

- בעניין: 1. כ' אחמד ת.ז. _____
2. ב' אחמד ת.ז. _____
3. א' (ילידת 8.8.2000) ת.ז. _____
4. מ' (יליד 10.8.2001) ת.ז. _____
5. מ' (יליד 31.7.2002) ת.ז. _____
6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה שורצברגר – ע.ר.
ע"י ב"כ עו"ד תמיר בלנק (30016) ו/או עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

- נ ג ד -

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ת.ד. 49333 ירושלים 91493
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-5419582

המשיב

השלמת טיעון מטעם העותרים

בהתאם לאורכה שניתנה לעותרים בהחלטת ביהמ"ש מיום 2.7.12, מוגשת בזאת השלמת טיעון, כדלקמן:

עניינה של העתירה

1. העתירה נסובה על בקשת העותרים לאיחוד משפחות בין בני זוג, הורים לשלושה תושבים ישראלים קטינים. הבקשה הוגשה במלואה ביום 16.3.08, לפני פרסום החלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.12.¹
2. ההחלטה נבחנה ע"י המשיב לגופה וסורבה במקור מטעמים פליליים מינוריים. באשר לסירוב הפלילי קבעה וועדת ההשגה בהחלטה נשוא העתירה:

"בנסיבות אלה, משלא נערך שימוע, ולא ניתנה הנמקה רחבה דיה, הרי שמכאן ניתן לקבוע שאין כל מדד לשיקול דעת שנערך על ידי המשיב כמתחייב. כל שהיה בפני הוועדה, היתה החלטת המשיב הלקונית, ולפיכך לא היה ניתן להסתפק בפחות מאשר השבת הבקשה לטיפול המשיב, לשם ריפוי פגם זה היורד לשורשה של החלטה, וקבלת אחרת במקומה". (סעיף 21 להחלטת וועדת ההשגה, המצ"ב כנספח י' לעתירה ור' עוד סעיפים 14, 19 ו-35).

3. עם זאת וועדת ההשגה דחתה את העתירה בשל קיום החלטת הממשלה 3598 וחרף פרסומה לאחר הגשת בקשת העותרים וחרף הסירוב הפרטני לעניינם של העותרים, לאחר שנבחן לגופו.
4. מלבד הסוגייה הפרטנית, ביקשה העותרת 6 בעתירה, המוקד להגנת הפרט, כי ביהמ"ש הנכבד יורה למשיב לטפל בבקשות לאיחוד משפחות עם תושבי עזה, שהוגשו לפני מתן החלטת

¹ פנייה בבקשה להגשת בקשה על פי נהלי המשיב הוגשה עוד זמן רב קודם לכן. על פי העותרים בספטמבר 2006, עוד טרם גירוש העותר שלא כדין מישראל. גם מתיעוד המשיב עולה, כי העותרים פנו אליו חודשים ארוכים לפני פרסום החלטת הממשלה וכבר היו מצויים עמו במגעים זמן רב טרם ניתן להם להגיש בקשתם בפועל. (ר' מסמך המשיב מיום 23.10.07 ובו בקשת מסמכים נוספים, בעמ' שני לנספח ב' לתשובת המשיב לעתירה).

הממשלה 3598. סעד זה התבקש בהסתמך על מילותיה המפורשות של החלטת הממשלה, לפיהן, החלטה זו תחול "מכאן ולהבא", על בסיס רוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, (להלן – חוק הוראת השעה) בו נקבע בסעיף 4(2) שבקשות שהוגשו טרם מתן החלטת הממשלה 1813, שפורסמה לפניו, יטופלו ויאושרו, ובלבד שהמעמד לא ישודרג, וכן ומבחינה מהותית עקב הפגיעה הקשה והגורפת שיוצרת החלטת הממשלה 3598, בבטלה לחלוטין את המבחן האינדיבידואלי. פגיעה זו אינה עומדת בקנה אחד עם לשון הסעיף המסמיך בחוק הוראת השעה וחוקתיותה מוטלת בספק. דא עקא, כי עתירה זו אינה עוסקת בחוקתיות החלטת הממשלה ככלל, עניין אשר מצוי בשלב מצוי הליכים אל מול המשיב ומתייחס ממילא לטענות רחבות החורגות מיראת עתירה זו. העתירה עוסקת בתחולה הנרחבת של ההחלטה, גם על קבוצה שלא נכללת בגדר לשון ההחלטה עצמה, על אותם תושבים ישראלים שהגישו בקשתם עבור בני משפחתם לפני הינתנה. נטען, בין היתר, כי עקב הפגיעה העוצמתית בזכות החוקתית לחיי משפחה והחובה להגן על טובתם של ילדים, נוגדת תחולה מרחיבה של החלטת הממשלה גם על קבוצה זו, שלא נודעה בה, את חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

הצעת ביהמ"ש הנכבד להשיב את עניינם של העותרים לבחינה פרטנית

5. בדיון השני בעתירה שהתקיים ביום 13.5.12, הציע ביהמ"ש הנכבד, כי המשיב יקיים בדיקה פרטנית בענייניו של העותר. בסוף הדיון התבקש המשיב להודיע לביהמ"ש:

"אם יש נכונות לבצע בדיקה ביטחונית פרטנית בענייניו של העותר".

6. ביום 17.6.12, הודיע המשיב על סירובו להצעת ביהמ"ש.

7. להלן, נסביר, ובהשלמה לנימוקים המפורטים בעתירה בדיונים שהתקיימו בעניינה, מדוע שגה המשיב בסירובו לקיים אבחון פרטני לעותר, בנסיבותיהם של העותרים. כבר כעת נציין, ועל כך נפרט בהמשך, כי אבחונים ביטחוניים לתושבי רצועת עזה נערכים מדי יום ביומו, במקרים שנסיבותיהם מובהקות באופן פחות במידה ניכרת מנסיבות המקרה דנן. בכלל זה, גם במקרים בהם הוגשו בקשה לאיחוד משפחות לפני פרסום החלטת הממשלה.

החלטת הממשלה 3598 והרקע להיווצרותה

8. בשנת 2007 תוקן חוק הוראת השעה, ובכלל זה סעיף 'הסיכון הביטחוני'. התיקון הוסיף אפשרות נוספת לסירוב אינדיבידואלי מחמת "מניעה ביטחונית": האפשרות לקבוע שאדם הוא מסוכן, בשל פעילות המתקיימת ב"מדינת מושבו" או "אזור מגוריו", ועל כן יש לסרב לבקשתו להיתר שהייה או רישיון ישיבה.

9. סעיף 3ד לחוק קובע:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א3(2), 3ב3(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, "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. (הדגשה שלי – ע.ל.)

10. ניתן לראות, כי כל סעיף 3ד עוסק בבדיקה אינדיבידואלית של **מבקש ספציפי**, "תושב האזור", ומפרט מהם המקרים בהם תסורב בקשתו **הפרטנית** להיתר שהייה או רישיון ישיבה, מטעמים ביטחוניים. כעולה מן הסעיף, במקרים של אנשים, אשר מבקשים לקבל היתר שהייה או רישיון ישיבה ארעי בישראל, תיערך בדיקה ביטחונית. הקביעה כי מבקש מהווה "סיכון ביטחוני" תהא פרסונאלית או משפחתית עקיפה (קרי, קביעה כי הסיכון "נובע" ישירות מהאדם או מקרובי משפחתו) או "**בין השאר**" תוכל להינתן פרטנית על יסוד גיאוגרפי (קרי, קביעה כי המבקש מהווה "סיכון ביטחוני" אך בשל קביעת גורמי הביטחון כי פעילות המתבצעת במדינת מושבו או באזור מגוריו עלולה לסכן את ביטחון המדינה). החלטת הממשלה 3598 עוסקת בבדיקה מן הסוג האחרון.

11. סעיף 3ד מתייחס, אם כן, לשלושה "מעגלי סיכון":

המעגל הראשון, הקרוב ביותר, הוא הסיכון ה"נובע" מהמבקש עצמו (סיכון "ישיר");

המעגל השני הינו מעגל הסיכון ה"נובע" מעצם קרבתו המשפחתית של המבקש לאנשים אחרים שהוגדרו כ"מסוכנים" (סיכון "עקיף");

המעגל השלישי, הרחוק ביותר, הוא מעגל הסיכון ה"נובע" מעצם מגוריו או מושבו של אדם במקום כלשהו. באופן טבעי, המעגל השלישי עוסק בסוג הסיכון העקיף וה"חלש" ביותר, שכן לא מדובר בסיכון קונקרטי העולה מהמבקש עצמו, אלא רק חשש לפוטנציאל סיכון ערטילאי, הנובע מעצם מגוריו באזור שבו מתבצעת באופן כללי פעילות "מסוכנת" – בלא בדיקה ספציפית האם המבקש קשור בדרך כלשהי לפעילות מסוכנת שכזו או למעורבים בה.

12. ביום 15.6.2008 נתקבלה החלטת הממשלה 3598. סעיף ג' של החלטת הממשלה קובע, כי:

בהתאם לסעיף 3ד לחוק, ועל בסיס חוות דעת גורמי הביטחון המוסמכים לקבוע כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, ולפיכך מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמיך לכך שלא לאשר מתן רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה.

מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה. (ההדגשות שלי – ע.ל.)

13. ענינו הרואות: החלטת הממשלה פותחת בקביעה, כי היא ניתנה "**בהתאם** לסעיף 3ד לחוק". ואולם, במובנים מהותיים ומשמעותיים, החלטת הממשלה, לפי פרשנות המשיב, מרחיקת לכת הרבה יותר מהסמכות שמעניק סעיף 3ד. כך למשל, סעיף 3ד מאפשר לשר הפנים, כזכור, לקבוע מסוכנות של אדם **ספציפי** בהסתמך על בדיקות שונות. במקרה בו **באזור מגוריו או מדינת מושבו של אדם** מתבצעת, על פי חוות דעת גורמי הביטחון, פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה, **רשאי שר הפנים לקבוע את מסוכנותו של אותו אדם ספציפי**. הנה כי כן, **כל סעיף 3ד עוסק במסוכנות של אדם ספציפי**; הסיפא של הסעיף מתייחסת לסוג אפשרי של חוות דעת שניתן "**בין השאר**" להסתמך עליה במסגרת השיקולים לקביעת מסוכנותו של אותו אדם מסוים. ואילו, החלטת הממשלה קובעת, לדידו של המשיב, כלל מוחלט של מסוכנות

כללית, של כל אדם אשר רשום כתושב עזה או מתגורר ברצועה. על פי קביעה גורפת זו, ועל אף שהממשלה בהחלטתה רק מנחה את השר נקבעה מדיניות כללית וכוללנית לפיה שר הפנים – השר המוסמך על פי הוראת השעה – לא ייתן היתרי שהייה או אשרות ישיבה לתושבי עזה. ויוער, כי כבר מסעיף 3ד לחוק עצמו עולה כי ישנה אפשרות לקיום אבחון פרטני ועל כן הסעיף, כמו גם החלטת הממשלה, אינו חל על כל סוגי הבקשות, אלא רק על בקשות המוגשות מכח סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק ועדיין מאפשר קבלת היתר זמני בנסיבות מסוימות.

ביטול מערכת האיזונים: היעדר איזון ביישום ההחלטה

14. **יישום** ההנחיה המצויה בהחלטת הממשלה כפוף לעריכת איזון בין זכויות יסוד לבין האינטרס הציבורי. הדברים שלהלן שנאמרו ביחס לחוק הוראת השעה יפים מקל וחומר בנוגע ליישום החלטת הממשלה, שניתנה על בסיסו:

...שומה עלינו לפרש את חוק הוראת השעה, וליישם את הוראותיו בדרך שתיתן ביטוי ראוי להתנגשות שבין הזכות למשפחה הנתונה לכל אזרח ותושב ישראל, לבין שיקולי ביטחון של המדינה, תוך שקלול חוקתי ראוי בין זכות יסוד של האדם, בעלת מעמד-על במידרג זכויות האדם, לבין האינטרס הציבורי הנוגד. הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניזונים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה. (בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת בדימ' פרוקצ'יה; להלן: עניין דקה; ההדגשות הוספו, ע.ל.).

באשר להפעלת מערכת האיזונים במקרה של צורך ביטחוני, נאמר כי:

כבר נאמר לא אחת, כי טענת "צורך ביטחוני" מפי המדינה אינה נוסחת קסם, שעצם העלאתה מצדיקה את קבלתה ללא הרהור. אף שביטחון המשפט נוקט, דרך כלל, ריסון בבחינת שיקולי הביטחון של הרשות, מקום שמדיניות הביטחון פוגעת בזכויות אדם, יש לבחון לעומק את סבירות שיקוליה של הרשות, ואת מידתיות האמצעים שהיא מבקשת להפעיל (בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002) (להלן: פרשת עג'ורי); בג"ץ 9070/00 פ"ד נו(6) 352, 375-376 (2002) (להלן: פ"ד נו(4) 800, 810 (2001)). במסגרת בחינה זו, נדרשת הערכה של עוצמת הסיכון הביטחוני, על-פי אמות מידה הסתברותיות, אל מול עוצמת זכות הפרט הנפגעת הניצבת כנגדה, ומידתיות הפגיעה בזכות לצורך הגשמת האינטרס הציבורי. השיקול הביטחוני נבחן בהליך דו שלבי: תחילה נבחנת אמיתות הטענה בדבר צרכי הביטחון; לאחריה, נבחנת עוצמת השיקול הביטחוני מבחינת מידת ההסתברות כי הסיכון הביטחוני אכן יתמש (פרשת עדאלה, פסקה 11 לפסק דיני).

פעולת האיזון החוקתי נעשית תחילה במישור העקרוני, ולאחריו היא מחייבת בחינה פרטנית-אינדיבידואלית בכל מקרה ומקרה. פגיעה גורפת של הרשות בפרטים המבקשים לממש את זכויות היסוד הנתונות להם, בלא עריכת איזון חוקתי אינדיבידואלי, הנשען על נתונים פרטניים המיוחדים למקרה, סותרת עקרונות חוקתיים, המחייבים איזון עקרוני ופרטני כאחד. בפגיעה גורפת כאמור יש משום טשטוש החובה המוטלת על הרשות המינהלית לתת משקל יחסי לכל הנתונים הרלבנטיים להחלטה המינהלית, ולהגיע להכרעה המתבססת על שיווי משקל ראוי ביניהם. היא עלולה לייחס לאינטרס אחד משקל מכריע בלא הצדקה, תוך קיפוח בלתי-מידתי של זכות אדם מרכזית בחשיבותה. היא עלולה להביא לפגיעה קשה בערכי החיים והתרבות, ולפגוע בעקרונות המשטר הדמוקרטי, המושתת על

15. לעניין סמכות ביהמ"ש לעניינים מינהליים לדון באופן יישום החלטת הממשלה להבדיל מחוקתיותה, ר' עת"מ 1039/09 דאבט נ' שר הפנים (18.1.09).

16. עוצמת הפגיעה של החלטת הממשלה בזכויות אדם בולטת במיוחד לאור סוג הסיכון הביטחוני הנדון כאן. נזכיר, כי מדובר בסיכון ביטחוני מהסוג העקיף וה"חלש" ביותר: הוא אינו נובע מהמבקש עצמו, ואף לא מקרוב משפחה קונקרטי. הוא מבוסס אך ורק על מקום מגוריו של אדם. אם במקרה של הסיכונים ה"עוצמתיים" יותר נדרשת בדיקה פרטנית, ודאי וודאי שנדרשת בדיקה פרטנית במקרה של חשש ביטחוני עמום, כללי וחלש כמו זה המקושר למקום מגוריו.

לדברים משקל רב כאשר עסקינן בפרשנות ויישום של החלטת הממשלה.

התייחסות לעמדת המשיב: המבסס את סירובו על נימוק מעגלי ושגוי

17. בסעיף 2 להודעתו המעדכנת, מסביר המשיב את סירובו בטענה לפיה, ככלל גורמי הביטחון אינם מבצעים אבחונים פרטניים מאז החלטת הממשלה 3598. כלומר, המשיב אינו נכון לבצע אבחון פרטני מהנימוק לפיו, הוא אינו נכון לבצע אבחונים פרטניים.

18. מייד נראה כי בניגוד לאמור לעיל, המשיב נוהג לבצע אבחונים פרטניים, אשר מתבצעים מדי יום.

19. ודוק. גם המשיב לא מסר, כי אין אפשרות לבצע אבחון פרטני וקביעה שכזו לא נקבעה מעולם בהחלטת הממשלה. הפוך מכך. עוד באותו סעיף ממש (סעיף 2 לתגובה) מאשר המשיב, כי הוא מבצע אבחונים פרטניים למי שכבר החל בהליך איחוד משפחות. כלומר, אבחונים פרטניים נעשים כעניין שבשגרה בבקשות מתנהלות. עוד הסביר המשיב בסעיף 3, כי גורמי הביטחון מבצעים אבחונים פרטניים לתושבי עזה כאשר מתבקשת כניסה לישראל. כדוגמא, מתאר המשיב אבחונים הנעשים בבקשות אחוד משפחות מתנהלות, מטעמים הומניטאריים או רפואיים.

20. ואכן, ממידע שנמסר לח"מ מאת העותרת 6, המוקד להגנת הפרט, וארגון זכויות האדם 'גישה', מאז פרסום החלטת הממשלה בשנת 2008 ועד היום, טיפלו ארגוני זכויות האדם, במאות מקרים בהם אושרה כניסה לישראל ולגדה לתושבי עזה לצרכים שונים: ביקורי משפחה, לימודים, צרכים רפואיים והומניטאריים. כך למשל, מנתונים שאסף ארגון זכויות האדם 'גישה' עלה, כי בחודש פברואר 2012 נכנסו מעזה לישראל לצורכי מסחר לא פחות מ-4500 בני אדם. בחודש מרץ 2012 נכנסו 4000 בני אדם. ארגון 'גישה' מטפל בהצלחה בבקשות רבות של תושבי עזה המבקשים להיכנס לישראל מסיבות שונות ובהן, ביקור קרובי משפחה, חתונות, לוויות, השתלמויות וראיונות ויזה בישראל וזאת בכפוף לבדיקות ביטחוניות פרטניות.

הטבלה הלקוחה מתוך דף המידע מיוני 2012 "הסגר בגרפים", של ארגון זכויות האדם 'גישה', מצ"ב ומסומנת ה/1.

21. לא זו ואף זו, בנוהל המפורסם באתר האינטרנט של מתאם פעולות הממשלה בשטחים, ישנם תבחינים למתן אישורי כניסה מעזה לישראל. הנוהל, מתאר לא פחות מ-16 קטגוריות של

אנשים לגביהן נערכות בדיקות ביטחוניות פרטניות ובהן: כניסת סוחרים ואנשי עסקים, בעניינם "מאוסרת כניסה של 70 סוחרים ביום" (לישראל, איו"ש וחוו"ל), וכניסת שחקני כדורגל. כן, כן, בעניינם של שחקני כדורגל נערכת בדיקה פרטנית "לצורך השתתפות באימוני ומשחקי נבחרת".

לשם נוחות הנוהל מצ"ב ומסומן ה/2.

הנוהל מצוי גם באתר האינטרנט של מתאם פעולות הממשלה בשטחים בלינק:

http://www.cogat.idf.il/Sip_Storage/FILES/3/2533.pdf

22. יצוין, כי הנוהל נשלח לח"מ מפרקליטות המדינה במרץ 2012 כחלק מהליכי בג"ץ 6703/07, במסגרתו ניתן לפני שנה מעמד של תושבים ארעיים לשלושה תושבים מעזה, אשר אין להם בני משפחה בישראל, מסיבות הומניטאריים. את אותם בני המשפחה מבקרים באופן שוטף בני משפחתם מעזה, לרבות, אחים, סבים, דודים ואחיינים, ולא רק לימים ספורים אלא גם לתקופות של עשרה ימים, חודש, חודשיים ושלושה.

23. זאת ועוד, מדו"ח שפרסם מתאם פעולות הממשלה בשטחים בדבר הפעילות ההומניטארית והאזרחית בעזה ביוני 2012, עולה כי רק בחודש שעבר, ניתנו 4,156 אישורי יציאה מעזה, לצרכים שונים כגון השתתפות בחתונות ולוויות, טיפול רפואי, וליווי לטיפול רפואי ולמשל 1172 אשרות לאנשי עסקים.

קישור לדו"ח בלינק: http://www.cogat.idf.il/Sip_Storage/FILES/6/3316.pdf

24. גם כניסת ישראלים לעזה מותרת ונעשית כעניין שבשיגרה. כך במסגרת הסדר "משפחות חצויות", המאפשר לתושבי ואזרחי ישראל הנשואים לפלסטינים תושבי עזה ומתגוררים בעזה לצאת ולהיכנס לישראל. בעניינם של אותם ישראלים, אשר נעים ונדים בין ישראל לעזה, ככלל, כלל לא נערך אבחון ביטחוני בעת כניסתם מעזה לישראל (כי אם רק בעת שובם לעזה). למרות מגורי בני המשפחה "הנעים" דרך קבע בעזה, שם מקום מושבם.

25. לא יכולה להיות כל מחלוקת. בדיקות ביטחוניות פרטניות של תושבי עזה נערכות מדי יום ביומו. הודעת המשיב, כי הוא אינו נוהג לעשות בדיקות ביטחוניות אינה נכונה. גם בהחלטת הממשלה 3598, לא נקבע כי לא ניתן לקיים בדיקות ביטחוניות פרטניות.

26. האמור לעיל מלמדנו, כי לא זו בלבד שניתן לבצע אבחונים ביטחוניים, כפי שאף לא מוכחש ע"י המדינה, אלא שגם בפועל מתבצעים אבחונים אלה באופן שוטף, כעניין שבשיגרה ולא רק על מנת להגשים זכויות חוקתיות, כגון הזכות החוקתית לחיי משפחה וזכות היסוד של ילדים להגנה - אלא אף כדי להבטיח אימוני כדורגלנים, מסחר, ביקורים מצד בכירי הרשות וביקורי משפחות שגרתיים.

התייחסות לטענות שגויות נוספות של המשיב

27. לא ברור מדוע מציין המשיב בסעיף 5 להודעתו את הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל, (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), שלא התקבלה, ואשר כל שנכתב בה הוא שלשר הפנים תהיה סמכות לקבוע שאדם עלול להוות סכנה ביטחונית עקב עמדת גורמי הביטחון – ולא כי אותו אדם מהווה סכנה ביטחונית, מבלי שעניינו נבדק פרטנית. מכל מקום, לבסוף עוגן סעיף 3ד, אשר באופן מפורש מתייחס לעניין המניעה כעניין שבשיקול דעת פרטני, כפי המניעה

הביטחוניית המשפחתית העקיפה. ומה הקשר להחלטת הקבינט הנזכרת? בה דובר על הטלת מגבלות ולא על איסור גורף. אכן, הוטלו מגבלות תנועה על עזה, כבר במסגרתן נלקחו מקדמי ביטחון שונים. אין משמעות הדבר, כי לא ניתן לפעול על פי לשון החלטת הממשלה 3598 המורה על החלתה מכאן ולהבא, ולמצער אין משמעות הדבר כי לא ניתן לנקוט בפרשנות של החלטת הממשלה, המאפשרת פגיעה פחותה ומידתית.

28. עוד לא ברור מה מבקש המשיב לטעון בכותבו, כי הרקע היה מונח קודם לכן. האם מבקש הוא להחיל את החלטת הממשלה רטרואקטיבית החל מתאריך הקודם ליום פרסומה? האם מטיל המשיב כעת ספק, כי החלטת הממשלה פורסמה ב-15.6.08?

29. עוד טוען המשיב, כי "גם אם ניתן לכאורה 'טכנית' לבצע אבחון ביטחוני פרטני בעניינו של תושב רצועת עזה, המשמעות שניתן לייחס לתוצאות אבחון כאמור, גם אם לא יימצא כל מידע רלוונטי – מוגבלת". ראשית, הניסוח "גם אם ניתן לכאורה טכנית..." אינו במקומו, והרי המשיב כבר מסר כי בחינות ביטחוניות נעשות ע"י גורמי הביטחון במסגרת בקשות שונות. כפי שראינו ברורות, בחינות פרטניות נעשות במגוון קטגוריות ואנשים מרצועת עזה נכנסים לישראל באופן יומיומי. אם כן, **אין כל מחלוקת שבחינות פרטניות נעשות וכי עזה לא הוכרזה כמקום בו לא ניתן לקיים בחינה ביטחוניית**. שנית, באשר לניסיון המשיב לטעון באופן מעורפל, כי נעשות בעזה בחינות, אך הן אינן אפקטיביות, הרי שאמירה זו תמוהה בלשון המעטה. לכאורה, ניתן היה לחשוב כי מסוכן יותר יהיה להתיר כניסה לישראל למי שבא ויוצא מעזה תכופות (כדוגמת סוחרים ובני משפחה), לעומת מי שמגיע על מנת להתגורר בישראל ברציפות. כן, הנחת היסוד, כי מי שאין לו בני משפחה בישראל הינו בעל פוטנציאל סיכון פחות ממי שבני משפחתו הגרעינית ישראלים החיים בישראל, ובעניינו אשה ושלושה ילדים קטינים, הינה בגדר אבסורד. ודאי שבאיזון הפגיעה יש ליתן משקל משמעותי לפגיעה הצפויה בזכויותיהם החוקתיות של בני המשפחה ובפרט של הילדים. למקרא תשובת המשיב, דומה כי לא ניתן להיבטים אלו כל משקל. כיצד אם כן ניתן לקיים בדיקה ביטחוניית כאמור, במקרה של כדורגלן ולא במקרה של אבא למשפחה? ונזכיר כי רק לאחרונה, נערכה בדיקה פרטנית בפני ביהמ"ש (כב' מותב זה) במסגרתה הגיעו גורמי הביטחון לחוות דעתם בדבר בני המשפחה המתגוררים בעזה וזאת בעת"מ 4724-02-12 **צואלחי נ' שר הפנים** (פס"ד מיום 24.5.12). אמנם עניין **צואלחי** עסק בבקשה מתנהלת, אולם הרקע הביטחוני שנבחן נגע לבני המשפחה שמתגוררים בעזה. שלישית, ושוב ביחס לדברים הבאים מתוך תשובת המשיב: "המשמעות שניתן לייחס לתוצאות אבחון כאמור, גם אם לא יימצא כל מידע רלוונטי – מוגבלת", הרי שעל שולי הביטחון, ומבחי המידתיות עמד ביהמ"ש בפרשות רבות ובהן ספציפית ביחס לחוק האזרחות עצמו, כעולה מעניין **דקה**. משראינו, כי עזה אינה מוגדרת כאזור, בו לא ניתן לקיים בחינה ביטחוניית, וכי בדיקות ביטחוניות לצורך התרת כניסת תושבי עזה לישראל נעשות מדי יום, הטענה כי גם אם נעשית בדיקה ולא נמצא מידע, עדיין קיים סיכון ביטחוני גורף שאינו מאפשר בחינה פרטנית דווקא לאותם אנשים המבקשים לממש את זכותם לחיי משפחה, ואף למי שהגיש בקשתו טרם ניתנה החלטת הממשלה ובקשתו כבר נבחנה פרטנית - הינה טענה מופרכת ואכזרית.

30. באשר לפסה"ד בבג"ץ 11120/05 (מיום 7.8.07) בעניינו צרף המשיב עמדות נוספות מטעם המדינה משנים 2005 ו-2006 (נספחים ג ו-ד להודעה המעדכנת מטעם המשיב), נזכיר כי בו נקבע:

...לא נכחד כי לדעתנו ככל שניתן לתור אחר דרכים לבדיקה פרטנית, הדבר יהא ראוי ומועיל (אף שאין המדובר בסיטואציה זהה לבג"צ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 77 שגדרש לבדיקה פרטנית של עתונאים (ראו חוות דעתה של השופטת דורנר)). בין השאלות שלדעתנו ראוי להידרש אליהן ברמות המתאימות מצויה גם השאלה, האין דרך - בחינת חיפוש איזונים - לכינון "ועדת חריגים" או מנגנון אחר דומה, שיעסוק פרטנית במקרים שלפטרונם עשויות להיוודע השלכות אנושיות חיוביות, בנוסף למקרים ההומניטריים ללא ספק, של אנשים הזקוקים לטיפול רפואי בעל דחיפות גבוהה מאוד. (סעיף י"ז לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין)

כלומר, פסה"ד אמנם אינו מתערב במגבלות שנקבעו באשר לסטודנטים המבקשים לעבור בין עזה לגדה, בגילאים מסוימים, (עניין שאינו נוגע לזכות החוקתית לחיי משפחה של ישראלים), אולם ביחס לבחינה הפרטנית קובע הפוך ממה שטוען המשיב. **כפי שהראנו, אכן נערכות בחינות ביטחוניות מקיפות לתושבי עזה המבקשים להיכנס לישראל מסיבות שונות.**

31. באשר לדברי הנשיא (כתוארו אז) ברק, המצוטטים בסעיף 18 לתגובת המשיב, הרי שם בדיוק נקבע, כי ניתן לקבוע איסור מקום בו "אין אפשרות ממשית לקבל מידע מבדיקה אינדיבידואלית". כמו שראינו אין זהו המקרה דן.

32. ודוקו. העותרים אינם טוענים כי המצב הביטחוני בין ישראל לעזה ואף לגדה המערבית דומה למצב השורר בין אוסטרליה לניו זילנד. העותרים מודעים למתיחות הבטחונית הקיימת. יחד עם זאת, העותרים סבורים, כי בהחלטת הממשלה לא נקבע מפורשות, כי אין לבחון בקשות שהוגשו למשיב והיו תחת טיפולו טרם ניתנה, ובפרט כאשר הבקשה נבחנה לגופה וסורבה פרטנית ולא על הסף, מטעמים פליליים, אשר נפסלו ע"י ועדת ההשגה, וכאשר כפי שנראה מייד במקרים דומים אחרים ניאות המשיב לבחון בקשות פרטניות כשהן הוגשו טרם מתן החלטת הממשלה. משלא נקבע ולא נטען, כי לא ניתן לבצע אבחון ביטחוני פרטני לאנשים מעזה, אלא הפוך מכך – אבחון כאמור נעשה ממש בעת הזו לאלפי אנשים ומסיבות נשגבות פחות מעניינם של העותרים דן, אשר נסוב על זכויות חוקתיות – הרי שאין לפרש את ההחלטה בצמצום יתר ובאופן בלתי מידתי

33. זאת במיוחד, משקבלת עמדת העותרים, השלכותיה מצומצמות, ונוגעות לקבוצת אנשים מוגדרת וספורת, אם בכלל, אשר כלל אין מתבקש לאשר עניינם אלא אך לקיים בדיקה פרטנית. על מיעוט המקרים ניתן ללמוד מהמקרים הספורים, שהגיעו להתדיינות בפרק הזמן בן למעלה מארבע שנים מאז מתן החלטת הממשלה 3598 מיוני 2008, כולם נפתרו באופן של ביצוע בדיקה ביטחונית אינדיבידואלית.

34. למעשה, בניגוד לעמדת המשיב כאן, לפיה על פי החלטת הממשלה אין לבחון פרטנית בקשות כבקשת העותרים, אף המשיב עצמו, הסכים או נדרש להסכים, בנסיבות אלו לקיים בחינה כאמור וזאת בכל המקרים מסוג זה, שעמדו בפני ביהמ"ש. כך, בעת"מ 20638-02-11 **אבו חמדה** (פס"ד מיום 19.12.11), למרות שהנושא הוכרע לאחר החלטת הממשלה, ולמרות שבענייניו של אותו עותר היה רקע ביטחוני פרטני, הנוגע לפעילות משמעותית של אחיו כמפורט בפסה"ד, בעקבותיו סורבה בקשה קודמת מטעמים ביטחוניים. כך בעת"מ 1039/09 **דאבט** (הודעה מוסכמת מיום 15.3.09), בו עמדת גורמי הביטחון לא ניתנה טרם החלטת הממשלה, ובכל זאת ניאות המשיב לבחנה בעקבות העתירה וההשגה זמן רב לאחר מתן החלטת הממשלה. וכך עת"מ 1891/09 **מואיז** (פס"ד מיום 15.2.11), בו בעקבות הגשת העתירה אושרה

בקשת העותרת לקבלת היתרי שהייה, גם באותו עניין לאחרי החלטת הממשלה. ללא יוצא מן הכלל ניאות המשיב לקיים בדיקה פרטנית בנסיבות כאמור, או אולץ לעשות כן על ידי בית המשפט הנכבד (עניין אבו חמדה) מבלי שערער על החלטה. ויוטעם, כי גם בענייננו כמו באותם מקרים, חי העותר בישראל לאורך שנים ארוכות ועד שגורש לעזה, לטענת העותרים שלא כדין ולאחר הגשת בקשה מקדמית לאיחוד משפחות. זאת ועוד. מפסה"ד ומהחלטה בעניין דאבט ניתן ללמוד, כי החלטות בעניינים אלו לא ניתנו לפני משורת הדין, כפי שטוען כעת המשיב.

השלכות החלטת המשיב על בני משפחת העותרים

35. השלכות החלטת המשיב ליתן להחלטת הממשלה פרשנות מרחיבה, בלתי מידתית ואשר אינה מתיישבת עם לשון החוק ולהחילה על עניינם של העותרים מרחיקות לכת.
36. משפחה ובה אם ושלושה ילדים קטינים, ישראלים, אשר נולדו בישראל, תאלץ לעקור מארצה ומביתה, לעזוב מקום עבודה, את בית הספר של הילדים, את בני המשפחה המורחבת אליהם הם קשורים ולהגר בכפייה לעזה, הנתונה תחת מצור. החלטת המשיב, אשר משמעותה סילוק דה בני המשפחה על הסף, מבלי לבחון בקשתם, דה פקטו, לעזה תפגע באופן קשה בילדים, בהתפתחותם ובאופק חייהם. החלטה זו תותיר את בני המשפחה ללא מקור פרנסה, באשר העותרת, אשר עובדת בירושלים מפרנסת היום את הילדים ואת בעלה, אשר ממתין בעזה. עלות ביקורים בין עזה לישראל יקרה ביותר וכלל לא בטוח שהעותרת תוכל לעמוד בכך. גם היום לא ביקרו העותרת והילדים בעזה במשך זמן רב, באשר העותרת, אשר מתאמצת לפרנס את המשפחה לא יכולה היתה להרשות לעצמה לשאת בעלות הביקור, הכרוכה בימים בהם לא תוכל לעבוד ולהביא אוכל הביתה ובנסיעות יקרות.
37. אם תחליט העותרת, החלטה שאיננה נתפסת אנושית, לחיות בנפרד מבן זוגה ולהישאר עם ילדיה כאן בעוד אבי הילדים מצוי בעזה - הרי שהחלטה שכזו תפגע אף היא בילדים באורח קשה. הילדים ואמם אוהבים את אב המשפחה, והוא אוהב אותם.
38. החלטה שמשמעותה הותרת העותרת בפני בחירה בלתי אנושית לגזור על ילדיה, תושבי ישראל, חיים באזור בו התפתחותם תהא מוגבלת, מבחינות רבות מספור, אשר ספק אם תוכל להשיג לחם על מנת להזינם או לגזור על עצמה ועל ילדיה חיים ללא אב המשפחה, האהוב, על מנת שלא להיקרע מביתם, וחייהם שבירושלים – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. אין בה כל אינדיקציה למשקל שניתן למחויבות המדינה בכל החלטה על השלכותיה על טובתם של ילדים. ודוקו: כי מעבר הילדים עם האם לעזה עשוי להוביל, בין היתר, לשלילת מעמדם של העותרת והילדים, באופן שלא יאפשר את שובם אי פעם.

סיכומם של דברים

39. על החשיבות ביישום מורחב ומתחשב של פרשנות חוק האזרחות והכניסה לישראל עמד כבי' השופט רובינשטיין אשר נימנה על שופטי הרוב בבג"ץ 466/07 גלאון נ' מ"י (11.1.12) (להלן: "עניין גלאון"):

על הרשויות להניח תדיר "אצבע על הדופק" הן בכל הנוגע לצרכים הבטחוניים, והן בכל הנוגע לאפשרות לייצר כלים אפקטיביים שפגיעתם קלה יותר.

ואם כך בנוגע לפרשנות של חוק, אזי על אחת כמה וכמה בנוגע להחלטת ממשלה, שהינה גורפת אל מעל ומעבר לחוק המסמך.

40. יפים לסיכום ענייננו מילותיו של השופט (בדימ') אדמונד לוי, בפסק דינו בעניין גלאון:

צא ולמד, בקשות שעברו את מכשוליו השונים של החוק והגיעו עד הלום, עלולות למצוא עצמן חשופות לפסילה גורפת, שבינה ובין מידע פרטני אין דבר וחצי דבר, וזאת, למשל, אך משום שכן הזוג הפלסטיני מתגורר באזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. עד כמה רחבים הם גדריה של אותה הגבלה, יעיד, בין השאר, האמור בהחלטות הממשלה בהן הוארך תוקפו של החוק. בסעיף השלישי להחלטה מיום 15.6.08 ולהחלטה מיום 19.7.09 נקבע, כי ההגבלה מקיפה את כל רצועת עזה, מקצה ועד קצה, וזאת על-פי חוות דעתם של גורמי הביטחון. ניתן לתהות עד כמה רחוק היום בו יוכרזו כך אף כל שטחי יהודה ושומרון, שבשנת 2009, למשל, היו מקור למאות פיגועים נגד ישראלים (שירות הביטחון הכללי סיכום שנתי 2009: נתונים ומגמות בטרור הפלסטיני 10 (2009); פרוטוקול הדיון מיום ט"ז באדר התש"ע (2.3.10), בעמ' 4, ש' 30)). ומה פירוש הביטוי מתבצעת פעילות? האם מצומצם הוא לנעשה במועד בו הוגשה הבקשה למעמד בישראל או שמא הוא חובק התארגנויות של ימים עברו? וכלום אין מקום לאפשר לו, לבן הזוג הזר, ואפילו הרימה המדינה את הנטל הראשוני המוטל עליה, להראות כי נשקף ממנו סיכון ביטחוני, להוכיח מצדו כי חרף מעורבותם בטרור של קרובי משפחתו או של שכניו לאזור המגורים, לו עצמו אין נגיעה לפעילות מעין זו? בחינת התאמתו של אדם לפרופיל סיכון כזה או אחר, אשוב ואומר, איננה בדיקה פרטנית, ודבר זה ראוי כי יוטעם היטב. (הדגשה שלי – ע.ל.).

41. בעניינו, בו מדובר בבקשה שהוגשה טרם מתן החלטת הממשלה, אשר סורבה לגופה, סירוב שנפסל ע"י המשיב עצמו, בזרועו כוועדת ההשגה, אשר סברה כי יש לבחון בשנית ודאי שיש להפעיל בחינה אינדיבידואלית. כך, כאשר ברי, כי אין המשיב מנוע מעשות כן, והרי, כך נהג בכל המקרים האחרים מסוג זה, אשר נבחנו לגופם. ודאי שפרשנות לשונית ומהותית של החלטת הממשלה על פי רוח החוק המסמיך ומבחני המידתיות – מחייבת בחינה פרטנית של המקרה דנן.

42. לאור המקובץ, מתבקש אפוא, בית המשפט הנכבד, לקבל את העתירה.

ירושלים, היום: 19.7.12


 עדי לוסיגמן, עו"ד
 ב"כ העותרים