



CENTER FOR
THE DEFENCE OF
THE INDIVIDUAL

המוקד להגנת הפרט

مركز الدفاع عن الفرد

רחוב אבו עוביידה 4
ירושלים 97200
טל. 02.6283555
פקס. 02.6276317

شارع أبو عبيده 4
ألقدس 97200
هاتف. 02. 6283555
فاكس. 02. 6276317

mail@hamoked.org.il
www.hamoked.org.il

תאריך: 10.1.2016
בתשובה נא לציין: 90902

ביד:

לכבוד
הגב' ליאת מלמד,
ראש ענף מעמד ואשרות
לשכת רשות האוכלוסין וההגירה
וואדי ג'וז 49
ירושלים המזרחית

שלום רב,

הנדון: טיעונים בכתב כנגד הודעה על כוונה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות

ע"ש מר חטיב, ת"ז

עבור בת זוגו הגב' חטיב, ת"ז

בקשת אחמ"ש 591/99

הודעה מיום 27.11.2015

מכתבכם מיום 23.12.2015

1. משפחת חטיב ייפתה את כוחם של פרקליטי המוקד להגנת הפרט (להלן: **המוקד**), לטפל בענייניו מול הרשויות הישראליות.
2. ביום 23.12.2015, התקבל במשרדנו מכתבכם ובו מוזמנים בני הזוג חטיב להגיש את טיעוניהם בכתב ובעל פה כנגד הודעתכם (להלן: **ההודעה**) בדבר הכוונה לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות, הודעה אשר שהתקבלה אצלם באמצעות הדואר ביום 27.11.2015, ואשר נוסחה כדלקמן:
3. **הריני להודיעך כי לאור המידע שהתקבל מגורמי הבטחון, אנו שוקלים לסרב את בקשת איחוד המשפחות שבנדון מהטעמים המפורטים להלן:**
4. **בנכם _____ עאדל בקר חטיב, ביצע ביום 12.10.2015 פיגוע דקירה סמוך לשער האריות בירושלים, במסגרתו דקר לוחם משמר הגבול, אך באורח נס סכיניו של המפגע גרמה לפציעתו הקלה בלבד. מספר שוטרים שהיו במקום ביצעו ירי ונטרלו את המפגע, בנכם, אשר נהרג במהלך ההשתלטות עליו.**
5. בעניינה של הודעה זו, ולצד הטיעונים שבעל פה, אנו מתכבדים להגיש בזאת את טיעונינו בכתב.
6. ההודעה מצ"ב ומסומנת א.

עניינם של מרשיי

7. מרשי הוא תושב קבע במדינת ישראל, אשר מזה זמן קצר וכפי שיפורט מיד, מתגורר עם בת זוגו וילדיהם, בשכונת וואדי אל ג'וז שבירושלים.

8. בשלהי שנת 1996 חתם מרשי על חוזה נישואין עם הגב' _____, תושבת האיזור אשר נולדה בירושלים, ובשנת 1997 נישאו מרשיי זה לזו.
9. העתקי תעודת הלידה של מרשתי וחוזה הנישואין מצ"ב ומסומנים בהתאמה ב-ג.
10. בשנים שלאחר נישואיהם ועד לשנת 2002 התגוררה משפחת חטיב, בשכירות, בשכונת צור באהר שבירושלים. משנת 2002 ועד לשנת 2015 התגוררה המשפחה בדירות שכורות בשכונת ג'בל מוכבר. דא עקא, בעקבות האירוע בו נהרג בנם _____, האירוע שבגיניו הודע למרשיי כי בכוונתכם לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות, נאלצה המשפחה לעזוב את הדירה השכורה בה התגוררו עד אותה עת, והם עברו להתגורר בדירה שנשכרה בשכונת וואדי אל ג'וז על ידי ארגון האו"ם – UNDP – ואשר הוקצתה למגוריו של מרשי המועסק בארגון מזה מספר שנים.
11. העתקי חוזה השכירות הנוכחי, עבור הדירה בה מתגוררת משפחת חטיב ואישור המעיד על העסקתו של מרשי בארגון האו"ם – UNDP – מצ"ב ומסומנים בהתאמה ד-ה.
12. ברבות השנים נולדו למרשי וזוגתו שלושה ילדים: _____ יליד 28.3.1998, _____ יליד 16.11.2004 (כיום בן 12) ובתם _____ ילידת 26.12.2006 (כיום בת 9). ילדיהם של מרשיי נולדו בירושלים ונרשמו לאחר לידתם כתושבי קבע בישראל.
13. צילום ספח תעודת הזהות של מרשי בה רשומים ילדיו ותעודות הלידה שלהם, מצ"ב מסומן ו.
14. עוד יודגש, כי מרכז חיי משפחת חטיב נמצא בכל מובן בירושלים: המשפחה חיה בעיר ומתפרנסת בה מעבודתו של מרשי במסגרת ארגון האו"ם, כאמור לעיל, הילדים שנולדו כולם בירושלים גדלים ומתחנכים במוסדות לימוד בירושלים וגם המוסד לביטוח לאומי מכיר במרשי ובילדיו כתושבי קבע ישראל.
15. העתקי מסמכים המעידים על מרכז חיי משפחת מרשיי בירושלים מצ"ב ומסומנים ז.
16. ביום 12.12.1999 הגיש מרשי לרשות האוכלוסין וההגירה בקשה לאיחוד משפחות עם אשתו. מאחר וכאמור אין חולק כי מרכז חיי משפחת חטיב הינו בירושלים, והואיל ולא נמצאה כל מניעה פלילית או ביטחונית בעניינם, אושרה הבקשה בשנת 2001. מני אז ואילך קיבלה גב' חטיב היתרי שהייה מתחדשים בישראל באופן סדיר.
17. העתקי קבלה על הגשת הבקשה לאיחוד משפחות ואישורה ורשימת אישורים והיתרי מת"ק עבור מרבית התקופה בה שוהה הגב' חטיב בישראל, מצ"ב ומסומנים ח.

הפיגוע וההודעה שנשלחה למרשיי בעקבותיו

18. ביום 12.10.2015 ביצע בנם בן ה-17 של מרשיי, _____, פיגוע דקירה כושל בסמוך לשער האריות בירושלים. יודגש, כי הוריו, שהינם אנשים נורמטיביים, אינם יודעים את נפשם מאז מותו של בנם, וזאת הן מעצם מות בנם והן נוכח הנסיבות הטראגיות בהן מצא את מותו. עוד יודגש, כי למרשיי לא היה כל קשר למעשהו של בנם ואף לא הייתה להם כל ידיעה מוקדמת בדבר כוונותיו של בנם לבצע פיגוע, ככל שהיו לו כוונות מוקדמות שכאלו. לבסוף יצוין, כי מעבר לחקירה ראשונית שנערכה למרשיי בעקבות פנייה יזומה מצידם למשטרת ישראל, לאחר שהגיעו לאזניהם השמועות כי ייתכן ובנם בן ה-17 היה מעורב בפיגוע, לא נערכה להם כל חקירה על ידי גורמי הביטחון, עניין המעיד אף הוא לכאורה, על אי מעורבותם ואי ידיעתם על האירוע המצער בו היה מעורב בנם.

19. זאת ועוד. אף הודעתכם שבנדון אינה מציינת כל נימוק שבכוחו להצדיק את כוונתכם לסרב לבקשתם של מרשיי, למעט עובדת היותם הוריו, של קטין, שביצע מיוזמתו וללא ידיעת הוריו, פיגוע כושל. יודגש כי ההודעה אף אינה קובעת כי צצה לפתע מניעה פלילית או ביטחונית בנוגע למרשיי, כי מרכז חיי המשפחה חדל להיות לפתע בירושלים ואף לא כי צץ ספק באשר לכנות נישואיהם של מרשיי. מכל הטעמים הללו מוגש בזאת טיעון בכתב זה.

פסלות ההודעה

20. כפי שיפורט להלן, ההודעה שבנדון, אינה עולה בקנה אחד עם החקיקה, הפסיקה ונהלי הרשות הקיימים בעניין סירוב מטעמים ביטחוניים. בנוסף ייטען, כי בנסיבות עניינם של מרשיי שפורטו לעיל, מדובר בכוונה למתן החלטה שאינה סבירה ואינה מידתית הניתנת בסתירה לעיקרון טובת הילד ותוך פגיעה חמורה בזכותם של מרשיי לחיי משפחה. כמו כן ייטען להלן כי בבסיס ההודעה שבנדון עומדים שיקולים זרים. זאת, מכיוון שמדובר בכוונה שכל עניינה אינו אלא ענישה ופגיעה בחפים מפשע שלא היו מעורבים במעשה ואף לא הייתה להם כל ידיעה מקדימה באשר לביצוע המעשה המיוחס לבנם. מדובר אם כן, בצעדי ענישה קולקטיבית כלפי חפים מפשע מטעמי נקמה גרידא. נפנה לדברים כסדרם.

21. ההודעה אינה מתיישבת עם הוראת השעה

22. הודעתכם שבנדון אינה עולה בקנה אחד עם הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת עשה) תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**).

23. סעיף ד' להוראת השעה קובע כי:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א3, 3ב(2) ו-3(3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, **אם קבע שר הפנים** או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, **כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל**; בסעיף זה"ב, בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם. לענין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

24. כאמור לעיל, בעניינם של מרשיי, לית מאן דפליג שלא חטאו ולא פשעו. לא על ידי משטרת ישראל, לא על ידי שבי"כ ואף לא רשות האוכלוסין נטען כי מרשיי היו מעורבים במעשהו של בנם בכל צורה שהיא, או כי הייתה להם ידיעה מוקדמת בדבר כוונותיו של בנם לבצע את מעשהו – ככל שהיו לו כוונות מוקדמות שכאלו. בנם של מרשיי, שבגינו בהתאם ניתן היה לטעון לכאורה לפי ס' ד' להוראת השעה, למניעה ביטחונית כלפי הוריו, כבר אינו בין החיים.

25. משכך, והואיל ונחזה כי לא מתקיימים בעניינם של מרשיי הטעמים הבסיסיים הנדרשים לביסוס והצדקת מניעה הביטחונית קרי: הימצאות תושב אזור, מבקש אחר או בן משפחה אחר העלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, הרי שהכוונה לסרב לבקשתם של מרשיי מהטעמים המצוינים בה, אינה עולה בקנה אחד עם האמור בהוראת השעה.

ההודעה אינה מתיישבת עם הוראות נוהל "הערות גורמים"

26. הודעתכם אף אינה עולה בקנה אחד עם נוהל רשות האוכלוסין שמספרו 5.2.2015 וכותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות למעמד בישראל מכח קשר זוגי עם ישראלי" (להלן: **הנוהל**). שכן, בעניינם של מרשיי לא מתקיימים התנאים הבסיסיים הנדרשים לסירוב לבקשה כפי שאלו נקבעו בסעיפים 3.3-3.4. לנוהל. סעיפים אלו, שנכתבו על ידי רשות האוכלוסין למקרים כגון זה שלפנינו, קרי; מקרים בהם עולה הכוונה לסרב לבקשה מטעמים פליליים או ביטחוניים תוך כדי ההליך המדורג, אינם כוללים הוראה המאפשרת להעניש בן משפחה אך ורק בשל קרבתו לאדם שכבר אינו בין החיים, וממילא אינו מהווה סכנה ביטחונית עוד. להלן הסעיפים מתוך הנוהל:

3.3 תוך כדי ההליך המדורג – טעמים הקשורים בבן הזוג

המוזמן (הזר)

... 3.3.2. מב"ד:

ככלל כאשר כנגד בן הזוג המוזמן תלויים ועומדים תיקי מב"ד אשר נפתחו במהלך ההליך המדורג, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני בהתאם לסוג העבירה, חומרתה, חומרת תוצאותיה, מספר העבירות שבגינן נפתחו התיקים וכד'. לאחר קבלת החלטתה תשלח ראש הדסק למבקש מכתב מנומק ומפורט.

3.3.3 מידע מודיעני

ככלל, כאשר בידי הגורמים מצוי מידע מודיעני בנוגע למעורבותו של בן הזוג המוזמן, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני בהתאם להיקף המעורבות, לחומרת המעורבות וכד'. לאחר קבלת החלטתה תשלח ראש הדסק למבקש מכתב מנומק ומפורט.

3.4 תוך כדי ההליך המדורג – טעמים הקשורים בבן הזוג

הישראלי

3.4.1 כאשר המבקש, תוך כדי ההליך המדורג נכנס למעצר/מאסר ו/או תלוי ועומד כנגדו תיק, אשר בגינו צפוי להיגזר כנגד המבקש בזמן הקרוב מאסר ממושך, או שהוא עצור עד תום ההליכים, תועבר הבקשה להחלטת ראש הדסק אשר תפעיל שיקול דעת פרטני בהתאם לנסיבות. עובדת המעצר/מאסר תילקח בחשבון בין היתר יישקלו: משך הזמן שחלף מאז אישור הבקשה, משמורת על קטינים, מידת הזיקה לישראל, מרכז חיים בישראל והעדר מניעה פלילית או ביטחונית נוספת לסירוב הבקשה וכד'.

27. הנה כי כן, הודעתכם שבנדון, לפיה בכוונתכם להעניש את מרשיי בגין מעשהו של בנם בן ה-17, מעשה שלא נטען כי למרשיי היה בו יד או רגל, לא זו בלבד שאינה עולה בקנה אחד עם האמור בהוראת השעה, אלא שהיא אף אינה מתיישבת עם הנקבע בנוהל.

בבסיס הכוונה לסרב עומדים שיקולים זרים

28. משפחת מרשיי נענשת אפוא על ידכם בגין מעשהו של אדם אחר, למטרת נקם גרידא ולמען יראו וייראו.

29. מדובר בשיקולים שהינם זרים להליך איחוד המשפחות. שכן, ברי כי שקילה טהורה של השיקולים הרלוונטיים להליך איחוד המשפחות כנקבע בהוראת השעה ובנוהל, הייתה מביאה בהכרח למסקנה הברורה מאליה, כי על אף עניינו של בנם, ובפרט נוכח העובדה כי הוא אינו עוד בין החיים, הרי שיש להמשיך ולאשר את בקשת מרשיי לאיחוד משפחות.

30. באשר לנפקות שקילתו של שיקול זר, עמדת הפסיקה ברורה. כבר לפני למעלה משלושה עשורים קבע השופט י' כהן, כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון "האם הייתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות, ואם כך היה הדבר, הרי יש לפסול את מעשה הרשות." (בג"ץ 392/72 אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה פ"ד כז(2), 764, 773).

31. משכך, והואיל ונחזה כי השיקולים העומדים ביסוד הכוונה לסרב לבקשתם של מרשיי הינם שיקולי נקמה, ענישה והרתעה, הרי שמדובר בשקילת שיקולים זרים שלא כדין. עמד על כך בית המשפט העליון, בפרשה שעסקה בתיחום מגוריו של אדם בשטח הנמצא תחת כיבוש. באותה פרשה קבע הנשיא א' ברק כי לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם, ממנו לא נשקפת כל סכנה, רק משום שהדבר יביא להרתעתם של אחרים:

32. נמצא, כי ביסוד הפעלת שיקול הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. **אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו לא נשקפת כל סכנה, אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים.** כמו כן, אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב לא נשקפת ממנו כל סכנה. על כן, אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו. **לא ניתן לתחם את מקום מגוריו של בן משפחה תמים שלא שיתף פעולה עם פלוני, או של בן משפחה לא תמים אשר לא נשקפת ממנו סכנה לאזור.** זאת, גם אם יוכח כי תיחום מקום המגורים של בן המשפחה עשוי להרתיע מחבלים אחרים מביצוע פעולות טרור. (בג"ץ 7015/02 עג'ורי ואח' נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית ואח', תק-על 2002(3), 1021, עמ' 1029). (ההדגשות הוספו, ב.א.).

33. סירוב לבקשה לאיחוד משפחות של מרשיי בנסיבות המפורטות לעיל אינו אלא ענישה קולקטיבית המנוגדת לאחד מכללי הצדק הבסיסיים ביותר – האיסור על הענשת אדם בשל מעשים שביצע אדם אחר. כלל זה עומד בבסיסה של כל שיטת משפט ושורשיו נטועים עמוק גם במקורותינו. ספר דברים מבטא תפישה זו באופן המפורש ביותר:

לא יומתו אבות על בנים ובנים לא יומתו על אבות, איש בחטאו יומתו. (דברים כד, טז).

הנביאים ירמיהו ויחזקאל חוזרים אף הם על הכלל כי בן משפחה אחד לא ישא בעונו של בן משפחה אחר:

הנפש החוטאת היא תמות. בן לא יישא בעוון האב, ואב לא ישא בעוון הבן, צדקת הצדיק עליו תהיה, ורשעת הרשע עליו תהיה" (יחזקאל יח, כ).

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

34. המשמעות הקשה שיש לכוונתכם לסרב לבקשה איחוד משפחות על חיי משפחות מרשיי כולה, ברורה. במשיכת קולמוס אחת הפכה הגב' חטיב, רעיה ואם לשני ילדים קטנים בגילאי 9-12 בהתאמה, השוהה בישראל במשך שנים רבות מאוד באופן חוקי, למי שדינה אחד – גירוש. כתוצאה מכך, מיום קבלת ההודעה שרויה המשפחה בחרדה עמוקה ובמתח מתמיד, המלווה את חוסר הוודאות בדבר מעמדה של אם המשפחה. ברור, כי הודעתכם משפיעה באורח קשה ביותר גם על ילדיהם הקטנים של מרשיי, שביטחונם האישי והחרדה מפני גירושה של אימם מביתם, פוגעת בהם באופן עמוק וקשה ביותר.

35. כוונתכם לסרב לבקשה קשה שבעתיים נוכח העובדה כי מדובר במי שחיה בישראל באופן חוקי שנים כה רבות באופן רציף, תוך שהיא לוקחת חלק בהליך לאיחוד משפחות ומקבלת היתרי שהייה בישראל. במהלך תקופה זו נולדו למרשיי ילדיהם, תושבי קבע ישראל. כאן מתגוררת המשפחה. כאן מתחנכים הילדים, כאן מפרנס מרשי את משפחתו כאן מתנהלים כל חייהם. מרכזי חיי המשפחה הוא אפוא, בכל מובן אפשרי – בירושלים. ההשלכה המידית של יישום הכוונה ומתן החלטה סופית המסרבת לבקשתם, היא עקירתה של מרשתי מישראל, וקריעתה מעל בן זוגה וילדיה, ולחלופין, תגלה יחד עימה משפחתה כולה, בניגוד לרצונה, אל מחוץ לעירה ירושלים.

הפגיעה בזכות לחיי משפחה ואי העמידה בדרישה לפגיעה מידתית

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' 15 לפס"ד של כבוד השופטת פרוקצ'יה, פורסם בנבו, 22.2.10, להלן: עניין דקה).

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

36. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל. כל זאת, בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על רשות האוכלוסין חובה מוגברת, להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך.

37. **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.

38. ברם, ככל הגבלה על זכות יסוד, החלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות **צריכה להיעשות במסגרת כללים של סבירות ומידתיות**, ותוך מתן משקל ראוי לחשיבות זכות היסוד הנפגעת.

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

40. כובד משקלן הנדרש של הראיות עליהן מבוססת ההחלטה המינהלית תלוי במהות ההחלטה. על משקלן של הראיות לשקף את חשיבות הזכות או האינטרס הנפגעים מן ההחלטה ואת עוצמת הפגיעה. היותה של החלטת המשיב פוגעת בזכויות יסוד של המשיגים, מחייבת את המשיב לסמוך את החלטתו על הערכות ונתונים כבדי משקל (ר' ע"ב 2/84 **ניימן נ' ועדת הבחירות המרכזית**, פ"ד לט(2) 225, 249-250).

41. יפים לעניין זה דבריה של כב' הנשיאה בדימוס, השופטת בייניש, בפסק הדין **בעניין דקה** :

אוסוף עוד, כי גם אם על-פי דעת הרוב בפסק דינו של בית משפט זה בעניין עדאלה התשתית העקרונית המונחת ביסוד הסעיפים הנדונים אינה מעידה על קושי חוקתי מובנה, עדיין - ולכך התייחסה חברתי בהרחבה - אין ניתן להתעלם מכך כי כל החלטה שלא להתיר שהייתו בישראל של בן זוג זר לישראלי פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה, כפי שנדונה בהרחבה ונתבססה במסגרת עניין עדאלה (וראו למשל: פסקאות 6-7 לפסק דיני), וככזו מחייבת בחינה זהירה של כל החלטה כאמור. בהקשר זה נקבע בעניין אמארה, והדברים יפים אף לענייננו, כי על שר הפנים להפעיל סמכותו בהתאם להוראות סעיף 3ד "על פי עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי. עליו להפעיל סמכויות המאפשרות לפגוע בזכויות יסוד חוקתיות על פי אמות המידה הקבועות בפסקת ההגבלה שבחוקי היסוד בעניין זכויות האדם... **קביעת שר הפנים מכוח סעיף 3ד צריכה לעמוד, איפוא, בדרישת המידתיות.**

כך למשל, על מנת שההחלטה שלא להאריך רישיון ישיבה שהוענק בעבר נוכח סירוב ביטחוני שמקורו בבן משפחה מדרגה קרובה של המבקש תעמוד במבחני המידתיות, מוטלת על שר הפנים החובה לערוך בחינה מדוקדקת וקפדנית של מכלול הראיות המינהליות הניצבות בפניו על-בסיסן מבקש הוא להגדיר את היקף ומידת הסיכון הפוטנציאלי הנשקף מן הזר עבורו מבקש המעמד, ולהוכיח באמצעות ראיות מינהליות משמעותיות כי אכן נשקף סיכון בטחוני ממבקש המעמד בשל הסיכון הנשקף מבן משפחתו (וראו גם, פסקה 17 בעניין אמארה). בהקשר זה מאמצת אני את דברי חברתי בפסקה 41 לפסק דינה באשר למכלול הנתונים שראוי לשקול במסגרת הערכת המסוכנות הנשקפת מן המבקש, כמו גם באשר למשקל המתאים שיש לייחס בהערכת עוצמת הסיכון למידע בטחוני המצביע על סיכון בטחוני ישיר מן המבקש לבין זה המצביע על סיכון עקיף הימנו, בשל קרובי משפחתו.

וכן :

הציפייה הקונקרטית למימוש הזכות למשפחה במקום שניתן היתר איחוד משפחות בעבר ומבקשים את חידושו אינה דומה בעוצמתה לציפייה להיתר במקום שטרם ניתן היתר כזה בעבר.

וכן :

ניכר כי ציפייתם של בני זוג לחידוש היתר ישיבה מקום שהותר להם להתאחד בעבר בישראל, הינה בעלת עוצמה גדולה. עוצמה זו גוברת על עוצמת הציפייה של בני זוג שטרם הותר להם בעבר להתאחד, ובקשתם לאיחוד משפחות טרם נענתה עובר למועד הקובע. כמו כן, לגבי משפחה שאיחודה הותר בעבר, יתכן שוני בעוצמת הציפייה בין משפחה המתגוררת בישראל שנים רבות והשתרשה בחיי הארץ, ולה מספר ילדים הגדלים ומתחנכים בארץ, לבין זוג צעיר שזה עתה התאחד, המצוי בישראל תקופה קצרה, טרם הספיק לבנות תא משפחתי שלם ולהתערות בעבודה ובחיי הארץ.

... 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.
(ס' 24 לפסק דינה של כב' השופטת פרוקצ'יה)
(ההדגשות הוספו, ב.א.).

42. ובפסקה 33 לפסק דינה של כב' השופטת א' פרוקצ'יה :

משמעות סירובו של הגורם המוסמך להעניק או לחדש תוקף של רישיון ישיבה בישראל לבני זוג הנכנסים לגדר הוראות המעבר של חוק הוראת השעה בגדר הליך לאיחוד משפחות, היא מניעת זכותם של בני המשפחה הישראלים – בן או בת הזוג, והקטינים הישראליים – מלקיים חיי משפחה מאוחדים בישראל. [...] לאור זאת, אופן הפעלת הסמכות מותנה בעמידה במבחנים חוקתיים. שאלת המפתח היא האם מתקיימת דרישת המידתיות באופן הפעלת הסמכות על-פי חוק הוראת השעה, מקום שהיא כרוכה בפגיעה בזכות יסוד למשפחה להגשמת צורך ביטחוני. [...]

לצורך כך יש לבחון את המידתיות על-פי מבחני המישנה שפותחו בהלכה הפסוקה. מבחן הקשר הרציונלי, מבחן האמצעי שמידתו פחותה, ומבחן המידתיות הצר – הם המבחנים המנחים בקביעת מידתיות הפגיעה בזכות החוקתית. [...]

.... נדרש קשר של התאמה בין האמצעי הננקט למניעת איחוד המשפחות, לבין תכלית השמירה על ביטחון המדינה ושלום הציבור; נדרש, כי לא ניתן יהיה להשיג את תכלית הביטחון באמצעי אחר שפגיעתו פחותה; ולבסוף, נדרש כי יתקיים יחס ראוי בין מהות הפגיעה בזכות למשפחה ובזכות לשוויון בהתאם למידת עוצמתו, לבין התועלת הביטחונית הצומחת ממניעת האיחוד המבוקש (פרשת אמארה, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא ברק).
(ההדגשות הוספו, ב.א.).

43. ראוי לציין, כי ההבחנה הברורה בין אי מתן רישיון לבין ביטול או אי חידוש רישיון שעשה בית המשפט בעניין דקה, אינה חדשה, ומדובר בפסיקה מושרשת מזה שנים.

כך בין השאר נקבע בבג"ץ 113/52 **זקס נ' שר התמ"ס**, פ"ד ו(1) 696, 700, על ידי כב' השופט ויתקון:

לא הרי ביטול רישיון, שכבר ניתן, כהרי מתן רישיון חדש. רישיון חדש, הרי הלכה פסוקה, שגם חשד מבוסס יכול – בדרך כלל – לשמש סיבה מספקת לסירוב הרישיון, אולם באשר לביטול רישיון שכבר ניתן, סבורים אנו כי אחרי מתן הרישיון, אין לבטלו ע"ס חשד גרידא ללא חקירה, שהנוגע בדבר מוזמן להשתתף בה ולהשמיע את טענותיו.

לעניין זה ראו גם בג"ץ 799/80 **שללס נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה**, פ"ד לו(1) 317, 327 וכן דפנה ברק ארז, **הגנת הציפייה במשפט המנהלי**, עיוני משפט יז 209, 242.

44. הנה כי כן, בבואה להשתמש בסמכות לבטל היתר קיים, חובה על הרשות לבסס את החלטתה על ראיות מוצקות ולעשות זאת תוך הקפדה מיוחדת. יפים לעניין זה דברי כב' השופט ריבלין בבג"ץ 1712/00 **אורבנביץ נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(2) 951, 957:

בהקשר בו אנו עוסקים, נדרשת הרשות להקפדה מיוחדת, זאת בשל ההשלכה המהותית של ההחלטה על העוררים. **אכן, אין די בראיות של מה בכך כדי לבטל אשרות שניתנו או לשלול** אזרחות שהוענקה (ראו בג"ץ 3615/98 **נימושין נ' משרד הפנים**, תק-על 2000(3)2916).

(שם, ההדגשות הוספו, ב.א.).

45. הנה כי כן, נוכח הפסיקה שהובאה לעיל ובפרט קביעות בית המשפט בעניין דקה, ולאור נסיבות עניינם של מרשיי ובראשן כמפורט לעיל, העובדה כי לא הייתה להם כל נגיעה, ידיעה או השפעה על מעשהו של בנם, הרי שהודעתכם בדבר הכוונה לסרב לבקשתם מהטעמים המצוינים בה, אינה עומדת בסטנדרטים המינהליים הנדרשים. משכך, והואיל ומדובר בהודעה המכוונת לפגיעה בזכות יסוד, הזכות לחיי משפחה של מרשיי וילדיהם הקטנים, הרי שמדובר בפגם היורד לשורשו של עניין ומדובר בהודעה פסולה.

הפגיעה בטובת הילד

46. על פי עקרון טובת הילד, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1) 459, עמודים 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

47. גם במשפט הבינלאומי נהנה עיקרון טובת הילד ממעמד של עיקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של **האמנה בדבר זכויות הילד** (31 כ"א, 221). האמנה, אותה אשררה מדינת ישראל ביום 4.8.1991, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. (ראו: המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה). בפרט, קובע סעיף 3 של האמנה כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

48. מן הכלל אל הפרט. הודעתכם בדבר הכוונה לסרב לבקשת מרשיי תוך פגיעה אנושה בזכותם לחיי משפחה, ללא שיש לעניין הצדקה ובניגוד מוחלט להוראת השעה, לפסיקה ולנוהל, מהווה, בנוסף לאמור עד כה, אף הפרה קיצונית של חובתכם כרשות מינהלית לשים את עקרון טובת הילד לנגד עיניכם. למרשיי שני ילדים קטנים בגילאי 9-12 בהתאמה. סירוב לבקשתם של מרשיי משמעותה בהכרח גם פגיעה קשה בילדים שלא חטאו ולא פשעו, ילדים שמיום לידתם חיים בירושלים וגדלים בה לצד מרשיי, בני משפחתם, חבריהם ומכריהם. פגיעה בילדים המתחנכים במוסדות הלימוד שבעיר, ושירושלים היא סביבתם הטבעית והיחידה. בנוסף בכוחה של החלטה שכזו אף לסכן את מעמדם של ילדי המשפחה, כתושבי קבע בישראל וזאת מכיוון שבמידה ולא ישובו אליה בתוך שבע שנים מיום שימלאו להם 18 שנים הם יאבדו בה את מעמדם על כל המשתמע מכך.

סיכומם של דברים

49. לאור כלל הטיעונים והנסיבות שהובאו לעיל, נבקשכם לשוב בכם מהודעתכם בדבר הכוונה לסרב לבקשתם של מרשיי לאיחוד משפחות, כך שלמרשיי, אשתו וילדיהם הקטנים שלא עשו כל עוול יתאפשר להמשיך ולחיות בעירם.

בכבוד רב,

בנימין אחסתרובה, עו"ד