

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

- נ ג ד -

המשיב

שר הפנים
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' צלחה א-דין 29 ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כ"ב השופטת נאוה בן אור), בעת"מ 11-11-10144 (להלן: "העתירה"), שניתן ביום 30.7.12.

פסה"ד מצ"ב ומסומן הע/1.

א. פתח דבר

עוד מעט נשיג הנה אחר
אם תביטי לאחור לא תראי
דבר זולת גלות:
חדר השנה שלך,
עץ הדלב שבחצר
הנהר מאחורי מבני הזכוכית,
וקפה המועדים שלנו... כלם, כלם
נערכים להפך לגלות, אם נן
נהייה לאנשים טובים!¹

1. ערעור זה נסוב על בקשתה של המערערת 1 (להלן: "המערערת"), תושבת ישראל, לשוב ולחיות עם בן זוגה, המערער 2, (להלן: "המערער"), שמוצאו מעזה, בביתם בירושלים, בו היא חיה כאם חד הורית עם שלושת ילדיהם הקטינים של בני הזוג, תושבי ישראל.
2. סירוב המשיב נעוץ בהחלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008 (להלן: "החלטה 3598"), בה הונחה שר הפנים שלא לאשר מתן רישיונות ישיבה או היתרי שהייה בישראל, למי שרשום או מתגורר בעזה. המשיב סירב לבקשת המערערים בהסתמך על החלטה 3598, למרות שסעיף 23

לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: "חוק הוראת השעה" או "החוק המסמיך"), ממנו נובעת החלטת הממשלה, מורה על הפעלת שיקול דעת בעניין מתן היתרים. למרות שבקשת המערערים הוגשה טרם מתן החלטת הממשלה ולשון החלטת הממשלה מורה על תחולה הצופה פני עתיד. למרות שהחוק המסמיך והפסיקה מורים על מועד הגשת בקשה כמועד הקובע לשם תחולת החוק. למרות, שאבחון בטחוני פרטני של מבקשי היתר כניסה לישראל מעזה נעשה במקרים רבים, בהם המחויבות של המשיב כלפי המבקשים, שאינם ישראלים פחותה ועוצמת הפגיעה חלשה יותר, ואף במקרים הזתים לענייננו ממש.

3. בית המשפט הנכבד קמא אישר את החלטת המשיב וקבע, כי החלטה 3598 חלה למפרע על בקשת המערערים, תוך מתן פרשנות מרחיבה להחלטה 3598, ככזו שאינה מאפשרת בדיקה בטחונית פרטנית של בקשת המערערים. בית המשפט הנכבד קמא נימק את פסק דינו בכך, שלא ניתן לבצע בידוק ביטחוני בבקשות לאיחוד משפחות לתושבי עזה – טענה שמעולם לא נטענה ע"י המשיב ואינה תואמת את פעולות המשיב באלפי מקרים אחרים בהם נבדקות בקשות לכניסה לישראל מעזה. היא אף אינה תואמת את החלטות המשיב בבקשות, שהובאו בפניו מאת מבקשי איחוד משפחות מעזה, אשר הוגשו טרם מתן החלטת הממשלה, בהן הוחלט או נפסק, מבלי שהמשיב ערער על כך, כי הבקשות יבחנו לגופן.
4. החלטת המשיב, אשר התקבלה על ידי בית המשפט הנכבד קמא פוגעת פגיעה אנושה, במשפחה ישראלית, בילדים רכים ובזכויות בסיסיות ומוגנות.
5. מכאן ערעור זה, שבו יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על אישור בקשתם של המערערים לאיחוד משפחות, ולמצער, להורות על בדיקת הבקשה באופן פרטני, כפי שנעשה במקרים אחרים בעניינם של תושבי עזה, כאשר הבקשות לאיחוד משפחות הוגשו לפני פרסום החלטת הממשלה.
6. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא ולהעניק למערערים את הסעדים שהתבקשו בעתירה.
7. ויובהר כבר כעת, המערערים מודעים למורכבות ולקושי שבמתיחות הביטחונית השוררת בין ישראל לעזה. המערערים אינם מקלים ראש בחשיבות תכלית השמירה על ביטחון המדינה באמצעים סבירים ומידתיים תוך איזון בין טיב הסיכון הנשקף למדינה ולציבור, כמו גם, מתן משקל ראוי לטיבן ועוצמתן של זכויות האדם הנפגעות. ערעור זה עניינו בחוסר הסבירות בבחירתו של המשיב, אשר התקבלה על ידי בית המשפט הנכבד קמא, ביישום נוקשה ומרחיב של החלטת הממשלה, הגורפת כשלעצמה, בנוגע לקבוצה מוגדרת וככל הנראה זעומה של משפחות².
8. הליך זה אינו בא לתקוף את החלטת הממשלה עצמה³, אלא רק את הפרשנות הבלתי סבירה שמייחס לה המשיב, אשר התקבלה ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא (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)),

² כפי שיובהר בהמשך, במהלך למעלה מארבע השנים שהלפו מאז מתן החלטת הממשלה ביוני 2008, על פי בדיקה במאגרים נדונו בערכאות להוציא מקרה זה, ארבעה מקרים בלבד, בהם נתקפו החלטות המשיב בנוגע לבקשות אהמ"ש מעזה שהוגשו לפני מתן החלטת הממשלה. מתוכם, מקרה אחד עודו תלוי ועומד ושלושה מקרים נפתרו.
³ עניין זה עודו מצוי בשלב מיצוי ההליכים בין המערערת 6 אל מול המשיב.

ב. ואלה גימוקי הערעור בתמצית

9. טעה בית המשפט הנכבד קמא בקביעתו הפרשנית, לפיה, על אף שתחולת החלטת הממשלה על פי לשונה, ברישא סעיף התחולה, היא "מכאן ולהבא", ועל אף שרק בסיפא, בנפרד, וכתוספת, צוין כי ההחלטה, בכל מקרה, לא תחול על בקשות מתנהלות - חלה ההחלטה גם על בקשות שהוגשו טרם הינתנה. טעה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר קבע שהרישא של סעיף התחולה של החלטה 3598 חל על מי שבקשתו אושרה, אך לא קיבל היתרים עדיין - מצב דברים שנכלל מפורשות בסיפא של סעיף התחולה, הדנה באופן מפורש בבקשה ראשונית "שאושרה". (פסקה 12 לפסה"ד)
10. ובפרט, החלטת הממשלה רחבה באופן מרחיק לכת ובמישורים רבים מהוראת החוק המסמך (סעיף 3 לחוק), המאפשר למשל, פעלת שיקול דעת פרטני. מצב דברים זה, אשר נתונות לו השלכות חמורות ומעציבות על זכויות חוקתיות, מחייב פרשנות מצמצמת של החלטת הממשלה. טעה ביהמ"ש הנכבד קמא, אפוא, משקבע פרשנות מרחיבה ובלתי מידתית ובקובעו כי פרשנות זו מתיישבת עם החוק המסמך (סעיף 14 לפסה"ד).
11. טעה בית המשפט הנכבד קמא כאשר בחר בפרשנות הסוטה מרציונל החוק המסמך, בו נקבע בסעיף המתייחס לבקשות שטרם אושרו (סעיף 2)4 לחוק המסמך), כי מועד הגשת הבקשה הוא המועד המכונן לצורך טיפול בבקשות תדשות, אשר החוק, ככלל, מונע טיפול בהן. זאת לעומת מועד אישור הבקשה ע"י המשיב. בהתאם לכך, טעה בית המשפט הנכבד קמא בקביעתו לפיה, "מן הבחינה המהותית, אין הבדל בין מי שאך פנה לשם קבלת תור להגשת בקשה, או שבקשתו - לאחר שהגיש את המסמכים הנדרשים - תלויה ועומדת וטרם הוכרעה - למי שלא פנה כלל בטרם נכנסה החלטת הממשלה לתוקף". (סעיף 12 לפסה"ד). על פי חוק הוראת השעה, כפי שבא לידי ביטוי בסעיף 2)4 הנ"ל לחוק, ישנו הבדל מהותי בין מי שטרם פנה כלל בבקשה לאיחוד משפחות עד למתן הגזרות החדשות, לבין מי, שפנה ראשונית קודם לגזרות, לבין מי שפנה ראשונית ובקשתו זו אושרה. באשר לאפשרות השניה, קובע החוק, כי בקשה שהוגשה לפני הגזרות החדשות (החלטת הממשלה 1813 וחוק הוראת השעה) תבחן פרטנית.
12. טעה בית המשפט הנכבד קמא, משקבע, כי אין משמעות לקבלת הבקשה הראשונית ואישורה, משום שלא טמון בשלב זה, שיקול דעת או הסתמכות ובהתבסס על הנוהל המסדיר את הליך איחוד המשפחות, לפיו, על פי בית המשפט הנכבד קמא, ניתן לפנות בבקשה מלאה למשיב. בשנים האחרונות לא ניתן בנסיבותיהם של המערערים לפנות למשיב ישירות ללא הגשת בקשה מקדמית. הבקשה המקדמית מוגשת עם מסמכים, ומצריכה הפעלת שיקול דעת, הנוגע לתחולת חוק הוראת השעה. כפי שניתן לראות במקרה שבפנינו, בין מועד הגשת הבקשה המקדמית, עד שניתן לפונים להגיש בקשה מלאה ועד אישורה אורך זמן ממושך, אשר ככלל, אינו נתון לשליטת הפונים, אלא לקצב עבודתו של המשיב.
13. טעה בית המשפט הנכבד קמא כאשר קבע, כי לא ניתן לקיים אבחון ביטחוני פרטני למי שבקשתו לא אושרה עד למתן החלטת הממשלה (ר' למשל, סעי' 13 ו-17 לפסה"ד) וזאת, למרות שהמשיב לא הודיע מעולם, כי לא ניתן לקיים אבחון ביטחוני בבקשות, אלא כי אינו מסכים לעשות זאת. (ר' סעי' 2 להודעה והשלמת טיעון מטעם המשיב מיום 17.6.12) ולמרות שבפועל בודק המשיב מדי יום בקשות פרטניות.

14. טעה בית המשפט הנכבד קמא, כאשר ביסס עמדתו על קביעות ביהמ"ש בהליכים אחרים (למשל, דברי כבי הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים ודברי כבי השופטת ארבל בבג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים) לפיהן באם יקבע, כי אין אפשרות לבצע בדיקה ביטחונית פרטנית באזור בו מתבצעת לחימה, ניתן יהיה לקבוע איסור גורף על בדיקה זו, עד להפסקת הלחימה. בענייננו, לא קבע המשיב, כי אין אפשרות לבצע בידוק ביטחוני בשל המצב בעזה והוא מבצע בידוק כזה כל יום באשר, למשל, לסוחרים, לספורטאים, למבקשי איחוד משפחות בישראל ולמשפחות חצויות אשר מושבן בעזה.
15. לאור המקובץ, טעה בית המשפט הנכבד כאשר בחר בפרשנות המרחיבה ביותר להחלטת הממשלה, למרות, שהן החוק המסמיך והן לשון החלטת הממשלה, מאפשרים פרשנות מצמצמת ולעניות דעת המערערים אף מחייבים פרשות כזו.
16. שגויה קביעתו העובדתית של ביהמ"ש הנכבד קמא, לפיה לא נערך בעניינם של המערערים אבחון ביטחוני קודם להודעת הסירוב לבקשתם לאיחוד משפחות (למשל, פסקה 2 בסעיף 16, לפסה"ד), באשר טענה זו לא נטענה מעולם מפורשות ע"י המשיב.
- ג. רקע עובדתי בקצרה**
17. העובדות הצריכות לענייננו פורטו בעתירה על נספחית, הנתמכת בתצהירים. בית המשפט הנכבד מתבקש לראות בהם חלק בלתי נפרד מהודעת ערעור זו. לנוחות בית המשפט מובאות כאן העובדות בקליפת אגוז.
18. המערערת תושבת ירושלים, ילידת 1971 נישאה למערער יליד 1968 ביום 27.1.98. לבני הזוג שלושה ילדים קטינים: , , ו , כולם נולדו בירושלים והינם תושבי קבע בישראל הרשומים במרשם האוכלוסין.
19. לאחר הנישואין, ועד שנת 2004, חלקו בני הזוג את חייהם בין אבו דיס לירושלים, כאשר החל משנת 2004 עברו סופית לירושלים.
20. ביום 17.10.06 גורש המערער לעזה, בהתאם לכתובת הרשומה בתעודת הזהות שלו, זאת למרות שלא התגורר בעזה, אלא בירושלים ובגבולה, מאז שנת 1988, 18 שנה שנה קודם לגירוש. יצוין, כי מאז שנת 2000 מסרבת המדינה לעדכן ברישומיה את כתובותיהם של תושבי השטחים – על פי מרשם האוכלוסין הפלסטיני המקורי, המנוהל על ידי הרשות הפלסטינית בהתאם להסכם אוסלו – אם הכתובת הישנה היא ביישוב בתחומי רצועת עזה. המערער גורש, למרות שלטענת המערערים הם פנו בבקשה לאיחוד משפחות, בעוד בקשתם המקדמית תלויה ועומדת ובניגוד לנוהל המשיב עצמו, סעיף 2.א.א. לנוהל 5.1.0001 המורה שלא לבצע אכיפה במקרים אלו.
21. מאז הגירוש ועד היום, הפכה המערערת להיות אם חד הורית, המפרנסת היחידה של משפחתה, אשר מגדלת את שלושת ילדיה בירושלים לבדה, ללא אביהם, רחוק מבעלה, אבי המשפחה.

ד. המגעים מול המשיב עד להשגה

22. ביום 8.11.99 הגישו בני הזוג בקשה לאיחוד משפחות שמספרה 513/99. הבקשה טורבה ביום 5.4.00 'מטעמים פליליים'. טעמים אלה אינם עומדים עוד כיום בבסיס הסירוב לבקשת איחוד המשפחות, באשר המשיב מסרב לבחון אותה לגופה. לעניין זה ר' גם דברי ביהמ"ש הנכבד קמא בסעיף 17 לפסה"ד, לפיהם הנימוק הפלילי בעניינם של המערערים אינו יכול להוות כיום טעם לדחיית הבקשה.

23. המצב החוקי שהיה קיים בשל החלטת הממשלה 1813 משנת 2002 ועד ספטמבר 2005 מכוח חוק הוראת השעה, אסר על המערערים לקחת חלק בהליכי איחוד משפחות. משאפשר המצב המשפטי לגבר בן 35 שנה לפנות, היה על המערערים, להשלים פרק זמן נוסף בו יקיימו מרכז חיים בישראל טרם פנייתם למשיב, על פי נהליו, בבקשה מקדמית. (זאת משום שבשנים בהן נאסר עליהם לקחת חלק בהליך איחוד משפחות נאלצו המערערים לחלק את חייהם בין ירושלים לאבו זיס שעל גבולה).

ד.1. הבקשה המקדמית

24. המערערים טוענים, כי בספטמבר 2006, הוגשה בקשה מקדמית לאיחוד משפחות בהתאם למדיניות המשיב המחייבת הגשת בקשה מקדמית, אשר רק לאחר אישורה מופנים הפונים להגשת בקשה מלאה, לא פעם חודשים ארוכים מאוחר יותר. המערערים לא היו מיוצגים בעת הגשת הבקשה המקדמית והגישו למשיב את הבקשה, המלווה במסמכים הנדרשים לבקשה המקדמית, מבלי לשמור העתק ממנה. בהמשך, בהתאם לטופס דרישת מסמכים שניתן להם ע"י המשיב, הגישו מסמכים נוספים.

25. המשיב טען, כי בקשה מקדמית לאיחוד משפחות הוגשה באוקטובר 2007. לשם תמיכה בטענתו זו הציג טופס דרישה למסמכים שהוגש בלשכה במועד זה.

26. בית המשפט קמא לא הכריע במחלוקת עובדתית זו, ולא נצרך להבדל הזמנים הזה לצורך פסיקתו. לשם דיוק, יוער, כי ביהמ"ש הנכבד קמא ציין, כי אין חולק על הגשת הטופס ע"י המערערים בשנת 2007, ולעומת זאת, אין הוכחה לטענתם בדבר הגשת הבקשה בשנת 2006.

27. בעניין זה, יסבירו המערערים, כי הטופס הוגש לאחר שניתן למערערים ע"י המשיב במסגרת הטיפול בבקשתם המקדמית משנת 2006 וכי אין מדובר בטופס בקשה ראשוני, אלא טופס שניתן לשם השלמת מסמכים, בנוגע לבקשות המצויות בטיפול. כך או כך, חל עיכוב רב מצד המשיב בטיפול רק לשם מתן אישור להגשת בקשה מלאה. כפי שיתברר בהמשך, לעיכוב בזימון להגשת בקשה מלאה, משך שנה וחצי ותרף פניות ללשכה על מנת לברר היכן עומד הטיפול, השלכות הרות גורל על משפחת המערערים.

ד.2. אישור הבקשה המקדמית והגשת בקשה מלאה

28. לבסוף, הוזמנה המערערת להגיש בקשה מלאה לאיחוד משפחות, אשר הוגשה ביום 16.3.08 וקיבלה מספר 182/08. כלומר, הבקשה הראשונית אושרה והותר לה להגיש בקשה מלאה, אשר הוגשה שלושה חודשים טרם פרסום החלטת הממשלה.

29. יצויין מייד, כי הבקשה הראשונית נבחנת ומופעל שיקול דעת פרטני על פי תבחינים הקבועים בחוק ובנוהל אם לאפשר הגשת בקשה מלאה. בין היתר נבחן פרטנית קיום קשר נישואין, גיל בני הזוג, מעמד בישראל ומקום מגורים רשום. משמעות אישור הבקשה הראשונית לאחר המתנה ממושכת וקבלת זימון מאת המשיב, היא כי המשיב ניאות לבחון את הבקשה לגופה, לאחר שבדק ומצא, כי המבקשים עומדים בתנאי הסף שמציב חוק הוראת השעה.

3.ד. סירוב הבקשה לגופה והגשת ערר כנגד הסירוב

30. ביום 27.5.2009 סורבה בקשה 182/08 על ידי לשכת המשיב, וזאת "בשל עברו הפלילי של המוזמן הכולל הרשעה בהחזקת סמים לצריכה עצמית בשנת 2006 הוחלט לסרב לבקשה" [כך במקור – ע.ל.].

31. בעקבות פניית המערערת למוקד, הוגש ביום 11.10.2010 ערר. ביום 26.1.2011 התקבל במוקד מכתב סירוב לערר, בו נכתב שמלבד הטעמים הפליליים שצוינו במכתב הסירוב מיום 27.5.2009, מסורבת הבקשה גם בשל החלטת ממשלה 3598 מיום 15.6.2008. על פי החלטת ממשלה 3598, הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון ישראל או אזרחיה. הטענה בדבר הסירוב בשל החלטה 3598 הועלתה לראשונה במסגרת זו.

ה. ההשגה

32. לאור הסרוב לערר, פנו המערערים ביום 23.3.2011 לועדת ההשגה לזרים בהשגה מספר 93/10.

33. בכתב התשובה להשגה, נטען, כי דין ההשגה להדחות בשל החלטה 3598. המשיב זנח, הלכה למעשה, את הטיעון בדבר הטעמים הפליליים שהביאו לדחיית הבקשה במקור. כמו כן העלה המשיב טעמים חדשים בדבר שיהיו.

34. ביום 29.8.11 התקבלה החלטת ועדת ההשגה, הדוחה את ההשגה.

35. הועדה (המונה את יו"ר הוועדה בלבד) דחתה את הטעמים הפליליים ואת טענת השיהוי, כמקימים עילה לסרוב הבקשה. הועדה קבעה, כי החלטת הסרוב כפי שניתנה ביום 27.5.09, החלטה שבוססה על טעמים פליליים, הינה החלטה פגומה ולקויה, עד כדי ביטולה המוחלט (סעיף 14 להחלטה). לאור זאת קבעה הועדה, כי לולא החלטה 3598, היא הייתה מורה על ביטול ההחלטה וקיום שימוע (סעיף 35 להחלטה). וראוי להביא מדברי הועדה:

"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 ועדת ההשגה, המצ"ב כנספח " לעתירה ור' עוד סעיפים 14, 19 ו-35).

36. יחד עם זאת, הועדה דחתה את ההשגה וזאת לאור קביעתה, כי החלטת הממשלה 3598 חלה על בקשה 182/08 ועל פי פרשנות הועדה מונעת את אישורה. (בחלק זה של החלטת הוועדה מצוינים גם פרטים עובדתיים שגויים לפיהם הבקשה הראשונית לאיחוד משפחות הוגשה חודש אחד טרם החלטת הממשלה 3598 שמיוני 08).

1. ההליך בבית משפט קמא

37. בעקבות דחיית ההשגה הוגשה עת"מ 10144-11-11, נשוא ערעור זה. בכתב העתירה ביקשו המערערים, כי תאושר בקשתם להתאחד בישראל במסגרת הליך איחוד משפחות. כמו כן ביקשו להורות, כי בקשות לאיחוד משפחות עבור תושבי רצועת עזה, שבקשה ראשונית להם הוגשה לפני יום 15.6.08, היום בו התקבלה החלטה 3598, יטופלו ויבדקו כפי שנבדקות בקשות לאיחוד משפחות לתושבי יתר השטחים.
38. לאחר הגשת תשובה, התבקשה על ידי בית המשפט קמא השלמת טיעון בשאלת השפעתו של פסק הדין בבג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים על הפרשנות הראויה של החלטת הממשלה. בדיון ביום 13.5.12 המליץ בית המשפט קמא למשיב לבצע בדיקה בטחונית פרטנית בעניינו של המערער. המשיב מסר, כי אין נכונות מצידו לבצע בדיקה פרטנית.
39. בית המשפט הנכבד קמא קבע בפסק דינו, כי לא ניתן לדחות את בקשת איחוד המשפחות בשל עברו הפלילי של המערער. יחד עם זאת, דחה בית המשפט הנכבד קמא את העתירה. בין נימוקיו העיקריים, קבע בית המשפט הנכבד קמא כי, יש ליישם את החלטה 3598 באופן "שלא ניתן לקיים, על דרך הכלל, בדיקות בטחוניות פרטניות בעניינם של מבקשים שהם תושבי עזה". (סעיף 17 לפסה"ד). בית המשפט הנכבד קמא סבר, כי פרשנותו זו מתיישבת עם החוק המסמיך. עוד קבע בית המשפט הנכבד, כי יש לפרש את החלטה 3598 כחלה רטרואקטיבית על בקשות שהוגשו לפני קבלתה. כן, קבע בית המשפט הנכבד קמא, כי יבקשתם הראשונית של המערערים לא אושרה, לעניין ההחלטה המצוינת בהחלטת הממשלה 3598, במובן בו פרש בית משפט קמא את החלטה. על פי בית המשפט הנכבד קמא, בין היתר, אין כל שוני בין מי שבקשתו המקדמית אושרה והגיש בקשה מלאה לפני החלטת הממשלה לבין מי שלא פנה למשיב כלל קודם להחלטה.

2. נימוקי הערעור

2.1. בין סעיף 3ד לחוק המסמיך להחלטת הממשלה 3598

40. החלטה 3598 היא תולדה של סעיף 3ד של חוק הוראת השעה, כפי שתוקן ביום 28.3.07. סעיף 3ד (להלן: "הסעיף המסמיך") מאפשר לשר הפנים להפעיל שיקול דעת מכוחו רשאי יהיה לקבוע, כי מבקש מעמד עלול להוות סיכון ביטחוני בשל אזור מגוריו, זו לשון הסעיף:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א3(2), 3ב(2) ו-3(3) ו-2(4), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, 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; 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: (ההדגשה שלי – ע.ל.).

41. 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, הקביעה כי מבקש מהווה "סיכון ביטחוני" תהא פרסונאלית או משפחתית עקיפה (קרי, קביעה כי הסיכון "נובע" ישירות מהאדם או מקשריו עם קרובי 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.

42. 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, המרוחק וה"חלש" ביותר, שכן לא מדובר בסיכון קונקרטי העולה מהמבקש עצמו או ממנו כתוצאה מקרבתו המשפחתית, 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. בהתאם לכך, בעוד באשר למעגלי הסיכון הראשונים נקבע כי "לא יינתן" אישור לשהייה בישראל אם נקבע בהתאם לחו"ד כי האדם או קרוביו מסוכנים, לגבי המעגל השלישי, הקביעה הינה מרוככת יותר, איננה איסור, אלא מודגש, כי מדובר בעניין שבשיקול דעת של שר הפנים.

43. לעומת הוראת החוק המסמיך, המורה לשר להפעיל שיקול דעת בהחלטותיו על פי הסעיף, נקבע בסעיף ג' של החלטה 3598, 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. (הדגשה שלי – ע.ל.)

44. עינינו הרואות: החלטת הממשלה פותחת בקביעה, כי היא ניתנה **בהתאם** לסעיף המסמיך. ואולם, במובנים מהותיים ומשמעותיים, החלטת הממשלה, לפי פרשנות המשיב, מרחיקת לכת הרבה יותר מסעיף המסמיך. כך למשל, סעיף 3ד מאפשר לשר הפנים, כזכור, לקבוע מסוכנות של אדם ספציפי בהסתמך על בדיקות שונות. במקרה בו באזור מגוריו או מדינת מושבו (ולא מקום רישומו) 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,

(אם כי בלשונה היא מנחה), כלל מוחלט של מסוכנות כללית, של כל אדם, אשר מתגורר בעזה ואף במקרה בו הוא רק רשום כתושב עזה ואינו מתגורר ברצועה מזה שנים. על פי קביעה גורפת זו, ועל אף שהממשלה בהחלטתה רק מנחה את השר נקבעה מדיניות כללית וכוללת 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.

45. עוצמת הפגיעה של החלטה 3598 בזכויות אדם, על פי אופן היישום בו בוחר המשיב, בולטת במיוחד לאור סוג הסיכון הביטחוני הנדון כאן: סיכון ביטחוני מהסוג העקיף והחלש 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 (ר' למשל בהמשך, עניין דקה), ודאי וודאי שנדרשת בדיקה פרטנית במקרה של חשש ביטחוני עמום, כללי וחלש כמו זה המקושר למקום מגוריו. וזאת כל עוד, לא נטען מעולם לא בלשון החלטת הממשלה ולא ע"י המשיב כי לא ניתן לקיים בידוק ביטחוני בעזה. ודוק: אין מדובר בנסיבות בהן לא ניתן לקיים בידוק ביטחוני. אף על פי תשובת המשיב לביהמ"ש הנכבד קמא ועל פי פרסומים רשמיים מטעם המדינה באתר האינטרנט של מתאם פעולות הממשלה בשטחים, בדיקות ביטחוניות מתבצעות מדי יום ביומו ולמרות הסגר תושבים רבים מעזה מגיעים לישראל למטרות שונות, ובהן איחוד משפחות, מסחר, משחקי כדורגל, ביקורי משפחה, מטעמים הומניטאריים רפואיים ועוד.

46. קבוצת האנשים עליהם חלה החלטת הממשלה, היא מי שלבן או בת זוגו זכות חוקתית לחיות עמו בישראל. מי שילדיו, הם תושבי המדינה, אשר ישראל מחויבת בטובתם, ואשר החלטה להדיר את הוריהם מכאן, באופן גורף וללא בחינה פרטנית עשויה לפגוע בהם באופן קשה ביותר. כך אם יחיו ללא הורה אוהב לצדם. כך אם משמעות התחלטה תהיה הגלייתם הם לעזה, תוך אילוצם לעזוב את מולדתם ואת ביתם לאזור הנתון תחת מצור מתמשך.

47. זאת ועוד. החוק המסמיך כשלעצמו, כפי שתוקן בשנת 2005, מתיר אישורן של בקשות שהוגשו לפני פרסומו ועדיין לא אושרו (סעיף 4(2) לחוק). ובלשון החוק:

רשאי מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות לפי חוק האזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, לפני יום א' בסיון התשס"ב (12 במאי 2002) ואשר ביום תחילתו של חוק זה טרם ניתנה החלטה בעניינו... [ההדגשה שלי – ע.ל.]

48. הטעם לכך, נובע מרצונו של המחוקק לצמצם את הפגיעה הנובעת מגזרות החוק, בנוגע לקבוצת האוכלוסייה שכבר פנתה למשיב, הגישה בקשה למימוש זכותה החוקתית בישראל והמתינה, לא פעם תקופה ממושכת להכרעה בבקשה, בידעיה כי הבקשה תבחן לגופה. הרציונל שבחוק המסמיך, קיים ביתר שאת כשעסקינן בפרשנות החלטת הממשלה 3598, אשר מחמירה את הפגיעה הנובעת מהחוק. ר' והשוו למשל, פסקא, 6 לעת"מ (י-ם) 727/06 נופל נ' שר הפנים (פסק דינו של כב' השופט סובל מיום 22.5.12); עת"מ (י-ם) 1238/04 גובראן נ' שר הפנים, (19.8.09); עת"מ (י-ם) 771/06 אבו גווילה נ' שר הפנים, (מיום 7.8.07); עת"מ (י-ם)

182/07 חלביה נ' שר הפנים, (10.10.07); עת"מ (י-ס) 8386/08 אל סוחרה נ' משרד הפנים, (מיום 14.12.09).

49. לרוח החוק המסמיך, לשונו וציוויי משקל רב כאשר עסקינן בפרשנות ויישום של החלטה 3598. אין לקבל את קביעת בית המשפט הנכבד קמא בסעיף 14 לפסק דינו, כי הפרשנות המרחיבה להחלטת הממשלה מתיישבת עם החוק המסמיך.

ז.2. החלת החלטת הממשלה 3598 על המערערים – פרשנות לשונית ומהותית בלתי סבירה

פרשנות לשונית שגויה

50. בסעיף ג' להחלטת הממשלה 3598, בחלק הדן בתחולה, נאמר:

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

51. אם כן, ההחלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות של המערערים מנוגדת ללשון החלטה 3598 עצמה. נראה אפוא כי מלבד המערערים הטוענים כי החלת החוק והחלטת הממשלה בעניינם מהווה החלה רטרואקטיבית אסורה, גם הממשלה עצמה קבעה, כי לא יהיה זה סביר להחיל את התיקון בחוק על עניינם של מי שבקשתם הוגשה עובר להחלטת הממשלה. ונסביר.

52. קריאה מדוקדקת של החלטה 3598 מלמדת כי היא מתייחסת לשלוש קטגוריות שונות של בקשות.

52.1. בקשות שלא הוגשו כלל ועיקר לפני קבלת החלטת הממשלה 3598;

52.2. בקשות שהוגשו ואושרו לפני קבלת החלטת הממשלה 3598 – נעמוד בהמשך על משמעות התיבה 'בקשות שאושרו'; ו-

52.3. בקשות שאינן נכללות בשתי הקטגוריות הראשונות.

53. הפרשנות שניתנה לסעיף התחולה בפסקה 12 לפסק הדין, על פיה הסעיף מתייחס לבקשות שאושרו בלבד, אינה יכולה להסביר מדוע הוספה הסיפא, לאחר ו' החיבור, המרחיבה, והמילים בכל מקרה, המעידות על כך, כי הבקשות שאושרו אינן סוגי הבקשות היחידות שעליהן לא תחול החלטה 3598, אלא הן חלק מקבוצה רחבה יותר.

54. המערערים יטענו, כי פרשנות נכונה של סעיף התחולה הינה, כי ככלל החלטת הממשלה תחול רק מכאן ולהבא על בקשות חדשות שיוגשו לאחר מתן החלטת הממשלה, וכמובן שלא תחול על בקשת מאושרות.

55. ברישא של סעיף התחולה, נקבע, כי ככלל, תחול ההחלטה אך ורק מכאן ולהבא. בחלק זה מובהר מה דינן של בקשות מהקטגוריה הראשונה, אשר עדיין לא הוגשו, עליהן חלה החלטת הממשלה במלוא היקפה. וכן מובהר, מה דינן של בקשות מהקטגוריה השנייה, אלה שאושרו. לגבי בקשות מהקטגוריה השלישית, אלא שהוגשו אך עדיין לא אושרו, נותר מקום לפרשנות מעמיקה יותר, אשר מתבהרת למקרא הסיפא של הסעיף.

56. בחציו השני של המשפט, הסיפא, מובהר כי ההיגד מכאן ולהבא, כולל גם, בנוסף ובכל מקרה בקשות מהקטגוריות השנייה. הסיפא מדגישה, כי בנוסף לקבוצה השלישית עליה לא חלה ההחלטה, ההחלטה לא תחול על בקשות מהקטגוריה השנייה, של בקשות שאושרו. נראה, כי

הממשלה הוסיפה הבהרה זו לשם מניעת בהלה והצפה דיונית מקרב מי שכבר החלו בחליך איחוד המשפחות מזה זמן.

57. תמיכה לעמדת המערערים ניתן למצוא, בין היתר, במכתב הסירוב לבקשה מיום 27.5.2009 שנשלח למערערים כשנה לאחר קבלת החלטת הממשלה. מכתב הסירוב לא התייחס ולו בעקיפין להחלטת הממשלה 3598. דומה כי, במועד זה, הבין המשיב, כי החלטת הממשלה אינה נוגעת לבקשת המערערים שהוגשה עובר להחלטת הממשלה. רק בהחלטתו בערר מיום 18.1.2011 החליט המשיב **לפתע** להוסיף טיעון זה.

58. על פי פרשנות ביהמ"ש הנכבד קמא, מכוון סעיף התחולה על שני חלקיו לקטגוריות שונות של בקשות מאלה שצוינו לעיל: הקבוצה הראשונה, על פי פרשנות זו, כוללת בקשות שטרם הוגשו ובקשות שהוגשו אך לא אושרו – אשר דינן אחד על פי פסה"ד (סעיף 12 לפסה"ד) – אותן חוסמת החלטת הממשלה; קבוצה שניה, אליה מכוונת הרישא של הסעיף, כוללת בקשות שאושרו, אך עדיין לא ניתן היתר לפונה, וקבוצה שלישית, אליה מכוונת הסיפא של הסעיף, כוללת גם כן את מי שבקשתו אושרה, וכבר לוקח חלק בהליך זה מכבר. דא עקא, כי פרשנות זו של בית המשפט הנכבד קמא אינה מתיישבת עם לשון הסיפא שמדברת מפורשות על בקשות שאושרו – צירוף מילים הכולל בחובו, מניה וביה, בקשות מתנהלות שאושרו ובקשות שזה עתה אושרו. מסביר ביהמ"ש הנכבד, כי לא היה צורך בסיפא, אם היא נכללת ברישא של סעיף התחולה. אולם, הנחה זו מחזקת דווקא את המסקנה ההפוכה. הרי, לו אין היה מדובר בקבוצה רחבה יותר, ניתן היה להסתפק בסיפא בלבד. פרשנות זו, לפיה, יש ליישם את סעיף התחולה על פי הסיפא בלבד תוך התעלמות מהרישא שלו אינה סבירה. אף אין להתעלם מניסוח הסיפא של סעיף התחולה כמת קבוצה ש"בכל מקרה" נכללת בקטגוריה רחבה יותר. הפרשנות שנקבעה בפסק הדין אף אינה מתיישבת עם לשון הסעיף. פרשנות זו אינה סבירה גם על שום היותה מרחיבה בהיקף הפגיעה שהיא יוצרת.

59. עמדת המערערים בנוגע לפרשנות החלטת הממשלה נתמכת גם בבוחנו את הפסיקה בנושא זה. כך למשל, בעת"מ 1891/09 (ת"א) **נאדי נ' שר הפנים** (15.2.11), למרות החלטה 3598, אישר המשיב במסגרת ההתדיינות בעתירה, מתן היתר לאדם הרשום במרשם בעזה אשר בקשתו לא אושרה טרם מתן החלטת הממשלה וזאת בניסבות הדומות לעניינו. מדוע אם כן, מחליט המשיב אחרת במקרים שמרכיביהם לעניין החלטת הממשלה זהים, אם החלטת הממשלה מונעת מתן היתרים באופן גורף? ודוקו, כי בעניין **נאדי**, לא נטען, על פי פסה"ד, כי המשיב מנוע ממתן היתרים בשל החלטת הממשלה. אדרבא, היתרים ניתנו בהסכמתו.

60. כמו כן, בעת"מ 1039/09 (י-ם) **דאבט נ' שר הפנים** (18.1.09) לא נדחתה על הסף אפשרות להעניק מעמד לתושב עזה בשיקול דעת שר הפנים, למרות החלטת הממשלה. העתירה **בדאבט** נדחתה, בשל אי-מיצוי הליכים, בהמשך לכך אושרה בקשת העותרים במסגרת וועדת ההשגה, **בהסכמת המשיב**. אין חולק כי בעניין **דאבט** לא ניתנה החלטה סופית בבקשה ולא ניתנה תשובת גורמים קודם להחלטת הממשלה. ביהמ"ש הנכבד קמא מקבל את אבחנת המשיב בעניין **דאבט** מעניינו, בהסבירו, כי העותרת שם חיה בעזה עד שנת 1994 וכי הבקשה אושרה לפני החלטת הממשלה בכפוף לעמדת גורמים שלא ניתנה **עד לפרסום החלטת הממשלה**. בעניינו לא חי המערער בעזה משנות ה-80, ועד שגורש לשם בשנת 2006. מכל מקום, משנקבע בהחלטת הממשלה, כי די ברישום במרשם בעזה הרי שלא ניתן לאבחן את עניין **דאבט** מהמקרה של המערערים בשל עצם המגורים בעזה.

61. ועוד, בעת"ס (י-ם) 20638-02-11 **אבו חמדה נ' משרד הפנים** (19.12.11), אמנם לא קיבל ביהמ"ש לעניינים מינהליים, את עמדת העותרים בדבר משמעות הגשת הבקשה הראשונית (ביהמ"ש התייחס במיוחד לבקשה קודמת של העותר שם, אשר אושרה בעבר וסורבה בהמשך מטעמים ביטחוניים), אולם, למרות שהבקשה לא אושרה טרם מתן החלטת הממשלה **וחרף קיום מניעה ביטחונית בעבר**, וקיומו של אה שהיה פעיל בכוח 17 במנגנון הצבאי של הרשות הפלסטינית (בענייננו לא היתה מניעה ביטחונית מעולם ואין למערער, ככל הידוע למערערים, בני משפחה המעורבים בפעילות ביטחונית), הורה ביהמ"ש להחזיר את המקרה לבחינה פרטנית, וזאת משום שהבקשה כבר נבדקה לגופה ביום 5.10.10, **זמן רב מאוחר להחלטת הממשלה**.

62. בענייננו, גם נבחנה הבקשה תחילה לגופה וסורבה מטעמים פליליים. טעמים אלו נפסלו ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא (ר' פסקה 17 לפסה"ד). ודוק, כי המשיב ניסה לאבחן את עניין **אבו חמדה** מענייננו, ע"י התייחסות לפרק הזמן שחלף מאז הגשת הבקשה בעניין זה ולתקופת מגורי העותר שם, בגדה ובישראל ברם, משקבע ביהמ"ש בעניין **אבו חמדה**, מפורשות, כי העותר רשום במרשם האוכלוסין בעזה והינו תושב עזה לעניין החלטת הממשלה, אין אבחנה זו יכולה לעמוד. עוד פסק, בית המשפט בעניין **אבו חמדה**, כי העיכוב בין הגשת הבקשה ועד להכרעה בה, לאחר החלטת הממשלה, אינו נובע מעיכוב בלתי מוצדק מצדו של המשיב, אלא מהתנהלות העותר אשר השמיט פרטים מהותיים בבקשה ונצר אותם חרף בקשות המשיב עד לאחר מתן החלטת הממשלה. בעניין **אבו חמדה**, שאב בית המשפט הנכבד את פרשנותו בדבר החובה להפעיל שיקול דעת פרטני, מהוראת החוק המסמך, וקבע, למעשה, כי ניתן ליתן חו"ד פרטנית חרף החלטת הממשלה, וכי מקום בו ניתנה חו"ד כזו, ככל שהינה עומדת בסתירה לחו"ד הכללית, על פיה קיימת חזקת מסוכנות, יהיה על המשיב ליתן לה משקל בהחלטתו. בית המשפט בעניין **אבו חמדה** קבע כי לא ניתן יהיה לקבל מצב, בו תסורב בנסיבות אלה בקשה על הסף אך מחמת החלטת הממשלה. לדברי ביהמ"ש בעניין **אבו חמדה** קיים קושי עם פרשנות המונעת בחינה פרטנית של הבקשה "נוכח הפסיקה שדנה בפרשנותו ויישמו של סעיף 3ד לחוק ומדתינותו". ביהמ"ש הנכבד בעניין **אבו חמדה** מפנה לעניין זה לפסה"ד בבג"ץ 2028/05 **אמארה נ' שר הפנים**, (10.7.06), ובעת"מ (י-ם) 683/07 **שביר נ' משרד הפנים** (25.11.07).

63. בענייננו, ציין בית המשפט הנכבד קמא כי בשונה מעניין **אבו חמדה** לא ניתנה מעולם עמדת גורמים. חשוב להזכיר כי סירוב המשיב לגוף העתירה ניתן כשנה וחודשיים לאחר הגשת הבקשה מטעמים פליליים שנפסלו בהמשך. המשיב לא מסר מעולם, אם במהלך תקופה זו התקבלו עמדות מהגורמים הביטחוניים ולא היה מקום כי בית המשפט הנכבד קמא ייקבע קביעה עובדתית בנושא זה.

64. כמו בענייננו, גם בעניין **דאבט, נאדי ואבו חמדה**, אין חולק, כי נדונו בקשות עבור מי שמוגדר כתושב עזה, אשר לא ניתנה בהן הכרעה סופית ולא נעשה אבחון ביטחוני עד לאחר מתן החלטת הממשלה, אלא רק לאחריה.

65. פרשנות, לפיה תחול החלטת הממשלה מכאן ולהבא, אך על בקשות שהוגשו לאחר הינתנה או כמו בעניין **אבו חמדה**, אשר מורה על בחינה פרטנית שתבחן אל מול חזקת המסוכנות, מתיישבת עם המסגרת הנורמטיבית ובפרט עם זו החוקית ומהווה פרשנות מידתית להחלטת הממשלה הרחבה והקולקטיבית.

66. מכל מקום, לא ברור כיצד ניתן לקבוע כי ההחלטה חלה על בקשות שלא אושרו טרם הינתנה משום שלא ניתן לקיים אבחון ביטחוני פרטני, חוץ מאשר בנסיבותיהם של שלושת המקרים הבודדים, אשר נדונו עד היום ושנסיבותיהם כשל עניינם של המערערים. אם לא ניתן לקיים בידוק ביטחוני, כיצד ניתן היה לעשות זאת במקרים אלו, ללא שהופנו לוועדה הומניטארית, אלא על פי שורת הדין.

67. לא זו אף זו, המערערים יטענו בנוסף, כי משמעות התיבה 'בקשות שאושרו' יכולה וצריכה להחיל בתוכה בקשות ראשוניות/מקדמיות שאושרו ושלאחר אישורן הוזמנו המבקשים להגיש בקשה מלאה כפי שהיה במקרה של המערערים

68. בניגוד לאמור בפסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא, אישור בקשה מקדמית כן כולל הפעלת שיקול דעת ובחינת קריטריונים נוקשים שנקבעו בחוק הוראת השעה ובמסגרת מדיניות המשיב, ביניהם גיל וקיום נישואין, וכן העדר ביגמיה. אישור הבקשה המקדמית יוצר הסתמכות – לאחר המתנה ממושכת, בין היתר, להגיע לגיל המתאים, ולמרכז החיים הנדרש – פונים המבקשים למשיב על פי דרישתו בבקשה מקדמית, ממתנינם בחשש ל"גזר הדין" האם סוף סוף ימצאו ראויים לקחת חלק בהליך ולקבל היתר שהייה בישראל! (נוכח חוק הוראת השעה איש ממבקשי איחוד משפחות חדשים אינו זכאי לכל אשרה או מעמד זולת היתר צבאי); האם יתאפשר להם להגיש בקשה מלאה במסגרתה תבחן בקשתם להתאחד לגופה? אותם מבקשים ממתנינם למענה ומשוזה ניתן והם נענים בחיוב הם מתבקשים להמתין פרק זמן נוסף עד מועד התור להגשת בקשתם, תוך הסתמכות על כך שניתן האישור לבוחנה לגופה. במסגרת בחינת הבקשה המקדמית, אשר אורכת זמן, מתבקשים מבקשים להגיש צילום תעודת זהות, תעודת נישואין ותעודת לידה של המוזמן. מי שאינו עומד בתבחינים הראשוניים בקשתו נדחית על הסף. מתקיים כאן תהליך של אישור ובדיקה. בייחוד לאור הפגיעה הקשה והעיקרון בדבר העדר רטרואקטיביות, יש לראות באישור להגשת בקשה מלאה, כאישור בקשה ראשונית, כלשון החלטת הממשלה.

3. ז. האם כדין נעשתה ההחלטה למפרע של החלטת הממשלה 3598

69. סעיף 21 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, שכותרתו "שעת תחילה", קובע ש"שעת תחילת תוקפו של חיקוק היא בשעה 00.01 של יום תחילתו". סעיף 22 לחוק הפרשנות, שכותרתו "סייגים לכוחו של ביטול", קובע:

ביטולו של דין אין כוחו יפה –

1. להחיות דבר שלא היה לו תוקף בשעה שהביטול נכנס לתקפו;
2. להשפיע על פעולה קודמת של הדין המבוטל או על מה שנעשה לפיו;
3. להשפיע על זכות או חיוב שלפי הדין המבוטל.

70. על פי תיקון 1 להוראת השעה (מאוגוסט 2005), תושבת קבע שנישאה לתושב השטחים ואשר בן זוגה עבר את גיל 35 יכולה להגיש עבורו בקשה לאיחוד משפחות (סעיף 1)3 להוראת השעה). הסיפא של סעיף ד3; שהוסף כתיקון במרץ 2007, מהווה ביטול של דין זה, בכל האמור למי שמתגוררים באותן מדינות או אותם אזורים, לגביהם ייקבע כי מתבצעת בהם "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה", בכפוף להפעלת שיקול דעת של שר

הפנים בעניינם (שכן, כזכור, בחוק נעשה שימוש במילה "רשאי" בנוגע לסמכות שר הפנים). משכך, חל בענייננו סעיף 22 לחוק הפרשנות.

71. המערערים הגישו את בקשתם בהתאם לזכות שהוקנתה להם על פי תיקון 1 להוראת השעה, ולאחר שנבדק ע"י המשיב פרטנית במסגרת בקשתם המקדמית שהם עומדים בתנאים המזכים בבדיקה אינדיבידואלית. החלטת המשיב, הקובעת כי יש לסרב לבקשת המערערים, מבטלת אפוא את הפעולה שנעשתה על פי הדין הקודם ופוגעת בזכותם של המערערים על פי אותו דין. לא ניתן לאיין את בקשתם, ולהכיל עליה רטרואקטיבית את החלטה 3598.
72. הלכה פסוקה היא כי אין לקבוע חוקים, חקיקת משנה או הוראות מינהל שתחולתן למפרע. בעניין תחולה רטרואקטיבית של תיקונים לחוק נקבע כי:

לא נטען בפנינו, ואף לא בערכאה הראשונה, כי התיקון לחוק נפגע פעולות איבה הוא בעל תוקף רטרואקטיבי, במובן זה שניתן להחילו למפרע על אירועים שהתרחשו לפני מועד כניסתו לתוקף. ואכן, כלל הוא כי בהיעדר הוראה אחרת, "אין לייחס לחיקוק מהותי (להבדיל מחיקוק דיוני) תוקף למפרע. טעמו של כלל זה הוא בכך, שאין לייחס למחוקק כוונה "לשלול מאדם זכות שכבר היתה מוקנית לו לפני שיצא החוק" (מדברי כבוד השופט זוסמן (כתוארו אז) בע"א 398/65 בעמ' 405). כלל זה התגבש והוכר בספרות המשפטית, ואילו אצלנו קיבל גם תוקף חקיקתי בסעיף 22 לחוק הפרשנות. (ע"א 2/84, 732-730/83, מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלקוני; מונרוב נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פד"י ל"ט (176, 169, 3). (ע"א 383/87 מלכה נ' אררט חברה לביטוח בע"מ, פ"ד מב(3), 650, עמ' 654). (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

73. האם, על אף הכלל שאין לייחס לחיקוק תוקף רטרואקטיבי, יש לקבוע, כי החלטה 3598, המרחיבה את הפגיעה בזכויות חוקתיות הטמונה בחוק הוראת השעה, אמורה לחול על בקשתם של המערערים באופן רטרואקטיבי? כך, באופן שתכלול את בקשת המערערים, שהוגשה לפני קבלת החלטה ולאחר שבקשתם המקדמית אושרה? המועד הקובע לעניין הסייגים בחוק המסמך הוא מועד הגשת הבקשה ולא אישורה. האם יש להחיל רציונל מרחיב ושונה מזה של חוק הוראת השעה דווקא בפירוש החלטת הממשלה שהינה כה מחמירה וגורפת?

74. ברע"א 7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי, תק-על 2005(2), 3289, עמ' 3298, נקבע כי:

ככלל, בכוחו של המחוקק לקבוע את היקף חלותו של מעשה חקיקה מבחינת הזמן, ובכלל זה לקבוע, בין במפורש ובין במשתמע, את תחולתו הרטרואקטיבית או האקטיבית. (עע"א 1613/91 ארביב נ' מדינת ישראל, פד"י מו(2) 765, 775; ע"פ 3025/00 הרוש נ' מדינת ישראל, פד"י נד(5) 111). על קיום כוונה כזו ניתן להסיק ממטרות החוק ותכליתו. "לחוק תהא אותה תחולה בזמן הנדרשת לשם הגשמת תכליתו. על תכליתו של החוק ניתן ללמוד מלשונו, מההיסטוריה החקיקתית שלו, מחקיקה מאוחרת ומעקרונות היסוד של השיטה" (פרשת ארביב שם, עמ' 776). אחת החזקות המקובלות הנטועות בעקרונות היסוד של השיטה היא כי תכלית החוק, דרך כלל, אינה מכוונת לתחולה רטרואקטיבית שלו אלא צופה היא פני העתיד, אלא אם כן מצויה בחוק הוראה נוגדת, מפורשת או משתמעת (ע"א 27/64 בדר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח(1) 295, 300). (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

75. כן נקבע כי: המחוקק יכול אמנם ורשאי להטיל חוקים בעלי תחולה רטרואקטיבית, אך במקרה שהמחוקק אינו מגלה, לא במפורש ואף לא מכללא, את כוונתו להעניק להוראת חוק כוח רטרואקטיבי, אזי צריך לחפש את הפתרון בכללי הפרשנות המקובלים. ובכללי הפרשנות הללו מצוי כלל עתיק יומין, שאין לייחס לחיקוק מהותי תוקף למפרע. (ע"א 730/83 מנהל מס שבח מקרקעין נ' אלקוני, פ"ד לט(3), 169, עמ' 174).

76. על פי המשיב, תכלית החלטת הממשלה היא מניעת פגיעה בביטחון המדינה. תכלית זו יכולה להתממש גם אם תיושם החלטת הממשלה באופן סביר מצמצם ומידתי. על המתווה בה מבקשת הממשלה ליישם את תכלית ההגנה על ביטחון המדינה, ניתן ללמוד, ממדיניות הממשלה הכללית בעניין המעברים מעזה לישראל. לפיה, למרות הסגר על עזה, ניתנים היתרי שהייה באופן יומיומי לתושבי עזה שהינם סוחרים, ספורטאים, משתתפי סדנאות, כנסים ועוד. ההנחה, כי דווקא כשעסקינן בזכות החוקתית לחיי משפחה של תושבי ישראל, מבקשת המדינה לנקוט במדיניות המצמצמת ביותר, ובה שולי ביטחון צרים במידה ניכרת מהמדיניות הנקטת כלפי זרים לצרכים שאינם נמצאים במדרג זהה מבחינת מחויבות ישראל ועוצמת הפגיעה בזכויות יסוד – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. האם ניתן באמת ובתמים לקבל את טענת המשיב, כי הסיכון הביטחוני בבחינת הבקשות הספורות שהוגשו טרם מתן החלטת הממשלה ולא אושרו עד הינתנה, יפגע בהגשמת תכלית החלטת הממשלה, בה בעת, כאשר ניתנים היתרי כניסה מעזה לישראל לרבים כל כך, סוחרים וספורטאים ואח?

77. מן האמור לעיל עולה, כי רק במקרה בו מצויה בחוק הוראה מפורשת או משתמעת, באשר לתחולתו הרטרואקטיבית או האקטיבית של התיקון, אזי יש להימנע מהשימוש בכללי הפרשנות המקובלים, לפיהם אין למעשי חקיקה תחולה רטרואקטיבית. בענייננו, אין הגשמת תכלית החוק מחייבת תחולה רטרואקטיבית. במקרה דנן, לא זו בלבד שאין כל אינדיקציה לכך שהמחוקק ביקש להחיל את הנקבע בהחלטת הממשלה על בקשות שהוגשו עובר למתן ההחלטה, אלא שבהחלטה עצמה ישנה התייחסות מפורשת להחלטה של החלטת הממשלה באופן צופה פני עתיד. המערערים יטענו בעניין זה, כי האיסור על החלה רטרואקטיבית של הוראת השעה – כמו גם של החלטות ממשלה, חוק ומדיניות אחרים הקשורים למתן מעמד – אינו בכדי. מקורו בעובדה שהליכי בחינת הבקשות למתן מעמד אורכים לעיתים זמן רב, ומועד ההכרעה בהן ככלל אינו בשליטת המגיש אלא נתון להתנהלות פקידי המשיב בלבד. לכן ניתן משקל מיוחד למועד הגשת הבקשה. בית המשפט כבר עמד על כך:

אכן, הדין מכיר בחשיבותו של המועד בו הוגשה בקשה למתן רישיון ישיבה בישראל, להבדיל ממועד מתן ההחלטה בבקשה, וזאת, בין היתר, בהתחשב בהתמשכותם של הליכי הטיפול בבקשות מסוג זה. כך, קובע סעיף 2(4) להוראת השעה הוראת מעבר שחלה על בקשות שהוגשו קודם ליום 12.5.02, ומאפשרת להעניק היתרי שהייה בישראל גם באותם מקרים שבמצב הרגיל אינם מאפשרים לתושב האזור לשהות בישראל כדין על פי הוראת השעה. (עתי"ם 8295/08 משארה נ' שר הפנים, פסק דין מיום 24.11.2008). (הדגשה הוספה – ע.ל.).

באותו עניין נקבע:

המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד תום השנתיים של רישיון א/5 (כפי שקבע המשיב – ע.ל.). המועד הקובע הנוטען על ידי המשיב הינו בלתי סביר גם משום שלפיו ההכרעה בשאלה אם ישודרג מעמד העותר תהא תלויה גם בפרק הזמן שיידרש למשיב כדי להחליט בעניינו. כך, למשל, במקרה שבפנינו רישומו של העותר במעמד של א/5 נעשה ביום

17.1.06, כלומר, כחצי שנה לאחר שהוגשה הבקשה (כאשר לשם הגשת הבקשה יש צורך לקבוע תור לכך במשרדו של המשיב). מועד התלוי בפרק הזמן שבין קבלת הבקשה ועד להחלטה בה, הופך להיות מועד מקרי ואיננו ראוי על כן לשמש כמועד קובע (והשוו לדברי השופט מי חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ובניה נ' משה קהתי, פ"ד מח(2) 190, בפיסקה 16). (עת"ס 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים, פסק דין מיום 2.12.2008, טרם פורסם). (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

78. בנוסף יוטעם, כי בקשתם המקדמית של המערערים הוגשה, לדבריהם, המגובים בתצהיר, בספטמבר 2006, **כשנתיים** טרם פרסום החלטת הממשלה והחלטה במסגרת החוק. אילו התנהל המשיב, בגדרו של פרק זמן סביר, כנדרש מרשות מינהלית – היו יכולים המערערים לחיות בישראל באישור ובאופן חוקי או למצות את עניינם זמן רב טרם ההחלטה. (ור' לעניין זה לדוג': בג"ץ 6300/93 המכון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות ואח', בג"ץ 758/88 קנדל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505). הדברים נכונים גם אם נקבל את המועד משנת 2007 אותו מסר המשיב כמועד הגשת הבקשה המקדמית. בדיוק משום כך עוגן הכלל לפיו מועד הגשת הבקשה הוא המועד הקובע להתייחסות ולא מועד ההכרעה בה.

79. על הכלל לפיו שינויי חוק, ואף מדיניות לא יוחלו למפרע, יפיע דברי פרופסור י. זמיר בבג"ץ 5496/97 אשר מרדי ואח' נ' שר החקלאות ואח', תק-על(2)2001, 130, בעמ' 134, לאמור:

מבחינה עקרונית המשפט סולד מתחולה למפרע. כך לגבי חוקים ותקנות, וכך גם לגבי הנחיות מינהליות. ראו בג"ץ 7691/95 ח"כ שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב(5), 577, 598-597 (להלן - שגיא). בהתאם לכך, מבחינה עקרונית, התחולה של הנחיות, לרבות שינוי בהנחיות, שיש בהן משום פגיעה צריכה להיות עתידית. התחולה למפרע של הנחיות, ובכלל זה שינוי של הנחיה, פסולה. כפי שאמר הנשיא ברק במשפט קהלני (לעיל פיסקה 10) בעמ' 281:

ההיתר הניתן לרשות מינהלית לשנות מעת לעת את המדיניות, לרבות מדיניות בדבר הענקת הטבות כלכליות, מוגבל, בדרך-כלל, לשינוי הצופה פני עתיד. גם אם שינוי המדיניות כשלעצמו נעשה במסגרת הסמכות, על יסוד שיקולים ענייניים בלבד ובאופן סביר, עדיין החלת השינוי למפרע על מי שכלכל את צעדיו לאור המדיניות הישנה נתפסת כבלתי צודקת ובלתי סבירה, ולעתים אף כנטולת סמכות.

בהמשך דן כבוד השופט זמיר בהפליה שעלולה להיווצר כתוצאה מהחלה למפרע של שינויי מדיניות, כדלקמן:

נניח כי בדיקת הבקשה במשרד המחוזי נתעכבה בגלל עומס עבודה כבד או סדרי עבודה לקויים במשרד זה, או משום שהמשרד המחוזי שלח את הבקשה לבדיקה חיצונית והבדיקה נתעכבה זמן רב. האם זהו שיקול ענייני להפחית את שעור המענק? התשובה ברורה: לא.

לדעתו של כב' השופט זמיר מצטרפת כב' השופטת ביניש, כדלקמן:

כשלעצמי, הנני סבורה כי ככלל, מועד אישור הבקשה הוא מועד שרירותי ובלתי רלוונטי לעניין ההכרעה בשאלת מתן המענק, מלבד במקרים שהעיכוב במתן האישור נגרם עקב התנהגותם של המבקשים עצמם. לכן, מסכימה אני עם התוצאה אליה הגיע חברי, בכל הנוגע לפסלות ההבחנות שעשתה המינהלה על-פי מועד מתן האישור, כהבחנות שאינן יכולות לעמוד.

80. והרי לא יהיה זה סביר או הוגן להחיל למפרע את החלטת הממשלה, כאשר הקריטריונים לקביעה על מי תחול ההחלטה על מי לאו, ייקבעו אך ורק על פי יד המקרה והשרירות שבמועד מתן הטיפול מצד פקיד כזה או אחר ולא לקריטריונים מסודרים הנוגעים לפונים, כמו מועד הגשת הבקשה. המדיניות אותה מבקש המשיב להנהיג מנסה לחרוץ גורלות על פי נסיבות מקריות, כמו יציאה לחופשה של פקיד המטפל בבקשות מסוימות לעומת חריצות שגילה פקיד אחר עובר לשבוע מסוים, מצב אשר שם לחוכא ואיטלולא את הכללים עליהם מושתת מינהל ציבורי תקין, כללי הגינות מינימליים ושלטון החוק.
81. כך למשל, תושב שידו היתה משגת לשכור עורך דין ולפנות לערכאות לאחר שלושה חודשים במהלכם בקשתו המקדמית לא אושרה, ולא ניתן לו ולו תור להגשת בקשה מלאה, יזכה להכרעה בבקשתו ולטיפול בה ללא תחולת החלטת הממשלה, בעוד תושבת שבליט ברירה המתנינה, כמו המערערת שבפנינו משך למעלה משנה, ועל אף הגשתה טרם השתנתה המדיניות, בקשתה נדונה לסירוב גורף.
82. קורה מצב אבסורדי, לפיו המשיב נוקט סתבת ולא מכריע בבקשות משך פרקי זמן מופרזים, או אז משתנה המדיניות ומכריזים על החלטת הממשלה ועל סירוב גורף של בקשות, גם אלו שלא הוכרעו אך ורק בשל עיכוב מצד המשיב.
83. על תחולת החלטת הממשלה לעתיד ולא למפרע, ניתן ללמוד גם מלשון חוק הוראת שעה, הבסיס החוקי במסגרתו ומכוחו ניתנה החלטת הממשלה. החוק קובע מפורשות, כי אף שככלל לא יוגשו בקשות חדשות לאיחוד משפחות, עבור מי שאינו עומד בסייגים, על המשיב להמשיך לטפל בבקשות שהוגשו לפני מתן החלטת הממשלה 1318 וחקיקת החוק, כאשר ההיבט המשפיע הוא מועד הגשת הבקשה ולא מועד ההכרעה בה (סעיף 24(2) לחוק). בין היתר, לאור תיקון זה אושר החוק ע"י בית המשפט העליון כמידתי (ר' בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**). המשיב לא הסביר מדוע פרשנות הסוטה באופן כה קיצוני מרוח חוק הוראת השעה, ומרחיבה את החלטת הממשלה על אנשים שפנו טרם פרסומה ואשר בקשתם לא אושרה קודם בשל סתבת מצדו הינה פרשנות מידתית וסבירה. כן ר' לעניין זה, פסה"ד בע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור, בו נקבע בהקשר אחר כי מועד הגשת הבקשה, יתווה המועד הקובע לעניין מגבלות החוק.
84. לעניין עקרון ההגנה על מי שפנה וזכאי היה להכרעה טרם השינוי החוקי בעקבות הוראת השעה ר' גם ע"מ 8849/03 **דופש נ' שר הפנים** (2.6.08). באותו עניין נפסק תחילה, על פי סעיף 14(1) לחוק הוראת השעה, כי לא ניתן לשדרג מעמדו של מי שזכאי היה לשדרוג טרם מגבלות חוק הוראת השעה, אולם עניינו לא הוכרע בשל עיכוב או טעות מצד המשיב, משום שהחוק אינו מאפשר זאת. בית המשפט העליון פסל עמדה זו ועיגן את הסכמת הצדדים לפיה מקרים שלא הוכרעו עקב טעות או עיכוב בלתי מוצדק מצד המשיב, יבדקו עניינית חרף מגבלת החוק. באותו עניין הציב סעיף 14(1) לחוק מגבלה מפורשת, האוסרת על שדרוג מעמד. קביעה עקרונית ומהותית זו יפה ביתר שאת בענייננו בו אין מגבלה חוקית. אדרבא, כפי שנראה מייד, סעיף 3 ד לחוק המסמך מורה על הפעלת שיקול דעת. כן, לעומת הניסוח הנחרץ והברור של סעיף 14(1) לחוק הוראת השעה אשר עמד לדין בעניין **דופש**, בענייננו לשון החלטת הממשלה בעניין זה צופה פני עתיד.

85. הנה כי כן, עמדתם של המערערים, לפיה יש להחיל את החלטת הממשלה 3598, אשר ניתנה בהתאם להוראת התיקון של סעיף 3ד להוראת השעה, באופן צופה עתיד בלבד תואמת עקרונות יסוד בבחינתן של בקשות מעין אלה. אין כל עילה להחיל דווקא את החלטת הממשלה באופן רטרוספקטיבי, ובכך לפגוע באינטרס ההסתמכות, בציפיותיהם הלגיטימיות ובזכויותיהם החוקתיות של המערערים.

ז.4. החלטת הממשלה 3598 דורשת שיקול דעתו של שר הפנים

86. הפגיעה הקשה והבלתי מוצדקת בתושבי ישראל וילדיהם, מומחשת, בזכרנו, כי החלטת הממשלה 3598 נובעת מסעיף 3ד לחוק הוראת השעה, החוק המסמיך, לפיו אין למנוע מתושבי אזור סיכון, באופן גורף, לקיחת חלק בהליכי הסדרת מעמד, כי אם על שר הפנים להפעיל שיקול דעת בכל מקרה לגופו. וכך נקבע בחוק:

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.)

87. כאמור, הדרישה לשיקול דעת נלמדת מסעיף 3ד, לפיו **רשאי**, שר הפנים לקבוע, כי אדם מהווה סיכון ביטחוני בשל חווי"ד הנוגעת בכלליות לאזור מגוריו ואין הוא מחוייב לכך. משווה לשון החוק המסמיך, אזי באופן התואם לו יש ליישם את החלטת הממשלה, בה היא מנחה ואיננה מורה שלא לאשר בקשות.

88. האמור לעיל, עולה גם מרישא סעיף 3ד, המתייחסת למניעה ביטחונית ישירה ועקיפה כתוצאה ממעשי המבקש או קרובי משפחתו. הסעיף קובע באופן נחרץ יותר מלשון החלטת הממשלה, כי "לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל" אם קבע שר הפנים או מפקד האזור "כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל". עם זאת, לא עלה על הדעת כי לא תתקיים בחינה פרטנית. קביעת גורמי הביטחון נבחנת פרטנית ע"י המשיב, כאשר ניתן משקל למכלול הנסיבות של המקרה הפרטני.

89. לאחרונה, נבחן סעיף 3ד רישא על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, ס' 31 (פסק הדין ניתן ביום 22.2.2010) (להלן: **עניין דקה**), אשר קבע במפורש כי למרות שהחוק קובע קטגורית כי "לא יינתן היתר" במקרה של מניעה ביטחונית, "**השימוש בסמכות זו כרוך בשיקול דעת, אך באיזון השיקולים ניתן משקל רב במיוחד להיבט הביטחוני**". שם, ס' 31.

90. מפסק הדין בעניין **דקה** עולה, כי השימוש בסמכות לפי סעיף 3ד, גם בעניין של מניעה ביטחונית הנובעת מתושב או בן משפחתו, וגם בעניין של מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב אזור, כרוך בשיקול דעת.

91. הנה כי כן, גם במקרה של תושב עזה הנופל בגדרה של החלטת הממשלה 3598, אין איסור גורף להסדיר את שהייתו בישראל. כפי שנקבע בעניין **דקה**, יש לאזן בין הסיכון הנשקף ממנו ביחס למידת הפגיעה בזכות למשפחה, הטמונה בסירוב למתן ההיתר. יישום לשוני, מהותי סביר ומידתי מאפשר פרשנות זאת באופן מובהק לגבי מי שהגיש בקשתו טרם מתן החלטת הממשלה.

92. ונוכיר, כי פסק הדין בעניין דקה רק חידד את העיקרון, שמניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של מבקש היא מין "סיכון עקיף", השונה במעט מסיכון הנובע מקרוב משפחה. המניעה על בסיס מגורי המבקש הינה דרך נוספת למנוע מתן היתר לאדם העלול להיות מושפע או מנוצל לרעה על ידי אחר – הפעם על ידי שכן באזור מגוריו, במקום קרוב משפחה. הוכחת ההיקש בין סיכון עקיף הנובע מקרוב משפחה וסיכון עקיף הנובע ממקום מגוריו מצויה בדברי ההסבר לחוק עצמו. בדברי ההסבר לתיקון סעיף 3ד נאמר, כי:

סיכון ביטחוני הנובע מקרובי משפחה בדרגה ראשונה של מבקש איחוד המשפחות בישראל או של מבקש היתר שהייה אחר, יכול שימנע מתן היתר לאותו תושב. זאת לנוכח הערכתם של גורמי הביטחון, ולפיה הקשר של תושב האזור עם קרוב משפחה כאמור שממנו נובע סיכון ביטחוני, עלול להיות מנוצל לרעה.

מוצע להרחיב עיקרון זה [של ניצול לרעה על ידי אחרים – ע.ל.] ביחס לכל מבקש אחר של רישיון ישיבה בישראל, שאינו תושב אזור, וכן לאפשר לשר הפנים לקבוע כי מבקש היתר שהייה או הרישיון לישיבה בישראל עלול להוות סיכון ביטחוני, בין השאר, על יסוד חוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

93. אין חולק כי בטחון המדינה ותושביה הנו עקרון גבוה במעלה. ובהתאם לכך יודגש: המערערים מעולם לא עשו דבר וחצי דבר על מנת לפגוע בבטחון המדינה. המשיב בהחלטתו לגרש את המערער – הוביל אותו לישיבה ברצועת עזה, לאחר שלא ישב שם כמעט עשרים שנה וזיקותיו אליה צומצמו לחלוטין. אין כל יסוד בטענה, כי המערער מהווה באופן ספציפי סיכון לישראל ומכל מקום, טענה כזו לא הועלתה מעולם על בסיס פרטני.

94. ונוכיר, כי בניגוד לעמדת המשיב כאן, לפיה על פי החלטת הממשלה אין לבחון פרטנית בקשות כבקשת המערערים, הסכים המשיב או נדרש להסכים, בנסיבות אלו לקיים בחינה כאמור וזאת בכל המקרים מסוג זה, שעמדו בפני ביהמ"ש. זאת, במקרים הוזהים לענייננו, ולא מטעמים חריגים, הומניטאריים או לפני משורת הדין. ראו עת"מ נאדי לעיל, ; עת"מ דאבט לעיל, בו נדחתה העתירה בשל אי מצוי הליכים, אולם במסגרת וועדת ההשגה אושרה בקשת איחוד המשפחות, לאחר החלטת הממשלה, ולמבקש ניתנו היתרים (סעי' 16 לפסה"ד); עניין אבו חמדה לעיל, גם בו התבקש המשיב להפעיל שיקול דעת פרטני בנוגע לבקשת איחוד משפחות, לאחר החלטת הממשלה.

95. האמור לעיל מלמדנו, כי לא זו בלבד שניתן לבצע אבחונים ביטחוניים, כפי שאף לא מוכחש עיי המדינה, אלא שגם בפועל מתבצעים אבחונים אלה באופן שוטף, וכפי שנראה מייד, לא 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. לאור כל האמור, אין כל יסוד לקבוע כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת באופן קטגורי על הסדרת מעמדו של המערער.

5.ז. קיימת אפשרות מעשית לבדיקה בטחונית פרטנית של תושבי עזה

96. פסק הדין של בית המשפט קמא קובע (פסקה 17), כי יישומה הנכון של החלטה 3598 הינו, שלא ניתן לקיים, ככלל, "בדיקות בטחונית פרטניות בעניינם של מבקשים תושבי רצועת עזה".

עמדה זו, כפי שיובא להלן, אינה יכולה לעמוד, ואינה תואמת את המציאות ואת הפרשנות הנכונה של החלטה 3598.

97. בסעיף 2 להודעתו המשלימה לבית משפט קמא, (הודעה מיום 17.6.12) בתשובה לשאלת ביהמ"ש באם ייאות המשיב לקיים בדיקה פרטנית בעניינם של המערערים, הסביר 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. בניגוד לעולה מפסה"ד, המשיב לא הרחיק לכת ולא טען, כי לא ניתן לקיים אבחון בטחוני פרטני לתושבי עזה. המשיב נוהג לבצע אבחונים פרטניים, אשר מתבצעים מדי יום. קביעה בדבר היעדר אפשרות לקיים בידוק ביטחוני אף 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 איחוד משפחות מתנהלות, ומטעמים הומניטאריים או רפואיים. כפי שנראה להלן, הקריטריונים לכניסה מעזה לישראל רחבים במידה משמעותית מהתחום ההומניטארי הדחוף. אין אנו מצויים אפוא, במצב בו לא ניתן לקיים בחינה פרטנית, אשר האפשרות שיתחולל נדונה בבג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים ובפרשת עדאלה לעיל. ונזכיר, כי אותן פרשות העלות על נס את חשיבות הבחינה האינדיבידואלית, בה ניתן יהיה לכרסם אך ורק במצב, בו יהיה זה בלתי אפשרי לקיים בידוק ביטחוני ולא כאשר בידוק כאמור נעשה מדי יום ביומו.

98. גם בבג"ץ 495/12 עזאת ואח' נ' שר הביטחון ואח' (24.9.12) צויין בתשובת המדינה לבג"ץ, כי נהוג לבצע בדיקות פרטניות במקרים הומאניטאריים ונעשה אבחון גם לעותרות עצמן, שהן סטודנטיות מעזה, שביקשו ללמוד בגדה (שם בפסקה ד' לפסה"ד של כבוד השופט רובינשטיין).

99. ואכן, ממידע שנמסר לח"מ מאת המערערת 6, המוקד להגנת הפרט, וארגון זכויות האדם 'ג'ישה', 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, כנסים, סדנאות, מחסר, עסקים, צרכים רפואיים והומניטאריים. כך למשל, מנתונים שאסף ארגון זכויות האדם 'ג'ישה' עלה, כי בחודש פברואר 2012 נכנסו מעזה לישראל לצורכי מסחר לא פחות מ-4500 בני אדם. בחודש מרץ 2012 נכנסו מעזה לישראל 4000 בני אדם. ארגון 'ג'ישה' מטפל בהצלחה בבקשות רבות של תושבי עזה המבקשים להיכנס לישראל מסיבות שונות ובהן, ביקור קרובי משפחה, חתונות, לוויית, כנסים, השתלמויות וראיונות ויזה בישראל וזאת בכפוף לבדיקות ביטחוניות פרטניות. בית המשפט הנכבד קמא, התעלם בפסק דינו מהנתונים שהובאו בנוגע לטיב מקבלי ההיתרים, שאינם לצרכים הומניטאריים, מספרם ותדירותם. (ר' סעיף 16 לפסה"ד)

100. 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 "מאושרת כניסה של 70 סוחרים ביום" (לישראל, איז"ש וח"ל), וכניסת שחקני כדורגל, בעניינם נערכת בדיקה פרטנית "לצורך השתתפות באימוני ומשחקי נבחרת". הנוהל,

שצורף לתגובת המערערים מיום 19.7.12 לעתירה (נספח ה/1), מצוי גם באתר האינטרנט של מתאם פעולות הממשלה בשטחים בקישור:

<http://www.cogat.idf.il/Sip Storage/FILES/3/2533.pdf>

101. על פי הנוהל לעיל, מדיניות המשיב מבדילה בין האוכלוסייה האזרחית לבין ארגון החמאס ובוחנת:

מלבד הקריטריונים הנקבעים מעת לעת לבחינת בקשות הכניסה לישראל, כלל הבקשות נבחנות לגופן, בהתאם לנסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה, וכן בהתאם לבחינה בטחונית פרטנית הנוגעת למבקש /או לבני משפחתו, בדיקת האינטרסים הבטחוניים, המדיניים והאסטרטגיים של מדינת ישראל באישור הבקשה, וכן נבדקת אמיתות המסמכים המצורפים לבקשות". סעיף 6 להודעת תיאום הפעולה בשטחים הנזכרת מ-1.12.11 בדבר מדיניות תנועת אנשים בין מדינת ישראל לרצועת עזה. (הדגשה שלי- ע.ל.)

בעוד שבעניין עזאת נקבע, כי אין המצוטט לעיל נועד מתייחס לקבוצת הסטודנטיות מעזה המבקשות ללמוד בגדה, אשר, אינה נכללת במעגל החריגים הרחב הקבוע בקריטריונים שבנוהל ואשר, בחינה פרטנית בעניינה עשויה, כך נקבע, (ר' למשל פסק דיין של כב' השפט זילברטל) להוביל לפרצה מסוכנת מבחינה ביטחונית ומדינית בהקשר למשל, של מדיניות הבידול בין הגדה לעזה, בענייננו אין כל ספק כי אין מדובר בהרחבת המעגל אל מעבר לגדרו הנוכחי. ברי, כי זכויות היסוד הנפגעות, ושולי הביטחון שיש לקחת, אינם גבוהים יותר, כשעסקינן באימון ספורט או מסחר, לעומת מקרים בהם הפגיעה הינה בזכות החוקתית לחיי משפחה ובטובתם של ילדים, שהינם תושבי ישראל. וודאי אף כי יישום מידתי של החלטת הממשלה, בהקשר של הערעור דנן לא יוביל לסחף. וודאי, כאשר מדובר אך בפרשנות ויישום של החלטת הממשלה הגורפת, אשר עומדת בעינה על ההשלכות ההרסניות הטמונות בה עבור תושבי ישראל וילדיהם

102. זאת ועוד, מדו"ח שפרסם מתאם פעולות הממשלה בשטחים בדבר הפעילות ההומניטארית והאזרחית בעזה ביוני 2012, עולה כי בחודש יוני 2012, למשל, 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 בקישור:

<http://www.cogat.idf.il/Sip Storage/FILES/6/3316.pdf>

103. כיצד אם כן ניתן לקיים בדיקה ביטחונית כאמור, במקרה של כדורגלן ולא במקרה של אבא למשפחה! על שולי הביטחון, ומבחיני המידתיות עמד בית המשפט בפרשות רבות ובהן ספציפית ביחס לחוק האזרחות עצמו, כעולה מעניין דקה. משראינו, כי עזה אינה מוגדרת כאזור, בו לא ניתן לקיים בחינה ביטחונית, וכי בדיקות ביטחוניות לצורך התרת כניסת תושבי עזה לישראל נעשות מדי יום ביומו, סירוב המשיב לקיים בדיקה פרטנית דווקא לאותם אנשים המבקשים לממש את זכותם לחיי משפחה ולהגן על טובת ילדיהם הישראלים, ואף בענייננו של מי שפנה והגיש בקשתו טרם ניתנה החלטת הממשלה ובקשתו כבר נבחנה פרטנית - הינה טענה מופרכת ואכזרית.

104. עם כל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בקבלו את עמדת המשיב, כאשר כאמור, אף במקרים כדוגמת ענייננו ממש - בקשות לאיחוד משפחות עם תושבי עזה אשר הוגשו לפני החלטת הממשלה ולא אושרו עד להיתנה - אישר המשיב את הבקשה ומתן היתרים. כך בכל

המקרים המעטים, אשר ככל הידוע למערערים הגיעו לערכאות. (ר' עניין נאדי, דאבט, ואבו חמדה לעיל. מקרה בודד נוסף, מצוי בימים אלו בוועדת ההשגה).

105. 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 וסותרת את הנתונים העובדתיים שמפרסמת המדינה. גם בהחלטת הממשלה 3598, לא נקבע כי לא ניתן לקיים בדיקות ביטחוניות פרטניות.

106. ויודגש, כי, מהמידע המצוי בידי המערערים, בעריכת בדיקה פרטנית בנוגע לבקשות שהוגשו טרם מתן החלטת הממשלה 3598 מיוני 2008, לא יהיה כדי להביא לסחף של בקשות, אשר יופנו למשיב. על פי הניסיון הרב של המערערת 6, המוקד להגנת הפרט, ביחס לכלל הפלסטינים הפונים בבקשה לאיחוד המשפחות, מעטים הם המבקשים לקחת חלק בהליך מעזה (לעומת למשל, בקשות המוגשות עבור תושבי הגדה המערבית וירדן). אין זה פלא, אפוא, כי על פי בדיקה במאגרים המשפטיים, במשך למעלה מארבע השנים שחלפו מאז מתן החלטת הממשלה ועד היום, התנהלו בבתי המשפט ארבעה מקרים בלבד, פרט למקרה דנן, בהם ההתדיינות נגעו להגשת בקשת איחוד משפחות לפני החלטת הממשלה עבור מי שרשום או מתגורר בעזה. כפי שפורט, בשלושה מן המקרים, נאדי, דאבט ואבו חמדה אושרה הבקשה ומקרה אחד עודו מצוי בשלב מיצוי ההליכים בוועדת ההשגה. בשניים מבין שלושת המקרים שאושרו (עניין נאדי ועניין דאבט), נעשה הדבר בהסכמת המשיב ובמקרה אחר (עניין אבו חמדה), הופנה המשיב לבחון את הבקשה פרטנית, בפסק דין מנומק אשר ניתן כנגד עמדתו של המשיב. פסה"ד הפך חלוט, משהשיב בחר שלא לערער עליו.

6.ז. פרשנות ויישום החלטה 3598 לאור הפגיעה בזכויות חוקתיות

107. קבלת עמדת בית משפט קמא והמשיב לגבי אופן פרשנות ויישום החלטה 3598, פוגעת בזכותם של המערערים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שבחרו. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. זכות זו הוכרה כזכות חוקתית בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.06). ור' עוד בג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים (ניתן ביום 11.1.12).

108. יפים לעניין זה דברים של הנשיא (בדימוי) אי ברק, אשר הביא בסעיף 26 לפסק דינו בעניין עדאלה:

אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פי שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב' 219 (תשמ"ט-1989)). "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, פסקה 46)). כדברי חברתי השופטת א' פרוקצ'יה: "עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894-889). (ההדגשה שלי – ע.ל.).

הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלית לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מחוץ לישראל לבין ניתוק מבן זוגו...

הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו...

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות להינות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה ישראלי לחיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין... לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בתיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331). (ההדגשות שלי-ע.ל.)

110. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב 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. קבלת עמדת בית משפט קמא והמשיב לגבי אופן פרשנות ויישום החלטה 3598, פוגעת אנושות במערערים 3-5, הילדים הקטינים. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמד אביהם, משבית כל היבט נורמטיבי של חייהם וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים חשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים.

111. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. 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. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

112. איש אינו כופר בסמכותו ובחובתו של המשיב לבדוק כל בקשה המונחת לפניו, ולסרב לאשרה אם נשקפת מן המבקש סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור (ר' בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג (2) 728 בעמ' 787-788; בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 139, 143-144). זאת, כמובן, אף ללא כל קשר לחוק הוראת השעה ולהחלטת הממשלה. אף נפסק לגבי סבירות ההימנעות מבחינה פרטנית במצב בו לא ניתן לקיים בחינה כזו מחמת לחימה ואך ורק במצב בו אין הבחינה הפרטנית מתאפשרת. ר' בג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים ופרשת עדאלה לעיל. דא עקא, כי החלטה גורפת, שלא לבחון בקשה לאיחודה של משפחה, באשר המבקשים הם הורה תושב המדינה וילדיו הקטנים, גם כאשר ניתן לקיים את הבחינה וכאשר פרשנות לשונית ומהותית ישירה של הוראות הדין - החוק והחלטת הממשלה - מאפשרת ואף מורה על בחינה פרטנית של בקשות שהוגשו לפני מתן החלטת הממשלה - פוגעת בזכויות היסוד של התושבים במידה הקשה ביותר האפשרית.

ח. הפגיעה הקשה במערערים

113. השלכות החלטת המשיב, שהתקבלה ע"י בית המשפט הנכבד קמא, ליתן להחלטת הממשלה פרשנות מרחיבה, אשר אינה מתיישבת עם לשון החלטה והחוק המסמך ולהחילה על עניינם של המערערים מרחיקות לכת.

114. 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 ולצאת לגלות כפויה ברצועת עזה, הנתונה תחת מצור. החלטת המשיב, אשר משמעותה סילוק דה פקטו של בני המשפחה לעזה, על הסף, מבלי לבחון בקשתם, תפגע באופן קשה בילדים, בהתפתחותם ובאופק חייהם. החלטה זו תותיר את בני המשפחה ללא מקור פרנסה, באשר המערערת, אשר עובדת בירושלים מפרנסת היום את הילדים ואת בעלה, אשר ממתין בעזה. מעבר הילדים עם האם לעזה עשוי להוביל, בין היתר, לשלילת מעמדם בישראל של המערערת והילדים, באופן שלא יאפשר את שובם אי פעם.

115. לחלופין, אם יחיו המערערת והילדים בנפרד מכן הזוג, אבי הילדים, המצוי בעזה - הרי שהחלטה שכזו תפגע אף היא בילדים באורח בלתי נתפס. הילדים ואמם אוהבים את אב המשפחה, והוא אוהב אותם בכל מאדו. עלות ביקור בעזה הינה גבוהה ביותר, ומצריכה הפסקת עבודה זמנית של המערערת, שהינה מפרנסת יחידה של כל המשפחה. משכך, אין אפשרות למשפחה הענייה לשאת בעלות ביקורים בין עזה לישראל.

116. החלטה המותירה את המערערת בפני בחירה בלתי אנושית - לגזור על ילדיה, תושבי ישראל, חיים בעזה, אזור 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, ואינה מתחייבת מהחלטת הממשלה. אין בהחלטת המשיב, אשר התקבלה ע"י בית המשפט הנכבד קמא, כל אינדיקציה למשקל שניתן למחויבות המדינה בכל החלטה על השלכותיה על טובתם של ילדים. אין הלימה בין יישום נוקשה זה, לבין למשל מדיניות ישראל (כפי שעוגנה בנוהל מתאם פעולות הממשלה בשטחים) המאפשרת לאשר לתושבי עזה להיכנס ולצאת את ישראל באופן יומיומי, למשל, לצרכי מסחר וספורט.

117. על החשיבות ביישום רגיש, מתחשב ומידתי של חוק האזרחות והכניסה לישראל עמד כב' 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.

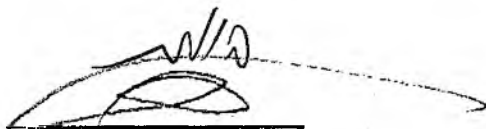
ואם כך בנוגע לפרשנות של חוק, אזי על אחת כמה וכמה בנוגע להחלטת ממשלה, שהינה גורפת אל מעל ומעבר לחוק המסמך. יפים לסיכום ענייננו מילותיו של השופט (בדימ') אדמונד לוי, בפסק דינו בעניין גלאון:

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 תובק 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.).

118. בענייננו, בו מדובר בבקשה שהוגשה טרם מתן החלטת הממשלה, אשר סורבה לגופה, סירוב שנפסל ע"י המשיב עצמו, בזרועו כוועדת ההשגה וכפי שאישר בית המשפט הנכבד קמא, ודאי שיש להפעיל בחינה אינדיבידואלית. כך, כאשר, אין המשיב מנוע מעשות כן. הרי, כך נהג בכל המקרים האחרים מסוג זה, אשר נבחנו לגופם.
119. פרשנות לשונית ומהותית של החלטת הממשלה על פי רוח החוק המסמך ומבחני המידתיות – מחייבת בחינה פרטנית, בנסיבות כגון אלו של המקרה דנן.
120. לפיכך מתבקש בית המשפט הנכבד, לבטל את פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא, ולהורות למשיב להכריע לאלתר בבקשת המערערים לאיחוד משפחות ולאשרה, באופן שלמערער ינתן היתר שהייה בישראל. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב, לדון בבקשות לאיחוד משפחות עם תושבי עזה לפני יום 15.6.2008 כפי שהוא דן בבקשות של יתר תושבי השטחים ולא לחסום בקשות אלה באופן קטגורי.

121. מכל הנימוקים שפורטו, מתבקש בית המשפט לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהעניק למערערים את הסעדים שהתבקשו על ידם בעתירה. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

ירושלים, היום: 9.10.2012



עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ העותרים