

12062  
תאריך: 23.3.2011  
בתשובה נא לציין: 65476  
בפקס: 02-5681670

לכבוד  
שרה בן שאול ויס, עו"ד  
הנציבה להשגות לזרים  
משרד הפנים  
ירושלים

גב' ויס הנכבדה,

הנדון: השגה בגין סירוב לערר בבקשת אחמ"ש

בקשה מס' 182/08

ע"ש הגב' אחמד, ת"ז

עבור בן זוגה, אחמד, ת"ז



השגה זו נסובה על בקשתה של אישה, תושבת ירושלים, לבנות בית עם בעלה בישראל.

הבקשה דנן הוגשה ביום 16.3.2008 בלשכת משרד הפנים (להלן: הלשכה) על מנת להסדיר את מעמדו בישראל של בעלה של הגב' אחמד, בשיר (להלן: הבקשה).

ביום 27.5.2009 הוחלט על ידי הלשכה לסרב לבקשה.

ערר שהוגש סורב ביום 18.1.2011.

משכך, מוגשת בזאת השגה, בגין סירובו של משרד הפנים (להלן: משה"פ) להסדיר את מעמדו של בשיר בישראל.

**ואלו טעמי ההשגה:**

**רקע**

1. הגב' אחמד הינה תושבת ירושלים ואשתו של אחמד, ת"ז, תושב עזה במקור.
2. בשנת 1999 נישאה הגב' אחמד ל... מנישואים אלה נולדו לבני הזוג שלושה ילדים: ... , כולם תושבי קבע.
3. לאחר הנישואין, ועד שנת 2004, חלקו בני הזוג את חייהם בין אבו דיס לירושלים, כאשר החל משנת 2004 עברו סופית לירושלים.
4. ביום 17.10.2006 גורש לעזה בשל כתובתו: עזה. הוא גורש למרות שהתגורר באבו דיס משנת 1988. מאז שנת 2000 מסרבת המדינה לעדכן ברישומיה את כתובותיהם של תושבי

- השטחים – על פי מרשם האוכלוסין הפלסטיני המקורי, המנוהל על ידי הרשות הפלסטינית בתתאם להסכם אוסלו – אם הכתובת הישנה היא ביישוב בתחומי רצועת עזה.
5. מאז הגירוש ועד היום, הפכה הגבי' אחמד להיום סוג של אלמנה, המפרנסת היחידה של משפחתה, אשר מגדלת את שלושת ילדיה בירושלים לבד, רחוק מבעלה ואבי המשפחה.
6. ביום 16.3.2008 הגישה הגבי' אחמד בקשה לאיחוד משפחות עבור בשיר. בקשה מקדמית הוגשה כבר בשנת 2006, טרם גירושו של בשיר, ובקשה קודמת הוגשה בשנת 1999 (מסי אחמש 513/99).
7. ביום 27.5.2009 סורבה הבקשה על ידי הלשכה, וזאת "בשל עברו הפלילי של המוזמן הכולל הרשעה בהחזקת סמים לצריכה עצמית בשנת 2006 הוחלט לסרב לבקשה" (טעות במקור). העתק מכתב הסירוב מצ"ב, מסומן א.
8. בעקבות פניית הגבי' אחמד למוקד, הוגש ביום 11.10.2010 ערר בעניין. העתק הערר מצ"ב, מסומן ב.
9. ביום 26.1.2011 התקבל במוקד מכתב סירוב לערר, בו כתוב 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. העתק מכתב הסירוב לערר מצ"ב, מסומן ג.
10. מאחר והטעמים אותם מנתה הלשכה בסרבה לבקשה ולערר – הן הטעמים הפליליים והן החלטת הממשלה 3598 – אינם מן העניין בתיק דנן, מוגשת בזאת ההשגה שבנדון.
- מניעה פלילית לבקשה לאיחוד משפחות**
- עברו הפלילי של מר אחמד**
11. ביום 22.10.2006 הורשע מר אחמד, על יסוד הודאתו, בעבירות של כניסה לישראל שלא כדין ובהחזקת סמים לצריכה עצמית. על מר אחמד נגזרו 45 ימי מאסר בפועל בלבד ומאסר על תנאי לתקופה שנתיימה כבר בשנת 2008.
12. נדגיש, כי מאחר ובעבירות פליליות קלות בלבד עסקינן – דבר הניכר מתוך הסכמת הפרקליטות להטלת 45 יום של מאסר בפועל בלבד על מר אחמד בשל אותן עבירות – הרי שלא היה מקום כלל ועיקר לסרב לבקשה בשל עבירות אלו. העתקי פרוטוקול הדיון, הכרעת-דין וגזר דין מצ"ב, מסומנים ד.
13. כמו כן, "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות" (להן: **נוהל הערות גורמים**) קובע כי לאחר שהגורמים המליצו לסרב לבקשה מטעמים פליליים, מוטלת על משרד הפנים החובה שלא לחרוץ את גורל הבקשות המונחות לפניו בטרם:

1. השתמש בשיקול הדעת המוקנה לו ובחן את המלצות הגורמים אל מול שיקולים אחרים (חובת שימוש בשיקול הדעת).
2. שלח למבקשים הודעה מנומקת בדבר כוונתו לסרב לבקשה (חובת הנמקה).
3. נתן למבקשים אפשרות להגיב לטענות המועלות כנגדם ומשמשות כעילה לסירוב (זכות השימוע).
14. כידוע, ביום 11.8.2009 ניתן פסק הדין בעע"ם 1038/08 מדינת ישראל נ' געאביץ (להלן: עניין געאביץ), אשר קובע, כי במקרים בהם שוקל משרד הפנים לסרב לבקשות לאיחוד משפחות מטעמים פליליים או ביטחוניים, עליו לערוך למבקשים שימוע, עובר לקבלת החלטה.
15. בית המשפט קבע עוד, כי "ככל שהמדובר במקרים שבהם לא ניתן שימוע מוקדם וניתנה החלטה, ככלל היא מקום לשוב וליתן שימוע ולקבל החלטה מחודשת בעקבותיו, בכפוף לאמור מעלה". (סעיף ל"ה לפסק הדין).
16. במקרה דנן, לא ניתנה לבני הזוג זכות השימוע כנדרש ולכן, דורשים אנו כי הסירוב יתבטל וכי מעמדו של מר אחמד יוסדר לאלתר.

#### מניעה פלילית – הקווים המנחים

17. נוהל הערות גורמים קובע בסעיף 1.1, כי:
 

במסגרת שיקול הדעת של שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל וחוק האזרחות, רשאי שר הפנים לשקול, בין היתר, את השאלה אם היענות לבקשה של זר לשהות בישראל, עלולה ליצור סכנה לביטחון הציבור, לשלומו, לביטחון המדינה או לאינטרסים החיוניים שלה.

בהמשך, מציין הנוהל, שבכדי לענות על שאלה זו, על משרד הפנים להפנות לגורמי הביטחון והמשטרה (להלן: הגורמים) את פרטי הבקשה ולקבל את המלצתם וחוות דעתם בעניין.
18. סעיף 3.1.1 לנוהל קובע כי:

כאשר הגורמים ימליצו לסרב את הבקשה מטעם הטמון בהרשעות של בן הזוג המוזמן ומשרד הפנים שקל ומצא כי יש לאמץ את ההמלצה ולסרב את הבקשה, יוצא למבקש מכתב כי בקשתו לאיחוד משפחות עבור בן זוגו סורבה וזאת מאחר ובן הזוג הוזר הורשה בעבירות אותן נפרט במכתב הסירוב.

מסעיף זה עולות שתי קביעות חשובות. הקביעה האחת, העוסקת בשיקול דעתו של משרד הפנים, היא שלמרות שעל משרד הפנים לפנות אל הגורמים ולקבל את המלצתם, הרי שהחלטה אם לאשר או לדחות את הבקשה, לאור המידע המתקבל מהגורמים, חייבת להיות של משרד הפנים, ושלו בלבד. לישנא אחריו: המלצת הגורמים כשלעצמה אינה יכולה לחרוץ את גורל הבקשה לאיחוד משפחות ואינה פוטרת את משרד הפנים ממחויבותו לשקילת הבקשה ומתן החלטה בבקשה.

הקביעה השנייה, העוסקת בחובת ההנמקה, היא שבמכתב הסירוב לבקשה תנומק עילת הסירוב והעבירות בהן הורשע המוזמן ושבגינן נדחתה בקשתו.

19. כפי שעוד יבואר, הרי שהן לעניין הקביעה בדבר מחויבות משרד הפנים להפעיל שיקול דעת, והן לעניין הקביעה בדבר חובת ההנמקה, כבר הבהירו בתי המשפט השונים מה היא עמדתם בדבר החובות החלות על משרד הפנים בבואו להכריע בבקשות לאיחוד משפחות המובאות בפניו.

#### **באשר לשיקול דעתו של משרד הפנים**

20. על פי נוסחו של סעיף 1.1 לנוהל, הרי שאין במעורבות פלילית כשלעצמה בכדי להביא לסירוב לבקשה. על משרד הפנים להוכיח בכל מקרה לגופו כי כתוצאה ממעורבות זו, עלולה להיגרם סכנה לביטחון המדינה, לביטחון הציבור או לשלומם או לאינטרסים החיוניים של המדינה.

21. שנית, לעניין הקביעה בדבר מחויבות משרד הפנים להפעיל שיקול דעת בבואו להכריע בבקשות לאיחוד משפחות המובאות בפניו, קבע כבי השופט שפירא בפסק דינו בעת"ס 1551-06-09 נצאר נ' משרד הפנים (ניתן ביום 29.9.2009), כי:

אין לשב"כ "זכות וטו" לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות. אמנם לחוות דעתו של השב"כ מעמד מרכזי בשיקולי המשיב, ובדין ניתן לעמדת השב"כ מעמד זה, ואולם על המשיב לשיקול מכלול של שיקולים נוספים בבואו להחליט בבקשה לאיחוד משפחות". (הדגשה הוספה – ל.ב.).

22. לפיכך, בהינתן חשד למסוכנות, על המשרד לשיקול ולאזן בין שיקולי הביטחון לשיקולים אחרים. כך, יש לבחון האם מדובר בסכנה כה מוחשית לביטחון המדינה, לביטחון הציבור או לשלומם או לאילו אינטרסים חיוניים של המדינה, עד כדי כך שיש בהם כדי לגבור על הפגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה – זכות שתיפגע אנושות כתוצאה מסירוב לבקשה. על חשיבות הזכות לחיי משפחה כזכות יסוד חוקתית בישראל, ראו פסק הדין בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, תק-על-2006(2) 1754.

23. עברו הפלילי של מר אחמד – ששימש כאמור במכתב הסירוב עצמו כבסיס להחלטת הסירוב לבקשת האחמ"ש שהוגשה עבורו – כמו גם העונשים שהוטו עליו בעקבות מעשיו, מעידים כאלף מונים על כך כי גם אם שגה מר אחמד במעשיו, עליהם כבר שילם את חובו זה מכבר, הרי שניתן לומר בבטחה כי אין במעשיו של מר אחמד משום סכנה לביטחון המדינה, ביטחון הציבור ושלומם או פגיעה באינטרסים החיוניים של המדינה.

24. מנגד, הפגיעה המתמשכת שנגרמת למשפחתו של מר אחמד עם כל יום שעובר כתוצאה מהסירוב לבקשה, קשה ומוחשית.

25. מרכז חיי המשפחה נמצא מזה שנים רבות בירושלים: בה נמצא בית המשפחה, בה עובדת ומשתכרת אם המשפחה ובה לומדים הילדים אלהאם, מגיד ומוחמד, כולם בני עשר ומטה.

26. למותר לציין כי ההחלטה לסרב לבקשה קטעה באחת מציאות חיים זו, שעל טיפוחה עמלו בני הזוג במשך שנים. החלטה זו קורעת, פשוטו כמשמעו, את התא המשפחתי, ופוגעת באופן חסר תקנה בזכויות בני הזוג וילדיהם לחיי משפחה.

27. הנה כי כן, נראה כי במקרה דנן לא הופעל שיקול דעתו של משרד הפנים, ובוודאי לא אוזנה עמדת גורמי המשטרה עם השיקולים האחרים אותם מחויבת לשכתכם לשקול.

### **באשר לחובת ההנמקה**

28. מעבר לרציונל העומד בבסיס חובת ההנמקה, שהוא, בין היתר, לאפשר לאדם שנפגע מן ההחלטה המינהלית לשקול אם ההחלטה עומדת במבחן הדין, ואם יש יסוד וטעם להעמיד אותה לביקורת שיפוטית, הרי שבהיות ההחלטה על סירוב לבקשה כה קריטית עבור חיי המשפחה המבקשת, קיימת חשיבות מיוחדת להנמקת הסירוב. אשר על כן, מתחייב שהודעת משרד הפנים תפרט מהי בדיוק המעורבות הפלילית המיוחסת למוזמן, ובפרט מדוע יש במעורבות זו על מנת לשלול את הזכות לחיי משפחה.

29. יתירה מזאת, בית משפט העליון נדרש אף הוא לסוגיה זו, בפסק דינו בעניין געאביץ, ומצא לנכון לעמוד על גודל חשיבות חובת ההנמקה, בפרט כאשר בסירוב משרד הפנים לבקשה לאיחוד משפחות עסקינן. בפסק הדין, דחה ביהמ"ש העליון ערעור של משרד הפנים על החלטות בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, שחייב אותו לערוך שימוע למבקשי איחוד משפחות זרים לפני ההחלטה בעניינם, באם הוא שוקל סירוב מסיבה ביטחונית או פלילית.

30. באשר לחובת ההנמקה החלה על משרד הפנים, נקבע בסעיף ל"א לפרשת געאביץ, כי:

על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם. בהקשר זה אמר מכבר השופט – כתארו אז – לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541). (הדגשה הוספה – ל.ב.).

31. מן הכלל אל הפרט. ההחלטה כנגדה מכוונת השגה זאת, איננה מפרטת מדוע יש בעבירות מינוריות לכאורה של מר אחמד – בעבורן, כאמור, כבר שילם את חובו לחברה – בכדי לשלול ממנו, מילדיו ומרעייתו את הזכות לחיי משפחה. תחת זאת, קובעת ההחלטה בלשון כללית ואמורפית כי בקשתו מסורבת "... בשל עברו הפלילי של המוזמן הכולל הרשעה בהחזקת סמים לצריכה עצמית בשנת 2006...". מאמירה זו ניתן להבין, כביכול, שמרחפת מעל מר אחמד "עננה פלילית". זאת על אף שהעבירות בהן הורשע מר אחמד, אינן מעידות, בלשון המעטה, על עבר פלילי חמור.

### באשר לחובה ליתן זכות שימוע בטרם מתן החלטה בבקשה

32. בנוסף, מהודעת הסירוב עולה מפורשות כי למבקשים לא ניתנה זכות השימוע המוקנית להם כאמור הן על פי פסק הדין בעניין געאביץ, והן על פי נוהל הערות גורמים במתכונתו הנוכחית.

33. בעניין זה נדגיש, כי מעבר לקביעה החד משמעית כי על משרד הפנים מוטלת החובה למתן זכות השימוע למבקשים בטרם מתן החלטה בעניינם, מתייחס בית המשפט בהרחבה בפסק הדין אף לגבי אופן מתן זכות שימוע. בית המשפט קבע, כי אם טעמי יעילות ושכל ישר לא מונעים זאת – כגון אם מבקש המצוי מחוץ לגבולות המדינה, הרי שהשכל הישר מעדיף ליתן למבקשים שימוע הן בעל פה והן בכתב. לעניין זה נקבע בסעיף ל' בפסק הדין, כי:

התשתית הכתובה מחייבת אדם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כוח; ההשלמה בעל פה פותחת אפשרות להבהרות.

34. אף בעניין חשיבות חובת השימוע בעל פה קשה להפריז במילים, וכפי שנקבע זה מכבר על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בעת"ם (י-ם) 1954-09 הילאל נ' משרד הפנים (אשר ניתן ביום 24.8.2010), על משרד הפנים חלה ככלל החובה לערוך שימוע בעל פה למבקשים טרם מתן החלטה בעניינם. בסעיף 32 לפסק הדין קובע בית המשפט הנכבד, כי:

השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב – הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאול שאלות העולות מן הכתוב. התשתית הכתובה מחייבת אדם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כוח; ההשלמה בעל פה פותחת אפשרות להבהרות. לטעמי נדרשים טעמים כבדי משקל כדי לשלול מאדם – גם אזרח זר – זכות טיעון גם בע"פ בפני הרשות. [...] לא הוצג ע"י המשיב כל טעם של ממש מדוע תישלל ממה אפשרות הטיעון בע"פ למעט אמירה סתמית ש"כך אכן הוחלט לאחר בחינת נסיבות העניין. (הדגשה הוספה – ל.ב.).

35. בסעיפים 33 ו-34 לפסק הדין ממשיך וקובע בית המשפט מסמרות בעניין חובת מתן זכות שימוע בעל פה למבקשי איחוד משפחות בהאי לישנא:

אעיר בעניין זה כי פסק הדין בעניין געאביץ עסק אומנם בזכות השימוע של מבקשי איחוד משפחות תושבי איו"ש, חלקם שוהים בלתי חוקיים, שהמניעה לאיחוד המשפחות לגביהם היא ביטחונית. אולם, מהנאמר בו משתקפת השקפה מרחיבה לגבי קיום חובת שימוע – גם בעל פה – לגבי כל אדם, גם זר, שכניסתו למדינה

**נמנעת או שמבקשים לגרשו.** דברים אלה חודדו באותו פסק הדין מפי כב' הנשיאה בייניש כדלקמן:

"אותה תפיסה גורפת הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד. דבר יום ביומו באים לפנינו ענייניהם של זרים אשר זכויותיהם הבסיסיות נפגעות. כך בין אם מבקש הזר להישאר בתחומה של המדינה מטעמים של "איחוד משפחות" בין אם מטעמי מקלט הומניטרי ובין אם מסיבות ייחודיות אחרות. בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות אדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים בשעריהן. שהייתו בישראל וזכויותיו של הזר נבחנות, איפוא, בהתאם לנסיבות עניינו הקונקרטיות". (הדגשה הוספה – ל.ב.).

36. לאור כל האמור לעיל, הסירוב לבקשה לאיחוד משפחות שהגישה הגב' אחמד עבור בעלה אינו יכול לעמוד. מדובר בהחלטה שהתקבלה ללא הפעלת שיקול דעת של ממש, ללא נימוק ראוי, וכאשר מהמבקשים נשללת כל אפשרות להגיב לטענות המוטחות בהם ומשמשות כעילה לסירוב לבקשה, לא בעל פה ולא בכתב. כל זאת, כאשר ההחלטה פוגעת קשות בזכות בני הזוג וילדיהם לחיי משפחה, ומבלי שנשקפת ממר אחמד סכנה כלשהי לביטחון הציבור ולשלומן, לביטחון המדינה או לאינטרסים החיוניים שלה.

### החלטת הממשלה 3598

37. כאמור לעיל, ביום 26.1.2011 התקבל במוקד מכתב סירוב לערר, בו כתוב שמלבד הטעמים הפליליים שניתנו במכתב הסירוב מיום 27.5.2009, מסורבת הבקשה גם בשל החלטת ממשלה 3598 מיום 15.6.2008. למרות אי-בהירותו של נוסח הסירוב, משמעותו ברורה היא. עמדת משה"פ הינה כי עצם זה שבשיר רשום במרשם האוכלוסין כתושב עזה מונע ממנו לקבל מעמד כלשהו בישראל, וזאת, כפי שנטען, לפי החלטת הממשלה 3598 והנחיית משה"פ שניתנה בעקבותיה.

38. החלטת הממשלה 3598 (מיום 15.6.2008) היא תולדה ישירה של הנחיית של סעיף 3ד של חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) (להלן: **תחוק או הוראת השעה**), המאשרת לשר הפנים לקבוע, כי מבקש מעמד עלול להוות סיכון ביטחוני בשל הנתון השרירותי של אזור מגוריו. סעיף 3ד לחוק קובע, כי:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 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... לעניין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך הוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה מדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

39. סעיף ג' של החלטת הממשלה 3598 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 שהסמיק 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. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

40. לטענת המשיגים מאחר ובקשתם לאחמ"ש הוגשה ביום 16.3.2008, מספר חודשים לפני החלטת הממשלה, החלטה של החלטת הממשלה על עניינם היא בבחינת החלטה רטרואקטיבית, אשר אין לה כל הצדקה בנסיבות העניין ואף מנוגדת לסיפא של אותה החלטת הממשלה גופא.

41. מעבר לדרוש, האיסור הנזכר בהחלטת הממשלה 3598 אינו איסור גודף ודורש את שיקול דעתו של שר הפנים בבחינת כל מקרה ומקרה. במקרה דנן, אף אם נניח שהחלטת הממשלה חלה על בקשת המשיגים שהוגה עובר להחלטה, שיקול דעתו של שר הפנים לא הופעל כלל, ולכן אין לקבל את הטענה כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת על אישור הבקשה.

#### החלה רטרואקטיבית של התיקון להוראת השעה ושל החלטת הממשלה 3598

42. 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, שכותרות "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 שלמי הדין המבוטל.



43. 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 3ד; 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". משכך, חל בענייננו סעיף 22 לחוק הפרשנות.

44. המשיגים הגישו את בקשתם בהתאם לזכות שהוקנתה להם על פי תיקון 1 להוראת השעה. החלטת משה"פ, הקובעת כי יש לסרב לבקשת המשיגים, מבטלת אפוא את הפעולה שנעשתה על פי הדין הקודם ופוגעת בזכותם של המשיגים על פי אותו דין. לטעמם של המשיגים, לא ניתן לאיין את בקשתם, ולהכיל עליה רטרואקטיבית את החלטת הממשלה 3598. נרחיב להלן בעניין זה.

45. 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, כמובן 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' 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 – ל.ב.).

46. האם, על אף הכלל שאין לייחס לחיקוק תוקף רטרואקטיבי, יש לקבוע כי החלטת הממשלה 3598 אמורה לחול על בקשתם של המשיגים באופן רטרואקטיבי, כך שתכלול את בקשת המשיגים, שהוגשה כאמור מספר חודשים לפני קבלת החלטה?

47. 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. (ע"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 רטרוספקטיבית 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 – ל.ב.).

48. כן נקבע כי: המחוקק יכול אמנם ורשאי להטיל חוקים בעלי תחולה רטרוספקטיבית, אך במקרה שהמחוקק אינו מגלה, לא במפורש ואף לא מכללא, את כוונתו להעניק להוראת חוק כוח רטרוספקטיבי, 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).

49. 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 רטרוספקטיבית.

50. 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 להחלתה האקטיבית של החלטת הממשלה. המשיגים 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, ולכן 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 24(2) 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. (עת"ס 8295/08 משאהרה נ' שר הפנים, פסק דין מיום 24.11.2008). (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

באותו עניין נקבע:

**המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד תום השנתיים של רישיון א/5 (כפי שקבע המשיב – ל.ב.).** המועד הקובע הנתען 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 מ' חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ובניח נ' משה קהתי, פ"ד מח(2) 190, בפסקה 16). (עת"ם 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים, פסק דין מיום 2.12.2008, טרם פורסם). (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

51. הנה כי כן, עמדתם של המשיגים, לפיה יש להחיל את החלטת הממשלה 3598, אשר ניתנה בהתאם להוראת התיקון של סעיף 33 להוראת השעה, באופן צופה עתיד בלבד תואמת עקרונות יסוד בבחינתן של בקשות מעין אלה. אין כל עילה להחיל דווקא את סעיף 33 סיפא באופן רטרואקטיבי, ובכך לפגוע באינטרס ההסתמכות ובציפיותיהם הלגיטימיות של המשיגים.

#### החלת החלטת הממשלה 3598 על ענייני המשיגים – בלתי סבירה בנסיבות העניין

52. כמו כן, טענת המשיב כי יש לסרב לבקשת המשיגים בשל החלטת הממשלה, הינה בלתי סבירה בנסיבות העניין. נסביר זאת.

53. ראשית כל, ההחלטה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות של המשיגים מנוגדת אף להחלטה 3598 עצמה, הקובעת כי "סעיף זה יחול מכאן ולהבא". נראה אפוא כי מלבד המשיגים הטוענים כי החלת החוק והחלטת הממשלה בעניינם מהווה החלה רטרואקטיבית אסורה אלא שהממשלה עצמה קבעה, כי לא יהיה זה סביר להחיל את התיקון בחוק על עניינם של מי שבקשתם הוגשה עובר להחלטת הממשלה. יתירה מזאת, בסיפא של סעיף ג' להחלטת הממשלה 3598 נאמר:

מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה (הדגשה הוספה ל.ב.).

54. קריאה מדוקדקת של ההחלטה מלמדת כי היא מתייחסת לשלוש קטגוריות שונות של בקשות.

1. בקשות שלא הוגשו כלל ועיקר לפני קבלת החלטת הממשלה 3598;
2. בקשות שהוגשו ואושרו לפני קבלת החלטת הממשלה 3598; ו-
3. בקשות שהוגשו אד לא אושרו לפני קבלת החלטת הממשלה 3598.

55. ברישא של סיפא זה נקבע כי ככלל, יחול סעיף זה אך ורק מכאן ולהבא. בחלק זה קובעת ההחלטה למעשה מה דינן של בקשות מהקטגוריה הראשונה.

56. בחציו השני של הסיפא, מתייחסת ההחלטה לבקשות מהקטגוריות השנייה והשלישית, ומדגישה כבר עתה כי בכל אופן לא תחול ההחלטה (ואינו חל בכל מקרה) על בקשות מהקטגוריה השנייה.

57. המקרה דנן נופל בקטגוריה השלישית של בקשות – אלו שהוגשו אך לא אושרו עובר להחלטת הממשלה. הבקשה הוגשה עוד ביום 16.3.2008. מכתב הסירוב לבקשה מיום 27.5.2009 שנשלח למשיגים כשנה לאחר קבלת החלטת הממשלה לא התייחס ולו בעקיפין להחלטת הממשלה 3598. במועד זה, הבין משה"פ כי החלטת הממשלה נוגעת לבקשת המשיגים שהוגשה עובר להחלטת הממשלה. לפיכך טענת משה"פ מיום 18.1.2011 מופרכת מעיקרה ולא ברור מהיכן צצה לה.

#### החלטת הממשלה 3598 דורשת שיקול דעתו של שר הפנים

58. המשיגים מתנגדים מכל וכל לטענה כי נשללת האפשרות להעניק ולו היתר שהייה לכל אותם אנשים שגרים בעזה או רשומים במרשם כתושבי עזה – וזאת רק על בסיס זיקותיהם לרצועה.

59. כל מקרה ומקרה דורש את שיקול דעתו של שר הפנים להכריע אם מבקש מסוים עלול להוות סיכון ביטחוני – וזאת בשל מניעה ביטחונית הנובעת מהתושב או בן משפחתו או בשל מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של התושב אזור.

60. כאמור לעיל, החלטת הממשלה 3598 נשענת על סעיף 3ד של הוראת השעה, לפיו:

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.

61. הדרישה לשיקול דעת נלמדת מסעיף 3ד רישא, אשר קובע 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".

62. 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.

63. נקבע כי לצורך יישומה של הוראת סעיף 3ד לחוק הוראת השעה:

אין דומה סיכון ביטחוני ישיר הנשקף מתושב אזור, שיש בו כדי להצדיק סירוב בקשה לרישיון ישיבה בישראל בשל מניעה ביטחונית ישירה, למניעה ביטחונית עקיפה שעניינה בסיכון הנשקף מהשפעה פוטנציאלית אפשרית של בן משפחה על בן הזוג הזר ... [הפער בעוצמות אלה בשני המצבים צריך להישקל לגופו בבוא הרשות המוסמכת לאזן בין הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג תושב האזור ביחס למידת הפגיעה בזכות למשפחה הטמונה בסירוב למתן ההיתר. (ההדגשה הוספה – ל.ב.). שם, ס' 38.

ועוד:

אשר לבקשת איחוד שטרם אושרה, יש לשקול את עוצמת הפגיעה בעצם המניעה מלכתחילה מבני הזוג להקים תא משפחתי שלם, ובהשלכותיה של פגיעה זו עליהם ועל ילדיהם. שם, ס' 40.

64. בפסקה 41 לפס"ד דקה, מחייב בית המשפט את משה"פ להבדיל בין סיכון ישיר וסיכון

עקיף:

כנגד גורם הפגיעה בזכות למשפחה, על הגורם המוסמך לשקול את קיומה של מניעה ביטחונית מצד מבקש ההיתר – מניעה ישירה ביחס למבקש ההיתר עצמו, או מניעה עקיפה העלולה להיווצר עקב קשריו לבני משפחה המהווים סיכון ביטחוני... הסיכון הקיים ממבקש ההיתר, שכל כולו נובע מקשריו המשפחתיים עם גורמים הקשורים לטרור, הוא עניין מורכב, הנתון להערכת הסתברויות, ומחייב הפעלת שיקול דעת זהיר. את הסיכון העקיף יש לאמוד בזהירות, ולייחס לו אך את משקלו היחסי הראוי, ולא יותר מכך. יש להיזהר מהסקת מסקנה גורפת לפיה כל מבקש היתר, בעל קשר משפחתי למי שקשור לפעילות טרור פסול, מניח וביח, מאיחוד משפחות. יש לבחון את מידת ההסתברות במקרה הקונקרטי כי מבקש ההיתר עצמו יהיה נתון להשפעה וללחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר.

65. מפסק הדין בעניין דקה עולה, כי השימוש בסמכות לפי סעיף 13ד, 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.

66. ולכן, 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.

67. פסק הדין בעניין דקה רק חידד את הפרינציפ 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 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 – ל.ב.] 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.

68. לאור כך שבשיר עזב את מקום מגוריו בעזה בגיל 20 ושוהה שם היום רק בשל גירושו על ידי כוחות הצבא הישראלי, אין כל יסוד לטענה כי כיום הפך לסיכון ביטחוני למדינה מעצם מגוריו ברצועה או מעצם רישומו כתושב.

69. לאור כל האמור, אין כל יסוד לקבוע כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת על הסדרת מעמדו של

#### סיכום

70. מן האמור לעיל עולה, כי מלכתחילה לא הייתה כל עילה לסרב לבקשת המשיגים לאיחוד משפחות. לפיכך מתבקשת הנציבה אפוא להורות למשרד הפנים להכריע לאלתר בבקשת העותרים לאיחוד משפחות ולאשרה.

בכבוד רב,  
ליאורה בכור, עו"ד

לוט:

נספחים א-ד

תצהיר