

## בתי המשפט

000310/07 עתמ		בית המשפט המחוזי בירושלים	
		בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים	
13/12/2007	תאריך:	כב' השופט משה סובל	בפני:

- בעניין:**
1. \_\_\_\_\_ מוגרבי
  2. \_\_\_\_\_ מוגרבי, לבית מערוף
  3. \_\_\_\_\_ מוגרבי - קטינה
- העותרים ע"י ב"כ עו"ד רנאטו יארק ואח'
- נ ג ד
1. שר הפנים
2. מפקד אזור יהודה ושומרון
- המשיבים באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

פסק דין

1. העותר 1 (להלן – העותר) הנו יליד ישראל, אזרח ותושב ישראל, בן למשפחה ערבית-ישראלית ירושלמית, המחזיק ברישיון לעריכת-דין בישראל. העותרת 2 (להלן – העותרת) הנה ילידת לבנון, אזרחית ירדן, תושבת קבע בספרד, ובעלת רישיון לישיבת ארעי באנגליה. העותרת רשומה גם במרשם האוכלוסין של האזור. העותרים נישאו זה לזו בספרד ביום 19.8.01. לאחר מכן נרשמו הנישואין באנגליה כנישואין אזרחיים. ביום 15.12.03 נולדה באנגליה בתם של העותרים, היא העותרת 3 (להלן – הבת). בהיותה בתו של אזרח ותושב ישראל, קיבלה הבת אזרחות ישראלית. העותר עבד עד לחודש ספטמבר 2004 מחוץ לישראל, ובמועד זה שב לישראל והחל לעבוד במשרד עורכי-הדין של אביו בירושלים. ביום 24.11.05, לאחר מגעים מקדימים בין הצדדים, הגיש העותר בקשה לאיחוד משפחות עבור אשתו-העותרת. בקשת העותר הייתה שיינתנו לעותרת אשרת כניסה לישראל ורישיון לישיבת קבע בישראל. ביום

16.1.06 החליטה הלשכה האזורית של מינהל האוכלוסין בירושלים לדחות את הבקשה. וכך נאמר בהחלטה:

**“עפ”י הנחיית מנהל מנ”א קיים ניגוד אינטרסים בבקשת האחמ”ש עקב תפקיד ציבורי שממלא אביה ברש”פ. על כן בקשתך לאחמ”ש מסורבת”.**

העותרים הגישו לבית משפט זה עתירה מינהלית נגד ההחלטה (עת”מ 271/06). במהלך הדיון שהתקיים בעתירה זו ביום 25.9.06 הושגה הסכמה לפיה העתירה נמחקה ועניינם של העותרים הובא להכרעת שר הפנים עצמו בהתאם לסעיף 16(ב) לחוק הכניסה לישראל, תשי”ב-1952. בהתאם להסכמה זו העבירו העותרים לשר הפנים בקשה בכתב להענקת רישיון לישיבת קבע בישראל לעותרת, ולחלופין רישיון לישיבת ארעי לתקופת ניסיון. ביום 15.1.07 החליט השר לדחות את הבקשה. בהחלטה נכתב כי אביה של העותרת “שימש ומשמש משך שנים ארוכות בתפקידים רשמיים במסגרת הרשות הפלסטינית. כך, למשל, שימש אבי העותרת כעוזר המזכ”ל לענייני ירושלים בפלסטין במזכירות הכללית של ארגון הועידה האיסלאמית, ובהמשך, כנציג אש”פ בסעודיה, טורקיה וספרד”. עובדה זו, קבע השר, יוצרת “ניגוד אינטרסים בין חובת הנאמנות של הגב’ מוגרבי למדינת ישראל, בה היא מבקשת לבסס את חייה, לבין נאמנותה לאביה, הממלא תפקיד בכיר ברשות הפלסטינית, הנמצאת, כאמור, בעימות עם מדינת ישראל”. באיזון בין ניגוד אינטרסים זה לבין זכותו של העותר לקיים חיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, החליט השר כי משקל האינטרסים של מדינת ישראל גובר. כנגד החלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו.

2. העותרים טוענים כי החלטת השר שגויה ואינה יכולה להישאר על כנה. זאת בהיותה מובילה לתוצאה טרגית של קריעת המשפחה הגרעינית ואילוץ העותרת והבת להתגורר מחוץ לישראל (בספרד או בירדן) בנפרד מהבעל והאב המתגורר בישראל. ניתוק זה איננו חוקי משום שהוא פוגע ללא תכלית ראויה, ולכל הפחות באופן בלתי-מידתי, בזכות החוקתית הגרעינית של שני אזרחי ישראל הנמנים על התא המשפחתי: העותר – הזכאי לקיים חיי משפחה בישראל יחד עם אשתו ובתו; הבת – הזכאית לגור יחד עם שני הוריה בארץ אזוריותה, ישראל, ולממש את זכותה לשבת בארץ זו. אמנם הבת זכאית מבחינה רשמית להיכנס לישראל, אך בהיותה פעוטה בת 4 שנים כרוכה היא אחרי אמה, ולכן מבחינה מעשית הסיכוי להתיר את כניסת האם לישראל פירושו גם אי-התרת כניסתה של הבת. פגיעות כה חמורות בזכויות החוקתיות של העותר ושלהבת אינן יכולות להיעשות בשל אותו חשש ערטילאי, המכונה על ידי שר הפנים “ניגוד אינטרסים” של העותרת. דחיית בקשה לאיחוד משפחות אפשרית רק אם התרת כניסת המוזמן ארצה צופנת בתוכה סיכון ביטחוני של ממש. העובדה שאביה של העותרת משמש בתפקיד דיפלומטי מטעם הרשות הפלסטינית אינה יוצרת כל סיכון ביטחוני שמקורו בעותרת, והרי

העותרת היא זו שמבקשת להיכנס לישראל ולא אביה. בכל מקרה, גם אם היה נשקף סיכון ביטחוני מהעותרת, הרי המעמד החוקתי של זכויות העותר והבת חייב את שר הפנים לבחור בפתרון מידתי, שאינו שולל מהעותרים לקיים חיי משפחה נורמליים בארץ האזרחות של שניים מהם. פיתרון כזה יכול להימצא בהכפפת כניסת ושהיית העותרת בישראל להגבלות שיפגו את החשש הנובע ממנה. לא כך נהג השר, שבחר בתוצאה הקיצונית של שלילת אפשרות כניסת העותרת לישראל באופן מוחלט.

3. המשיבים טוענים כי יש לדחות את העתירה הן על הסף והן לגופה. הדחייה המתבקשת על הסף היא בשל חוסר סמכות עניינית. לטענת המשיבים, המעמד המתבקש בישראל לגבי העותרת נובע מהיותה נשואה לאזרח ישראלי. לפיכך יש לראות את הבקשה לאיחוד משפחות ככזו שהוגשה לפי סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952. סעיף זה אינו נכלל בסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים לפי חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000. ההלכה היא שהביקורת השיפוטית על הליך לפי הסעיף האמור מסורה לבית המשפט הגבוה לצדק ולא לבית המשפט לעניינים מינהליים, הגם שנוהל משרד הפנים דורש את קיומו של הליך מדורג בן ארבע שנים וחצי אשר במסגרתו ניתנים למבקש האזרחות רישיונות ישיבה בישראל על פי חוק הכניסה לישראל (בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950).

לגוף העניין טוענים המשיבים כי החלטת שר הפנים הנה החלטה סבירה המבוססת על שיקולים ענייניים. לשר הפנים שיקול דעת רחב ביותר בכואו להחליט האם להעניק רישיון ישיבה בישראל לאזרח ותושב של מדינה זרה. הנישואין כשלעצמם אינם מקנים לבן הזוג הזר זכות ישיבה בישראל. זכות זאת גם אינה מתחייבת מהזכות החוקתית לקיום חיי משפחה, שהרי העותרים יכולים לקיים את חיי המשפחה שלהם מחוץ לישראל. ממילא מתן רישיון ישיבה בישראל לבן הזוג הזר לצורך איחוד משפחות נעשה בשל טעמים הומניטריים ולא מכוח זכות מוקנית בדין. במסגרת שקילת הבקשה מצווה השר לבחון האם מתן הרישיון יפגע בשלום הציבור, בביטחון המדינה או באינטרס חשוב אחר שלה. ניגוד הנאמנויות בו תימצא העותרת בעת שהייתה בישראל, הנובע מכך שאביה נושא תפקיד ציבורי בכיר ברשות הפלסטינית, עשוי לדעת השר לפגוע באינטרסים חשובים של מדינת ישראל, המצויה לעת הזאת בעימות קשה ומתמשך עם הרשות הפלסטינית. הפגיעה הצפויה באינטרסים אלה של המדינה מצדיקה את דחיית הבקשה, על אף שלנוכח גילה של העותרת (שנולדה בשנת 1980 וכיום הנה בת 27 שנים) אין הבקשה נחשמת על ידי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (סעיף 3(2) לחוק; להלן – חוק הוראת השעה).

4. אינני מקבל את טענת חוסר הסמכות העניינית. ההלכה שנקבעה בבג"ץ 2208/02, ועליה נסמכים המשיבים, מתייחסת למצב בו מטרת הבקשה לאיחוד משפחות הנה להקנות בסופו של דבר לבן הזוג הזר אזרחות ישראלית, גם אם הדרך לכך עוברת במתן רישיונות ישיבה בישראל במסגרת ההליך המדורג. במצב כזה, מאחר ש"ההסדר כולו נשלט על-ידי חוק האזרחות, הרי הגשמת מדיניותו של חוק זה היא המונחת ביסוד ההסדר, ואין לתת משקל – לעניין סמכויות השיפוט של בתי-המשפט – לאמצעים החוקיים השונים המגשימים את התכלית הסופית" (שם, עמ' 956). לעומת זאת, כאשר תכליתה הסופית של הבקשה איננה קבלת אזרחות אלא רישיון ישיבה בלבד, אין בעובדה שהמזמין הנו אזרח ישראל כדי להפקיע את העתירה מסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים. כפי שהוסבר שם (בעמ' 957):

"רבות הן הבקשות של קרובים – או בני-זוג לשעבר – לאזרחים ישראלים אשר אינם מבקשים לקבל את האזרחות הישראלית, שכן יודעים הם כי על-פי המדיניות הקיימת זו לא תינתן להם כלל, וכל בקשתם אינה אלא לאשרה ולרישיון לישיבת קבע. אף עניינם של אלה יידון – אם החלטת שר הפנים לא תספק אותם – בבית-המשפט לעניינים מינהליים".

אמנם העותרת הנה בת זוג, ולא קרובה אחרת, של האזרח הישראלי. אולם הנתון הקובע אינו הזיקה המשפחתית אלא המטרה אשר לשמה הוגשה הבקשה לאיחוד משפחות (ראו גם בג"ץ 203/03 סאחורי נ' שר הפנים; בג"ץ 3844/03 אבו סיף נ' שר הפנים). טופס הבקשה המקורית שהעותר הגיש עבור העותרת היה "לקבלת אשרה ורישיון לישיבת קבע בישראל". כך ולא יותר. לא הוגשה בקשה לאזרחות ישראלית. בעתירתם הראשונה ביקשו העותרים שבית המשפט יורה למשיבים להעניק לעותרת רישיון ישיבת קבע או ארעי בישראל. כלל לא הוזכרה שם דרישה לקבלת אזרחות ישראלית. ההסכמה אשר לאורה נמחקה העתירה הראשונה אמרה כי "עניינם של העותרים יובא להחלטה בפני שר הפנים עצמו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952". גם בה לא הוזכר חוק האזרחות, תשי"ב-1952. במכתב אותו העותרים שיגרו לשר הפנים בעקבות אותה הסכמה, הודגש על ידם (בסעיף 3) "הדגש היטב כי הגב' מוגרבי איננה מבקשת לקבל אזרחות ישראלית, לא כעת ולא במועד מוגדר כלשהו בעתיד... כרגע, ובמודע, אין הפניה אלא לקבלת תושבות קבע בארץ, על מנת שהגב' מוגרבי תוכל לדור כאן יחד עם בעלה ובתה הקטינה" (ההדגשה במקור). הדגשה דומה חזרה על עצמה בעתירה הנוכחית, המבהירה (בסעיף 39) כי למרות שעל פי הניתוח המשפטי מוקנית לעותרת זכות להתאזרח בישראל, "אין העותרת חפצה להכביד, בשלב זה, יתר על המידה על המדינה, ומראש מסתפקת היא, לעת הזו, בכך שיורשה לה להיכנס לישראל ולדור עם בעלה" (ההדגשה במקור; ראו גם הערת השוליים אליה מפנה סעיף 39 לעתירה).

מאחר שבקשת העותרים אינה מכוונת להענקת רישיון ישיבה לעותרת בישראל במסגרת הליך מדורג שסופו בקבלת אזרחות ישראלית, אלא יעדם הסופי הנוכחי של העותרים הנו שהעותרת תקבל רישיון ישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, הרי העתירה מסורה לסמכות בית המשפט לעניינים מינהליים. באמרת אגב יצוין כי החל מיום 2.3.08 יוסמך בית המשפט לעניינים מינהליים לדון גם בעתירה שיעדה הסופי הנו קבלת אזרחות ישראלית מכוח בקשה לאיחוד משפחות על פי סעיף 7 לחוק האזרחות (צו בתי משפט לעניינים מינהליים (שינוי התוספת הראשונה לחוק), תשס"ח-2007; ק"ת 6626).

5. נפנה אפוא לבחינת החלטת שר הפנים. כאמור, ההחלטה מעמידה את הזכות של העותר לחיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, מול הצורך של מדינת ישראל במניעת ניגוד אינטרסים בין חובות הנאמנות השונות של העותרת. מסקנת ההחלטה היא שמשקל האינטרסים של המדינה גובר. כבר כאן יש להעיר כי האיזון הנכון צריך היה לקחת בחשבון לא רק את הזכות של העותר לחיי משפחה אלא גם את הזכות העצמאית של הבת, אזרחית המדינה, לגדול בישראל יחד עם שני הוריה (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פסקאות 26, 28 ו-44 לפסק הדין של הנשיא ברק; להלן – פרשת עדאלה). זכות זו כלל לא נלקחה בחשבון במסגרת ההחלטה. בכל מקרה, התייחסותה (המוצדקת) של החלטת השר לזכותו של העותר לקיום חיי משפחה בישראל עם אשתו ובתו, מפריכה מתוכה היא את הטענה המופיעה בכתב התשובה (למשל בסעיפים 57 ו-60) שלפיה איחוד משפחות איננו בגדר זכות מוקנית אלא מיוסד על טעמים הומניטריים גרידא. טענה מעין זו אפשר הייתה יכולה להיטען בימים עברו, בטרם נפסקו ההלכות בפרשת עדאלה ובבג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים (להלן – פרשת אמארה). כיום, לאחר שפסקי דין אלה אמרו את אשר אמרו, ברור כי לא זו בלבד שהזכות של אזרח או תושב המדינה לכך שבן זוגו וילדו יתגוררו יחד עמו בישראל הנה בגדר זכות מוקנית, אלא שמעמדה של הזכות הנו של זכות יסוד חוקתית המשתייכת לגרעין זכות היסוד החוקתית לכבוד האדם. בלשונו של הנשיא ברק בפרשת עדאלה (פסקאות 32 ו-34):

"הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד... אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם... 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 זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו."

ולא רק זכות היסוד לכבוד האדם אלא גם זכות היסוד לשוויון (שם, פסקה 40):

“הן ההגנה על התא המשפחתי בישראל, והן ההגנה על שוויונו של תא זה ביחס לתאים משפחתיים של בני זוג ישראלים אחרים, מצויים בגרעינו של כבוד האדם. איסור ההפליה של בן זוג אחד לעניין קיום התא המשפחתי שלו בישראל ביחס לבן זוג אחר, היא חלק מההגנה על כבוד האדם של בן הזוג המופלה”.

מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל כזכות חוקתית הנגזרת מכבוד האדם הוכר על ידי מרבית שופטי ההרכב בפרשת עדאלה (ראו גם פרשת אמארה בפסקה 10). מעמד זה משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשת איחוד משפחות שמגיש אזרח או תושב המדינה עבור בן זוגו או ילדו. הטעמים לפגיעה כזו נמנו לא אחת בפסיקה. כך, למשל, נאמר כי תנאי לכניסה להסדר המדורג, המהווה תחנת ביניים הכרחית בדרך לאיחוד המשפחות, הנו ש“הנישואין נישואי-אמת הם – ולו לכאורה – ובהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית להמשך שהותו של בן-הזוג בארץ” (בג”ץ 3648/97 סטמקה נ’ שר הפנים, פ”ד נג(2) 728, 785). ועוד: “החלטת שר הפנים בבקשה לאיחוד משפחות מתקבלת לאחר בדיקה פרטנית של עניינם של בני הזוג ומכלול נסיבותיהם. מלבד בדיקת משך הישיבה בישראל, העדר פיקטיביות של קשר הנישואין וקיום מרכז חיים בישראל, נבדק באופן פרטני גם היעדרה של מניעה בטחונית או פלילית לשהייה בישראל ולמתן מעמד חוקי בישראל לבן הזוג הזר” (בג”ץ 1740/04 עיאט נ’ שר הפנים). “מטרת הליכי הבדיקה שנקבעו על-ידי שר הפנים הייתה לוודא שהנישואין כנים, ושאינ מניעה ביטחונית או פלילית להענקת הזכויות” (בג”ץ 7139/02 עבאס-בצה נ’ שר הפנים, פ”ד נז(3) 481, 484). בדיקת העבר הביטחוני והפלילי של בן הזוג המוזמן והסיכון הנשקף ממנו לביטחון המדינה ולשלום הציבור צריכה להיעשות תוך שימת לב לכך שמול אינטרסים אלה ניצבת זכות היסוד לחיי משפחה בישראל. כפי שהובהר בפרשת אמארה (פסקה 11): “על שר הפנים להפעיל את סמכותו זו 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 אדם” (ראו גם פרשת עדאלה בפסקה 58 לפסק הדין של הנשיא ברק). אחת החובות הנגזרות מכך היא ההקפדה על עקרון המידתיות:

“במסגרת שיקול הדעת, על השר לאזן בין הזכות לחיי משפחה של בן הזוג והמשפחה הישראלים מזה לבין האינטרס הציבורי מזה. על האיזון המושג להיות במתחם המידתיות, ולא לפגוע בזכויות אדם במידה שעולה על הנדרש” (בג”ץ 876/07 קייסי נ’ שר הפנים).

בחינת הימצאות האיזון בתוך מתחם המידתיות נעשית באמצעות שלושה מבחני משנה:

“בעניין זה פותחו שלושה מבחני משנה: מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות (במובן הצר). לענייננו, נדרש קשר של התאמה בין המטרה של שמירה על בטחון המדינה ושלום הציבור לבין אי מתן היתר שהייה; נדרש כי האמצעי הננקט – פגיעתו תהא פחותה; לבסוף, נדרש כי האמצעי של אי מתן היתר שהייה יעמוד ביחס ראוי לתועלת הצומחת ממנו לביטחון המדינה ושלום הציבור” (פרשת אמארה, פסקה 11).

6. האינטרס אשר בעטיו ראה שר הפנים לנכון למנוע מהעותר ומהבת לממש את זכות היסוד שלהם לחיי משפחה בישראל, לא נועד להבטיח לא את ביטחון המדינה ולא את שלום הציבור. אמנם שר הפנים קיבל לפני מתן ההחלטה מידע מגורמי הביטחון בנוגע לאביה של העותרת. אולם בעת הדיון בעתירה הבהיר ב”כ המדינה כי מידע זה (אותו הייתה המדינה נכונה להציג לבית המשפט במעמד צד אחד, דבר לו התנגד ב”כ העותרים) אינו מצביע על קשר של אבי העותרת לפעילות ספציפית המסכנת את ביטחון המדינה (עמ’ 17 לפרוטוקול):

“לא התכוונו במסגרת החומר החסוי להראות שאביה עוסק בפעילות טרור, וגם לא משהו קונקרטי לגבי האבא המצביע על עיסוקו בפעילות המסכנת את ביטחון המדינה, פרט לעצם תפקידו הבכיר ברשות ולהשלכות הנובעות מכך”.

בהתאם לכך אישר ב”כ המשיבים (בעמ’ 8 לפרוטוקול):

“לא טענו לסיכון ביטחוני אלא לניגוד אינטרסים”.

טענה המייחסת לאביה של העותרת פעילות פלילית, לא כל שכן פעילות המסכנת את שלום הציבור, לא נשמעה אף היא מצד המשיבים. מהי, אם כן, הסכנה הגלומה באותו “ניגוד אינטרסים” עליו מושתתת ההחלטה? שאלה זו הוצגה בדיון בפני ב”כ המשיבים, אך התשובה שניתנה לה רק חיזקה את הרושם כי מאחורי אותו אינטרס לא עומד חשש קונקרטי המצדיק תגובה דרסטית של שלילה מוחלטת של זכות חוקתית. מסתבר כי חששם של המשיבים איננו שהעותרת תירתם לביצוע מעשים הפוגעים בביטחון המדינה או בשלום הציבור. וכי כיצד ניתן לייחס חשש כזה לעותרת שעה שאפילו כנגד אביה אין בנמצא מידע הקושר אותו לפעילות נגד ביטחון המדינה או שלום הציבור? החשש הוא שעצם הנוכחות של העותרת בישראל תוביל לקידום אינטרסים העומדים בסתירה לאינטרסים של מדינת ישראל. הכיצד? גם כאן לא נשמע הסבר ברור ומוגדר מצד המשיבים. כל שניתן היה להבין מטיעונם הוא שקיים חשש לכך שהרשות הפלסטינית תפיק תועלת במישור התדמייתי או הפוליטי מהעובדה שבתו של נושא תפקיד בכיר ברשות קיבלה היתר לשהות בישראל (עמ’ 17-18 לפרוטוקול).

7. גם אם חשש זה נכון, ניתן לפקפק ברלוונטיות שלו במסגרת החלטה בבקשה לאיחוד משפחות. עד כה למדנו בהלכה הפסוקה כי ניתן לדחות בקשה כזאת בשל סיכון הנשקף

מהמוזמן במישור הביטחוני או הפלילי. ככל שידיעתי מגעת, "מניעה תדמיתית" (או בלשון ב"כ המשיבים בדיון: "רטורית") טרם הוכרה כעילה לגיטימית לסירוב בקשה לאיחוד משפחות. אמנם היו מקרים בהם בית המשפט העליון אישר סירוב לאיחוד משפחות שנבע מהעסקתו של המוזמן ברשות הפלסטינית (בג"ץ 3373/96 זעאתרה נ' שר הפנים; בג"ץ 2898/97 עטיה נ' שר הפנים). אולם כמדומה כי פסיקה זאת מיוסדת על החשש הביטחוני הנעוץ בעובדה שעובד ברשות (אפילו בתחום שאיננו ביטחוני) יורשה לשהות בישראל (בבג"ץ 3373/96 אף דובר במפורש בכך זוג מוזמן שהיה פעיל במנגנוני הביטחון של הרשות). חשש זה אינו מתקיים לגבי העותרת, שאינה עובדת ברשות; שאין טענה על קשר ישיר כלשהו בינה לבין הרשות; ושגם לדברי המשיבים אין היא נחשדת בסיכון ביטחון המדינה. ראה לכך תילמד מסעיף 33 לחוק הוראת השעה (שלפי שיטת המשיבים חל על העותרת הנחשבת ל"תושב אזור" לצורך החוק). סעיף זה מאפשר לדחות בקשה לאיחוד משפחות "אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל". על הוראה זו נאמר בפרשת אמארה (סעיף 9) כי היא "מעגנת, בעיקרו של דבר, את הפרקטיקה שנהגה גם קודם לחקיקת החוק, במסגרת הפעלת שיקול דעת שר הפנים בטיפול בבקשות איחוד משפחות". הוראה זו מאפשרת לזקוף לחובת המוזמן את חטאו של בן משפחתו רק כאשר מונחת בפני שר הפנים או מפקד האזור חוות-דעת של גורמי הביטחון המוסמכים לפיה בן המשפחה של המוזמן עלול לסכן את ביטחון המדינה. אין בנמצא הוראה מקבילה לגבי מצב בו בן המשפחה של המוזמן (להבדיל מהמוזמן עצמו) מעורב בפעילות פלילית או מדינית שאינה נוגעת לתחום הביטחוני. בהתחשב בכך, אין לשלול השקפה הגורסת כי רק סיכון ביטחוני מאפשר לדחות בקשה לאיחוד משפחות בשל טעם הנעוץ באדם אחר שאיננו המוזמן עצמו. כאמור, במקרה שלפנינו לא הוצגה בפני שר הפנים חוות-דעת המצביעה על עיסוקו של אבי העותרת, המשמש דיפלומט ברשות הפלסטינית, בפעילות המסכנת את ביטחון המדינה.

8. חרף זאת, הרי שלצורך ההכרעה במקרה שלפנינו אין צורך לקבוע מסמרות בשאלה האם תפקיד בכיר ברשות הפלסטינית של בן משפחת המוזמן יכול לשמש – הוא כשלעצמו ובלא שקיים מידע ביטחוני לגבי המוזמן או לגבי אותו בן משפחה – שיקול ענייני במסגרת בקשה לאיחוד משפחות. גם אם נניח כי מדובר בשיקול ענייני, עדיין אין הוא עומד בפני עצמו. מולו ניצבת הזכות החוקתית של המזמין (ובמקרה שלפנינו גם של הבת) לחיי משפחה משותפים בישראל עם בן זוגו המוזמן. הקשיים שפורטו לעיל בכל הנוגע להסתמכות על הנימוק העמום של "ניגוד אינטרסים" שאינו כורך בתוכו סיכון ביטחוני או פלילי, משליכים ללא ספק אם לא על עצם הרלוונטיות של הנימוק, לפחות על אופן האיזון בינו לבין הזכות לחיי משפחה ועל יישום מבחני המשנה של המידתיות במסגרת האיזון. גם אם מדובר בשיקול לגיטימי



(ועדיין לא אמרתי שכך הוא הדבר), מעמדו ועוצמתו נחותים באופן ממשי מהמעמד ומהעוצמה של שיקול הנעוץ בסיכון ביטחוני או פלילי. ממילא חלה על שר הפנים חובה כפולה ומכופלת, בהתאם למבחני המשנה השני והשלישי של עקרון המידתיות, להימנע ככל הניתן מסיכול גורף של הזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל, ולהעדיף את הפיתרון הפוגע בזכות זו באופן מינימלי תוך שמירה על יחס ראוי אל מול תרומתה של הפגיעה למניעת אותו "ניגוד אינטרסים".

9. החלטת שר הפנים מיום 15.1.07 קובעת כי הצורך של מדינת ישראל במניעת "ניגוד האינטרסים" גובר על "זכותו של מר מוגרבי לקיום חיי משפחה עם אשתו ובתו בישראל". מתחם שיקול הדעת של שר הפנים בענייני מינהל אוכלוסין, שהינו רחב במיוחד שעה שמדובר בהערכת מסוכנות, היה עשוי להצדיק הימנעות מהתערבות בקביעה זו אילו החשש היה לסיכון ביטחוני או פלילי הנשקף מהעותרת. לא כן משעה שמדובר בחשש שאינו כורך בתוכו אף לא אחד מסיכונים אלה, אלא חשש מעורפל לאינטרסים של המדינה במישור התדמיתי או הפוליטי. חשש כזה אינו גובר בצורה מוחלטת על הזכות החוקתית לחיי משפחה בישראל. אפילו כאשר מדובר בסיכון ביטחוני, חובה לשקול את מידת ההסתברות של התממשות הסיכון אל מול הוודאות של הפגיעה בחיי המשפחה:

"חברה החפצה לשמור על ערכיה הדמוקרטיים והמבקשת לקיים משטר דמוקרטי גם בתקופת טרור ולחימה, אינה רשאית להעדיף את הזכות לחיים בכל מקרה בו היא מתנגשת עם השמירה על זכויות האדם. חברה דמוקרטית נדרשת למלאכה המורכבת של האיזון בין הערכים המתנגשים. איזון זה, מעצם טבעו, כולל בתוכו מרכיבים של סיכון ומרכיבים של הסתברות... בהסתכלות זו ההשוואה בענייננו אינה בין חיים לבין חיי משפחה. ההשוואה הינה בין הסיכון לחיים ומידת ההסתברות לפגיעה בהם לעומת הוודאות שבפגיעה בחיי המשפחה" (פרשת עדאלה, פסקאות 111-112 לפסק הדין של הנשיא ברק).

אם כך הדבר כאשר החשש הוא לפגיעה בחיים, לא כל שכן שכך הדבר כאשר האינטרס העומד על כפות המאזניים מול הפגיעה בזכות החוקתית נוגע לצרכים התדמיתיים או הפוליטיים של המדינה. שלילה מוחלטת של הזכות החוקתית בעטיים של צרכים כאלה אפשרית, אם בכלל, רק כאשר הפגיעה בהם הנה מוחשית, קרובה וברורה. זכות חוקתית אינה ניתנת לפגיעה גורפת ובלתי-מתפשרת לצורך הגשמתו של אינטרס ציבורי עמום ובלתי-מוגדר הן מבחינת מהותו והן מבחינת סיכווי ומועד הפגיעה הצפויה בו, כפי שהדבר הוא בענייננו לנוכח ההסברים שניתנו על ידי המשיבים בהתייחס לאותו "ניגוד אינטרסים". בידוע הוא כי "כל אימת שדנים בשלילת זכויות קיימות או בשלילתן של זכויות יסוד" אין הרשות המינהלית רשאית לקבל החלטה השוללת אותן אלא על יסוד ראיות "ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות" (בג"ץ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד לט(1) 309, 327). "פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד" (בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב

(1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, 425). "סבירות ההחלטה היא פונקציה של הערכים המעורבים בהחלטה. על-כן, אם שיקול הדעת המינהלי עשוי לפגוע בזכויות אדם נדרשות ראיות משכנעות ומהימנות, שאינן מותירות כל ספק" (בג"ץ 680/88 שניצר נ' הצנזור הצבאי הראשי, פ"ד מב(4) 617, 637). מהתיאור שניתן על ידי ב"כ המשיבים לגבי תוכן המידע ששימש יסוד להחלטה, ובכלל זה המידע החסוי, עולה כי אין בו כל התייחסות קונקרטית לפעילות צפויה של העותרת (ביודעין או שלא ביודעין) העלולה לפגוע באינטרסים של המדינה, אלא רק לתפקיד של אביה ברשות הפלסטינית. מידע שכזה אינו מספיק לשם שלילה מוחלטת של זכות חוקתית.

אכן, החלטת שר הפנים אינה מזכירה כי מדובר בזכות חוקתית; ולחסר זה בהחלטה נודעת משמעות מהותית המשליכה על היחס שבין האינטרסים העומדים משני צידי המתרס. החלטת השר גם אינה מזכירה את הזכות (החוקתית) של הבת למגורים בישראל, מדינת אזרחותה, יחד עם שני הוריה. ביודענו כי מדובר בזכות חוקתית כפולה של שניים מהעותרים, אין זה מידתי לומר כי היא נדחית באופן גורף מפני הרצון למנוע שימוש לרעה כלפי המדינה בייחוס המשפחתי של העותרת, שימוש שאינו כרוך בענייני ביטחון או פלילים. בנסיבות כאלה, הזכות החוקתית אינה נדחית לגמרי, אלא חובה למצוא דרך שתותיר לה קיום באופן השומר על פרופורציה ראויה בין מידת הפגיעה בזכות לבין התועלת הציבורית הצומחת מהפיקוח על כך שהימצאות העותרת בישראל לא תנוצל לפגיעה באינטרסים של המדינה. הדרך היא הגבלת השהייה של העותרת בישראל לפרקי זמן קצובים, אשר במהלכם יתקיים מעקב שוטף אחרי ההשלכות הנודעות לשהייה זאת בכל הנוגע לאינטרסים של המדינה, תוך שמירת זכותו של שר הפנים לסרב להאריך את רישיון השהייה אם יתברר כי היא נוצלה לפגיעה באינטרס ממשי של המדינה.

10. כאמור, העותרת רשומה במרשם האוכלוסין של האזור. משכך, ועל אף שלא נסתרה טענתה כי היא לא התגוררה מעולם באזור ולא שהתה בו אלא ימים ספורים בכל משך ימי חייה, היא נחשבת ל"תושב אזור" בהתאם לחלופה הראשונה של הגדרת המונח בסעיף 1 לחוק הוראת השעה: "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור" (ראו עמ' 5 לפרוטוקול, שם חזרו בהם העותרים מהטענה כי העותרת אינה נחשבת ל"תושב אזור" לצורך החוק). בהיותה מעל לגיל 25 שנה, רשאי שר הפנים לאשר לתת לה היתר שהייה על ידי מפקד האזור "לשם מניעת הפרדתה מבן זוגה השווה כדין בישראל" (סעיף 3(2) לחוק). בהתחשב בכל השיקולים שפורטו, אני מקבל את העתירה במוכחן זה ששר הפנים מחויב לאשר מתן היתר מת"ק לעותרת, בשלב זה למשך 6 חודשים.

העותרים לא העלו דרישה לפסיקת הוצאות. משכך, וגם בהתחשב בנסיבות נוספות הנוגעות לתיק, החלטתי להימנע מעשיית צו להוצאות.

ניתן היום ד' בטבת תשס"ח (13 בדצמבר 2007) בהעדר הצדדים.  
המזכירות תמציא העתקים לב"כ הצדדים.

---

משה סובל, שופט