

תאריך: 5.11.2012
בתשובה נא לציין: 15645

לכבוד
יו"ר ועדת ההשגה לזרים
רשות האוכלוסין
משרד הפנים
ירושלים

בפקס 5681670

כבוד יו"ר הוועדה,

הנדון: **השגה על סירוב לבקשה לאיחוד משפחות**
ע"ש מר דהוד, ת"ז
עבור גב' דהוד, ת"ז
בקשה מס' 647/11

מהי המשמעות של "סירוב עקיף מטעמים ביטחוניים" לבקשה לאיחוד משפחות? מתי החלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות בשל "סירוב עקיף" תיחשב מידתית וסבירה, לאור העקרונות שהונחו בפסק הדין בעניין **דקה**? בשאלות אלו עוסקת ההשגה שלפנינו. בעמודים הבאים יפורט, כיצד משרד הפנים (להלן גם: **המשיב**), משתמש בעילת ה"סירוב העקיף" כעילת סירוב אוטומטית, מבלי להניח תשתית ראיתית ראויה באשר למוזמנת הספציפית בבקשת אחמ"ש, ומבלי להתייחס לסיכון הלכאורי אשר עולה, לדידו, מאישור בקשה לאיחוד משפחות של אישה, המתגוררת בירושלים שנים רבות, מטופלת בילדים קטנים, אשר בקשתה לאיחוד משפחות כבר אושרה בעבר.

בקשה למתן צו ביניים

1. בפתח הדברים מבקשים המשיגים כי הוועדה תוציא מלפניה צו, האוסר על הרחקת המשיגה, _____ דהוד, ת"ז _____, מן הארץ, כל עוד מתנהלת השגה בעניינה.

בקשה לעיון בחומר גלוי

2. בנוסף להשגתם על החלטתו המהותית של המשיב, פונים המשיגים ומבקשים מן הוועדה להורות למשיב להעביר למשיגים את חומר הראיות הגלוי המבוקש ומפורט בהמשך השגה זו. יוער, כי מדובר בדרישה שהועלתה במסגרת "שימוע בכתב" שהגישו המשיגים וזכתה לכלל התעלמות מצד המשיב; עוד יוער, כי מדובר בחומר שמסוגו הועבר ע"י המשיב לידי המשיגים כבר בעבר, **בתיק זה בדיוק**.

רקע עובדתי

3. מר _____ דהוד (להלן: **המשיג**) וגב' _____ דהוד (להלן: **המשיגה**) נישאו בשנת 1996. מאז הנישואין הם מתגוררים בירושלים, בבית הוריו של המשיג שבשכונת צור באהר.

4. במרוצת השנים נולדו לבני הזוג ארבעה ילדים: _____, יליד 1998; _____, ילידת 1999; _____, יליד 2002; _____, יליד 2007. הילדים רשומים כתושבי קבע במרשם האוכלוסין.
5. בשנת 1996 הגישו בני הזוג בקשה לאיחוד משפחות (בקשה 816/96). רק בשנת 2001 אושרה הבקשה. מאז אישור הבקשה ועד שנת 2008, קיבלה המשיגה היתרי מת"ק מתחדשים (אמנם, חל עיכוב ניכר בהנפקת הפניה להיתר מת"ק חדש בשנת 2002, אשר בעקבותיו הוגשה עתירה, עת"ם 612/04, אולם לא נטען שהטעם לעיכוב היה מניעה ביטחונית או פלילית כלשהי).
6. ביום 14.7.2008 סורבה הבקשה לאחמ"ש מטעמים ביטחוניים. כפי שיפורט בהמשך, טעמי הסירוב דאז דומים דמיון ניכר לטעמי הסירוב כיום.
- הודעת הסירוב מיום 14.7.2008 (להלן: **הודעת הסירוב הראשונה**) מצ"ב ומסומנת א.
7. על פי הודעת הסירוב:
- אחות המוזמנת - _____ סעאפין - עלתה בחקירת עצורת חמאס כמי שהייתה פעילה במסגרת האירגון "אל כותלה אלסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית. גיסה של המוזמנת: _____ סעאפין - יש אודותינו חומר ביטחוני שלילי רב. ב-98 נעצר לחקירה והודה כי ב-96 גויס לחוליית חמאס ובמסגרת פעילות בחמאס הופעל והונחה ע"י חסנין רומאנה - מאל בירה. האחרון מוכר כמבוקש חמאס, נהרג ב-1.12.03. מילא מס' תפקידים במסגרת האירגון "אל כותלה אל סלאמיה". הודה שמש' פעמים התבטא בדבר נכונותו להתאבד בפיגוע וכן רואה בהתאבדות מעשה גבורה אסלאמי. היה כלוא חמאס מ-13.1.98 עד 17.4.01.
8. ביום 31.7.2008 הוגש ערר על הודעת הסירוב הראשונה, ובהיעדר מענה, הוגשה עתירה (עת"ם 8951/08).
9. במסגרת העתירה, ביום 4.3.2009, הועברה לידי עו"ד רוזנטל, אשר טיפל בעניינם של בני הזוג דהוד מטעם המוקד להגנת הפרט, פרפראזה עדכנית ופרוטוקול חקירה של עצורת חמאס, בה עלה שמה של אחותה של המשיגה.
- הפרפראזה ופרוטוקול החקירה שצורף לה מצ"ב ומסומנת ב.
10. ביום 30.3.2009 התקיים דיון בעתירה, אשר בסופה החליט בית המשפט כי ב"כ המשיב יעביר לב"כ העותרים (המשיגים כאן) את הצו המינהלי משנת 2009 בעניינו של הגיס, ההחלטה שהתקבלה בביקורת שיפוטית עליו ותיעודי תחקורים של הגיס, אם קיימים.
11. ביום 31.3.2009 הועברו הצו והחלטת ביהמ"ש הצבאי בעופר.
- הצו המינהלי מיום 19.1.2009 ומסמכי הביקורת השיפוטית למעצר המינהלי מיום 26.1.2009 מצ"ב ומסומנים ג.
12. בהמשך לכך, נמחקה העתירה ביום 3.4.2009 ללא צו להוצאות.

13. ביום 20.12.2011 הוגשה בקשת האחמ"ש שבנדון (בקשה מקדמית הוגשה ביום 15.3.2011). אישור על הגשת הבקשה לאחמ"ש מצ"ב ומסומן ד.
14. ביום 28.6.2012 התקבל מכתב המשיב מיום 12.6.2012, לפיו הוא שוקל לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. נימוקי ההודעה על כוונה לסרב היו זהים באופן כמעט מוחלט להודעת הסירוב הראשונה מיום 14.7.2008, וצוינו בה מעצרים מינהליים נוספים של הגיס עבדאללה. ההודעה על כוונה לסרב מצ"ב ומסומנת ה.
15. בסוף ההודעה על כוונה לסרב הוצבה בפני המשיגים האפשרות – זכות המוסדרת בנוהל מס' 5.2.0015 "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות" – להגיב להודעה על כוונה לסרב לבקשת האחמ"ש, וזאת בתוך 30 יום.
16. הנה כי כן, ביום 11.7.2012 נשלחה תגובת המשיגים להודעה על כוונה לסרב. תגובת המשיגים (אשר תכונה להלן "שימוע בכתב") מצ"ב ומסומנת ו.
17. בשימוע בכתב נטען, כי שיקול כבד-משקל שיש לקחת בחשבון בענייננו הינו הזכות לחיי משפחה, אשר הוכרה כזכות יסוד חוקתית בישראל. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד משמעה, כי כל פגיעה בזכות צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ורק מטעמים כבדי משקל, בהסתמך על תשתית ראיתית מוצקה.
18. בנוסף, הפנו המשיגים לפסק הדין המנחה בעניין סירוב לבקשות אחמ"ש מטעמים ביטחוניים, הריהו בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים** (להלן: **עניין דקה**). המשיגים הפנו לאבחנה שעושה פסק הדין בין סיכון ישיר לסיכון עקיף, ולשיקולים הספציפיים שיש לקחת בחשבון כאשר מדובר בסירוב הניתן במסגרת בקשה שכבר אושרה, וכאשר מדובר בהליך אחמ"ש עם מוזמנת אישה, המטופלת בילדים קטנים.
19. כמו כן התייחסו המשיגים באופן קונקרטי לסיכון העקיף העולה, לכאורה, מהמוזמנת, בשל אחות המוזמנת וגיס המוזמנת.
20. לבסוף נציין, כי במסגרת השימוע בכתב דרשו המשיגים כי יועבר להם **חומר ראיות גלוי** בענייננו של הגיס עבדאללה. **במסגרת בקשה זו הודגש כי מדובר בחומר גלוי, אשר מסוגו הועבר כבר לידי המשיגים במסגרת עת"ם 8951/08**. עוד צוין, כי החומר המבוקש אינו בידי המשפחה, וכי הח"מ עשתה מאמצים רבים להשיג את בא כוחו של הגיס בכדי לקבל ממנו את המסמכים המדוברים, אך העלתה חרס בידה.
21. תזכורות לשימוע בכתב נשלחו בתאריכים 12.8.2012, 12.9.2012, 16.10.2012. התזכורות מצ"ב ומסומנות ז 1-3.
22. ביום 28.10.2012 התקבל מכתב המשיב מאותו יום, בו חזר המשיב על החלטתו כי יש לסרב לבקשה מטעמים ביטחוניים (להלן: **הודעת הסירוב השנייה**). במכתב נטען ש"נשקל האיזון

בין טובת המדינה ובטחונה לזכותם של בני הזוג דהוד לחיי משפחה". במכתב לא הייתה כל התייחסות לבקשת המשיגים לחומר ראיות גלוי.

הודעת הסירוב השנייה מצ"ב ומסומנת ח.

23. עמדת המשיגים הינה, כי כלל השיקולים אשר מוטל על המשיב לשקול במקרים כגון דא, לא נשקלו כראוי, ועל כן החלטת המשיב הינה בלתי סבירה ובלתי מידתית. מכאן השגה זו.

המסגרת המשפטית

הזכות לחיי משפחה – זכות יסוד

24. המסגרת לדיון דכאן הינה זכותם החוקתית לחיי משפחה של המשיג וילדיו – תושבי ישראל – להתגורר עם המשיגה (אשתו של המשיג ואם ילדיהם) במדינתם.

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

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי **הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.**

(ההדגשה הוספה – נ.ד.).

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

27. 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 מנהלית, 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.

פסק הדין בעניין דקה – קווים מנחים לסירוב ביטחוני "עקיף"

28. באשר להחלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים, מוטלת על המשיב החובה לעשות שימוש בקביעות בית המשפט בפסק דין בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים מיום 22.2.2010 (להלן: פס"ד דקה), המשמש נדבך נוסף בחומה המגינה מפני פגיעה שרירותית בזכות החוקתית לחיי משפחה.

29. בפס"ד דקה נקבע למעשה באלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לסרב ליתן היתר 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 יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי.

נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם **מוטל על שכם המדינה ... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם**.

(ההדגשה הוספה – נ.ד.).

30. בפסקה 41 לפס"ד דקה, מחייב בית המשפט את משה"פ להבדיל בין סיכון ישיר לסיכון 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, מניח 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**.

(ההדגשה הוספה, נ.ד.).

31. מבחינת הסיכון העקיף, קובע בית המשפט בעניין **דקה**, 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...**

(ההדגשה הוספה, נ.ד.).

32. הנה כי כן, פס"ד **דקה** התווה את המבחנים על פיהם על המשיב לקבל החלטה במקרה של סיכון "עקיף". כלומר, בנוסף לפגיעה ה"כללית" בזכות לחיי משפחה, היה על המשיב לבדוק:

א. האם ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות? האם ההגנה מפני אותה סכנה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם?

ב. מהי מידת ההסתברות **במקרה הקונקרטי** כי מבקשת ההיתר – המשיגה – תהפוך לסיכון ישיר? בתוך כך יש להיזהר מהסקת מסקנה גורפת, לפיה המשיגה פסולה מאיחוד משפחות בשל קשר משפחתי למי שקשור לפעילות טרור. כלומר, יש לוודא שהמשיגה אינה אך "משלמת" על מעשי בני משפחתה, אלא שעולה סיכון קונקרטי ישיר, הנובע מהסיכון העקיף.

ג. האם נבדקו נתונים אובייקטיביים, כגון אורך השהות בישראל, היותה של המוזמנת אישה, הימצאותם של ילדים קטינים משותפים לבני הזוג?

33. בהודעת הסירוב השנייה אין זכר להתמודדות עם שאלות אלו. המשיב אינו מפרט מהי, לטענתו, ההסתברות לסכנה לשלום הציבור במקרה של אישור האחמ"ש; הוא אינו מתייחס לסיכון שעולה, לכאורה, משהותה של המשיגה **עצמה** בישראל; הוא אינו מציין אם מעבר לזכות לחיי משפחה, נשקלו גם הנתונים האובייקטיביים אשר עליו לבחון על פי פס"ד **דקה**.

34. כל שעושה המשיב הוא להסיט את הדיון מהבקשה לאיחוד המשפחות למעשיהם של האחיות והגיס. נזכיר, שהאחות והגיס אינם אלו המבקשים היתר שהייה בישראל מכוח איחוד משפחות. **המשיגה** היא זו המבקשת היתר שכזה, ועל המשיב להוכיח את הסיכון הנובע, לכאורה, מאישור בקשת **המשיגה**. המשיב כשל בציות לאזהרת בית המשפט בעניין **דקה**, שלא לסרב באופן אוטומטי לבקשות לאחמ"ש, רק בשל חומר ביטחוני המוצג בפניו

לגבי בני משפחה של המוזמנת. זאת, במיוחד לאור הנתונים האובייקטיביים, שהיה עליו לקחת בחשבון במקרה דנן:

א. ראשית, המדובר באישה צעירה, המטופלת ב-4 ילדים, הצעיר בהם בן 5 בלבד. המדובר בנתון אובייקטיבי להפרכת טענת הסיכון העקיף, כאמור בפס"ד דקה:

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...

ב. שנית, נראה כי רשויות הביטחון לא רואות בשהות של המשיגה בישראל סכנה מוחשית. זאת, לאור העובדה שהמשיגה קיבלה פעמים רבות היתרים לביקור משפחות בישראל.

רצ"ב לדוגמה שמונה היתרים מן השנים האחרונות, ומסומנים ט 8-1.

ג. כמו כן מחזיקה הגב' דהוד בכרטיס מגנטי בתוקף.

צילום הכרטיס המגנטי של גב' דהוד מצ"ב ומסומן י.

35. הנה כי כן, באמירתו הלקונית של המשיב כי "נשקל האיזון בין טובת המדינה וביטחונה לזכותם של בני הזוג לחיי משפחה" לא די. על המשיב להתייחס באופן קונקרטי וספציפי לאמור בפס"ד דקה, שאם לא כן, החלטתו אינה סבירה ואינה מידתית.

חוסר סבירות ומידתיות

הגורם המוסמך הנדרש להחליט בבקשה להיתר ישיבה במסגרת הוראות המעבר של החוק, חייב להשתית את החלטתו על אדנים של סבירות ומידתיות. הסבירות היא אמת מידה הנקוטה לצורך ביקורת שיקול הדעת המינהלי; מקום ששיקול דעת זה כרוך בפגיעה אפשרית בזכויות יסוד, עליו לעמוד גם במבחן המידתיות בזיקה לעקרונות חוקתיים ולפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד.

(עניין דקה, ההדגשה הוספה, נ.ד.).

36. **חוק הכניסה לישראל** וכן **הוראת השעה** מאפשרים לשר הפנים להפעיל שיקול דעת רחב באשר לבקשות לאיחוד משפחות, כך שבמקרה בו בן הזוג המוזמן באחמ"ש מהווה סיכון ביטחוני, ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות.

37. עם זאת, ככל הגבלה על זכות יסוד, החלטה באשר לסירוב לבקשה לאיחוד משפחות צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

38. פגיעה בזכות אדם, ובענייננו פגיעה בזכות לחיי משפחה, הינה כדין רק אם היא עומדת במבחן הסבירות ובמבחן האיזון הראוי בינה לבין אינטרסים אחרים עליהם מופקדת הרשות. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (עע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 **גולן נ' שירות בתי הסוהר**, פ"ד נ(4) 136, 156).

39. כובד משקלן הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של המשיגים, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל:

לגבי שלילתן של זכויות יסוד, לא די בראיות המתפרשות לכאן ולכאן... הנני סבור, כי הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות (ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

40. במקרה דנן, החלטת המשיב הינה גורפת, ההסתברות להתממשות סיכון כלשהו מאישור האחמ"ש אינה מבוססת דיה והשיקולים המפורטים בפס"ד **דקה** אינם זוכים כלל להתייחסות. מאידך, מדובר בפגיעה קשה בזכות יסוד של תושבי ישראל: הזכות לחיי משפחה. הנה כי כן, החלטת המשיב אינה סבירה. היא אף אינה מיידתית, לאור העובדה שברי שלא נבחרה החלופה שפגיעתה פחותה. זאת, במיוחד לאור העובדה כי מדובר בסירוב גורף, ללא בחינת עניינה האינדיבידואלי של המשיגה (בניגוד לפירוט באשר לבני משפחתה):

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון (ראו פרשת בן-עטיה, עמ' 15; פרשת סטמקה, עמ' 779).

(בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' היועץ המשפטי לממשלה**).

41. שיקולי ביטחון אינם ערך מוחלט, שכן "נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו" (סעיף 6 לפסק דינה של השופטת דורנר; בג"ץ 5627/02 **אחמד סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח(5), 70). עוד נקבע שם, כי חובה על המשיב לשקול את כל החלופות האפשריות, ולאזן אותן לאור בדיקה אינדיבידואלית בענייניו של העותר, בכדי להבטיח כי הפגיעה בזכותו הינה אכן האמצעי הכי פחות פוגעני:

בענייננו, הסירוב הטוטלי להעניק תעודות עיתונאי לפלסטינים תושבי האזור - לרבות כאלה המחזיקים בהיתרי כניסה לישראל ועבודה בה - מלמד כי

מלאכת האיזון בין שיקולי הביטוי והמידע ושיקולי הביטחון לא נעשתה כלל, ועל-כל-פנים האיזון שנעשה אינו כדון. אף קביעת נוהל קבלת ההיתר לעבוד כעיתונאי שגובש במהלך הדיון, שעל-פניו אינו תחליף הולם לתעודת העיתונאי המאפשרת סיקור שוטף ומיידי, אינו מרפא פגם זה.

סירוב ללא כל בדיקה אינדיבידואלית להעניק תעודת עיתונאי, בשל מסוכנות אינהרנטית של כל העיתונאים הפלסטינים תושבי האזור - לרבות אלה הזכאים להיכנס לישראל ולעבוד בה - הוא האמצעי הפוגעני ביותר האפשרי. אמצעי זה פוגע בצורה חזקה באינטרס לעיתונות חופשית, שניתן היה למנוע על-ידי בדיקות בטחוניות אינדיבידואליות מוצדקות להפגת הסכנה הבטחונית האישית הנובעת מתושבי האזור, ככל שסכנה כזאת קיימת מתושבים שעמדו בהצלחה בבדיקות הנדרשות לקבלת היתרי כניסה לישראל ועבודה בה.

אכן, לעולם ניתן לטעון כי עצם היותו של עיתונאי פלסטיני תושב האזור יוצרת סיכון בטחוני מיוחד אם אותו עיתונאי יחזיק בתעודת עיתונאי. סיכון זה קיים אף אם אותו עיתונאי הוא בעל היתרי כניסה ועבודה כאמור ואף אם עמד בבדיקות בטחוניות נוספות ומיוחדות לצורך קבלת תעודת עיתונאי. עם זאת, סיכון מיוחד זה הינו קלוש ותיאורטי, ואין בו כדי להצדיק פגיעה ודאית באינטרסים המוגנים לביטוי ולמידע חופשיים והבחנה - שלמעשה היא הפליה - בין עיתונאים זרים פלסטינים לבין כל שאר העיתונאים הזרים.

(שם, עמ' 77-78).

42. יפים לענייננו גם דבריה של כבוד הנשיאה בדימוס, השופטת דורית ביניש, בעניין **דקה**:

אוסף עוד, כי גם אם על-פי דעת הרוב בפסק דינו של בית משפט זה בעניין עדאלה התשתית העקרונית המונחת ביסוד הסעיפים הנדונים אינה מעידה על קושי חוקתי מובנה, עדיין - ולכך התייחסה חברתי בהרחבה - אין ניתן להתעלם מכך כי כל החלטה שלא להתיר שהייתו בישראל של בן זוג זר לישראלי פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה, כפי שנדונה בהרחבה ונתבססה במסגרת עניין עדאלה (וראו למשל: פסקאות 6-7 לפסק דיני), וככזו מחייבת בחינה זהירה של כל החלטה כאמור. בהקשר זה נקבע בעניין אמארה, והדברים יפים אף לענייננו, כי **על שר הפנים להפעיל סמכותו בהתאם להוראות סעיף 43 "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 האדם... קביעת שר הפנים מכוח סעיף 43 צריכה לעמוד, איפוא, בדרישת המידתיות"**.

כך למשל, על מנת שההחלטה שלא להאריך רישיון ישיבה שהוענק בעבר נוכח סירוב ביטחוני שמקורו בבן משפחה מדרגה קרובה של המבקש תעמוד

במבחני המידתיות, מוטלת על שר הפנים החובה לערוך בחינה מדוקדקת וקפדנית של מכלול הראיות המינהליות הניצבות בפניו על-בסיסן מבקש הוא להגדיר את היקף ומידת הסיכון הפוטנציאלי הנשקף מן הזר עבורו מתבקש המעמד, ולהוכיח באמצעות ראיות מינהליות משמעותיות כי אכן נשקף סיכון בטחוני ממבקש המעמד בשל הסיכון הנשקף מן משפחתו (וראו גם, פסקה 17 בעניין אמארה). בהקשר זה מאמצת אני את דברי חברתי בפסקה 41 לפסק דינה באשר למכלול הנתונים שראוי לשקול במסגרת הערכת המסוכנות הנשקפת מן המבקש, כמו גם באשר למשקל המתאים שיש ליחס בהערכת עוצמת הסיכון למידע בטחוני המצביע על סיכון בטחוני ישיר מן המבקש לבין זה המצביע על סיכון עקיף הימנו, בשל קרובי משפחתו.

(שם, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

43. במקרה דנן, המשיגה נקבעה כמסוכנת אך ורק לאור מידע הקשור לבני משפחתה. המשיב לא טרח לערוך בחינה אינדיבידואלית בעניינה במובן זה, שהוא לא בדק מהו הסיכון הנובע, לכאורה, מאישור הבקשה של המשיגים לאיחוד משפחות, לאור המידע שבידיו בעניין בני משפחת המשיגה. כל שעשה הוא, הוא לפרט את המידע שבידיו אודות בני המשפחה. במילים אחרות: בעריכת מבחן אינדיבידואלי בעניין בני משפחה של מוזמן באחמ"ש לא די חובה על המשיב לבחון אם עולה סיכון מהמוזמנת, ובאיזו הסתברות. אם לא נעשה כן, מדובר בסירוב גורף, בלתי מידתי ופסול.

טענות נוספות באשר לחומר ה"עקיף"

44. בסוף הדברים, יבקשו המשיגים להתייחס גם לחומר ה"עקיף" אשר הוצג בהודעות הסירוב.

א. האחות שאדן

45. בהודעת הסירוב נמסר כי האחות "עלתה בחקירת עצור חמאס (1994) כמי שהייתה פעילה במסגרת ה"כותלה אסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית".

46. משפט זה מעורר תמיהות, שכן האחות שאדן למדה באוניברסיטת ביר זית בשנים 2004-1999, ולכן לא ברור כיצד חקירה שנערכה בשנת 1994 יכלה להצביע על פעילות כזו או אחרת מצדה. ככל הידוע לנו, מדובר בחקירה (של עצורה, לא של עצור כפי שנכתב במכתב) שנערכה בשנת 2004. זאת, על פי נוסח הודעת הסירוב הראשונה, אשר כמעט זהה לעניין זה לנוסח ההודעה על כוונה לסרב והודעת הסירוב השנייה.

47. בכל מקרה, האחות שאדן טוענת כי כלל לא הייתה חברה ב"כותלה אסלאמיה". אותה "עצורת חמאס" אשר חקירתה הוזכרה היא, למיטב ידיעתה של שאדן, אישה בשם יקין חזאצמה. לדבריה של שאדן, יקין הזכירה אותה בחקירה בתור ידידה שלה ותו לא, ולא בתור חברה ב"כותלה אסלאמיה". למיטב ידיעתה של שאדן, יקין חזאצמה לא נעצרה, נחקרה או נכלאה מאז סיום לימודיה. יתרה מכך: ממכרים משותפים יודעת שאדן שיקין יוצאת מהגדה לחו"ל ללא קושי, כך שנראה שלא קיימת בעניינה מניעה ביטחונית.

48. הנה כי כן, מן הראוי להדגיש כי המידע – החלש ממילא – לגבי האחות שאדן הוא **לכאורי בלבד**. שאדן לא נחקרה, לא נעצרה ולא נשפטה מעולם והיא מטופלת בילדים קטנים.
49. בנוסף, גם היום כמו בשנת 2008 (עת הסירוב הראשון), ואף ביתר שאת לאור חלוף הזמן, לא ברור מדוע עניין החקירה של יקין חוזאצמה צץ פתאום כעילת סירוב. שהרי, בקשת האחמ"ש אושרה בשנת 2001, וחודשה (לאחר עתירה כנגד העיכוב בחידוש היתר) בשנת 2004. הגב' דהוד המשיכה לחדש מדי שנה היתרי אחמ"ש, משך מספר שנים **לאחר החקירה ולאחר שהאחות סיימה את לימודיה**. סביר להניח כי בעת חידוש הבקשה בשנת 2004, ובעת חידוש ההיתרים מדי שנה לאחר מכן, המידע הנ"ל היה ידוע לגורמי הביטחון, ובכל זאת קבעו כי אין מניעה מבחינתם לאישור הבקשה. אם כן, גם היום, כמו לפני ארבע שנים, לא ברור מדוע שונתה לפתע עמדת גורמי הביטחון.
50. לבסוף יצוין שהקשר של המשיגה עם אחותה רופף ביותר. הפעם האחרונה בה נפגשו האחיות פנים אל פנים הייתה לפני שנה או שנה וחצי. הן מדברות בטלפון רק כל חודש-חודשיים.
51. הנה כי כן, באשר לאחות שאדן, ברי כי אין מדובר בעילה לסרב לבקשת אחמ"ש. המדובר בחומר בעל משקל ראיתי חלש ביותר, אם בכלל, אשר לא יוצר מסוכנות של המשיגה אשר עומדת בתנאי "ההסתברות הקרובה לוודאי" כפי שנקבע בפס"ד **דקה**.
- ב. הגיס עבדאללה
52. באשר למעצרו בשנים 1998-2001, הרי שמדובר בתקופה טרם אישור האחמ"ש וטרם חידושי ההיתרים השנתיים. ניתן להניח כי המידע בדבר המעצר הנ"ל היה ידוע לגורמי הביטחון, ובכל זאת קבעו כי אין מניעה מבחינתם לאישור הבקשה. אם כן, לא ברור מדוע עניין זה צץ ונהיה רלוונטי. כך גם באשר לטענות לגבי תקופת לימודיו של הגיס.
53. באשר למעצרו המינהלי בשנת 2009, לגביו התקבלו במסגרת עת"ם 8951/08 צו המעצר, פרוטוקול הדיון וההחלטה בביקורת השיפוטית על הצו, הרי שמדובר בצו אשר קוצר בשל מצבו הרפואי של הגיס (עבר ניתוח להסרת גידול בגב).
54. באשר למעצרו המינהלי מיוני 2011 – מאי 2012, הרי שהוגשה בעניין עתירה לבג"ץ (בג"ץ 9633/11), במסגרתה הודיע המשיב (המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית) כי נכון הוא לערוך ביקורת שיפוטית תכופה יותר על צו המעצר המינהלי. הנה כי כן, אמנם לא הייתה באפשרות הגיס ובא-כוחו לדעת מה כלל החומר אשר הציגה באת כוח המדינה, שכן מדובר היה בדיון במעמד צד אחד, אולם ניתן להניח כי לא מדובר בחומר חמור במיוחד, לאור הסכמת המדינה לערוך ביקורת שיפוטית תכופה בעניין.
- פסק הדין בבג"ץ 9633/11 מצ"ב ומסומן **יא**.
55. בנוסף לכל האמור לעיל, יודגש כי הקשר של המשיגה עם גיסה הינו רופף ביותר. היא בקושי נפגשת עמו פנים אל פנים (לדבריה, היא לא ראתה אותו כבר מעל שנה) והיא גם לא מדברת איתו ישירות בטלפון.

56. **כאן המקום לציין כי במסגרת השימוע בכתב, ביקשו המשיגים לקבל לידם את צו המעצר המינהלי, פרוטוקול הדין בבית המשפט הצבאי וההחלטה בביקורת השיפוטית על הצו. יצוין כי מדובר בחומר גלוי, אשר מסווגו הועבר כבר לידי המשיגים במסגרת עת"ם 8951/08. צוין כי החומר המבוקש אינו בידי המשפחה, וכי הח"מ עשתה מאמצים רבים להשיג את בא כוחו של הגיס בכדי לקבל ממנו את המסמכים המדוברים, אך העלתה חרס בידה. המשיגים עמדו על העברת החומר לעיונם, לשם מימוש זכות העיון והטיעון של המשיגים.**
57. **דרישה זו נותרה ללא כל מענה מהמשיב. זאת, חרף העובדה כי בתיק זה ממש, הועבר כבר בעבר חומר גלוי מאותו סוג בדיוק.**
58. **המשיגים עומדים על דרישתם לעיין בחומר הראיות הגלוי המבוקש, ומבקשים להשלים טענותיהם באשר לחומר אם יהיה צורך בכך.**

סיכום של דברים

59. מאז ההודעה הראשונה על הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות של המשיגים, השתנו פני התשתית הנורמטיבית לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים. ניתן פסק הדין בעניין ג'עאביץ, אשר עיגן את זכות השימוע ובעקבותיו תוקן נוהל הערות גורמים; ניתן פסק הדין בעניין דקה, אשר הניח את הקווים המנחים לסירוב "עקיף" לבקשה לאיחוד משפחות.
60. העובדה כי קיים מידע ביטחוני שלילי במקרה של קרוב משפחה של המוזמנת בהליך אחמ"ש אינה מקימה עילה לסרב אוטומטית לבקשה לאיחוד משפחות. על משרד הפנים מוטל הנטל להוכיח, כי קיימת הסתברות קרובה לוודאות לקיומו של סיכון ביטחוני מהמוזמנת עצמה. זאת, תוך לקיחה בחשבון של זכות היסוד לחיי משפחה, ונתונים אובייקטיביים שונים שיש בהם בכדי להפריך את "חזקת המסוכנות".
61. ברי, כי במקרה דכאן, לא נשקלו השיקולים הרלוונטיים כנדרש על פי פס"ד דקה. כך, למשל, העובדה כי הבקשה לאחמ"ש אושרה כבר בעבר, והיתרי השהייה חודשו במשך שנים, הקשר הרופף של המשיגה עם אחותה וגיסה; שהותה הארוכה בישראל, מבלי שנטען לגביה מעולם כי יש לה קשר ישיר עם גורמי טרור; העובדה כי המשיגה מטופלת בארבעה ילדים קטנים. לאור כל אלו מוטל על משרד הפנים נטל כבד ביותר, להוכיח כי קיימת הסתברות קרובה לוודאי לסכנה לשלום הציבור, במקרה של אישור הבקשה לאחמ"ש. נטל זה לא הורם.
62. נראה, כי המשיב נתפס לידי טעות, כאשר בחן את בקשת המשיגים לאיחוד משפחות ואת החומר אשר נתקבל מגורמי הביטחון, כאילו האחות והגיס של המשיגה הם שמבקשים לשהות בישראל באמצעות היתר לאיחוד משפחות. לא כך הדבר. עמדתו של המשיב צריכה להתמקד בסיכון אשר לטענתו עולה משהותה של המשיגה בישראל, לאור החומר הביטחוני הקיים אודות קרובי משפחתה.

63. הנה כי כן, לאור העובדה שהחלטת המשיב אינה עומדת במבחנים שנקבעו בפסק דין **דקה**, ובהתחשב בזכות היסוד לחיי משפחה, בה החלטת המשיב פוגעת אנושות, מבקשים המשיגים כי השגתם תתקבל במובן זה, שהבקשה לאיחוד משפחות תאושר והמשיגה תקבל היתר שהייה בישראל.

בכבוד רב,

נועה דיאמונד, עו"ד

לוט:

נספחים א-ט

תצהיר