

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

עת"ם 14-01-1747

בעניין:

1. _____ דהוד, ת"ז _____
2. _____ דהוד, ת"ז _____
3. _____ דהוד, יליד 1998, ת"ז _____
4. _____ דהוד, ילידת 1999, ת"ז _____
5. _____ דהוד, יליד 2002, ת"ז _____
6. _____ דהוד, יליד 2007, ת"ז _____
7. העותרים 3-6 ע"י אפוטרופסיהם הטבעיים, העותרים 1 ו-2
המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088)
ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או ענת
גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר
49838) ו/או טל שטיינר (מ"ר 62448) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346);

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 -

שר הפנים

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

המשיב

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לחזור בו מהחלטתו לסרב לבקשה לאיחוד משפחות שהגיש העותר 1 עבור בת זוגו, העותרת 2, באופן שהבקשה תאושר והעותרת תקבל 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 תיתכן 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. (פס"ד בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, פס"ד 15 לפס"ד של כבוד השופטת פרוקצ'יה, פורסם בנבו, 22.2.10, להלן: **פס"ד דקה**).

1. עניינה של העתירה בסירוב ביטחוני עקיף מצד המשיב לבקשה לאיחוד משפחות (להלן: **אחמ"ש**) של העותר 1 (להלן: **העותר**), תושב ישראל, עם אישתו, העותרת 2 (להלן: **העותרת**), תושבת הגדה. בני הזוג מתגוררים בירושלים שנים רבות ומגדלים בה את ארבעת ילדיהם הקטינים, העותרים 3-6 (להלן: **הילדים**), תושבי קבע של מדינת ישראל.
2. בקשתם הראשונה של העותרים לאיחוד משפחות הוגשה עוד בשנת 1996 ואושרה רק בשנת 2001. מאז ועד שנת 2008, קיבלה העותרת היתרים לשהייה בישראל (היתרי מת"ק) במסגרת הליך האחמ"ש. ביום 14.7.2008, בעקבות בקשה להארכת היתר השהייה של העותרת, סורבה הבקשה מטעמים ביטחוניים עקיפים. בקשה חדשה לאחמ"ש הוגשה בשנת 2011 וסורבה מאותם טעמים ביטחוניים עקיפים. ההשגה שהגישו העותרים בעקבות הסירוב הביטחוני העקיף לבקשת האחמ"ש נדחתה ע"י יו"ר ועדת ההשגה ביום 19.11.13.
3. לא ניתן להפריז במשמעות של החלטת המשיב לדחות את בקשת העותרים לאיחוד משפחות על חיי המשפחה. כאמור מדובר במשפחה שבנתה את חייה בירושלים ומגדלת בעיר ארבעה ילדים. מצב בו לאם המשפחה לא ניתנים היתרי שהייה בישראל, מהווה איום חמור על חיי המשפחה ועל עתידם וביטחונם של הקטינים. כל זאת מחמת מניעה עקיפה, מבלי שמיחוס עוול כלשהו לעותרת.
4. פגיעה קיצונית שכזו בחיי המשפחה ובזכויותיהם החוקתיות של העותרים, מחייבת בחינה מדוקדקת של החומר הביטחוני לו טוען המשיב ואיזונו אל מול הפגיעה הקשה, בהתאם לקבוע בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ועל פי מבחני המידתיות שנקבעו בפסיקה.

החלק העובדתי

הצדדים

5. **העותר 1**, תושב ישראל, נישא ל**העותרת 2**, תושבת הגדה במקור. **העותרים 3-6** הם ילדיהם הקטינים של העותרים, תושבי ירושלים, שנולדו ומתגוררים בעיר כל חייהם.
6. **העותרת 7** 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.

7. **המשיב** הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), 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.

העותרים ומיצוי ההליכים

8. העותר, יליד ירושלים ומתגורר בה כל חייו, נישא לעותרת, תושבת הגדה, בשנת 1996. מאז נישואיהם מתגוררים העותרים בירושלים, בבית הורי העותר בשכונת צור באהר. העותר עובד כמורה בבית ספר יסודי בירושלים. העותרת היא עקרת בית.
9. לעותרים נולדו במהלך השנים ארבעה ילדים (העותרים 3-6): _____ בן 15, _____ בת 14, _____ בן 11 ו- _____ בן 6. הילדים, כאביהם, רשומים כתושבי קבע בישראל. ארבעתם תלמידים בבתי ספר בירושלים.

הבקשה הראשונה לאיחוד משפחות

10. מייד לאחר נישואיהם בשנת 1996, הגיש העותר בקשה לאיחוד משפחות עבור העותרת, אשר אושרה רק כעבור 5 שנים, **בשנת 2001**. מאז **מקבלת העותרת היתרי שהייה שהתחדשו מדי שנה** (למעט תקופה בה חל עיכוב אצל המשיב בטיפול בבקשות להנפקת היתרים, עיכוב אשר בגינו הגישו העותרים עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, עת"מ 612/04, בעקבותיה ניתן היתר לעותרת), **כך עד שנת 2008**.
11. ביום 14.7.2008 סירב המשיב לבקשת העותרת להאריך את היתר השהייה שלה מטעמים ביטחוניים (להלן: **הודעת הסירוב הראשונה**). וכך כתב המשיב:

אחות המוזמנת - _____ סעאפין - עלתה בחקירת עצורת חמאס כמי שהייתה פעילה במסגרת האירגון "אל כותלה אלאסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית.

גיסה של המוזמנת: _____ סעאפין - יש אודותיו 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 אסלאמיה". הודה שמס' פעמים התבטא בדבר נכונותו להתאבד בפיגוע וכן רואה בהתאבדות מעשה גבורה אסלאמי. היה כלוא חמאס מ-13.1.98 עד 17.4.01.

הודעת הסירוב הראשונה מטעם המשיב מיום 14.7.2008 מצ"ב ומסומן ע/1.

12. ביום 31.7.2008 הגישו העותרים ערר על ההחלטה לסרב לבקשתם לאחמ"ש ובעקבות אי המענה לערר, הוגשה ביום 13.11.2008 עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים (עת"ם 8951/08).

13. 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 ומסומנים ע/2.

14. ביום 30.3.2009 התקיים דיון בעתירה, בסופו החליט בית המשפט כי ב"כ המשיב יעביר לב"כ העותרים את צו המעצר המינהלי משנת 2009 של גיס העותרת, ההחלטה שהתקבלה בביקורת שיפוטית על צו המעצר המינהלי ותחקורי הגיס משנת 2006.

15. ביום 31.3.2009 הועברו הצו והחלטת ביהמ"ש הצבאי בעופר.

הצו המינהלי מיום 19.1.2009 ומסמכי הביקורת השיפוטית למעצר המינהלי מימים 26.1.2009 ו-2.2.2009 מצ"ב ומסומנים ע/3.

16. בהמשך לכך, ביום 3.4.09 נמחקה העתירה בהסכמת הצדדים.

הבקשה השנייה לאיחוד משפחות

17. ביום 20.12.2011 הגיש העותר בקשה חדשה לאיחוד משפחות עבור העותרת.

18. במכתבו מיום 12.6.2012, הודיע המשיב כי הוא שוקל לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. נימוקי ההודעה על הכוונה לסרב דומים מאוד להודעת הסירוב הראשונה מיום 14.7.2008, ובנוסף צוינו בה מעצרים מינהליים של הגיס עבדאללה (להלן: **הודעת הסירוב השנייה**). מצ"ב נימוקי הסירוב במלואים:

אחות הגב' דהוד, _____, עלתה בחקירת עצור חמאס (1994) כמי שהיתה פעילה במסגרת ה"כותלה אסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית.

גיסה של הגב' דהוד, _____, פעיל חמאס, כלוא לשעבר (2001-1998), הודה בגיוס לחולית חמאס. במסגרת פעילותו בחמאס הופעל והונחה ע"י חסנין רומאנה, פעיל חמאס צבאי בכיר, אשר יורט ונהרג, בשנת 2003.

במסגרת לימודיו היה חבר בכותלה אסלאמיה. עלה כאחד המתאמים הבכירים של הפעילות הלימודית והמכללות ברחבי רמאללה, מול פעילי חמאס בכירים ממפקדת חמאס ברמאללה. הודה שבמספר פעמים התבטא בדבר נכונותו להתאבד בפיגוע, וכן שרואה בהתאבדות מעשה גבורה אסלאמי, בהמשך חקירתו טען כי מדובר בהתרברבות בלבד.

היה עצור מינהלי בשנת 2009 בגין פעילות חמאס וכותלה.

לאחר מכן נעצא מינהלית פעם נוספת מיוני 2011 – מאי 2012 על רקע מעורבותו בפעילות חמאס קונספירטיבית.

הודעת הסירוב השנייה מטעם המשיב מיום 12.6.12 מצ"ב ומסומן ע/4.

19. בהודעה צוין כי באפשרות המבקשים להעביר תגובתם בכתב על האמור לעיל (זכות המוסדרת בנוהל המשיב מס' 5.2.0015 "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות") וביום 11.7.12 נשלחה תגובת העותרים להודעה על כוונה לסרב (להלן: **שימוע בכתב**).

השימוע בכתב מטעם העותרים ללא נספחיו מיום 11.7.12 מצ"ב ומסומן ע/5.

20. בשימוע בכתב הפנו העותרים, בין השאר, לפסק הדין המנחה בעניין סירוב לבקשות אחמ"ש מטעמים ביטחוניים, פס"ד דקה, ולאבחנה 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.

21. ביום 28.10.2012 התקבל מענה המשיב לשימוע בכתב, בו חזר המשיב על החלטתו כי יש לסרב לבקשה מטעמים ביטחוניים וחזר על הטעמים שפורטו בהודעת הסירוב השנייה.

החלטת המשיב מיום 28.10.12 מצ"ב ומסומנת ע/6.

ההליכים בהשגה 811/12

22. ביום 5.11.2005 הגישו העותרים השגה כנגד החלטת המשיב. ההשגה פותחת במלים המסכמות את עיקרי הטענות המועלות בה:

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 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.

כתב ההשגה ללא נספחיו מצ"ב ומסומן ע/7.

23. לאחר ארכות חוזרות ונשנות שניתנו למשיב, הוגש ביום 19.6.13 כתב תשובה להשגה במסגרתו חזר המשיב על טענותיו.

כתב התשובה להשגה ללא נספחיו מצ"ב ומסומן ע/8.

24. ההחלטה מיום 19.11.13 הדוחה את ההשגה הגיעה לידי העותרים ביום 20.11.13. בהכרעתו קבע יו"ר ועדת ההשגה, כי החלטת המשיב בעניין המשיגים-עותרים הינה החלטה מידתית וסבירה שאין להתערב בה.

החלטת יו"ר ועדת ההשגה מיום 19.11.13 מצ"ב ומסומנת ע/9.

המסגרת המשפטית

הזכות החוקתית לחיי משפחה והפגיעה בה

25. סירוב המשיב לבקשה לאיחוד משפחות של העותרים פוגע בזכותם לחיות בצוותא כמשפחה ולקיים תא משפחתי, עם ילדיהם, כפי שבחרו. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, אשר נגזרת מזכותו של אדם לכבוד. במסגרת בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.06), שדן בשאלת חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדיון, 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 (פיסקה 34 לפס"ד של כב' הנשיא דאז ברק).

26. גם המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להינשא ולהקים משפחה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, אשר אושררה ע"י ישראל, כדלקמן:

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....

וראו עוד: ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם וסעיפים 8(1), 17(1), 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

27. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מחייבת שכל פגיעה בזכות תיעשה בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ותעמוד במבחני המידתיות ופיסקת ההגבלה. החלטת הגורם המינהלי על פגיעה בזכות לחיי משפחה צריכה להיות מבוססת על עקרונות הסבירות והמידתיות, בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה. על המשיב מוטלת חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על מערכת מינהלית מתוקנת, אשר תבטיח כי הפעלת הסמכות לסרב לבקשות לאיחוד משפחות, סמכות הפוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך ורק כאשר קיים מנגד אינטרס ציבורי בעל עוצמה הגובר על הזכות הנפגעת.

28. 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, מחייבת אותו לבסס 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).

29. ככל שהזכות הנפגעת היא חשובה ומרכזית יותר, אף המשקל שיינתן לה במסגרת האיזון בינה לבין האינטרסים המנוגדים של הרשות, יהיה רב יותר (ע"א 4463/94, רע"ב 4409/94 גולן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 156).

פגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה מטעמים של מניעה ביטחוני

30. 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.

31. הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה לנוכח טעמים ביטחוניים, מטילה על הרשות הפוגעת נטל שכנוע כבד במיוחד, במסגרתו עליה לשכנע כי הסכנה לשלום הציבור הינה ברמה של הסתברות קרובה לוודאי. נחזור בהרחבה על הציטוט מפס"ד דקה שבראש העתירה:

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. נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכס 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 (פסקאות 15-16 לפס"ד של כב' השי' פרוקציה. ההדגשות בכל המובאות הן של הח"מ אלא אם צוין אחרת).

32. בכל הנוגע לפגיעה בזכות לחיי משפחה במסגרת הוראת השעה, מציינת כב' השופטת פרוקציה בפס"ד דקה (פס' 20 ואילך) כי מתבקשת פרשנות תכליתית ומצמצמת ביחס למרווח הפגיעה האפשרית. בהמשך לכך היא מבחינה בין מניעה ביטחונית כלפי מבקש חדש, שטרם אושרה בקשתו לאיחוד משפחות, לבין מבקש שבקשתו אושרה בעבר והוא מבקש כעת להאריך את תוקף היתר השהייה שבידו. ביחס למבקש היתר חדש, חלה באופן ישיר הוראת ס' 33 להוראת השעה, הקובעת כי לא יינתן היתר למי שיש בעניינו מניעה ביטחונית. זאת לעומת על מי שמבקש לחדש את ההיתר שבידו חלה הוראת המעבר על פיה רשאי שר הפנים שלא להאריך את ההיתר בהתחשב, בין השאר, בקיומה של מניעה ביטחונית. ההבדל בלשון, קובעת כב' השי' פרוקציה, נעוץ באיזון השונה שיש לערוך בין הסיכון הביטחוני לבין הזכות לחיי משפחה במקרה של מי שניתן לו היתר בעבר, שהרי משפחתו חיה בישראל מזה שנים ומגדלת בה את ילדיה וציפייתו הקונקרטי למימוש חיי המשפחה הינה בעלת עוצמה גדולה ביותר.

33. העיקרון הוא ש"ככל שהציפייה לאיחוד משפחה הינה בעלת משקל רב יותר על רקע הנסיבות הפרטניות של המקרה, כך נדרש אינטרס ביטחוני בעל עוצמה רבה יותר כדי להצדיק פגיעה בציפייה זו":

מי שכבר זכה בעבר באיחוד משפחות, ושווהה בישראל מכח אותו היתר, בקשתו להארכת היתר ישיבה כפופה להוראת המעבר הראשונה שבסעיף 4(1) לחוק. על-פי הוראה זו, **גורם המניעה הביטחונית המתואר בסעיף 33 לחוק מהווה אך שיקול אחד מבין מכלול שיקולים** שעל שר הפנים להתחשב בהם לצורך קבלת החלטתו אם להאריך תוקפו של רישיון ישיבה קיים בישראל. בהתאם להוראה זו, במסגרת סמכותו ושיקול הדעת המופעל על ידו, **מוסמך ורשאי שר הפנים להאריך תוקף רישיון ישיבה קיים, גם אם קיימת מניעה ביטחונית**, כאמור בסעיף 33 לחוק, והכל בהינתן מכלול נסיבות העניין, והמשקל היחסי שראוי לייחס לכל אחד מן השיקולים הרלבנטיים במסגרת האיזון החוקתי הקונקרטי המתבקש גם מדרישת הסבירות הנדרשת להחלטה המינהלית (פס' 32 לפס"ד של כב' השי' פרוקציה).

34. וכך מתואר בפס"ד דקה המצב הטרגי בו נמצאת משפחה ששר הפנים החליט שלא להאריך את היתר השהייה של בן הזוג המוזמן:

סירוב להאריך תוקף רישיון ישיבה בישראל לבן הזוג תושב האזור, היושב בישראל מכח איחוד משפחות, היא מהפגיעות הקשות במירקם חיי המשפחה, ובבן הזוג תושב ישראל... עם מתן האישור הראשוני לאיחוד משפחות, הולך ונבנה התא המשפחתי, והמשפחה המאוחדת מתחילה להכות שורשים בארץ... נולדים ילדים, הם מקבלים אזרחות ישראלית, מתחנכים ולומדים בבתי ספר בישראל, והמשפחה משתלבת במרקם החברה בישראל. הסירוב להאריך תוקף היתר הישיבה בישראל למי שעונה לתנאי הוראת המעבר הראשונה מוביל את בני המשפחה המאוחדת בישראל לבחירה טראגית. עליהם לבחור בין ניתוק המשפחה כולה מישראל, מהקרובים, מהמשפחה המורחבת, מהחברים החיים בישראל, ומהתרבות וממקורות התעסוקה עליהם הם נשענים. ניתוק זה משמעו ניתוק משפחתי, חברתי, כלכלי ותרבותי של משפחה מאוחדת שחיה והיכתה שורשים בישראל, לעיתים במשך שנים רבות. אפשרות אחרת היא פירוד בין בני הזוג, תוך הותרת בן הזוג הישראלי בישראל, וחזרת בן הזוג הזר לאזור, תוך ניתוקם של הילדים מאחד מהוריהם. להפרדת המשפחה בנסיבות כאלה משמעות קשה ביחס לכל הנוגעים בדבר – בני הזוג, והילדים – והיא כרוכה בשברון המסגרות האנושיות, החברתיות, התרבותיות והכלכליות של המשפחה (פס' 34 לפס"ד של כב' השי' פרוקצ'יה).

וראה גם עת"מ 8182/08 מרבווע נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 23.11.2008).

35. כב' הנשיאה (כתוארה אז) בייניש, אשר הוסיפה את חו"ד לפס"ד דקה, מחזקת את האבחנה שעושה כב' השי' פרוקצ'יה, בהסתמך על לשון הוראת השעה, בין מבקש חדש לבין מי שמבקש הארכה של היתר קיים ומוסיפה כי הבחנה זו מתחייבת אף מתפיסות היסוד של המשפט המינהלי, המבחין בין אי חידוש רישיון לבין הענקתו של רישיון חדש (ס' 3 לדבריה).
36. שקלול ראוי בין הערכים הנוגדים של הזכות לחיי משפחה והסיכון הביטחוני מחייב, במסגרת כללי המידתיות, גם בחינת אמצעים אלטרנטיביים להשגת המטרה:

את השקלול הראוי בין הערכים הנוגדים יש לעשות בזהירות רבה. איזון ראוי ביניהם עשוי להצדיק במקרים מתאימים נקיטה באמצעים מידתיים להשגת התכלית הביטחונית שאינם כרוכים במניעה מוחלטת של איחוד משפחות, ומאפשרים את קיומו בכפוף לתנאים שונים כגון – מתן היתרים זמניים קצרי מועד המאפשרים מעקב רצוף על דרך התנהלותם של בן הזוג והמשפחה, הצבת תנאים מגבילים ביחס להמשך קיום קשרים עם בני משפחה המעורבים בטרור, מניעת ביקורים באזור, פיקוח ומעקב רצוף של הרשויות, וכיוצא באלה (פס' 42 לפס"ד של כב' השי' פרוקצ'יה).

מניעה ביטחונית עקיפה

37. כללי הצדק הטבעי ועקרונות אנושיים בסיסיים שוללים מכל וכל פגיעה או ענישה של אדם בשל חטאי חברו או בן משפחתו. סטייה מעיקרון זה ופגיעה בזכותם החוקתית של העותרים, על לא עוול בכפם, אף שהיא מותרת בהתאם להוראת השעה, מחייבת בחינה מעמיקה ומדוקדקת במיוחד וביקורת שיפוטית קפדנית הכוללת בחינה פרטנית אינדווידואלית בכל מקרה ומקרה.

38. בפס"ד דקה נקבע באלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לבטל היתר לאיחוד משפחות לבן זוג תושב האזור, מטעמים של קירבת משפחה בין בן הזוג לבין אדם המהווה סיכון ביטחוני, **בנסיבות בהן אין מידע ביטחוני על מעורבות ישירה של המבקש בפעילות נגד ביטחונה של ישראל**, וכיצד יש לאזן בין זכות בן הזוג הישראלי למימוש חיי המשפחה עם בן זוגו תושב האזור בתנאים של שוויון לבין אינטרס ההגנה על ביטחון הציבור.

39. על מניעה ביטחונית עקיפה נאמר כך :

... זאת יש להדגיש: **נשוא המניעה הביטחונית על-פי החוק הוא, בכל מקרה, סיכון ביטחוני הנשקף ממבקש ההיתר עצמו** – בין סיכון ישיר, הנובע מחשש למעורבות ישירה מצדו הוא בפעולות טרור, **ובין סיכון עקיף, הנובע מחשש שיעשה בו שימוש פסול בידי קרובי משפחה המעורבים בטרור. תכלית המניעה הביטחונית איננה למנוע סיכון הנשקף מבן משפחה של מבקש ההיתר, כשהוא עומד לעצמו, אלא במידת הקרנתו של סיכון זה על הסיכון הביטחוני הנשקף ממבקש ההיתר עקב ניצולו האפשרי בידי גורמי טרור למטרות פוגעניות** ... אין דומה סיכון ביטחוני ישיר הנשקף מתושב אזור, שיש בו כדי להצדיק סירוב בקשה לרישיון ישיבה בישראל בשל מניעה ביטחונית ישירה, למניעה ביטחונית עקיפה שעניינה בסיכון הנשקף מהשפעה פוטנציאלית אפשרית של בן משפחה על בן הזוג הזר (פס" 38 לפס"ד של כב" הש' פרוקצ'יה).

40. ועוד על האופן שבו ניתן להעריך את מידת הסיכון הנובעת מקשרים משפחתיים :

... 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. בענין זה, יש להיעזר במידת האפשר גם בנתונים 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 להפריד, 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; אין לזלזל גם במשמעות נתונים סטטיסטיים על שיעור המקרים בהם הוכח בפועל כי קשר משפחתי כאמור הוביל למעורבות אותם תושבי אזור בפעולות עוינות נגד ישראל. נתונים סטטיסטיים כאלה לא הובאו בפני בית המשפט. יש להעיר עוד, כי למידת הקשר המשפחתי שמקיים מבקש ההיתר עם בני משפחתו המעורבים בפעולות עוינות, בתורת גורם המצביע, כשלעצמו, על פוטנציאל סיכון, אין לייחס בהכרח משקל מכריע, אף שהחלשת הקשר או ניתוקו לחלוטין עשויים להידרש לצורך הקטנת החשש לקיום סיכון ביטחוני עקיף (פס' 41 לפס"ד של כב' השי' פרוקציה).

עקרון טובת הילד

41. עקרון טובת הילד, המושרש במשפט הישראלי, הוא עיקרון יסוד מנחה כאשר נדרש איזון בין זכויות. זכותם של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו למשל דברי כב' השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

42. האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989, אשר אושררה על ידי ישראל, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. 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 תחיקתיים, 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.

43. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד. "טובת הילד" וזכויותיו עומדים במרכז כאשר נדרש לפרש דבר חקיקה. ראו: ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (דברי כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (דברי כב' הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (דברי כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443), סעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

44. במקביל לטובת הילד וזכויותיו, ניצבות גם החובה והזכות של ההורה לחיות לצד ילדו, לגדלו ולמלא את צרכיו. רק מקרים חריגים ביותר יאפשרו פגיעה בקשר שבין הורה לילדו:

עומקו ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה מהווה פגיעה בזכות טבעית ולכן יש לפרש את היוצאים מן הכלל המאפשרים שלילת הזכות, בין לצמיתות ובין לזמן מוגדר, בזהירות יתירה ועל דרך צמצום רב (רע"א 3009/02 פלונית ואח' נ' פלוני ואח', פ"ד נו(4), 872, עמ' 895-896).

45. על המשיב בעתירה, שר הפנים, מוטלת החובה לפעול על פי עקרון טובת הילד ולהבטיח ככל הניתן כי ילדים לא יופרדו מהוריהם ויזכו לחיות בתא משפחתי שלם ובטוח.

מן הכלל אל הפרט – האיזון הקונקרטי

46. איזון ראוי בין הטענות הביטחוניות העקיפות לבין הפגיעה הוודאית והאנושה בזכות לחיי משפחה של העותרים ובטובת הילדים, היה מביא את המשיב להחלטה שיש לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות ולתת לעותרת היתרים לשהייה בישראל. אולם המשיב, בהחלטתו לסרב לבקשה, פועל בניגוד לעקרונות של סבירות ומידתיות ובניגוד לאיזונים הנדרשים במקרה של העותרים.

המשיב לא שקל כראוי את העובדה כי מדובר בעותרים שבקשתם לאחמ"ש אושרה בעבר

47. כאמור, העותר, תושב ירושלים, נישא לעותרת, תושבת הגדה, בשנת 1996 ובקשתם לאיחוד משפחות, אשר הוגשה מייד לאחר נישואיהם, אושרה בשנת 2001. מאז קיבלה העותרת היתרים לשהייה בישראל עד לשנת 2008, אז סורבה בקשתה מטעמים ביטחוניים עקיפים. העותרים הגישו בקשה חדשה לאיחוד משפחות בשנת 2011 שסורבה מאותם מניעים ביטחוניים עקיפים.

48. למרות שמדובר באופן פורמלי בבקשה חדשה, ראוי להתייחס לסירוב לבקשת העותרים כסירוב לבקשה להארכת היתר ולא כסירוב לבקשה חדשה. זאת הן לנוכח העובדה כי הבקשה אושרה בעבר והעותרת קיבלה במשך שנים היתרי שהייה והן נוכח העובדה כי הסירוב הביטחוני הראשון והשני זהים במהותם.

49. הרציונל העומד בבסיס האבחנה בין סירוב לבקשה חדשה לבין סירוב להארכת היתר במסגרת בקשה מתנהלת, מתקיים במקרה של העותרים. שהרי, הסירוב להמשיך ולתת לעותרת היתרים לשהייה בישראל מציב את המשפחה אל מול בחירה טראגית – ניתוק התא כולו מישראל לאחר שנים רבות של חיים בירושלים או לחלופין, קריעת התא המשפחתי כך שהעותרת תחזור לגדה ותותיר מאחור את ילדיה עם אביהם.

50. אשר על כן, על מקרה העותרים חל סעיף 14(1) לחוק, הנותן משקל משמעותי לציפייה של מי שמבקש לחדש היתר ומציב את המניעה הביטחונית רק כשיקול אחד מבין כלל השיקולים שיש לקחת בחשבון. לאור ציפיית העותרים, אשר בנו את ביתם בירושלים, ילדו ומגדלים בה את ילדיהם במשך שנים רבות, נדרש אינטרס ביטחוני רב עצמה מנת לשקול סירוב לבקשה.

וגם משקיים האינטרס הביטחוני, הוא יהווה רק שיקול אחד מתוך כלל השיקולים הרלוונטיים.

51. במסגרת החלטה בוועדת ההשגה לזרים, טעה המשיב בכך שבחן את עניינם של המשיגים-עותרים במסגרת ס' 3ד להוראת השעה (ס' 16-18 להחלטה) ולא במסגרת ס' 4(1) ולא ערך את האיזון הנדרש על פי סעיף זה.

המשיב ייחס משקל יתר לסיכון הביטחוני העקיף

52. ניתוח החומר הביטחוני בעניינם של האחות והגיס ומידת הקרנתו על מסוכנותה של העותרת, מעלה כי המשיב ייחס משקל רב מדי לסיכון הביטחוני העקיף, לא איזן אותו כראוי אל מול הפגיעה האנושה בעותרים ולא הרים את נטל השכנוע המוטל עליו במקרה של פגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה.

53. ראשית נתייחס לטענות הביטחוניות המיוחסות לאחות ולגיס ולאחר מכן נתייחס לטענה בדבר פוטנציאל הקרנתו של הסיכון העקיף על העותרת.

הטענות ביחס לאחות העותרת שאדן

54. טענת המשיב ביחס לאחות העותרת שאדן, כפי שנכתב בהודעות הסירוב הראשונה והשנייה וכן בתשובת המשיב להשגה, היא שעלתה בחקירת עצור חמאס בשנת 1994 כמי שהיתה פעילה במסגרת ה"כותלה אסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית.

55. ראשית ייאמר כי המשיב חוזר על טענתו זו ביחס לאחות שאדן, ללא כל שינוי או עדכון, במשך למעלה מ-5 שנים, מאז הודעת הסירוב הראשונה. לאור העובדה כי למשיב אין חומר עדכני בעניינה של שאדן וכי טענתו מאז 2008 נוגעת, כפי שיפורט בהמשך, לאירועים מלפני 10 שנים ומעלה, אין לייחס כל משקל לטענת המשיב בדבר הסיכון העקיף המיוחס לעותרת בשל אחותה שאדן.

56. בהקשר זה יצוין, כי בהתייחסו לחומר ביטחוני ישיר(!), בן שנתיים ימים, שהוצג כנגד המוזמן בהליך אחמ"ש, קבע כב' הש' רון שפירא כי העדר עדכון המידע הביטחוני מהווה פגם היורד לשורשו של הליך קבלת ההחלטות ושל הקביעה בדבר מניעה ביטחונית של המוזמן (עמ"ס 1196-05-10 נצאר נ' מדינת ישראל, פורסם בנבו, 22.8.10 להלן: פס"ד נצאר). ודוק, בניגוד למניעה העקיפה כלפי העותרת, בעניין נאצר דובר במניעה ביטחונית ישירה ובחומר ביטחוני שלילי כלפי המוזמן עצמו ולמרות זאת, לאור הערותיו בדבר החומר הביטחוני, קיבל כב' הש' שפירא את העתירה והורה על המשך הליך איחוד המשפחות ומתן היתרי שהייה למוזמן.

57. שנית, טענת המשיב כי אחות העותרת "עלתה בחקירת עצור חמאס (1994) כמי שהייתה פעילה במסגרת ה"כותלה אסלאמיה" במהלך לימודיה באוניברסיטת ביר זית", מעוררת תמיהות. שכן האחות שאדן למדה באוניברסיטת ביר זית בשנים 1999-2004, ולא ברור כיצד חקירה שנערכה בשנת 1994 יכלה להצביע על פעילות כזו או אחרת מצדה. העותרים שבו והעלו תמיהה זו בפני המשיב, הן בשימוע בכתב והן בהשגה, ואולם המשיב לא התייחס

לתמיהה זו וחזר על טענתו כלפי שאדן מילה במילה, דבר המעיד בפני עצמו על מידת הרצינות שמייחס המשיב לחומר אודות האחות ומידת הקרנתו על מסוכנותה של העותרת.

58. מפרוטוקול חקירה של "עצורת חמאס" אשר הועבר לידי עו"ד רוזנטל במסגרת עת"ם 8951/08, נראה כי המשיב כיוון לחקירה שנערכה בשנת 2004 ולא בשנת 1994 לגבי יקין חזאצמה. מפרוטוקול החקירה שאינו קריא, לא ברור היכן ובאיזה הקשר מוזכרת אחות העותרת שאדן וברי כי אין לבסס על חקירה כזו מניעה ביטחונית כלשהי.

59. בנוסף, לא ברור כיצד עניין החקירה של הגב' יקין חזאצמה בשנת 2004 עלה לפתע, בשנת 2008, כעילה לסרב לבקשת האחמ"ש של העותרים. שהרי, בקשת האחמ"ש אושרה עוד בשנת 2001, והעותרת המשיכה לחדש מדי שנה היתרי אחמ"ש במשך מספר שנים לאחר אותה חקירה ולאחר שהאחות סיימה את לימודיה. לא ברור מה הביא את המשיב להחליט כי יש בהתנהלותה של האחות, בראשית שנות ה-2000, בכדי להקרין על מסוכנותה של העותרת בשנת 2008.

60. עוד יודגש כי האחות שאדן לא נחקרה, לא נעצרה ולא נשפטה מעולם והיא מטופלת בילדים קטנים.

הטענות ביחס לגיס העותרת עבדאללה

61. באשר לטענת המשיב הנוגעת למאסרו של עבדאללה בשנים 1998-2001, הרי שמדובר בתקופה טרם אישור האחמ"ש וטרם חידוש ההיתרים השנתיים. כך, עובדת מאסרו של הגיס היתה ידועה לגורמי הביטחון, ובכל זאת לא היתה כל מניעה מבחינתם לאישור הבקשה. לא ברור אם כך, מדוע מאסר זה, לפני כ-13 שנה, הפך להיות רלוונטי בשנת 2008, במסגרת הודעת הסירוב הראשונה, ומדוע המשיב ממשיך לציין אותו גם בהודעות הסירוב המאוחרות יותר. הדברים יפים גם ביחס לתקופת הלימודים של הגיס ברמאללה, בשנים 2000-2005.

62. עולה מכך, כי מאסרו ופעילותו הנטענת של עבדאללה בשנים שלפני 2008, לא הקרינו על מסוכנותה העותרת עד שנת 2008. אשר על כן, ואף ביתר שאת, אין בהם בכדי להקרין על מסוכנותה היום.

63. באשר למעצרו המינהלי של עבדאללה 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).

64. באשר למעצרו המינהלי של עבדאללה מחודש יוני 2011 עד חודש מאי 2012 יצוין, כי ביום 1.5.12, במסגרת הביקורת השיפוטית על צו המעצר המינהלי, החליט כב' הש' הצבאי אמיר דורון לבטל את צו המעצר המינהלי ולשחרר את עבדאללה מהמעצר המינהלי מאחר **שלא התרשם שיש במידע המודיעיני שהוצג בפניו ככזה המצדיק את המשך המעצר**. להחלטת השחרור קדמו החלטה מיום 28.2.12, אז קיצר כב' השופט הצבאי אשואל את מעצרו של עבדאללה מ-3 חודשים לחודשיים והחלטה מיום 23.1.12 בבג"ץ 9633/11 במסגרתה הודיע המשיב, על פי המלצת בית המשפט, כי נכון הוא לערוך ביקורת שיפוטית תכופה יותר על צו

המעצר המינהלי. התביעה הצבאית לא ערעורה על ההחלטה לשחרר את עבדאללה מהמעצר המינהלי.

ההחלטה בביקורת השיפוטית 1300/12 מיום 1.5.12 מצ"ב ומסומנת ע/10.

פסק הדין בבג"ץ 9633/11 מיום 23.1.12 מצ"ב ומסומן ע/11.

65. הנה כי כן, ברי כי לפחות בעת שחרורו של הגיס מהמעצר המינהלי, אם לא קודם לכן, החומר הביטחוני בעניינו של עבדאללה לא הצדיק את המשך מעצרו ולא התקיימה בעת השחרור סכנה מוחשית וממשית לביטחון, כפי שמחייב המעצר המינהלי (ראה למשל בג"ץ 2320/98 אלעמלה נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 19.7.98) ובג"ץ 11006/04 קאדרי נ' המפקד הצבאי באיו"ש (פורסם בנבו, 13.1.2004)).

66. אם כך הם פני הדברים, הרי שהמשיב לא הרים את נטל השכנוע הכבד הנדרש ולא הוכיח כי הסכנה לשלום הציבור בקבלת בקשת העותרים לאחמ"ש הינה ברמה של הסתברות קרובה לוודאי. שהרי, אם הסיכון הביטחוני הישיר בעניינו של הגיס עבדאללה אינו עומד במבחן ההסתברות הקרובה לוודאי, כיצד יתכן כי הסיכון הביטחוני העקיף בעניינה של העותרת, הנובע מעצם הקשר המשפחתי לגיס, עומד במבחן זה? ואם הסיכון הביטחוני העקיף אינו עומד ברמה של הסתברות הקרובה לוודאות, הרי שאין במשקלו בכדי לפגוע בזכות החוקתית לחיי המשפחה של העותרים ולדחות את בקשתם לאחמ"ש.

67. עוד יצוין בהקשר זה כי מהדיונים וההחלטות שעסקו במעצר המינהלי של הגיס עבדאללה עולה כי החומר בעניינו נוגע לפעילות ארגונית במסגרת ארגון החמאס ולא נטען כי היה מעורב בפעילות צבאית.

המשיב לא ערך מבחן אינדיווידואלי ולא הרים את נטל השכנוע בנוגע למסוכנות העותרת

68. נזכיר שוב כי המשיב אינו מייחס לעותרת כל מעורבות בפעילות המסכנת את הביטחון ובמהלך שנות שהותה בישראל, 18 שנה(!), לא נטענה כלפיה כל טענה ביטחונית כלשהי. הסיכון הביטחוני לו טוען המשיב, מבוסס אך ורק על סיכון משפחתי עקיף הנובע בעיקר מגישה של העותרת ומפוטנציאל הסכנה כי הגיס ישפיע על העותרת וינצל אותה לצורך מטרותיו.

69. המשיב התייחס אמנם בפירוט לסיכון הביטחוני הנשקף מגישה של העותרת אך התעלם לחלוטין מהסוגיות כיצד ובאיזה אופן מקרין סיכון ביטחוני זה על מסוכנותה של העותרת. המשיב לא התייחס לשאלה מהי ההסתברות כי הגיס ינסה לעשות שימוש בעותרת ובמידה שישנה כזו, מהי הסיכוי והסבירות שהעותרת תושפע מניסיונות אלה או תשתף עימו פעולה. בהיעדר כל התייחסות לשאלות אלה, לא ברורה מהי ההסתברות להתממשות סיכון כלשהו מאישור בקשת האחמ"ש וזו נותרת בגדר השערה בלבד.

70. במובן זה פעל המשיב באופן גורף ואוטומטי, מבלי לאמוד בזהירות הנדרשת את הסיכון העקיף במקרה הקונקרטי, ללא בחינה אינדיבידואלית של העותרת. שהרי, כפי שנאמר בפס"ד דקה, פוטנציאל הסיכון הנשקף מגישה של העותרת אינו זהה לפוטנציאל הסיכון העקיף

הנשקף מהעותרת ואין לקפוץ למסקנה גורפת על פיה כל מבקש היתר בעל קשר משפחתי למי שקשור לפעילות טרור, פסול מאיחוד משפחות.

71. המשיב לא פירט ולא הסביר כיצד לאחר שהות ארוכה של שנים בישראל, אין כנגד העותרת כל טענה ביטחונית וכיצד מציאות זו מתיישבת עם החשש שהיא תגויס או תסייע בידי גיסה, אשר מעורב לטענת המשיב בפעילות ביטחונית מסוכנת מזה שנים רבות. המשיב לא הסביר כיצד ומדוע הוא מייחס לעותרת מסוכנות עקיפה למרות נתונה האובייקטיביים – אישה המטופלת בילדים שחיה שנים רבות בישראל – אשר מקטינים את החשש למימוש פוטנציאל הסיכון העקיף.

72. בנוסף לכל אלה יש לציין, כי הקשר של העותרת עם אחותה רופף באופן יחסי. הן משוחחות בטלפון פעם בכמה שבועות ובפעמים הבודדות בשנה, בהן מבקרת העותרת בבית אימה, היא לעיתים פוגשת שם את אחותה. הקשר של המשיגה עם גיסה רופף הרבה יותר. היא בקושי נפגשת עמו פנים אל פנים והיא גם לא מדברת איתו בטלפון.

73. זאת ועוד. למרות החלטת המשיב לשלול מהעותרת היתרים לשהייה בישראל נוכח טענות ביטחוניות, מקבלת העותרת מפעם לפעם היתרים לביקור בישראל ומחזיקה בכרטיס מגנטי. כידוע, הן היתרי הביקור והן הכרטיס המגנטי ניתנים על ידי המפקד הצבאי למי שאין בעניינו מניעה ביטחונית.

העתקי ארבעה היתרים לכניסה לישראל מהתקופה האחרונה שניתנו לעותרת מצ"ב ומסומנים ע/12.

העתק כרטיס מגנטי מצ"ב ומסומן ע/13.

74. על מצב כזה, בו "היד האחת אוסרת את כניסת העותר לישראל והיד השנייה מעניקה לו את ההיתר" כותב כב' הש' שפירא בפס"ד נצאר שלעיל כדלקמן:

...קשה לקבל את העמדה כי מצד אחד נטען ע"י שירות הביטחון הכללי כי כניסת העותר לישראל מסכנת את שלום הציבור ומהצד השני מעניק המפקד הצבאי את אישור הכניסה לישראל לצרכי מסחר המאפשר ניידות חופשית ברוב שטחי המדינה. אם אכן עצם כניסתו של העותר לישראל מסכנת את שלום הציבור מה לנו אם נכנס הוא כסוחר או כבן זוג של אזרחית ישראלית. לעניין זה לא מרימה הרשות המנהלית את נטל השכנוע לביסוס טענתה כי קיים סיכון ביטחוני מעצם כניסת העותר 2 לישראל.

75. לסיום חלק זה נזכיר כי בפס"ד דקה – המהווה כאמור את ההלכה הפסוקה בנוגע לאופן שבו ניתן לעשות שימוש במידע ביטחוני עקיף בהקשר של הוראת השעה - יוחס לקרובי המוזמנת חומר ביטחוני חמור לאין שיעור יותר מאשר לקרובי העותרת. בפס"ד דקה דובר על מעורבות קרובי המוזמנת בפעילות טרור ובכלל זאת פעילות צבאית במסגרת הג'יהאד העולמי וארגון אל קעידה ונסיונות לפיגוע נגד ישראלים. כמו כן רמת הקרבה בין הפעילים למוזמנת בפס"ד דקה היתה הדוקה הרבה יותר מאשר במקרה של העותרת. שם דובר על שלושת אחיה ואביה של המוזמנת לעומת גיס אחד של העותרת. למרות כל זאת, סברו כל שופטי ההרכב בפס"ד

דקה כי איזון ראוי בין השיקולים הנוגדים מביא לביטול החלטת שר הפנים לסרב לבקשת האחמ"ש והורו לאפשר לגבי דקה להמשיך ולחיות בישראל לצד משפחתה.

המשיב לא שקל כראוי אמצעים אלטרנטיביים להשגת המטרה

76. כאמור, במסגרת איזון ראוי בין ערכים נוגדים על המשיב לשקול, כחלק מחובת המידתיות, אמצעים אלטרנטיביים להגשמת התכלית הביטחונית באופן שלא ישלול לחלוטין את חיי המשפחה של העותרים.

77. בפס"ד דקה הוטלו מגבלות שונות שאיפשרו את השגת התכלית הביטחונית מבלי לפגוע בזכות העותרים לחיי משפחה וזאת, כפי שצוין לעיל, בעת שהיה מדובר באינטרס ביטחוני רב עצמה בדמות שלושת אחיה ואביה של המוזמנת, אשר עסקו בפעילות ביטחונית העולה כדי טרור של ממש. למרות זאת, נקבע כי יש לתת למוזמנת היתרי שהייה תוך הטלת כמה מגבלות על התנהלותה ובלי שנשללה אפשרות לשינוי ההסדר לאחר תקופת מה ואף שקילת מתן מעמד ארעי בעתיד (סעיף 53 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה).

78. בנוגע לעותרים, נראה כי לא נבחנו כל הסדרים אלטרנטיביים ולא נבחנו חלופות. מאז הסירוב הראשון בשנת 2008, במהלך 5 שנים, בהן, יש להניח, כי חלו שינויים במציאות הביטחונית ובמידת מסוכנותם של בני משפחת העותרת, לא העלה המשיב כל הצעה לאמצעים חלופיים מלבד שלילה מוחלטת ופירוק התא המשפחתי. נראה כי המשיב גמר אומר כי הבקשה מסורבת ולא עמד בחובתו לבחון בלב פתוח ובנפש חפצה שימוש באמצעים מידתיים יותר למניעת הסיכון הביטחוני העקיף לו הוא טוען.

סיכומם של דברים

79. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמד העותרת פוגע אנושות בעותרים, משבית כל היבט נורמטיבי של חיי המשפחה וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה.

80. ילדי העותרים נפגעים פגיעה קשה מסירוב המשיב להסדיר את מעמד אימם. המתח הנפשי בבית עקב היעדר אישור שהייה בישראל, הפגיעה במשפחה וחוסר הוודאות בדבר המשך החיים יחד של כל בני המשפחה בביתם בירושלים עלול לגרום נזק בלתי הפיך לקטינים. כל זאת בשל סירוב ביטחוני עקיף הנטען כלפי אימם.

81. הדין והפסיקה מורים כי אין לפגוע בחיי העותרים באורח כה קשה, אלא תחת בחינה קפדנית ובאם הדבר מחויב המציאות בשל סכנה קונקרטיית, עכשווית וקרובה לוודאי הנשקפת משהייתה של העותרת בישראל.

82. כפי שפורט בעתירה, הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה, הפגיעה בטובתם של הקטינים בניגוד לעקרון היסוד בדבר טובת הילד עולה על הנדרש, אינה מידתית ואינה מבוססת על איזון ראוי בין האינטרסים והשיקולים הרלוונטיים במקרה של העותרים.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולהורות למשיב לאשר את בקשת העותרים לאיחוד משפחות, במובן זה שלעותרת יינתנו היתרי שהייה בישראל. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 1 בינואר 2014

סיגי בן ארי, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 15645)