בבית המשפט העליון **בג"צ 7016/01**

<u>בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

העותרת: האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עו"הד עאוני בנא ו/או דן יקיר
ו/או רחל בנזימן ו/או הדס תגרי
ו/או מיכל פינצ'וק ו/או לילה מרגלית
ו/או מנאל חזאן ו/או באנה שוגרי-בדארנה
ו/או שרון אברהם-ויס
שדרות הנדיב 9, חיפה 34611
טל': 04-8348876 פקס': 04-8348878

- נגד -

המשיב : שר הפנים
משרד הפנים, רח' קפלן 2, ירושלים

<u>עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי</u>

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 30.10.01, מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי, המופנה למשיב, והמורה לו לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא תבוטל מדיניותו הנוכחית של המשיב, שלפיה הוא נמנע מלפרט הטעמים הביטחוניים ו/או הפליליים, אשר על פיהם מסורבות בקשות לאיחוד משפחות.

ב. מדוע לא ייקבע ויפורסם נוהל, לפיו יינתן מידע מפורט אודות הטעמים הביטחוניים או הפליליים, שבגינם מסורבות בקשות לאיחוד משפחות, ותינתן זכות טיעון בטרם החלטה על סירוב כאמור.

ג. מדוע לא ייקבעו קריטריונים ברורים ועניינים לסירוב לבקשות איחוד משפחות מטעמים ביטחוניים או פליליים.

<u>ואלה נימוקי העתירה</u> :

מהות העתירה

עניינה של עתירה זו הינו הפגיעה בזכות לחיי משפחה כתוצאה ממדיניותו של משרד הפנים בנושא איחוד משפחות של בני זוג ישראלים, אשר על פיה לא ניתן כל פירוט לטעמים ביטחוניים ו/או פליליים, שעל פיהם מסורבות בקשות למתן מעמד של תושב קבע לבן/בת זוג של אזרח/ית ישראלי/ת.

בקשות רבות לאיחוד משפחות מסורבות על-ידי המשיב מטעמים ביטחוניים או פליליים. הסירוב שניתן במקרים אלה, מנוסח לרוב בצורה כללית ומעורפלת - "מטעמים ביטחוניים" / "מטעמים פליליים/משטרתיים" - ומותיר בכך את המבקשים/ות בחוסר ודאות לגבי הסיבה האמיתית בגינה בקשותיהם/ן מסורבות. במצב זה, אין הם/ן יכולים/ות לערער או לטעון בצורה כל שהיא ביחס לנכונות המעורבות הפלילית/ביטחונית המיוחסת להם/ן, שכן מעורבות זו כלל אינה מצוינת בפניהם/ן ולרוב גם אינה ידועה להם/ן.

בהתכתבויות שונות של העותרת (האגודה לזכויות האזרח בישראל, להלן – "**האגודה**") עם מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה (להלן – "**מחלקת הבג"צים**") בעניינם של מבקשי איחוד משפחות, שסורבו מטעמים ביטחוניים או פליליים, ניתן פירוט מסוים לחלק מן הסירובים. אולם המעורבות הפלילית/ביטחונית שפורטה במקרים אלה לא הייתה רלוונטית ו/או לא יכולה הייתה להצדיק מניעת איחוד משפחות תוך קיפוח זכותם הבסיסית של אותם מבקשים לחיי משפחה תקינים, מה שמדגיש ביתר שאת את הצורך בקביעת קריטריונים ענייניים, ברורים וגלויים לעניין זה.

התכלית הראויה של מדיניות איחוד משפחות צריכה לאפשר איחוד משפחות מהיר לאזרחי ישראל הנישאים לזרים, תוך מניעת איחוד משפחות במקרים של אפשרות קרובה לודאי לפגיעה קשה בשלום הציבור או בביטחון המדינה. אולם בפועל, בקשותיהם של זוגות רבים מסורבות במשך שנים על בסיס היגד מעורפל למדי, והפירוט, שמושג – בלית ברירה – בדרכים עקיפות, מראה כי מדובר במעשים שכלל אינם רלוונטיים למתן/אי מתן אשרה. במקרים אחרים, הפירוט שמושג מראה כי מדובר במעשים רלוונטיים אך פעוטים למדי שאינם יכולים להצדיק סירוב למתן אשרה. לפיכך לא נותר אלא להסיק, כי מדיניות משרד הפנים היא להקשות ככל הניתן על ניהול חיי משפחה של אזרחים ישראלים ובני זוגם/ן הזרים. מדיניות זה משפיעה בעיקר על אזחי מדינת ישראל הערבים הנשואים לתושבי שטחים, זאת תוך הסתתרות נוחה מאחורי מעטה החשאיות והאפלוליות של תחום שיקולי הביטחון ושלום הציבור, והחשיבות הרבה המיוחסת לו.

המחשת המדיניות הנוכחית

מדיניותו הפסולה של המשיב, אשר בהתבסס עליה סורבו בקשות רבות לאיחוד משפחות, פוגעת קשות במאות, ואולי אף יותר, משפחות, שכתוצאה ממדיניות זו חיות בפירוד פיזי בין תושב/ת השטחים לבן/בת הזוג הישראלי/ת וילדיהם. זאת ללא שמשפחות אלה יודעות מהן הסיבות האמיתיות שבגינן נכפה עליהם פירוד קשה מנשוא זה. לשם המחשת הדברים, יתוארו להלן מספר

מקרים, שהיו בטיפול האגודה, ושבהם בקשות לאיחוד משפחות סורבו, בהתאם למדיניות נשוא העתירה.

מקרה מס' 1

1. _____ אלזג'ארי, אזרחית ישראלית ותושבת הכפר ראמה שבגליל, ו _____ אלזג'ארי, תושב העיר בית לחם, נישאו בדצמבר 1997 במטרה לפתוח בחיים משותפים. לפיכך, במאי 1998 הגישה גב' אלזג'ארי בקשה לישיבת קבע עבור בעלה. בפברואר 1999 קיבלה תשובה בזו הלשון: "הריני ליידעך שבקשתך סורבה". להודעה לא לווה כל פירוט נוסף, אף לא אחד מצירופי המלים המקובלים בהודעות אלו - "טעמים פליליים" / "טעמים ביטחוניים".

מצ"ב העתק התשובה, מסומן ע/1.

2. ביום 3 באפריל 2001 פנתה האגודה ללשכה למנהל אוכלוסין בעכו בבקשה לשקול את הבקשה שוב ולאשרה. תשובה לפנייה זו ניתנה רק ביום 28 באוקטובר 2001, ולפיה הבקשה "סורבה מטעמים בטחוניים". גם לתשובה זו לא לווה כל פירוט נוסף. יצוין, כי ביום 20 במאי 2001 פנתה האגודה למחלקת הבג"צים בבקשה לאשר את הבקשה או, לחלופין, לספק נימוק מפורט לדחייתה. פנייה זו לא נענתה.

מצ"ב העתק התשובה מסומן ע/2.

הזוג אלזג'ארי וביתם (שנולדה כשנה לאחר הגשת הבקשה) מוצאים עצמם מול מחסומים בלתי אפשריים לניהול חיי משפחה תקינים. כך נשללת מהם זכות בסיסית, וזאת בהעדר כל מידע לגבי נימוקי הסירוב, ובהעדר כל יכולת לטעון לגבי מידע שכזה.

מקרה מס' 2

3. _____ חמאד, אזרח ישראל ותושב יפו, נישא ל _____ נזאל, תושבת קלקיליה, באפריל 1993, במטרה לכונן חיים משותפים. אי לכך, בינואר 1995 הגיש מר חמאד בקשה לישיבת קבע עבור אישתו. במשך 15 חודשים לא קיבל כל מענה. במרץ 1996 קיבל תשובה כי בקשתו מסורבת. לתשובה זו לא צורף שום נימוק, אפילו לא ההיגד השגור והמעורפל של "טעמים ביטחוניים" או "טעמים פליליים". ללא שום פירוט אודות המידע שהביא לסירוב, לא יכל מר חמאד להבין את פשרו. ללא פירוט זה, באופן טבעי, הוא גם לא יכל לנסות להביע את התנגדותו לסירוב, מה עוד שהזדמנות כזו מעולם לא ניתנה לו.

מצ"ב העתק התשובה, מסומן ע/3.

4. חסרי אונים מול מדיניות המשיב, פנו מר חמאד וגב' נזאל לעורך-דין שיסייע להם מול משרד הפנים. התכתבויות עורך-הדין הניבו תשובה מנובמבר 1997 ולפיה הבקשה נדונה שוב ונדחתה בגלל "התנגדות המשטרה". עורך-הדין פנה שוב למשיב וביקש עיון חוזר בבקשה, שכן הרישום הפלילי של גב' נזאל העיד, כי עברה הפלילי מתמצה בעבירה שבוצעה בשנת 1991 עליה היא נקנסה בסך 10 ₪, עניין עליו חלה התיישנות, ובשהייה בלתי חוקית בשנת 1997, תיק שנסגר מחוסר עניין לציבור. בדצמבר 1998, וגם שנה לאחר מכן – בעקבות פניית האגודה בעניין זה, הודיע המשיב כי ההתנגדות המשטרתית בעינה עומדת.

מצ"ב העתק התשובה לעורך-הדין, מסומן ע/4, העתק הרישום הפלילי, מסומן ע/5, והעתק התשובה האחרונה לאגודה, מסומן ע/6.

5. עבר פלילי 'מפואר' כדוגמת זה שתואר לעיל, אינו יכול להצדיק שלילת זכות בסיסית של אזרח ישראלי לחיי משפחה עם האישה שנשא. מעבר לקנס הזניח, הרי כניסה לארץ ללא אשרה, שנתיים לאחר הגשת הבקשה לישיבת קבע, על מנת להיפגש בכל זאת עם בעלה, אינה צריכה לשלול מאותו רגע ואילך את האפשרות לקבל אשרה מסודרת. אך בהיעדר כל קריטריונים הקובעים מה יכול להביא לסירוב ביטחוני או פלילי ומה אינו יכול, גם עבר פלילי זעום שכזה הביא, כאמור, לסירוב לבקשה.

<u>מקרה מס' 3</u>

6. _____ -בדארנה, אזרחית ישראל ותושבת הכפר רינה שבגליל, נישאה ל_____ בדארנה, תושב הכפר יעבד שבשטחים, ביוני 1997. גב' בדארנה הגישה בקשה לישיבת קבע עבור בעלה בספטמבר 1998. בינואר 1999 קיבלה הודעה לפיה בקשתה "נדחתה מטעמים ביטחוניים". מלבד תשובה כללית וסתמית זו, לא ניתן שום פירוט. גם פניות של האגודה ללשכת מנ"א בנצרת, שם סורבה הבקשה, לא הניבו פירוט מעבר ל- "דחייה מטעמים ביטחוניים".

מצ"ב העתק ההודעה, מסומן ע/7.

7. אולם במקרה זה התקבלה מן המשיב, בסופו של דבר, תשובה עקרונית אודות המדיניות נשוא העתירה. ביום 22 בדצמבר 1999 פנתה האגודה אל המשיב בבקשה לפרט את הטעמים הביטחוניים שבבסיס הסירוב. בתשובה מן ה- 13.1.00, כתב מנהל מינהל האוכלוסין, כי בהתאם לחוק הכניסה לישראל, אין המינהל מחויב לנמק את סיבת הסירוב, וודאי לא כאשר מדובר בסירוב מטעמים ביטחוניים. יצוין כבר עתה, כי תשובה זו אף מנוגדת להצהרת המשיב בבג"צ 338/99, לפיה על-פי מדיניותו החדשה בנושא איחוד משפחות (להלן – המדיניות החדשה), בקשת בן זוגו של אזרח ישראלי תידון לפי ס' 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן "חוק האזרחות") ובאם תידחה יינתנו נימוקים לדחייה (ראו גם ס' 43-44 לעתירה זו).

מצ"ב העתק תשובת מנהל מינהל האוכלוסין, מסומן ע/8.

מקרה מס' 4

8. _____יונס, אזרח ישראל ותושב עארה, העובד כאחראי מחשוב במכללה למנהל (שלוחת בית ברל), הכיר את_____ יונס, ילידת סוריה שהתגוררה בירדן, עת היה בביקור משפחתי בירדן. השניים נישאו בירדן ביולי 1998, ובדצמבר אותה שנה הגיש מר יונס בקשה לישיבת קבע עבור אישתו. במאי 1999 קיבל תשובה לפיה בקשתו מסורבת "מטעמים ביטחוניים". בעקבות פניית מר יונס לחה"כ האשם מחאמיד בעניין הסירוב לבקשתו, פנה חה"כ מחאמיד לשר הביטחון דאז, מר אהוד ברק. הנ"ל השיב ביום 22.10.99 כי גורמי הביטחון דווחו לו: "על-פי המידע שברשותנו, הנדון הנה ילידת סוריה והתגוררה בסוריה עד 1997. מכיוון שמדובר במי שמגיעה ממדינה עוינת ועקב ידיעות לגבי מעורבות משפחתה בפח"ע – אנו מתנגדים לאישור הבקשה לישיבת קבע בישראל לנדון".

מצ"ב העתק הסירוב, מסומן ע/9, והעתק התשובה משר הביטחון, מסומן ע/10.

9. בהעדר קריטריונים לסירוב מטעמים ביטחוניים או פליליים, לא ברור האם במקרה דלעיל יש בסיס לגיטימי לסירוב. האם עובדת היותה של גב' יונס ילידת סוריה, יכולה *כשלעצמה* להצדיק את שלילת זכותו של מר יונס לבנות עמה חיים משותפים בישראל ? היעלה על הדעת שאדם יוגדר כסכנה לביטחון המדינה – ועקב כך תישלל יכולתו לבנות משפחה עם בן זוגו הישראלי - רק משום שמוצאו הוא ממדינה מסוימת, וללא כל מידע ספציפי על מעורבותו בפעילות עוינת? בספק רב. כך גם העובדה שקיימות "...ידיעות לגבי מעורבות משפחתה בפח"ע..." אינה יכולה להצדיק שלילת זכות כה בסיסית של האזרח הישראלי הנשוי לה. אך ורק מעורבות של העותרת עצמה בפח"ע, באופן העלול לסכן את ביטחון הציבור, יכולה להצדיק את סירוב הבקשה.

מקרה מס' 5

10. _____תאיה, אזרח ישראל ותושב טירה, נישא ל_____ תאיה, תושבת בית ליד שבנפת טולכרם, באוקטובר 1994, בכוונה לפתוח בחיים משותפים. באוגוסט 1996 הגיש בקשה לישיבת קבע עבור אשתו. משך מספר שנים לא התקבלה כל תשובה לבקשתו. ביום 18 ביולי 1999 פנתה האגודה לגב' גנסין ממחלקת הבג"צים בעניינו של מר תאיה. ביום 3 בנובמבר כתבה גב' גנסין, כי המשטרה המליצה למשיב שלא לאשר את הבקשה לעת הזו, בשל כך שמר תאיה הורשע בעבר בשורה של עבירות אלימות אשר בגינן ריצה גם עונשי מאסר בפועל, וגם כעת תלוי ועומד נגדו תיק פלילי בעבירה של תקיפה בתנאים מחמירים.

מצ"ב העתק מכתבה של גב' גנסין, מסומן ע/11.

11. מר תאיה הוא ה'מזמין' במקרה זה, היינו הוא האזרח הישראלי המבקש ישיבת קבע עבור בן זוגו הזר. כפי שיוסבר בסעיפים 72 עד 75 לעתירה, מעורבותו של המזמין בפלילים אינה יכולה להיות רלוונטית לבקשתו להתאזרחות בן זוגו. מתן סטטוס לבן זוג של אזרח ישראלי איננה בבחינת פרס על התנהגות טובה, ושלילת סטטוס איננה סנקציה על התנהגות לא ראויה. אלא שהעדרם של קריטריונים בעניינו מותיר את התחום פרוץ, גם להחלטות מעין אלו.

המדיניות החדשה

12. במסגרת ההליכים בעתירה בבג"צ 338/99 סברי עיסא ואח' נ' שר הפנים ואח' (להלן – "**בג"צ סברי עיסא**"), , וכן ובעקבות פסק דינו של בית משפט זה בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים, הודיע המשיב על נוהל התאזרחות בני זוגם של אזרחים ישראלים לפי סעיף 7 לחוק האזרחות, בהתאם למדיניותו החדשה בנושא זה. יצוין, כי העתירה בבג"צ סברי עיסא הוגשה על ידי האגודה ועניינה במדיניותו הכללית של המשיב בטיפול בבקשות לאיחוד משפחות, הן לעניין תקופות ההמתנה למתן אשרות השהייה השונות לבן הזוג הזר והן לעניין יישום המדיניות המוצהרת לגבי חלק מהעורתים באותה עתירה.

מצ"ב העתק הנוהל החדש, מסומן ע/12.

13. בנוהל החדש נקבע, בין השאר, כי אזרח ישראל שנישא לזר, יגיש בקשה לאיחוד משפחות ולהתאזרחות בישראל עבור בן זוגו בלשכת מנהל האוכלוסין במקום מגוריו. עם הגשת הבקשה, כך נקבע שם, ובהנחה שהבקשה אינה מעוררת חשד לפיקטיביות על פני הדברים, ובהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית, יזכה בן הזוג המוזמן להיתר ישיבה ועבודה בישראל למשך ששה חודשים.

פירוט הנימוקים לבקשה ומתן זכות טיעון

14. על-פי הנוהל החדש, תשובה הכוללת סירוב לבקשה לאיחוד משפחות נשלחת על גבי טופס סירוב. בתחתית טופס זה מצויות שתי שורות תחת הכותרת "הנימוק".

מצ"ב העתק טופס הסירוב, מסומן ע/13.

15. בתגובה לנוהל החדש (והטפסים המלווים אותו) במסגרת בג"צ סברי עיסא, פנתה האגודה ביום 28 במרץ 2000 למחלקת הבג"צים, שמניסיונה עולה כי בדרך-כלל אין אנשים מקבלים נימוק לסירוב לבקשתם, וכי אם ניתן נימוק, הוא לקוני ביותר, כגון "נימוקים ביטחוניים ופליליים". אולם, כתבה האגודה, סירוב לבקשה להתאזרחות צריך להיות מלווה בנימוק מפורט, שיאפשר לאנשים לטעון ביחס אליו ולפעול לגביו, או להבין מדוע נשללה מהם זכות יסוד. לדוגמא, אם הנימוק קשור למעורבות פלילית, יש לפרט למי מבני הזוג הוא מתייחס,

מהי בדיוק המעורבות הפלילית המיוחסת לאותו אדם, ומדוע יש בה לשלול הזכות למתן הסטטוס לו או לבן זוגו.

מצ"ב העתק פניית האגודה, מסומן ע/14 (ר' סעיף 28 לפנייה).

16. בתשובתה לפנייה זו, כתבה גב' יוכי גנסין ממחלקת הבג"צים ביום 31 ביולי 2000 כי "...יינתנו, במידת האפשר, נימוקים מפורטים יותר במידה ויחליט משרד הפנים לסרב לבקשה".

מצ"ב העתק תשובת מחלקת הבג"צים, מסומן ע/15 (ר' עמוד 8 לתשובה).

17. בהתייחסה לסירוב מטעמים ביטחוניים ופליליים, כותבת גב' גנסין באותו מקום, כי "מקובל עלינו, כי בנימוקי ההתנגדות יצוין, במידת האפשר, האם טעמי ההתנגדות קשורים במזמין או במוזמן, וכן האם מדובר בהתנגדות על בסיס תיקים תלויים ועומדים או במידע מודיעיני" (לעיל ע/15, בעמוד 4).

18. בנושא זכות הטיעון, ציינה האגודה, בסעיף 29 למכתב ע/14, כי "במקרה שהמשיב, על סמך מידע שנאסף על ידו, מחליט לסרב לבקשה, עליו להציג מידע ונימוקים אלה למבקשים, ולזמנם, אם רצונם בכך, לטעון ביחס למידע ולנימוקים הללו, טרם שמתקבלת החלטה בעניינם."

19. על כך השיבה גב' גנסין, בעמוד 8 למכתב ע/15, כי "לאחר שימסרו הנימוקים, כאמור לעיל, לפונים, יוכלו בני הזוג להעלות טענותיהם באשר לנימוקים שבבסיס ההחלטה, בכתב, למשרד הפנים, באמצעות מנהל לשכת מנהל האוכלוסין הרלוונטי".

<u>קביעת קריטריונים לסירוב מטעמים ביטחוניים או פליליים</u>

20. מן המקרים המפורטים לעיל עולה, כי כל מעורבות פלילית או ביטחונית שהיא, די בה כדי להביא לסירוב לבקשה, וכי המשיב אינו מתווה קריטריונים ברורים ועניינים לסירוב לבקושת לאיחוד משפחות.

21. לפיכך מן הראוי שיוגדרו קריטריונים עניינים, סבירים וברורים למעורבות פלילית או ביטחונית אשר בגינה תסורב הבקשה לאיחוד משפחות. דרישה ברוח זו הופנתה למחלקת הבג"צים במסגרת בג"צ סברי עיסא במכתב ע/14 (עמ' 5).

22. במכתב ע/15, כותבת על כך גב' גנסין כי "אשר למוזמן – הרי שכל מקרה נבחן לגופו, על ידי הגורמים המייעצים למשרד הפנים, דהיינו גורמי הביטחון, ומשטרת ישראל, ולא ניתן להגדיר

מראש את הקריטריונים למעורבות פלילית או ביטחונית, שיהא בהם כדי 'מניעה ביטחונית או פלילית' לאישור הבקשה לאיחוד משפחות, שלא תוך כדי בחינת מקרה ספציפי על פי נסיבותיו הפרטניות". עוד היא כותבת כי "מכל מקום, כאשר מדובר במי שמבקש לקבל מעמד בישראל....עליו להיות נקי כפיים באופן שלא מיוחסת לו פעילות פלילית ו/או הרשעה בעבירות פליליות, וכמו כן אינו מעורב בדרך כלשהי בפעילות נגד בטחון המדינה."

טיעון משפטי

הזכות לחיי משפחה

23. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד טבעית, המוכרת הן על ידי המשפט הבינלאומי והן על ידי המשפט הישראלי. זכות זו פועלת במישורים שונים, וכוללת בין השאר את הזכות לנישואין, את הזכות להורות ואת הזכות להורים. היא נובעת הן מזכותו של כל אדם לכבוד ולפרטיות והן מחשיבותו של התא המשפחתי בחברה האנושית בכלל ובחברה הישראלית בפרט.

24. בדברי חקיקה רבים קבע המחוקק הישראלי הסדרים, אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודד ולטפח אותו. חוק השבות, למשל, מעניק לבני משפחתם של יהודים זכות לעלות ארצה, גם מתוך מטרה לשמור על איחוד המשפחה. באופן דומה נקבע בסעיף 7 לחוק האזרחות, כי בן זוג של אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אף אם לא מתקיימים בו התנאים הנקובים בחוק לקבלת אזרחות, וזאת מתוך הכרה בחשיבותה של המשפחה (ר' בג"צ 754/83 רנקין ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד לח (4) 113, 117).

25. הזכות לחיי משפחה וחשיבותו של התא המשפחתי עוברים כחוט השני בחקיקה הישראלית בכללותה. כמו כן, בשורה ארוכה של פסקי דין, עמד בית המשפט העליון בישראל על חשיבותו החברתית העליונה של התא המשפחתי. בבג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז (1) 749, 783, עמד השופט ברק (כתוארו אז) על חיוניותה של המשפחה לחיי החברה הישראלים, תוך שימת דגש על תפקידה המרכזי של הזוגיות. לדבריו, "שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. בני זוג הנשואים כדת וכדין יוצרים סטטוס... וקיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו של סטטוס זה.."

26. בבג"צ 2266/93 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221, 235, עמד הנשיא דאז שמגר על הזכות החוקתית לחיי משפחה, במישור הספציפי של הזכות להורות. לדבריו, "זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה.. זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על

כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם ... זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה."

ור' גם:

ע"א 488/77 פלוני ואח' נ' יועמ"ש, פ"ד לב (3) 421, 434.

דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ (4) 661.

ע"א 5587/93 נחמני נ' נחמני, פ"ד מט (1) 485, 500.

ע"א 232/85 פלוני נ' יועמ"ש, פ"ד מ (1) 1, 5.

27. הזכות לחיי משפחה על היבטיה השונים מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאור טיבו האינטימי ביותר של התא המשפחתי, מקובל לראות את הזכות לחיי משפחה כמרכיב מיוחד של הזכות לפרטיות, המוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד. כמו כן, חשיבותו העצומה של התא המשפחתי לאדם ולחברה מציבה את הזכות לחיי משפחה כחלק מהזכות לכבוד האדם.

28. ואכן, כבר קבע בית משפט נכבד זה, כי זכותו של אדם להשתייך לתא המשפחתי הינה חלק מזכותו החוקתית לכבוד, המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. בע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא (1) 160, 175, קובעת השופטת ביניש, כי "בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".

הזכות לחיי משפחה במשפט הבינלאומי

29. הזכות לחיי משפחה זוכה להגנה רחבה ביותר במשפט הבינלאומי. אמנות רבות, אזוריות ובינלאומיות כאחד, מדגישות את חשיבותו החברתית של התא המשפחתי ומונות את הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד בסיסית ביותר. האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, ואמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, אשר כולן אושררו על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מגנות על הזכות לחיי משפחה.

30. סעיף 23 (1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע, כי "המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית להגנה מטעם החברה והמדינה". סעיף 23 (2) לאותה אמנה ממשיך וקובע, כי "הזכות לשאת בן זוג ולכונן משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאשה שבגיל הנישואין." וסעיף 17 לאותה אמנה קובע, כי "לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית.... במשפחתו..."

אמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, כ"א 1040, עמ' 269.

31. סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע בסעיף 10 (1), 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."

אמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, עמ' 205.

32. למותר לציין, כי זכותם של בני משפחה להתגורר בצוותא ולקיים משק בית משותף הינה הביטוי החשוב ביותר של הזכות לחיי משפחה. כאשר המדיניות כופה פירוד על בני משפחה, אם כן, היא שוללת הלכה למעשה את זכותם לחיי משפחה.

33. המשפט הבינלאומי הכיר בכך שמניעת כניסתם לארץ של בני משפחה עשויה להוות הפרה של חובת המדינה להגן על המשפחה. האמנה בדבר זכויות הילד, אשר כאמור אושררה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, קובעת מפורשות בסעיף 10, כי לכל ילד זכות לאיחוד משפחות עם הוריו, וכי מוטלת על מדינות החובה לאפשר את כניסתם של הורים ו/או ילדים למטרה זו. הסעיף קובע, כי על מדינות לטפל בבקשותיהם של ילדים ו/או הורים לאיחוד משפחות "בצורה חיובית, אנושית, ומזורזת."

האמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038, עמ' 221

34. האמנות המפורטות לעיל אושררו על-ידי מדינת ישראל אולם מעולם לא נקלטו לתוך המשפט הישראלי באופן רשמי. אף על פי כן מהוות האמנות הללו כלי עזר פרשני, שכן חזקה כי המחוקק הישראלי ביקש להתאים את עצמו אליהן (ר' ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב (2) 85, 112). להיות האמנה בדבר זכויות הילד מקור לפרשנות, ראו גם ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (1) 422, 430 ; ע"פ 5224/97 מדינת ישראל נ' שדה אור, פ"ד נב (3) 374. גם ללא קשר לחקיקה מקומית, קיומו של הסכם בינלאומי הוא שיקול חשוב שיש להתחשב בו בהפעלת סמכות שלטונית מקומית (ר' בג"צ 6230/95 ד"ר טיבי נ' ממשלת ישראל ואח', תקדין-עליון 1995 (3) 722).

35. פסקי דין בינלאומיים, הן של בית המשפט האירופי לזכויות האדם והן של ה- Human Rights Committee של האו"ם, עמדו על כך שכפיית פירוד על בני זוג משמעותה פגיעה בזכות לחיי משפחה. ב – Aumeeruddy-Cziffra and Nineteen other Mauratian Women v. Mauratia, U.N. GAOR Human Rights Comm. 36th Sess., Supp. 40, Annes 13, 134 (1981) נקבע כי מניעת שהייתם של בני זוג זרים של אזרחי מאירישיה היוותה הפרה של סעיפים 17 ו- 23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות.

36. במדינות רבות מוכרת הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית. בארה"ב, למשל, על אף העדר הכרה חוקתית מופרשת בזכות זו, התפתחה מסורת שיפוטית ארוכת ימים הרואה בזכות לחיי משפחה זכות חוקתית מדרגה ראשונה. ר' למשל:

Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965)
Loving v. Virginia, 388 U.S. 1 (1967)

חובת הנמקה ומתן זכות טיעון

37. בסירובו לבקשות איחוד משפחות, חלה על המשיב ועל כל מי שמוסמך מטעמו לטפל בבקשות אלו, החובה לפרט את נימוקי הסירוב כך שיובן למי מבני הזוג מיוחסת המניעה הפלילית/ביטחונית, מהי בדיוק המעורבות הפלילית/ביטחונית המיוחסת לו/ה, ומדוע יש בה כדי לשלול את הזכות למתן הסטטוס. כמו כן, על המשיב לאפשר למבקשי איחוד המשפחות זכות טיעון, וזאת בטרם הוא מחליט את החלטתו.

חובת הנמקה

38. כאמור בסעיף 15 לעתירה, במסגרת בג"צ סברי עיסא פנתה האגודה למחלקת הבג"צים, בדרישה כי סירוב לבקשה להתאזרחות ילווה בנימוק מפורט, שיאפשר לאנשים לטעון ביחס אליו ולפעול לגביו, או להבין מדוע נשללה מהם זכות יסוד. לדוגמא, נכתב שם, אם הנימוק קשור למעורבות פלילית, יש לפרט למי מבני הזוג הוא מתייחס, מהי בדיוק המעורבות הפלילית המיוחסת לאותו אדם, ומדוע יש בה לשלול הזכות למתן הסטטוס לו או לבן זוגו. כאמור בסעיף 16, גב' גנסין השיבה על כך כי "...יינתנו, במידת האפשר, **נימוקים מפורטים יותר** במידה ויחליט משרד הפנים לסרב לבקשה" (הדגשה שלי, ע' ב').

39. בתשובה זו אין כדי לענות על דרישות ההנמקה שהוזכרו לעיל. בכל זאת, המשיב הצהיר בה (בפני בית-משפט זה) כי ייתן נימוקים מפורטים יותר מאלו הלאקוניים בנוסח "טעמים פליליים"/"טעמים ביטחוניים". אולם, כפי שפורט בדוגמאות שהובאו בעתירה, הסירובים אינם מלווים בנימוק מפורט. לעתים לא ניתן אף נימוק מינימלי זה (ר' מקרים 1 ו- 2) במקרים שונים (שלא תוארו) נתקבל פירוט ספציפי בעקבות פנייה מיוחדת של האגודה למחלקת הבג"צים. מובן שרוב רובם של מגישי הבקשות אינם "זוכים" לכך שיוגש בעניינים קדם בג"צ לפרקליטות המדינה. דרך המלך היא, על כן, מתן נימוקים מפורטים בכל מקרה ומקרה כעניין שבשגרה. על המשיב לקיים בעניין זה את המדיניות שהוא עצמו התחייב אליה.

40. עם זאת, גם ללא קשר להתחייבויותיו של המשיב, לא יכול להימשך המצב בו בקשת אזרח/ית ישראלי/ת וילדיהם לאיחוד משפחות, נדחית על הסף מבלי להסביר במדויק את הסיבה

לדחייה. ברוב המקרים מדובר בזוגות הנשואים מספר שנים לא מועט ומגדלים ילדים משותפים. אישור איחוד המשפחות מהווה עבורם שלב הכרחי לצורך המשך בניית חייהם המשותפים. המכה הניחתת עליהם בקבלם את הסירוב היא קשה מנשוא. זאת, לא רק בגלל עצם ההפתעה שבסירוב – לרבים מהם אין מושג על סיבה כלשהי העשויה להביא לדחיית בקשתם, ואחרים, שיודעים על עבר פלילי זעום העומד לחובתם, לא מאמינים כי יהיה בו כדי להביא לדחיית בקשתם. המכה היא קשה מנשוא גם ובעיקר משום שהסירוב גוזר עליהם – בהכרח – שנים של קשיים כלכליים ומנטליים הנובעים בין השאר מן הפירוד הפיסי ומן הניתוק של הילדים מאחד מהוריהם שהוא גם בדרך-כלל ניתוק ממפרנס עיקרי.

41. אומנם, שיקולי ביטחון המדינה וביטחון הציבור עשויים, במקרים מסוימים, להוביל לסירוב לבקשת איחוד משפחות. אך בהיות ההחלטה על סירוב כה קריטית עבור חייהם של בני המשפחה המבקשת, מתחייב הדבר שהסירוב ילווה בנימוקים מהם יוכלו המבקשים להבין בדיוק מדוע סורבו. כלומר, למי מיוחסים המעורבות או החשש למעורבות פלילית/ביטחונית, מה מהותה של אותה מעורבות וכיצד יש בה כדי להביא לתוצאה הקשה של דחיית הבקשה.

42. כאמור בסעיף 17 לעתירה, בהתייחסה לסירוב מטעמים ביטחוניים ופליליים, כותבת גב' גנסין גם כי "מקובל עלינו, כי בנימוקי ההתנגדות יצוין, במידת האפשר, האם טעמי ההתנגדות קשורים במזמין או במוזמן, וכן האם מדובר בהתנגדות על בסיס תיקים תלויים ועומדים או במידע מודיעיני". הפירוט הנ"ל הוא חשוב והכרחי. אך, כאמור לעיל, הוא כלל אינו מספיק.

43. סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 ("חוק ההנמקות") מחייב עובד ציבור שנתבקש בכתב להשתמש בסמכותו על-פי דין וסירב לבקשה, להודיע למבקש בכתב את נימוקי סירובו.

44. סעיף 9 לחוק ההנמקות קובע, כי החוק לא יחול על החלטות שר הפנים או מי שהועברו אליו סמכויותיו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. דומה, כי המשיב אכן נאחז בסעיף אי-תחולה זה על-מנת לפטור עצמו מחובת ההנמקה לסירוב לבקשות מבקשי איחוד המשפחות (ר' סעיף 7 לעתירה). אולם סעיף זה אינו יכול לפטור את המשיב מחובת ההנמקה בעניין זה, שכן בהתאם למדיניות החדשה של המשיב, עליה הוא הצהיר בבג"צ 338/99, בקשת התאזרחות של בן זוגו של אזרח ישראלי אמורה להידון לפי ס' 7 לחוק האזרחות, ולא לפי חוק הכניסה לישראל. לפיכך המשיב מחויב לנמק את סירובו לבקשות איחוד המשפחות, כלשון חוק ההנמקות.

45. מובן מאליו, כי הודעת המשיב בנוסח "הריני לידעך כי בקשתך סורבה" (סעיף 1 לעתירה) אינה עומדת כלל וכלל בחובת ההנמקה. אך גם הודעות בנוסח "טעמים ביטחוניים"/"טעמים פליליים"/"טעמים משטרתיים" ואף "מידע מודיעיני באשר למעורבות בפלילים", אין בהן כדי לעמוד בחובה זו.

46. מוסד חובת ההנמקה לא קם אך כדי לעזור לרשות לסווג ולתת כותרות להחלטותיה השונות. והלא ממה נפשך: לפי מדיניותו החדשה של המשיב, בקשות לאיחוד משפחות תסורבנה - בשלב הראשוני בו עתירה זו דנה – רק בשל אחד מהבאים: חשד לפיקטיביות על פני הדברים, מניעה פלילית או מניעה ביטחונית. בנוסחי ההודעות המובאים לעיל, כל שהמשיב עושה הוא להודיע למבקשים כי בקשתם מסורבת בגין האפשרות השנייה (או השלישית) ולא בגין האפשרות הראשונה. אך אין המשיב, באמצעות הודעות אלו, מיידע את המבקשים בדבר הסיבה הספציפית והאמיתית שבגינה הם נדחים. והלא חלק מרציונל חובת ההנמקה הוא לאפשר לאדם הנפגע מן ההחלטה המנהלית לשקול אם היא עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית, וכן לתרום למערכת יחסים ראויה בין הרשות המנהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית, מה שאמור להקהות את התחושה של שרירות שלטונית (יצחק זמיר הסמכות המנהלית (תשנ"ו) (ב) 898).

47. אך תחושה של שרירות שלטונית היא בדיוק האפקט הנוצר עקב כך שלמבקשי איחוד המשפחות אין מושג על בסיס אלו נתונים התקבלה ההחלטה הגורלית בעניינם. כפי שמשתמע מבג"צ 518/78 אברהמי נ' שר התחבורה, פ"ד לב (3) 675, 678, רשות שבהנמקת החלטתה לא עושה דבר פרט לחזרה על מילות אותה ההוראה המאפשרת לה לסרב לבקשה, אינה עומדת במידת הפירוט הדרושה לפי סעיף 2א לחוק ההנמקות. בענייננו, כאמור, כל שהמשיב עושה הוא החלפת המילים "מניעה פלילית/ביטחונית" המצויות בנוהל, במילים "טעמים ביטחוניים/פליליים".

48. אף אם ייקבע כי חוק ההנמקות אינו חל על סירובים לבקשות איחוד משפחות, עדיין תחול על המשיב חובת ההנמקה. שכן, כפי שנפסק בבש"פ 3810/00 גרוסמן נ' מדינת ישראל, תק-על 2000 (2), 1478 בסעיף 4 לפסק דינה של השופטת ביניש, "גם מקום שחוק ההנמקות אינו חל חובת ההנמקה חלה על הרשות. חובת הנמקה זו היא חלק מחובת ההגינות המוטלת על הרשות ביחסה כלפי האזרח". ר' גם בג"צ 2159/97 מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים ואח', פ"ד נב (1) 75, 88-89.

49. גם במקרים שהנמקה מנהלית אינה מחויבת מכוח החוק, היא חיונית שכן היא "....מובילה לביקורת עצמית של המחליט... מקטינה את החשש מפני החלטות שרירותיות או שגויות....ללא הנמקה יקשה על האדם הנפגע מהחלטה מנהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד לטעם להעמיד אותה לביקרות שיפוטית..... ההנמקה... תורמת למערכת היחסים הראויה שבין הרשות המינהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית, שכן יש בה כדי להקהות את התחושה של שרירות שלטונית. מתן נימוקים להחלטות הוא ביטוי בולט של פתיחות, והפתיחות היא אחד מעמודי התווך של מינהל תקין. אפילו אם ההנמקה עלולה להכביד על הרשות המנהלית, אין בכך שיקול מכריע, שכן תפקידו של המינהל הציבורי הוא לשרת את הציבור" (יצחק זמיר הסמכות המנהלית (ב), 897-898).

50. לשם השוואה, יצוין כי במדינות שונות לא רק שנהוגה חובת הנמקה בסירוב לבקשות איחוד משפחות, אלא שחובה זו אף מעוגנת בחקיקה הראשית או בחקיקת המשנה העוסקת בתחום. כך לדוגמא, בקנדה, תקנה 41 (1) לתקנות ההגירה (Immigration Regulations, 1978) שמכוח חוק ההגירה (Immigration Act, 1976), קובעת כי :

"Where an immigration officer refuses to approve an application for landing that has been made by a member of the family class and has been sponsored, the immigration officer shall.....provide to the sponsor, or....provide to the member of the family class, **a summary of the information on which his reason for refusal is based.**" (הדגשה שלי, ע' ב').

51. המדובר כאן בחובת מתן הנמקה מפורטת, בעת שמסורבת בקשה לישיבת קבע. נדרש סיכום של המידע שעל בסיסו הוחלט, כי המוזמן נכנס לגדר אחת העילות המאפשרות לסרב לבקשתו. חובה זו חלה על סירוב בהקשר של רוב עילות הסירוב הקיימות בחוק ההגירה הקנדי – ובכללן העילה של הרשעה בפלילים בעבירות לפי החוק הקנדי שעונשן עשר שנים ומעלה. חובה זו אמנם אינה חלה בהקשר של עילות ביטחוניות שונות, אך גם בחובה המופחתת החלה במקרים אלו, יש כדי לספק למבקשים הסבר ספציפי ומדויק יחסית בדבר הרקע הביטחוני המיוחס להם ושבגינו הם סורבו (ר' תקנה 41 (1.1) לתקנות ההגירה, וס' 19 לחוק ההגירה).

52. באוסטרליה חקיקה ראשית מחייבת את רשות ההגירה האוסטרלית (Department of Immigration and Multicultural Affairs) להודיע למבקש איחוד משפחות (ולמבקשי רשיונות אחרים) מהי העילה שבגינה בקשתו סורבה ומדוע הוא נכנס לגדר עילה זו (ר' section 66 of the Migration Act, 1958).

53. אמנם מאחורי סירוביו של המשיב בגין מניעה פלילית או ביטחונית עשויים לעמוד שיקולים כבדי-משקל של ביטחון המדינה וביטחון הציבור. אך בהעדר יישומה של חובת ההנמקה, כיצד זה נדע כי אכן שיקולים אלו הם שעומדים מאחורי הסירובים וכי שיקולים אלו אכן מחייבים את דחיית הבקשות? רק מתן הנמקה מסודרת (אף בהעדר חובה מן הדין) תוכל להפריך את החשש שמא המשיב שוקל שיקולים זרים בהחלטותיו, ומסווה אותם תחת שיקולי ביטחון המדינה והציבור, שיקולים להם ניתנת כיום לגיטימציה רבה.

54. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין בבג"צ 758/88, 431/89 <u>קנדל ואח' נ' משרד הפנים</u> פ"ד מו (4) 505, 526 : "אכן, החובה המוטלת על רשות לנמק החלטתה הינה אחד הכלים היעילים לביקורת ההחלטה - אשר-על-כן נקבעה אותה חובת הנמקה - ובהיעדר הנמקה נשמט מידיי בית המשפט אותו כלי לביקורת...". בהמשך דבריו נותן השופט חשין דוגמא מבג"צ 188/53 <u>אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוזדור ירושלים</u>, פ"ד ז (2) 941, 943, שם נקבע כי :

"אין כל קסם במלים 'טעמי בטחון' ו 'מצב בטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי להצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוור לו, לבית המשפט, כי מלים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שייעשה צדק לאזרח הנפגע ללא חוק."

מתן זכות טיעון

55. מעבר לחובת פירוט הנימוקים, על המשיב לאפשר למבקשי איחוד משפחות שבקשתם סורבה, לטעון בפניו, בכתב או בע"פ, בטרם קבלת ההחלטה בעניינם, תוך התייחסות לאותם הנימוקים. כאמור בסעיף 18 לעתירה, האגודה פנתה למחלקת הבג"צים בדרישה כי במקרה שהמשיב, על סמך מידע שנאסף על ידו, מחליט לסרב לבקשה, עליו יהיה להציג מידע ונימוקים אלה למבקשים, ולזמנם, אם רצונם בכך, לטעון ביחס למידע ולנימוקים הללו, טרם שמתקבלת החלטה בעניינם. כאמור בסעיף 19, גב' גנסין השיבה על כך כי לאחר שימסרו הנימוקים לפונים, יוכלו בני הזוג להעלות טענותיהם באשר לנימוקים שבבסיס ההחלטה, בכתב, למשרד הפנים, באמצעות מנהל לשכת מנהל האוכלוסין הרלוונטי.

56. מהצהרתה לעיל של גב' גנסין משתמע, כי זכות הטיעון תינתן לאחר מסירת ההחלטה. אך זכות הטיעון, כפי שיפורט להלן, חייבת להינתן *בטרם* מתן ההחלטה. הרעיון של זכות הטיעון בעניין זה, הוא הצגת המידע על מעורבות פלילית/ביטחונית בפני בני הזוג כך שיוכלו להגיב הן על עצם המעורבות המיוחסת למי מהם, והן על הכוונה לדחות את בקשתם לאור אותה מעורבות לכאורית. דחיית מימוש זכות הטיעון לשלב שאחרי קבלת ומסירת ההחלטה הסופית, שוללת, במידה רבה, את הצדק והיעילות המושגים כאשר זכות הטיעון ניתנת בשלבי גיבוש ההחלטה.

57. עוד יצוין בהקשר לתשובת גב' גנסין, כי ברור הוא שמתן זכות טיעון (כמובטח בתשובתה) תוך שבמקביל לא קיימת כל חובת הנמקה מפורטת, היא כזריית חול בעיני מסורבי בקשות איחוד המשפחות: ללא שמצוי בידם המידע הספציפי אשר הביא את המשיב לסרב לבקשתם, לא יוכלו, בשום צורה, לטעון לגופו של הסירוב.

58. כנגד זכות הטיעון הנתונה למי שהרשות המנהלית עומדת לקבל החלטה בעניינו, עומדת חובת השמיעה של הרשות, המוטלת גם על רשויות מנהליות (בג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב (2) 1493, 1504. ר' גם עמ' 1508).

59. זכות הטיעון היא זכות יסוד במערכת המשפט בישראל שמן הנכון שתיושם בכל מקום שרשות ישראלית פועלת בו (בג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' אלוף פיקוד דרום, פ"ד מד (4) 626, 637). כל עוד זכות זו לא נשללה בהוראת חוק ברורה ומפורשת, היא חלה וקיימת (בג"צ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה פ"ד לה (2) 649, 656-657). שומה על

הרשות לאפשר לאזרח להביא את טענותיו בפניה, שמא יעלה דברים שבכוחם להטות את הכף לטובתו (בג"צ 549/75 חברת סרטי נח בע"מ נ' המועצה לבקורת סרטי קולנוע, פ"ד ל(1) 757, 767 ("עניין סרטי נח")).

60. אם אין צורך דחוף ביותר לקבל את ההחלטה בבקשות *בטרם* שמיעת המבקשים, הכלל הוא כי על הרשות המנהלית ליתן את זכות הטיעון לפני קבלת ההחלטה ולא לאחר מכן (עניין סרטי נח, עמ' 765 ; ר' גם בג"צ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה ואח', פ"ד מט (3) 771, 790). בעת מתן זכות הטיעון המוקדמת, על המשיב לפרוס בפני מבקשי איחוד המשפחות את הנימוקים העשויים לדעתו להביא לדחיית בקשתם, שכן "אין מקיימים כהלכה את זכות השמיעה אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי" (בג"צ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה (3) 185, 189).

החובה לקבוע קריטריונים ולפרסמם

61. על המשיב לקבוע קריטריונים ברורים ועניינים לסירוב לבקשות איחוד משפחות מטעמים ביטחוניים ופליליים. קריטריונים אלה צריכים לעלות בקנה אחד עם התכלית הראויה של נושא איחוד משפחות והזכות הבסיסית לחיי משפחה. כמו כן, על המשיב לפרסם את הקריטריונים כך שיהיו גלויים למגישי הבקשות לאיחוד משפחות בעת הגשתם את הבקשות בלשכותיו של המשיב.

62. כעולה מן המקרים המובאים בעתירה, כמעט כל מעורבות פלילית/ביטחונית מביאה לסירוב לבקשת איחוד משפחות, על כל משמעויותיו הקשות שתוארו. זאת, בעוד שרק מעורבות משמעותית של המוזמן (בן-הזוג הזר) בעבירות פליליות או ביטחוניות חמורות עשויה להצדיק את הסירוב. וגם במקרים אלו, יש להעניק משקל ומשמעות לזמן שחלף מעת מעורבות זו.

63. כאמור בסעיף 21 לעתירה, האגודה פנתה למחלקת הבג"צים בדרישה לקבוע קריטריונים כנ"ל. כאמור בסעיף 22 לעיל, גב' גנסין השיבה על כך כי כל מקרה ייבחן לגופו, על ידי הגורמים המייעצים למשרד הפנים, דהיינו גורמי הביטחון, ומשטרת ישראל, ולא ניתן להגדיר מראש את הקריטריונים למעורבות פלילית או ביטחונית, שיהא בהם כדי 'מניעה ביטחונית או פלילית' לאישור הבקשה לאיחוד משפחות, שלא תוך כדי בחינת מקרה ספציפי על פי נסיבותיו הפרטניות. עוד היא כתבה כי מכל מקום, כאשר מדובר במי שמבקש לקבל מעמד בישראל, עליו להיות נקי כפיים באופן שלא מיוחסת לו פעילות פלילית ו/או הרשעה בעבירות פליליות, וכמו כן אינו מעורב בדרך כלשהי בפעילות נגד בטחון המדינה.

64. באשר להצהרה הראשונה לעיל - עם כל הכבוד הראוי, דברים אלו אינם מקובלים. אי קביעת כל קריטריונים מראש, כמוה כמתן חופש ושיקול דעת מוחלטים לגורמי הביטחון והמשטרה

לקבל, למעשה לבדם, את ההחלטה האם להעניק או לשלול זכות אדם בסיסית. זוהי דרך פעולה שאינה עולה בקנה אחד עם מנהל ושלטון תקינים. בהתבקשם להתייחס לכל מקרה ומקרה באופן פרטני, גורמי הביטחון, מעצם טבעם ותפקידם, יטו לייחס חומרת יתר לכל מעשה, להביע חשש יתר מכל גורם החשוד בפעילות פלילית או ביטחונית, תהא זו אשר תהא, ולא לייחס משמעות לחלוף הזמן מאז ביצוע אותה הפעילות. נטייה זו גם מקבלת משנה תוקף בימים בהם המצב הביטחוני רעוע, או אז ניתן לשיקולי הביטחון מקום רב עוד יותר מן המקום הרב ממילא הניתן בישראל לשיקולים אלו. על-מנת לנטרל במעט את האפקט העריצותי הנ"ל של שיקולי ביטחון, ועל-מנת להבטיח קבלת החלטות שאינן שרירותיות באף מקרה, מתחייב הוא שיקבעו הקריטריונים המבוקשים.

65. באשר להצהרה השנייה של גב' גנסין – גם דברים אלו כלל אינם מקובלים. הצדק מחייב כי יופעלו בעניין זה שיקולים של יחסיות ומידתיות. לא ייתכן כי כל מעורבות פלילית/ביטחונית שהיא, תביא לשלילת זכויות כה בסיסיות. בקשות רבות מסורבות על בסיס מעורבות פלילית מינימלית ביותר (ר' מקרה מס' 2), על בסיס פעילות פלילית שבוצעה לפני זמן רב או על בסיס טיעונים – לכאורה ביטחוניים – שהם לבדם כלל אינם יכולים להיות רלוונטיים לסירוב/אישור של בקשה לאיחוד משפחות (ר' מקרה מס' 4). אך בדיוק לשם כך דרושים קריטריונים ענייניים וסבירים שגם יבהירו מה יכול ומה אינו יכול להיות עילה לסירוב לבקשה.

66. הסמכות לאשר או לדחות בקשות לאיחוד משפחות נתונה למשיב. אין ספק, כי בשאלת קיומה של מניעה פלילית או ביטחונית, עליו לקבל מידע ולהיוועץ בגורמי הביטחון והמשטרה. אך ההחלטה אם לאשר או לדחות את הבקשה, לאור המידע המתקבל מאותם גורמים, חייבת להיות של המשיב ושלו בלבד. (ר' בג"צ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז (3) 29, 43). לא ייתכן מצב שבו שיקול הדעת של גורמי הביטחון והמשטרה הוא הוא שלמעשה חורץ לבדו את גורל הבקשות.

67. על-מנת שיוכל להיות מופעל שיקול דעת עצמאי ועקבי בסוגיה זו, שיקול דעת שיופעל בסבירות, בשוויוניות וללא שרירות, חייב המשיב לקבוע קריטריונים ברורים שינחו את החלטותיו בבקשות איחוד המשפחות של זוגות שלגביהם הועבר לו מידע ביטחוני או פלילי. בבג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא (4) 1, 74, נפסק כי "ראוי הוא לרשות שלטונית, שתיקבע לעצמה קריטריונים להפעלת שיקול דעתה... אלה הן הנחיות עצמיות. יתרונן הוא רב. הן מהוות הזדמנות לרשות השלטונית לגבש באופן מודע ומתוכנן, תוך בירור יסודי של מכלול השיקולים, את קווי המדיניות הראויים; הן מונעות הפליה ומאפשרות תכנון לטווח ארוך; הן מאפשרות ביקורת שיקול הדעת".

68. השופט זמיר קובע בספרו, כי "לא זו בלבד שמותר לרשות מינהלית לקבוע הנחיות להפעלת סמכותה, אלא אפשר שבעניין מסוים תהיה עליה לחובה לקבוע הנחיות, כתנאי להפעלת סמכותה. הכיצד? אפשר שלא ניתן יהיה להפעיל סמכות מסויימת באופן שוויוני, הוגן וסביר

אלא אם הסמכות תופעל לפי מבחנים ברורים, ענייניים וברורים לכל. .... הצורך לקבוע מבחנים אינו מוגבל למתן מענקים כספיים. הוא עשוי לחול....על עניינים נוספים".

69. עוד קובע זמיר, כי חובה זו נובעת ממעמד הרשות כנאמן הציבור, מערכי השוויון, ההגינות והמינהל התקין (יצחק זמיר, הסמכות המנהלית (ב) 781-782). כך גם בבג"צ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, 19-20, נקבע כי "קיומם של קריטריונים להפעלת שיקול-הדעת המסור לנושא משרה שלטונית הוא אחד מסממניו של מינהל תקין, והוא עולה בקנה אחד עם שלטון החוק". ר' גם: יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" משפטים כג (תשנ"ד) 437, 450-451; בג"ץ 59/88 צבן נ' שר האוצר, פ"ד מב (4) 705, 706.

70. לאחר קביעת הקריטריונים, על המשיב לפרסמם כך שיהיו גלויים, לפחות בפני מבקשי איחוד המשפחות שלגביהם קיבל המשיב מידע ביטחוני או פלילי. בממשם את זכות הטיעון כאמור לעיל, יטענו המבקשים את טענותיהם בהתאם לקריטריונים הללו. ההלכה בעניין זה היא, כי תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן והחלתן של הנחיות פנימיות הוא בהבאתן של אותן הנחיות לידיעת המעוניינים, בין בפרסומן ברבים בין אחרת, ומעוניין הוא כל מי שההנחיות הפנימיות משפיעות על זכויותיו (בג"צ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו (3) 501, 513).

71. בבג"צ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג (2) 728, שעסק גם הוא בנושא איחוד משפחות, קבע בית משפט זה, כי "במקום שבו מדובר בפגיעה כה-עמוקה בזכות היחיד – בזכות בת-זוגו של ישראלי להמשיך ולחיות בארץ עם מי שבחרה בו להיות לה חבר לנישואין – אין ספק בלבי כי חובה היא המוטלת על משרד הפנים לפרסם את מדיניותו ולעשותה נגישה לכל מי שיבקש לקרוא בה וללומדה" (שם, 768). "למותר לומר", נקבע שם עוד, "כי קריטריונים השוכנים במגירת הפקיד ואינם רואים אור-יום, מזמינים שרירות בעשייה ומישקלם כמישקלה של נוצה מרוטה" (שם, 774). ר' גם בג"צ 1689/94, לעיל, באותו מקום, ובג"צ 4950/90 פרנס ואח' נ' שר הביטחון, פ"ד מז (3) 36, 41-42.

מעורבות המזמין בפלילים כעילה לסירוב לבקשת איחוד משפחות

72. כפי שפורט בסעיפים 10 ו- 11 לעתירה, בקשות לאיחוד משפחות מסורבות גם עקב מעורבותם של בני הזוג הישראלים בפלילים.

73. אך מעורבות בפלילים של המזמין, קרי, של האזרח הישראלי המבקש ישיבת קבע עבור בן זוגו הזר, אינה יכולה להיות רלוונטית לבקשתו להתאזרחות בן זוגו. מתן סטטוס לבן זוג של אזרח ישראלי איננה בבחינת פרס על התנהגות טובה, ושלילת סטטוס איננה סנקציה על התנהגות לא ראויה. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד. חוק העונשין אינו מונה שלילת זכות זו כאחד העונשים, שניתן להטיל על אזרח שהינו עבריין, ואף אינו מסמיך את המשטרה או את משרד הפנים להטיל עונש זה. לפיכך, סירוב לבקשת ההתאזרחות בשל מעורבות המזמין בפלילים איננו חוקי.

74. מלבד זאת, סירוב כזה אף עומד בניגוד להגיון, גם להגיון הביטחוני, שכן הסכנה, הנשקפת לכאורה לביטחון הציבור מפעולותיו של העבריין, קיימת עוד מלפני הגשת הבקשה ואין באישור הבקשה דבר שישנה את המצב הקיים. אם כבר קיים סיכוי לשינוי כלשהו, הוא דווקא הסיכוי להפחתת הסכנה הנשקפת מאותו אדם עקב האפקט הידוע של מיסוד וכניסה לחיי משפחה מסודרים. רק שהות רבת שנים של המזמין מאחורי סורג ובריח, שהות המסכלת לחלוטין את אפשרות החיים המשותפים של בני הזוג, עשויה להביא לדחיית בקשת איחוד המשפחות של אזרחי ישראל המעורבים בפלילים.

75. יצויין, כי בתשובה לפנייה של המוקד להגנת הפרט אל הממונה על חופש המידע במשרד הפנים, בבקשה לקבלת מידע בנוגע לרלוונטיות של מעורבות פלילית/ביטחונית של בן הזוג המזמין לקבלת תושבות הקבע עבור בן הזוג המוזמן, נכתב כי "ככלל, בנות זוג של ישראלים לגביהם יש מידע פלילי/ביטחוני תהיינה זכאיות למעמד בישראל בהתאם לנוהל הרגיל בדבר איחוד משפחות.....הכלל הוא כי מניעה ביטחונית/פלילית רלבנטית אך באשר לבן הזוג הזר, כפוף לחריגים.....כך למשל, אם בן הזוג הישראלי נשפט לתקופת מאסר ממושכת, (או צפוי לכך תוך זמן קצר) – יתכן והבקשה תסורב מאחר וממילא לא יתאפשר איחוד המשפחה".

מצ"ב העתק תשובת הממונה על חופש המידע במשרד המשיב, מסומן ע/16.

סוף דבר

76. מן הדוגמאות שהובאו בתחילת העתירה עולה, כי בסירובו לבקשות לאיחוד משפחות, המשיב אינו שוקל כלל את הפגיעה בזכות הבסיסית לחיי משפחה והוא נותן משקל בלתי ראוי לשיקול של חשש מפני פגיעה בביטחון המדינה והציבור. כך, לדוגמא, באחד המקרים הוא סירב לבקשה מטעמים משטרתיים כאשר עברה הפלילי של המוזמנת, עליו נודע לעותרת בדרכים עוקפות ולא דרך המשיב, התמצה בקנס ע"ס 10 ₪ משנת 1991 ובשהייה בלתי חוקית משנת 1997 (תיק שנסגר מחוסר עניין לציבור).

77. מעורבות פלילית או ביטחונית כלשהי אין בה כשלעצמה כדי להביא לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות. בהחליטו לגבי בקשות לאיחוד משפחות שמוגשות בפניו, ובקובעו את הקריטריונים לסירוב לבקשות איחוד משפחות, על המשיב לתת משקל נכבד למימושה של הזכות לחיי משפחה, ולאפשר לאדם הנפגע מן ההחלטה לשקול אם היא עומדת במבחן הדין ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב, לעשותו למוחלט.

עאוני בנא, עו״ד

ב״כ העותרת