמירה על שלמות המשפחה מהוה חלק מתקנת הציבור בישראל (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1), 749) וחלק מזכויות היסוד של הפרט (על פי רוב השופטים בבג"ץ עדאלה). על כן, זכות הטיעון הבסיסית היא של בן הזוג הישראלי. באופן דומה, בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, שעסק בשאלת התאזרחותם של זרים לא-יהודים הנשואים לאזרחים ישראלים יהודים, הועלתה, בין היתר, שאלת זכות הטיעון של אותם בני זוג זרים לפני קבלת החלטה בעניין התאזרחותם. באותו ענין קבע השופט (כתארו אז) חשין מפורשות:

"מדברים אנו גם בזכותו של היחיד הישראלי, שהאינטרס שלו בבקשה הינו שווה-ערך, לכאורה, לאינטרס של בן זוגו הזר. אם מפרידים בין בני הזוג ומשלחים את הזר לחו"ל...נפגע במישרין לא רק האינטרס של הזר אלא זכותו של האזרח הישראלי אף הוא. ובאשר לבן הזוג הישראלי, בוודאי לא תישמע הטענה כי ניתן למגוע בזכותו ודבריו לא יישמעו תחילה" (עמ' 776).  
כך גם במקרה דנא, ובכך לא יתכן ספק. אלא שעלינו לשקלל באופן ספציפי את הנושא הביטחוני, המונח ביסוד עמדת המדינה, ולקבוע את מקומו ומשמעותו בהליך."

10. פסק דין געאביץ קובע מפורשות את חובת המשיב בקיום שימוע בטרם תתקבל החלטה המסרבת בקשת אחמ"ש, שבבסיסה נימוקים ביטחוניים. המשיב הרחיב חובה זו והחיל

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

אותה גם בעת סירוב בקשת אחמ"ש מטעמים פליליים, נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות 5.2.0015.

11. עוד יוער בהיבט הכללי של דיונו כאן, ובהדגשה לעניין צו הביניים המבוקש בהשגה. המשיגים מבקשים מהוועדה להתיר כניסתו הזמנית של המשיג לישראל והענקת מעמד לשהייה בישראל עד לתום הדיון בהשגה. יצוין כי הקפאת מצב, לפי סמכותה של ועדת ההשגה, הוא למנוע הליכי אכיפה להרחקתו של הזר מישראל (סעיף 3(ד) לנוהל ועדת ההשגה לזרים מס' 1.5.0001 מתאריך 14.3.2011). בקשה "לצו עשה", המקנה מעמד וזכות לזר (למשיג) שלא הייתה לו קודם, אינה עומדת לוועדה ואין הוועדה יכולה לדון בהענקתו, וזאת מבלי להיכנס לעובי הקורה בסוגיית סמכות מתן "צו עשה" כסעד זמני.

#### מהכלל אל הפרט

12. השגה זו של המשיגים באה לעולם ביום 13 מרץ 2011, בין לבין ביקשו הצדדים ארכה להתייחסותם. הנה כי כן, אנו עומדים עתה, לאחר שהצדדים נתנו את תגובתם בפני ועדת ההשגה לזרים, ועל הוועדה להחליט ולקבוע עמדה באשר לזכות האחד המקימה, אם יקבע כך, חובה לאחר.

13. המשיגים משיגים על קביעת המשיב, וטוענים כי יש לאפשר למשיג 2 לקבל מעמד בישראל. המשיב קובע שהטעם לסירובו להעניק המבוקשת נעוץ בהחלטת הממשלה 3598 מיום 15 יוני 2008, המנחה את שר הפנים וכל הפועלים בשמו לסרב לבקשת אחמ"ש כגון זו הנידונה בפנינו.

14. לכאורה, היה עלי לדון בהחלטת המשיב הדוחה את בקשת המשיגים, כפי שניתנה ביום 27 מאי 2009, מועד בו ביטל המשיב את דחייתו על טעמים הנוגעים לעברו הפלילי של המשיג, ואימץ את החלטת משטרת ישראל בעניינו של המשיג. בנסיבות אלה, הייתי מוצא את החלטת המשיב פגומה ולקויה, עד כדי ביטולה המוחלט ומורה למשיב לקיים הליך של שימוע כמתחייב מנוהלי המשיב עצמו. בנסיבות אלה, היה על המשיב לבוא לשימוע בלב פתוח ונקי מכל דעה וקביעה קודמת, ולהחליט בעניין בקשת אחמ"ש זו על בסיס הנתונים המונחים בפניו, הכוללים גם את תוצאות השימוע שיערך כמתחייב.

15. דע עקה, שאין פני הדברים כה פשוטים. מונחת בפני, בנוסף להחלטת המשיב הראשונה מחודש מאי 2009, גם החלטת המשיב בערר שהוגש על ידי המשיג, כפי שניתנה על ידי המשיב בתאריך 18 ינואר 2011 וגם תשובת המשיב להשגה מיום 19 מאי 2011, ואלו כוללות גם עילות וטענות נוספות שאיני יכול להתעלם מהן, ואסביר בהמשך.

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

#### עברו הפלילי של המשיג והשימוע המתחייב

16. המשיג הורשע על פי כתב אישום מתוקן ועל פי הודאתו בשתי עבירות פליליות. האחת בגין שהייה לא חוקית בישראל לפי חוק הכניסה לישראל והשנייה עבירת החזקה ושימוש בסם מסוכן מסוג קוקאין. גזר הדין כלל מאסר בכלא בגין שתי עבירות אלה, וכן מאסר על תנאי הכולל גם תנאי שלא יעבור כל עבירה מהסוג בהן הורשע, ובנוסף כולל מאסר על-תנאי, לפיו אם יעבור כל עבירה של החזקת נשק שלא כדין, ירצה עונש מאסר של 3 חודשים. גזר הדין ניתן ביום 22 אוקטובר 2006, תקופת התנאי אמורה הייתה להסתיים והסתיימה זה מכבר, בחודש אוקטובר 2008.

17. אכן אני מקבל את דברי ב"כ המשיגים, לפיו העונש אותו קיבל המשיג לפי הודאתו, אינו חמור, אך איני מקבל את הקביעה שהעבירות הינן קלות ערך. אף כי אסתכן באמירה שאינה מגובה באסמכתאות וכולה על בסיס ניסיון החיים, עבירה של החזקת סם מסוג קוקאין לשימוש עצמי, לא הייתה מקנה לאיש זכות וחסד בכל מדינה מערבית, לשוב לתחומה ולקבל מעמד לישיבה בה, לאחר שעבר עבירת סמים בתחומה. אותה מדינה מערבית הייתה מראה לאותו זר את הדרך החוצה, אל מחוץ לגבולותיה, מבלי שוב.

18. אומנם תקופת התנאי לעניין מאסר על תנאי חלפה עברה, אך לא בכדי קבע המחוקק תקופה להתיישנות עבירה במרשם הפלילי למשך תקופה ארוכה יותר מתקופת התנאי. בעניינו של המשיג, תקופת מחיקת ההרשעה תהיה תקופת המאסר ועוד 7 שנים (סעיף 14(א)(1) לחוק המרשם הפלילי ותקנות השבים התשמ"א-1981). גם המחוקק וכך המדינה ובכלל זה המשיב ואני עימם, איננו מקלים ראש בעבירות בהן הורשע, בדגש לעבירת החזקת סם מסוג קוקאין. יוער: אין בפני הסיבה לציון עניין החזקת הנשק בגזר הדין של המשיג, עניין עליו הקפיד התובע בתיק הפלילי, כתנאי בגזר הדין ובית המשפט החרה אתריו והתייחס גם הוא לעניין החזקת הנשק שלא כדין ואף הכלילו כעונש על המשיג. בהעדר פריטים אודות עניין זה, אתעלם ממנו, אך ראוי היה שהמשיב היה מתייחס לכך בתגובתו.

19. עם זאת, כאמור לעיל, אם עניין פלילי זה לבדו, היה העילה היחידה לסירוב הבקשה, ראוי היה לאפשר למשיגים שימוע, במהלכו יעלו את כל טענותיהם והסבריהם כפי שימצאו לנכון, ועל המשיב כאמור היה לבוא בלב פתוח וללא דעה ועמדה מוקדמת, בדונו בעניינם, לאחר אותו שימוע מתחייב. אך פני הדברים שונים וכאן לא מסתיים דיונו.

#### שיקול דעת עצמאי בו חב המשיב וחובת ההנמקה

20. הודעתו הלקונית של המשיב בתשובתו לבקשת האחמ"ש מחודש מאי 2009, אינה מלמדת דבר בעניין שיקול הדעת אותו הפעיל, בעת שנתן את החלטתו זו, המסרבת לבקשת האחמ"ש של המשיגים. ב"כ המשיגים הביאה כאסמכתא לחובת שיקול הדעת העצמאי



## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

בו חב המשיב את פסק דינו של בית המשפט המחוזי בחיפה בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים, בעת"מ 1551-06-09. לפי פסק דין זה, על המשיב לקיים הליך של שיקל דעת עצמאי ולא להסתפק באימוץ החלטת גורם חיצוני למשיב. בהעדר הנמקה, אלא רק משפט לקוני הדוחה את הבקשה מטעמים פליליים, אין בידי המשיגים ואין בידי לקבוע כי שקול דעת כמתחייב, אכן נערך.

21. בנסיבות אלה, משלא נערך שימוע, ולא ניתנה הנמקה רחבה דיה, הרי שמכאן ניתן לקבוע שאין כל מדד לשיקול דעת שנערך על ידי המשיב כמתחייב. כל שהיה בפני הוועדה, הייתה החלטת המשיב הלקונית, ולפיכך לא היה ניתן להסתפק בפחות מאשר השבת הבקשה לטיפול המשיב, לשם ריפוי פגם זה היורד לשורשה של החלטה, וקבלת החלטה אחרת במקומה.

22. בעניין שיקול הדעת של המשיב, בבואו להחליט בבקשת המשיב יצוין עוד כי מעולם לא החזיק המשיג במעמד חוקי בישראל, אם מהטעם הכרוך בעברו הפלילי ואם מהסיבה הנעוצה החלטת הממשלה 3598, בהיותו תושב רצועת עזה. במשולל זכות לישיבה קבועה בישראל, הרי הדיון כאן, כמו גם דיון שקיים המשיב בעניינו בהליכי בחינת הבקשה, היה כשל מי המבקש לראשונה רישיון ישיבה, ולא כשל מי שנשללה ממנו זכות. העובדה שישב בישראל שלא כדיון, העובדה שראה עצמו כתושב אזור יהודה, אינה מקנה למשיג כל זכות, ובנסיבות אלה, שהייה בישראל שלא כחוק, אף תעמוד לחובתו. לעניין משקלה של הענקת רישיון לראשונה לעומת ביטול או שלילת רישיון. לעניין זה ראה עת"מ (י-ם) 8621/08 עביד נ' משרד הפנים.

#### החלטת הממשלה 3598

23. כבר בפתחם של דברים יאמר, אין מחלוקת בין הצדדים על כך שדחיית בקשת האחמ"ש של המשיגים על ידי המשיב מכוח החלטת הממשלה, האוסרת הענקת מעמד בישראל לזרים שמקום מושבם בעזה, לא הועלתה על ידי המשיב בעת שהשיב לבקשה בחודש מאי 2009. לראשונה העלה המשיב הנמקה זו בהליך הערר בחודש ינואר 2011 ולאחריו חזר המשיב על טענה זו בהליך השגה זו.

24. טענת המשיגים היא כי משלא הועלתה הטענה לסירוב בקשת האחמ"ש, בתשובת המשיב הראשונה בחודש מאי 2009, מנוע המשיב להעלות טענה זו בכלל, הן בערר בחודש ינואר 2011 והן בהשגה זו.

25. לעניין תשובת המשיב לערר מתאריך 27 ינואר 2011 יאמר: הליך בחינת הבקשה על ידי המשיב בערר נעשה, כך יש לצפות, מהמסד ועד לטפחות. בחינת המשיב בהליך הערר, כך נקבע בנוהלי המשיב, נעשה על ידי פקיד אחר ובכיר יותר, מזה אשר קיבל את ההחלטה הראשונה. בחינת כל הנתונים והעובדות יכולות לפעול בכל הכיוונים, זאת מתוך כוונת

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



### מדינת ישראל

- מכוון כנה ואמתית, כדי לבחון שמא נפל פגם בהליך הטיפול הראשוני, אשר בכוחו להביא לאישורה בקשת האחמ"ש או לחילופין, לתיקון המענה לפונה. כבר מעצם קריאת החלטת המשיב בתשובה לערב ניתן ללמוד על תיקון ראשון – ההנמקה לסירוב הבקשה בערר - מפורטת יותר.
26. לעניין הדיון בעילה/טענה זו בהשגה יאמר: אם לכאורה, היה נמנע מהמשיגים להתייחס לטענה זו בהליך ההשגה, היה טעם ובסיס לטענת המשיגים, כי לא ראוי שוועדת השגה זו תקבל החלטה על בסיס טענה שלא היה למשיגים היכולת להתמודד מולה. אולם, משניתנה למשיגים האפשרות להגיב לטענה זו, לעילת הסירוב הנעוצה בהחלטת הממשלה 3598, והמשיגים אכן התייחסו באופן נרחב, מקיף וממצה לטענה זו, הרי שאין לבוא עתה ולטעון שהמשיב היה מושקע מלהעלות טענה, הקובעת כי עילת הסירוב נעוצה בהחלטת הממשלה הנ"ל.
27. עתה, משנקבע כי אפשרי ונכון היה מבחינת המשיב להעלות טענת לסירוב הבקשה, המבוססת על החלטת הממשלה 3598, נדרש מהוועדה לבחון, אם לשר הפנים נתון שיקול דעת ביישומו של חוק הוראת השעה ובישום החלטת הממשלה 3598 הכרוכה בה, ואם עשה את המוטל עליו מכוח הוראות אלה?
28. סעיף 3ד לחוק הוראת השעה המוזכר בסעיף 8 לעיל, עושה שימוש במילים "קבע שר הפנים"; "רשאי שר הפנים". ביטויים אלה מקנים לשר הפנים להפעיל שיקול דעת, מה שאינו כך בהחלטת הממשלה 3598 המצוטטת בסעיף 9 לעיל. שם, בהחלטת הממשלה נאמר "ולפיכך מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמיך". אמירה הנעדרת כל שיקול דעת הניתן לשר הפנים, אלא אך ורק הוראת ביצוע, כזרוע הממשלה לאחר שהחליטה בדבר.
29. בהחלטת הממשלה 3598 נאמר באופן ברור וחד משמעי שאינו מותר ספקות כהאי לישנא: "מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה." (ההדגשה אינה במקור). הנוסח אינו מותר ספקות, רק בקשה שנתאשרה, תוחרג מהוראת הממשלה.
- טענת המשיגים על החלה רטרופקטיבית של החלטת הממשלה 3598, כאמור בסיפא של אותה החלטה, הינה טענה הראויה לדיון. ככלל - דין, חוק, תקנה והוראת מנהל - תהא תחולתן פרוספקטיבית, אקטיבית. עם זאת, יתכן שלאותו דין תהא גם תחולה רטרופקטיבית, אם הצורך בקיומו של אתה תחולה רטרופקטיבית, מצדיק זאת בהגדרה, ומצוין באופן מפורש בנוסחו של הדין (לעניין תחולה אקטיבית או פרוספקטיבית ראה עת"מ 771/06 מירפת תייסיר עבד אל חמיד אבו גווילה ואח' נ' שר הפנים ואח' פסקה 16).

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



מדינת ישראל

החלטת הממשלה 3598, הינה בעלת תחולה מוגדרת באופן רטרופקטיבי, ככל שמשתרעת על בקשה שטרם אושרה ותחולתה אקטיבית/פרוספקטיבית, על בקשות לאחמ"ש שאושרו. הוראות אלה כתובות במפורש בהחלטת הממשלה המצוטטת לעיל.

בעניינה של השגה זו לאיחוד משפחות, הבקשה הראשונית מחודש מאי 2008, הוגשה כחודש לפני החלטת הממשלה 3598, והיא טרם נתאשרה. החלטת הממשלה בתחולתה הרטרופקטיבית על בקשות שלא אושרו, חלה על בקשת האחמ"ש של המשיגים. מכאן המסקנה ברורה ואינה ניתנת לכיפוף ולגמישות – אין בסמכות שר הפנים וקל וחומר ועדה זו – לשנות את החלטת הממשלה.

30. תקיפת החלטת הממשלה, כמו גם תקיפתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) תשס"ג-2003, נדונו בפסיקה כבר בעת"מ 1039/09 (פורסם בנבו, פס"ד מיום 18.1.09) נקבע כדלהלן:

" כאמור, הן ההחלטה המקורית של משרד הפנים בעניינם של העותרים והן החלטת משרד הפנים לדחות את הערר על ההחלטה המקורית, נסמכו כל כולן על החלטת הממשלה. בכך מודים גם העותרים, באומרים (בסעיף 25 לעתירה) "כי ההחלטה אינה מציינת כל נימוק לסירוב לבקשה, להוציא הטענה כי החלטת הממשלה מיום 15.6.2008 חלה, לכאורה, על עניינם של העותרים". טענת העותרים התוקפת את חוקתיות הסיפא של סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, אינה אפוא טענה העומדת בפני עצמה לצורכי העתירה דנא, אלא טענה שאם תתקבל תוביל לבטלות החלטת הממשלה, וכתוצאה מכך לבטלות החלטת משרד הפנים בעניינם של העותרים. לכן יש להשקיף כמקשה אחת על טענת העותרים התוקפת את החלטת הממשלה ועל טענתם התוקפת את הסיפא של סעיף 3ד לחוק הוראת השעה. דא עקא, שתי הטענות הללו אינן מסורות לסמכות העניינית של בית משפט זה. פרט 12 לתוספת הראשונה לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, קובע כי בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון בעתירות בענייני "מינהל אוכלוסין ועובדים זרים... למעט החלטות הממשלה בענייני מינהל אוכלוסין ועובדים זרים" (ההדגשה הוספה). לפיכך, תקיפת החלטת הממשלה – הן מטעמים הנוגעים לגוף ההחלטה והן מטעמים הנוגעים לבטלות החוק המסמך אשר מכוחו נתקבלה ההחלטה – אינה מסורה לסמכות בית משפט זה אלא לסמכות בית המשפט הגבוה לצדק."

מכאן ברור כי לוועדת ההשגה ודאי שאין סמכות כזו. משנקבע כך, אין בבסמכות הוועדה להתמודד עם הדרישה לבטל הוראת דין וכן לקרוא לביטול החלטת ממשלה.

## משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



מדינת ישראל

### הכרעה

31. המשיגים משיגים על סירוב משרד הפנים לבקשתם, למתן זכות מעמד בישראל למשיג 2, על בסיס נתונים אותם צרפו לבקשה.
32. המשיב מבסס את סירובו להיעתר לבקשת המשיגים, בחובת הציות להחלטת הממשלה 3598.
33. לאחר שבחנתי את עמדות הצדדים ואת מכלול הנסיבות והשיקולים הרלוונטיים, ולאחר שעיינתי במסמכים שצרפו הצדדים וכן בפסיקה שצורפה להשגה, לתשובת המשיב ולתשובת המשיגים שניתנה לתגובת המשיב, דין השגה זו להידחות.
34. אומנם, עברו של המשיג בהשגה זו, הינו עבר מכביד על פניו, אך כאמור לעיל, היה מקום לנמק הסירוב ביותר הרחבה בתשובה הראשונה לבקשת האחמ"ש, לפחות כפי שנעשה בהליך הערר שהתקיים בהמשך בפני המשיב.
35. בנוסף, ראוי היה בנסיבות העניין, לקיים שימוע למשיגים עוד בטרם ניתנה ההחלטה הראשונה של המשיב, בחודש מאי 2009. כאמור לעיל, ובמצב תאורתי בו לא הייתה קיימת החלטת ממשלה 3598, הייתי מורה על ביטולה של החלטת המשיב ומורה על קיום שימוע שרק לאחריו היה המשיב נותן את תשובתו לבקשת האחמ"ש.
36. משניתנה תשובת המשיב בערר בחודש ינואר 2010, ומשהמצב הועבדתי הוא שהחלטת הממשלה 3598 מורה, ואינה מתירה ומאשרת מרחב שיקול דעת לשר הפנים, הרי אין הוועדה הפורום הנאות לתקיפת החלטת הממשלה 3598.
37. לעניין עריכת שימוע היום, כאשר החלטת הממשלה, כך למדנו, מחייבת את המשיב, ואין לוועדה זו הסמכות לדון בתקיפת החלטות הממשלה, אין בידי אפשרות אחרת, לבד מזו הקובעת כי בהעדר שיקול דעת לשר הפנים בעניין הנידון כאן – תושב עזה המתגורר ברצועת עזה ורשום במרשם האוכלוסין שם, ועל כך אין הצדדים להשגה עוררין – מה הטעם שימצא בעריכת שימוע כאמור, לבד מנטיעת תקוות שווא, טרחה לצדדים והוצאות כספיות לריק, עבור המשיגים. תימוכין לעמדתי זו מצאתי על דרך האנלוגיה בפס"ד עת"מ 10-07-52868, אבו רג'ב ואח' נ' משרד הפנים, פסקה 19, שם נאמר על מי שלא עומד בתנאי החריג הקבוע בסעיף 1(3) להוק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תשס"ג-2003, בשל היותו מתחת לגיל 35 שנים, אין בסמכות שר הפנים להיעתר לבקשה.
38. לא למותר לציין, כי הן ההשגה והן כתב התשובה של המשיגים לתשובת המשיב, מעלה היבט הומניטארי, בו רואים המשיגים כעילה כבדת משקל הקונה זכות למשיג, לבוא ולהתיישב בישראל כחוק. בעניין זה יוער כי קיים פורום מתאים לבחינת הסוגיה

משרד הפנים - ועדת השגה לזרים



מדינת ישראל

ההומניטאריות, אין ועדה זו מוסמכת לדון בשאלות הומניטאריות כגון אלו, על כן ישקלו המשיגים לפעול אל מול הפורום המתאים.  
39. סוף דבר, ההשגה נידחת.

זכותם של המשיגים לעתור נגד החלטה בעניינם, אל בית המשפט המוסמך, וזאת תוך 45 ימים.

ניתן היום, 29 אוגוסט 2011, כ"ט אב תשע"א. החלטה תועבר לב"כ המשיגים על ידי מזכירות הוועדה.

צבי גל עוי"ד,

יו"ר ועדת השגה לזרים.