

| | | | | |
|-----------------|----|---------|--|-------------------|
| | 1. | בעניין: | 1. גנימאת, ת.ז. | תושבת קבע |
| | 2. | | 2. גנימאת, ת.ז. | |
| | 3. | | 3. חתו, ת.ז. | |
| | 4. | | 4. גנימאת, ת.ז. | |
| | 5. | | 5. גנימאת, ת.ז. | |
| | 6. | | 6. גנימאת, ת.ז. | |
| | 7. | | 7. גנימאת, ת.ז. | (קטינה ילידת 02.) |
| <u>המערערים</u> | 8. | | 8. המוקד להגנת הפרט, ע"ר, מיסודה של לוטה זלצברגר ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ואח' מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269 טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947 | |

- נ ג ד -

| | | |
|--------------|----|--|
| | 1. | משד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה |
| | 2. | משד המשפטים – בית הדין לעררים 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 |
| <u>המשיב</u> | | |

ערעור מנהלי

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית הדין לעררים בערר (י-ם) 1204-16 מיום 22.2.16 (נשלח לעוררים ביום 23.2.17), אשר אישר את סירוב המשיב לבקשת המערערים לאיחוד משפחות. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק הדין ולהורות למשיב לאשר את הבקשה.

• העתק פסק דינו של בית הדין מסומן כמוצג עמנ/1.

כן מוגש ערעור על החלטות בית הדין הנכבד מיום 22.9.16 ו- 27.9.16 בדבר קיום דיון נפרד במעמד צד אחד לצורך הצגה ועיון בחומר חסוי. המדובר ביום דיונים נפרד בנוכחות המשיב 1 והשבי"כ עם בית הדין ללא נוכחות העוררים, אשר לאחריו מתקיים דיון גלוי במועד אחר בנוכחות המשיב והעורר. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל החלטות אלה ולהורות, כי יש לקיים דיון בחומר הסודי כאשר המערערים נוכחים בבית הדין והדיון החסוי מתקיים רק בהיקף ההכרחי, כפי הנהוג בבית המשפט העליון ובבית משפט זה. כך בתיק זה ובאופן כללי בתיקים הנדונים בבית הדין לעררים.

מתבקש אפוא להורות לבית הדין לחדול מן הפרוצדורה הפוגענית הנקטת בנוגע לבחינת חומר חסוי. חלק זה של הערעור מוגש גם בהתאם לפסיקת בית המשפט בבג"ץ 7687/16 גנימאת נ' משד המשפטים ואח' (9.10.16).

• החלטות מיום 22.9.16 ו- 27.9.16 כמוצג עמנ/2.

במסגרת הערעור וללא קשר לתוצאה המהותית יתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את חיוב המערערים בהוצאות, חיוב בסך 5,000 ש"ח שהוטל בפסק הדין של בית הדין לעררים.

א. עניינו של הערעור

ההליך ההוגן הוא יסוד מוסד במדינת חוק, והוא מצוי לטעמי במעמד חוקתי נוכח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לדעתי אדם שזכויותיו להליך הוגן נפגעו – נפגע כבודו כאדם (כב' השופט רובינשטיין בע"פ 9956/05 שי נ' מ"י, פסקה ט' (4.11.09)).

1. בית הדין אישר את החלטת המשיב לסרב לבקשת איחוד המשפחות של המערערים תוך נקיטה בפרוצדורה גורפת, פסולה ופוגענית, הרומסת ונוגסת באופן קיצוני בזכות לדיון הוגן, שממילא נפגעת בדיונים בטחוניים. בית הדין קבע והמציא לו שיטה חדשה לבחינת תיקים בהם יש חומר חסוי, ביום דיונים נפרד בו ניצבים מול בית הדין, רשות האוכלוסין והשב"כ – ללא העוררים וזאת באצטלא של יעילות (בפועל הפרוצדורה מסרבלת ומאריכה את ההליך) במועד אחר מתקיים דיון בנוכחות העררים ורשות האוכלוסין, ללא השב"כ, דיון שאין בו כמעט משמעות, שהרי תוצאת ההליך כבר נקבעה מראש, בדיון המוקדם עם השב"כ. כך קרה במקרה של העוררים כאן, כאשר פסק הדין ניתן שעות ספורות לאחר הדיון.
2. הפרוצדורה בה נקט בית הדין, של הצגת החומר החסוי בדיון נפרד במעמד צד אחד, פגעה בעשיית הצדק, במראית פני הצדק, היא מנוגדת לנוהג ולהלכות שהשתרשו במשך שנים ארוכות בערכאות. פרוצדורה זו בה נבחן עניינו של המערער ובה נבחנים ככלל הנושאים הביטחוניים החסויים בבית הדין פוגעת בזכות היסוד להליך הוגן ובהמשך ישיר לכך נפגעות זכויות היסוד של הפונים לחיי משפחה ולהגנה על טובת ילדיהם. יש לקטוע באיבו נוהג בלתי סביר של בית הדין.
3. הערעור נסוב הן על ההחלטה הפרטנית לסרב לבקשת המערער, הן על פסיקת ההוצאות וכן מתבקש במסגרתו להורות לבית הדין להתאים את דרכי בחינת החומר החסוי לדרך המקובלת בבית המשפט העליון ובבית המשפט לעניינים מינהליים.
4. משפחת המערער, כולם תושבי ישראל, לבד מהמערער 2 (להלן: "המערער"). בני הזוג המערערים 1 ו-2 נשואים כבר למעלה משלושים שנה, ביתם בירושלים. לבני הזוג חמישה ילדים, כולם נטועים כאן.
5. המשיב העלה כנגד המערער האשמות בטחוניות חסויות, אשר עיקרן פעילות בחזית העממית. המערער, אח במקצועו, היה עצור בשנות השמונים למשך כשנתיים על רקע כתיבת ססמאות והפצת כרוזים מאז לא נעצר או נחקר במשך כשלושים שנה (בחודש אפריל 2016 נעצר בקשר לשהייה בלתי חוקית בישראל וזיוף מסמכים, אולם שוחרר לאחר זמן קצר ולא הוגש נגדו כתב אישום).
6. המשיב נקט בדרך הקיצונית ביותר של שלילה מוחלטת של כל מעמד או אפשרות שהייה של המערערים ביחד כמשפחה בביתם, וזאת בניגוד לדיון הנהג, לפסיקה ולצו האנושיות.
7. בית הדין קיבל את עמדת המשיב בהליך פוגעני ובפסק דין שכפי שיוסבר להלן, הנמקתו מערפלת עוד יותר את הפראפרזה הדלה של המשיב אשר קדמה לפסק הדין. כתוצאה מהחלטת המשיב ופסק הדין על תוצאתו ודרך הנתנו נפגעות זכויות היסוד של המערערים ונרמס כבודם.

ב. הצדדים לערעור והסמכות

8. המערערים 1-7, תושבי ירושלים, מלבד המערער 2. המערער 2 תושב שטחים במקור, מבקשים להתאחד כמשפחה בירושלים.
9. המערער 8, המוקד להגנת בפרט, היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם ומטפלת בין השאר, בזכויותיהם תושבי ירושלים המזרחית אל מול הרשויות בישראל.
10. המשיב 1 (להלן **המשיב**), אחראי בהתאם לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 ולתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד–1974 להסדרת מעמדם של תושבים בישראל. המשיב הוא הגוף שנתן את ההחלטה בעניינם של המערערים, באמצעות פקידי לשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית להם הואצלה סמכותו.
11. המשיב 2 - בית הדין לעררים השייך למשרד המשפטים, הוא הגוף שגיבש כמדיניות את הפרוצדורה לבחינת חומר חסוי במעמד צד אחד ללא דין גלוי בנוכחות הצדדים במועד הדין החסוי. גם על פסלות מדיניות זו נסוב הערעור.
12. בית המשפט הנכבד מוסמך לדון בערעור בהתאם לסעיף 13 לא(א) לחוק הכניסה לישראל. מקום השיפוט הוא על פי תקנה 22(א) לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים, תשס"א – 2000, באשר בית הדין לעררים שכנגד החלטתו מוגש הערעור מושבו בירושלים.

ג. רקע עובדתי

13. המערער 1, _____ גנימאת (להלן: "**המערער**"), תושבת ישראל, ובן זוגה, המערער תושב השטחים, נישאו בשנת 1984 וקבעו את ביתם בירושלים. לבני הזוג תמישה ילדים ובהם הילדה _____, קטינה ילידת 4.1.02. הילדים כולם הינם תושבי קבע של ישראל. המשפחה מוכרת על ידי המוסד לביטוח לאומי ומתגוררת בבית שבבעלותה בבית חנינה. בהעדר היתר שהייה בישראל נאלץ המערער לשהות בתקופה האחרונה באזור כפר עקב בבית חבר.
14. בני הזוג המערערים שניהם אחים במקצועם ועבדו בבית החולים מקאסד לאורך שנים ארוכות. תפקידו הנוכחי של המערער, לאחר שהופרד ממשפחתו ונמנע ממנו להיכנס לישראל הוא במרפאה באלראם השייכת לבית החולים אלמקאסד, שם הוא הוא עובד במקצועו כאיש צוות רפואה.

- הודעה על סירוב כניסה לצרכי עבודה מיום 17.2.17 מצ"ב כמוצג **עמנ/3**.

15. המערער נעצר פעמיים בעבר בתקופה שבין דצמבר 1985 ועד מרץ 1987 בגין הפצת ססמאות וכרוזים.
16. המערער יליד 1958 הינו אדם מבוגר מתקרב לגיל 60. המערער אינו משתייך לכל ארגון או גוף פוליטי וכל מעייניו נתונים לניהול חיי שגרה לצד משפחתו הישראלית.
17. המערער לא נעצר ולא נחקר בנוגע לכל פעילות ביטחונית במשך שלושה עשורים, עד אשר נעצר באפריל 2016 בגין שהייה בלתי חוקית ורישום כוזב, מעצר שהסתיים בלא כלום.

- פרוטוקול בקשר למעצר באפריל 2016 מצ"ב כמוצג **עמנ/4**.

18. המערער מכחיש מכל וכל את הטענה כי הוא משתייך לחזית העממית. המערער סבור, כי יתכן והטענה לפיה הוא משתייך לארגון נוגעת ליציאתו בדצמבר 2014 ללבנון ולחברותו בעבר ב"איחוד ועדות הבריאות – ירושלים"
19. המערער אכן היה חבר בעבר באיחוד ועדות הבריאות, מתוקף היותו איש רפואה הרואה חשיבות בקידום נושאי הרפואה, אך לא במסגרת תפקידו בבית החולים מקאסד. לדברי המערער, עוסק איחוד ועדות הבריאות, כשמו, בפעילות בנושאי בריאות בבתי ספר והעלאת מודעות בני נוער לסוגיית הבריאות. אין מדובר בפעילות בעלת אופי פוליטי, לא כל שכן ביטחוני. המערער חדל מפעילותו בוועדות הבריאות לאחר שהוכרז כארגון לא חוקי ביוני 2015.
20. למערער הוצע מספר פעמים לשתף פעולה ואף הופעל עליו לחץ לעשות כן תוך שימוש במצוקה בה נמצאת משפחתו המתגוררת בירושלים ומשוועת לאיחוד כדין בעיר שיאפשר להם לחיות חיים שלווים וחוקיים יחד.
21. יצוין, כי עקב הפעלת לחץ על המערער לשתף פעולה עם גורמי הבטחון והתנכלות השב"כ למערער משסרב לעשות כן, במקביל להליכי אחוד המשפחות פנו המערער והמוקד להגנת הפרט באמצעות הח"מ למשרד ראש הממשלה ומשרד הבטחון בתלונה בנושא זה. כך, בין היתר, לאור, דברים מפורשים שנאמרו למערער בהם נקשר סירובו לשתף פעולה לסיכויי להתאחד עם משפחתו בישראל ולאור הפעלת לחץ באופן אשר לטענת המערער אינו חוקי על המערער. בתשובת ראש הממשלה לא הוכחש כי הוצא למערער לשתף פעולה.
- חלופת המכתבים עם משרד ראש הממשלה ומשרד הבטחון מצ"ב כמוצג עמנ/5.
22. אחיו של המערער, גנימאת נעצר בעבר בשנת 1986-92 על רקע הפרות סדר. מדובר בימי האינתיפאדה הראשונה הרחוקים. הוא יליד 1964 ולמיטב ידיעתו של המערער, לאורך השנים מאז שנת 1992, לא נעצר ולא נחקר וגם המשיב לא מחזיק כנגדו מידע עדכני, למיטב ידיעת המערער. למערער קשר רופף בלבד עם והוא נפגש עמו באירועים משפחתיים מדי פעם.
23. חמישה מבין אחיו של המערער מקבלים היתרים לעבוד בישראל. אף המערער עצמו קיבל היתרי עבודה בעבר לאחר שחרורו ממאסרו בשנות השמונים וכן קיבל היתר לשם הגעה לדיון שהתקיים בעניינו בבית הדין ביום 17.7.16.
- ד. הפניות למשיב**
24. לאחר נישואיהם נאסר על המערער להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור בן זוגה בשל מדיניותו של המפלה של המשיב באותה עת, אשר אסרה נשים להתאחד בישראל עם בני זוגן. מדיניות זו נפסלה במסגרת בג"ץ 2797/93 גרביית נ' משרד הפנים בשנת 1994 ואז פנתה המערער בפעם הראשונה בבקשה לאיחוד משפחות, שנדחתה בשנת 1995.
25. בקשות נוספות שהוגשו בהמשך במרוצת השנים סורבו. המערער חוששים שהסיבה לסירוב נבעה מסירובו של המערער לשתף פעולה עם גורמי הבטחון. המערער לקחו חלק בהליכים משפטיים כנגד הסירוב (עת"מ 242/06 גנימאת נ' משרד הפנים, עת"מ 727/07 גנימאת נ' שר הפנים (29.11.07); עע"מ 1149/07 גנימאת נ' משרד הפנים (29.12.09)).

בעע"מ 1149/07 החליט אמנם בית המשפט העליון שלא להתערב אותה עת בהחלטת הסירוב, אולם נרשמה הסכמת המשיב, לפיה:

"ככל שהמערערים יגישו בקשה חדשה לאיחוד משפחות, תיבחן הבקשה מחדש תוך קיומו של שימוע".

26. המערערת שלא רצתה להינתק ממולדתה, לא נואשה הוסיפה לפעול לשם הסדרת מעמדו של בן זוגה בישראל. בקשה חדשה לאיחוד משפחות, כפי האפשרות המוזכרת בעע"מ 1149/07, הוגשה ביום 25.5.15, וניתן לה המספר 258/15.

• בקשה לאיחוד משפחות וקבלה על הגשתה מצ"ב כמוצג עמנ/6.

27. במועד הגשת הבקשה הונחו המערערים להגיש מספר מסמכים נוספים, אשר הוגשו ביום 2.6.15.

• מכתב הלוואי מיום 2.6.15 שנכתב על ידי המוקד להגנת הפרט, מצ"ב כמוצג עמנ/7.

28. לא עבר זמן רב וביום 13.8.15 הודיע המשיב על הכוונה לסרב לבקשה מבלי שנערך למערערים שימוע בעל פה. במכתב המשיב נמסר כי "לאור המידע שהתקבל מגורמי הבטחון", שוקל המשיב לסרב את הבקשה. בהודעת המשיב פורטו בקצרה טענות ביטחוניות שכללו דבר מעצרו של המערער בשנים 87-1985 בגין כתיבת סמאות וכרוזים, פעילות בחזית העממית (כאמור ככל הנראה הדבר קשור לועדות הבריאות) ודבר מעצרו של האח, גנימאת, בשנים 92-1986 על רקע הפרות סדר.

• הודעת המשיב מצ"ב כמוצג עמנ/8.

29. ביום 9.9.15 הוגשו טיעוני המערערים כנגד כוונת הסירוב. עוד ביקשו המערערים בטיעונם לערוך בעניינם שימוע בעל פה, להרחיב את הפראפרזה בדבר טעמי הסירוב החסויים ולמסור לידיהם את החומר הגלוי הנוגע למערער, וזאת מאחר בחלוף הזמן אין למערער גישה לחומרים אלו.

• טיעון המערערים מיום 9.9.15, מצ"ב כמוצג עמנ/9.

30. ביום 29.12.15 הודיע המשיב על סירובו לבקשה, מן הטעמים שנמסרו בהודעתו על כוונת הסירוב. המשיב הודיע כי לא ימסור למערערים חומרים גלויים. המשיב לא הרחיב את הפראפרזה והתעלם מן הבקשה לעריכת שימוע בעל פה.

• דחיית הבקשה מצ"ב כמוצג עמנ/10.

ה. ערר 16-1204

31. ביום 28.1.16 הוגש ערר לבית הדין לעררים בירושלים בשל דחיית הבקשה לאיחוד משפחות. במקביל הוגשה בקשה לצו ביניים וצו ארעי שיאסרו על צעדי אכיפה כנגד המערער.

• ערר ובקשה לצו ביניים מצ"ב כמוצג עמנ/11.

32. ביום 11.2.16 הודיע המשיב על התנגדותו למתן צו ביניים. בית הדין לעררים קיבל באותו יום החלטה הדוחה את הבקשה לצו ביניים.
- הודעת המשיב על התנגדות לצו ביניים והחלטה מיום 11.2.17 מצ"ב כמוצג עמנ/12.
33. לאחר מספר בקשות ארכה ללא הסכמת המערערים, החליט בית הדין להאריך את המועד להגשת כתב תשובה עד יום 5.5.16.
- החלטת בית הדין לגבי הגשת כתב תשובה מצ"ב כמוצג עמנ/13.
34. למרות החלטת בית הדין, וכחלק מהנהוג של המשיב להתייחס להחלטות בית הדין כהמלצות, במקרה הטוב, תוך זלזול בבית הדין ובצדדים, כתב התשובה הוגש לבסוף ביום 9.5.16. תצהיר לכתב התשובה צורף רק ביום 23.5.17. בכתב התשובה נוסף נימוק גלוי חדש לסירוב, שלא עלה קודם, לפיו המערער פעל בבית החולים מקאסד לרשום פצועי הפרות סדר באופן שגוי ומוטעה על מנת לפגוע בעבודת המשטרה.
- כתב תשובה מצ"ב כמוצג עמנ/14.
35. ביום 23.5.17 זומנו הצדדים לדיון ביום 17.7.16. בית הדין הבהיר, לבקשת המשיב, כי אין צורך בהתייצבות גורמי הביטחון לדיון זה.
- הזמנה לדיון ליום 17.7.16 והבהרה מצ"ב כמוצג עמנ/15.
36. ביום 17.7.16 הגישו המערערים בקשה להגיב לכתב התשובה לערר ובקשה לקיים דיון בנוכחות השב"כ. בית הדין קיבל לעיונו את תגובת המערערים, אולם לא מצא לנכון לזמן את נציגי השב"כ לדיון.
- בקשת המערערים והחלטת בית הדין בדבר תשובה וזימון השב"כ מצ"ב כמוצג עמנ/16.
37. ביום 17.7.16 נערך דיון בנוכחות הצדדים, בלא נוכחות גורמי הביטחון. בדיון זה הסכימו המערערים, בלא לוותר על טענותיהם, להעביר שאלון לשב"כ. על פי הצעת בית הדין ובהסכמת הצדדים, לאחר העברת שאלות לשב"כ מצד המערערים, יועבר החומר החסוי הגולמי לבית הדין במעטפה. בית הדין הציע, ובהסכמת הצדדים התקבלה החלטתו, כי לאחר קבלת התשובות ישלימו הצדדים טיעוניהם ויקבע מועד נוסף לדיון בנוכחות הצדדים. יצוין, כי בדיון אמרה ב"כ המשיב כי אין סיבה לנהל לאת הדיון במתכונת בו מתנהלים דיונים בערכאות אחרות שכן, "אנחנו לא בערכאות אחרות אנחנו נמצאים בבית הדין" (עמ' 3, שורות 4 ו-5 לפרוטוקול הדיון). ב"כ המשיב אמרה שכל שידרשו הבהרות היא מבקשת להסבירן בדיון חסוי, והח"מ תזרה על כך שכל שיהיה צורך בדיון המשך יש לקיימו בנוכחות כל הצדדים כנהוג בבית המשפט, כאשר המערערים יעזבו את החדר רק בזמן ובהיקף ההכרחי לדיון החסוי. בית הדין קבע כי לאחר העברת החומר הגולמי וכתבי בי הדין של הצדדים בכתב יתקיים דיון "בנוכחות הצדדים".
- יצוין, כי המערער התייצב לדיון ביום 17.7.16, לאחר שקיבל היתר כניסה ושהייה בישראל באותו היום.
- פרוטוקול דיון מיום 17.7.16 מצ"ב כמוצג עמנ/17.

38. ביום 25.7.16 העבירו המערערים שאלון לשב"כ. ובהעדר מענה במועד, נקבע מועד דיון בנוכחות שני הצדדים ליום 13.10.16 ביום 21.9.16 הוגשו תשובות חלקיות לשאלון, אשר לא כללו, למעשה, מידע מהותי נוסף. המשיב לא השלים את טיעונו, בניגוד להחלטה מיום 17.7.16. במסגרת התשובות לשאלון, ובניגוד למוסכם ולהחלטת בית הדין, ביקש המשיב להציג את החומר בדיון במעמד צד אחד בנפרד, בטרם יתקיים דיון בנוכחות שני הצדדים.

• שאלון לשב"כ ותשובות מצ"ב כמוצג עמנ/18.

• בקשה לקביעת דיון והחלטה על דיון ביום 13.10.16 עמנ/19.

39. ביום 22.9.16 החליט בית הדין ללא נימוק ובניגוד להסכמה ולהחלטה הקודמת על קיום דיון במעמד המשיב בלבד בנוסף לדיון במעמד שני הצדדים לאחר מכן.

• החלטה מיום 22.9.16 בדבר דיון במעמד צד אחד מצ"ב כמוצג עמנ/20.

40. ביום 26.9.16 הגישו המערערים התנגדות נוספת מנומקת לקיום הדיון במעמד המשיב בלבד.

• התנגדות לקיום דיון במעמד צד אחד מצ"ב כמוצג עמנ/21.

41. ביום 27.9.16 דחה בית הדין הנכבד את התנגדות המערערים לקיום דיון נפרד בחומר החסוי. מעיון בהחלטה זו עולה, כי כבוד הדיין מסכים כי ההליך האדברסרי נפגע בשל קיום נפרד. יחד עם זאת ההתנגדות נדחתה. הנימוק לדחייה שמביא כבוד הדיין בסופו של יום הינו ש"ההליך באופן הזה "מסורבל" ולא יעיל".

• החלטה מיום 27.9.17 מצ"ב כמוצג עמנ/22.

42. בעקבות החלטת בית הדין הוגשה ביום 5.10.16 עתירה לבית המשפט הגבוה לצדק, בג"ץ 7687/16, בה התבקש סעד פרטני וכללי, האוסר קיום דיונים נפרדים במועדים נפרדים בעניין חומר חסוי בבית הדין לעררים. כן התבקש צו ביניים להשהות את קיום הדיון הנפרד עד להחלטה בעתירה. בעתירה עדכנו העותרים את בית המשפט אודות דיון בכנסת שהתקיים בין היתר בנושא זה, בפנייה שנעשתה למשרד המשפטים בנושא, ולתשובת משרד המשפטים מיום 15.8.16, כי הנושא מצוי בבדיקה. בבדיקה שכלל הנראה נמשכת עד היום, שכן כל תשובה בנושא לא התקבלה.

• בג"ץ 7687/16, מצ"ב כמוצג עמנ/23.

43. המדינה התנגדה בבג"ץ לצו הביניים וטענה, כי הדרך לתקוף את החלטת בית הדין לעררים בעניין המידע החסוי היא רק בסופו של ההליך במסגרת הגשת ערעור מנהלי.

• תגובת המדינה לצו ביניים בבגץ 7687-16 מצ"ב כמוצג עמנ/24.

44. ביום 9.10.16 הוגשה בקשה דחופה להחלטה בעניין צו הביניים וזאת לאור כך שהדיון אמור היה להתקיים באותו יום וטרם ניתנה החלטה.

• בקשה למתן החלטה בצו ביניים בבגץ 7687-16 מצ"ב כמוצג עמנ/25.

45. ביום 9.10.16 התקיים דיון במעמד צד אחד בבית הדין לעררים. בפתיחת הדיון עדכנה ב"כ המשיב על הגשת הליך הבג"ץ. בית הדין סבר, כי אין מקום לקיים את הדיון במעמד צד אחד בטרם תינתן החלטת בג"ץ.

• פרוטוקול והחלטה מיום 9.10.16 בערר 1204-16, מצ"ב כמוצג עמנ/26.

46. ביום 9.10.16 עדכנו המערערים את בג"ץ על החלטת בית הדין מיום 9.10.16.

• עדכון במסגרת בג"ץ 7687-16 כמוצג עמנ/27.

47. ביום 9.10.16 ניתן פסק דין במסגרת בג"ץ 7687/16. בפסק הדין נקבע, כי דין העתירה להדחות על הסף בשל קיום סעד חלופי, כלומר ערעור לבית הדין לעניינים מנהליים על החלטה סופית. צויין בפסק הדין, כי טענות הצדדים לגופה של המחלוקת שמורות להם.

• פסק דין מיום 9.10.16 בבג"ץ 7687/16 מצ"ב כמוצג עמנ/28.

48. ביום 3.11.16 נערך בבית הדין לעררים דיון נפרד במעמד צד אחד ובו נכחו המשיב בלבד וגורמי הביטחון וזאת חרף התנגדות המערערים ובקשתם כי ככל שעומד בית הדין על קיום דיון במתכונת זו כי לא יבחן החומר החסוי.

49. ביום 22.2.17 נערך דיון נוסף במעמד הצדדים. במהלך הדיון חזרו המערערים על התנגדותם לקיום הדיון הנפרד, אולם לשם הזהירות גם טענו לגופו של עניין. בית הדין הרחיב בדיון בעל פה את הפראפרזה במוסרו כי החומר הנוגע לחברות בחזית העממית הינו עדכני לשנת 2015.

• פרוטוקול דיון מיום 22.2.17 בערר 1204-16 מצ"ב כמוצג עמנ/29.

ו. פסק הדין

50. מיד בתום הדיון, ביום 22.2.17 ניתן פסק דין בערר 1204-16 (התקבל אצל המערערים ביום 23.2.17). פסק הדין דחה את הערר והשית על המערערים הוצאת בגובה 5000 ש"ח. בית הדין קובע כי המערער פעיל בולט ומרכזי בארגון החזית העממית. יוטעם, כי המשיב כלל לא טען בכתב התשובה שהמערער הוא פעיל בולט ומרכזי, אלא שהוא פעיל ותיק ולא ברור מנין ומדוע הסיק בית הדין את מרכזיותו והתבלטותו של המערער וזאת במיוחד על רקע הרחבת הפראפרזה, לפיה מדובר במידע עדכני לשנת 2015. בנוסף, במהלך הדיון הרחיב בית הדין את הפראפרזה ומסר למערערים כי החומר בעניינו של המערער רלוונטי לשנת 2015. לא ברור למערערים כיצד יכול המערער להיות הן פעיל בולט ומרכזי והן אדם שלא התגבש בעניינו חומר בין שנה לשנתיים האחרונות (תלוי למתי בשנת 2015 מתיחס החומר הנטען וכמובן לאמינותו).

51. בפסק הדין לא נזכרה הרחבת הפראפרזה באשר לשנת 2015.

52. בית הדין לא הזכיר בסקירה העובדתית את הדיון שהתקיים ביום 17.7.16, ואת הצעתו והחלטת בית הדין מיום 17.7.16 בנוגע להסדר הדיוני. בית הדין כלל לא ציין אם הועבר לעיונו חומר גולמי, בהתאם להחלטה מאותו היום קודם לדיון אותו קיים במעמד צד אחד בלבד. בית הדין אף לא ציין בפסק דינו את דבר התנגדות המערערים לבחינת החומר החסוי, בהינתן ההחלטה לקיים את הדיון במתכונת הפוגענית עליה הוחלט.

53. בעוד בפסקה 36 לפסק הדין נכתב על ידי בית הדין כי המערער הוא פעיל בולט בחזית העממית, בפסקה 44 לפסק הדין, מדובר על הסיכון הנשקף "מקשריו המשפחתיים מגורמי טרור". בפסקה 45 נמסר כי די בחומר המודיעיני שהוצג, בטרם הורחבה הפראפרזה כדי להצדיק את ההחלטה שזו הערר. כלומר, אם לא די בכך, כי על המערערים להתמודד עם פיסות מידע לאקוניות ומתחלפות כהנמקת ההחלטה לפגוע בזכותם החוקתית לחיי משפחה – פסק הדין מטשטש מידע עמום ומועט זה עוד יותר, כאשר חלקו של פסק הדין שכותרתו דיון והכרעה הנושא שניים וחצי עמודים, אינו מבהיר כראוי את טעמי הסירוב ולו החסויים. לדברי בית הדין די בחומר המודיעיני שהוצג בטרם הורחבה הפראפרזה כדי להביא לסירוב, אולם לא ברור אם כלל הוצג חומר מודיעיני בטרם הורחבה הפראפרזה, שטיבה אינו תואם את המידע שנמסר בפסק הדין בדבר פעילות מרכזית ואת שנמסר בדיון בדבר היות המידע עדכני לשנת 2015 ובדבר הניתוח המידתי, בו מצוין סירוב שנועד למנוע "סיכון הנשקף מקשריו המשפחתיים עם גורמי טרור".

54. בית הדין קובע, כי סירוב הבקשה לאיחוד משפחות עומד במבחני המידתיות תוך הסתמכות וציטוט מפסק דין אחד, בג"ץ 2028-05 אמארה נ' שר הפנים (2006), ותוך התעלמות משורה של טענות ואסמכתאות שהובאו על ידי המערערים, ומאשר את החלטת המשיב, שמשמעותה סירוב גורף לבקשת איחוד המשפחות.

55. בית הדין כלל אינו מתייחס לטיעונים שהועלו בפניו בהרחבה בנוגע למנגנון בחינת החומר החסוי ופרט לציון כי המערערים סברו כי ההליך במתכונת זו אינו ראוי ואף שטיעונים אלו היוו נדבך בלתי נפרד בהתדיינות.

56. המערערים סבורים כי שגה בית הדין הן בפרוצדורה הפוגענית בה נקט ובה הוא נוקט כמדיניות, הן בסתירות והעמימות המוגברת בפסק הדין אל מעבר לפראפרזה שניתנה, והן במסקנה אליה הגיע המושטתת על ניתוח מידתי לקוי ועל אדנים מינהליים פסולים – מסקנה שהינה שגויה מהותית. ממילא בשל המנגנון המקפח והפוגעני באמצעותו נערכה הביקורת השיפוטית, יש לראות את פסק הדין כבטל מעיקרו. לבסוף, וכפי שיפורט להלן בפרק שייחוד לכך, ייטען כי שגה בית הדין גם בפסיקת הוצאות משפט כנגד המערערים, כך בכלל וכך התייחס לגובה ההוצאות שנפסקו בנסיבות אלה.

• פסק דין מיום 22.2.17 בערר 1204-16 מצ"ב כמוצג עמנ/30.

ז. הדיון נפרד בחומר הסודי – פסלות ומשמעות

ז.1. לידת הפרקטיקה של קיום נפרד והשתרשותה בבית הדין לעררים

57. קיום דיון נפרד ביום נפרד בנוכחות גורמי הביטחון בלבד הוא יצירה חדשה ומקורית, ככל הידוע לח"מ, של בית הדין לעררים. זוהי פרקטיקה שאינה מוכרת בבתי משפט מנהליים אחרים, כפי שיפורט להלן.

58. קיום דיון נפרד, אינו נחלת כבוד הדין פשיטצקי לבדו והוא אינו פועל בחלל הריק. החלטות דומות, אם כי עם תוצאות מעשיות שונות, ניתנו על ידי דיינים נוספים בבית הדין לעררים. כך בערר (ירושלים) 1223-15 עמרו ואח' נ' משרד הפנים, החליט כבוד הדין אלעד אזר לדחות בקשה לביטול החלטה על קיום דיון נפרד וציון שזוהי הפרקטיקה הנוהגת בבית

הדין. יחד עם זאת לאחר שהעוררים שם עמדו על התנגדותם לקיום דיון נפרד, הוחלט שלא יתקיים דיון כזה, ובית הדין לא יעיין בחומר החסוי.

• החלטות בענין חומר חסוי במסגרת ערר 1223-15 כמוצג עמנ/31

59. בדומה בערר (ירושלים) 1289-15 אבו סייף ואח' נ' משרד הפנים החליטה כבוד הדיינת שרה בן שאול ויס על קיום דיון נפרד, אולם התנתה זאת בהעדר התנגדות של העוררים. העוררים התנגדו ובית הדין לא יעיין בחומר החסוי¹.

• החלטה בענין חומר חסוי בערר 1289-15 כמוצג עמנ/32

60. כפי שניתן לראות בית הדין קמא במותב הדיין פשיטיצקי צמצם עוד יותר את זכויותיו הדיניות של המערער, כאשר החליט לבחון את החומר החסוי בעניינו של המערער, חרף התנגדותו.

61. מתגובת המשיב בערר 1289-15 לעניין סדר הדיון הנוגע להליך העיון בחומר החסוי עולה כי הנוהג של דיון נפרד קיים במקרים אחרים בבית הדין והפך לפרקטיקה הנוהגת.

• תגובת המשיב בערר 1289-15 כמוצג עמנ/33

62. יוער, כי בניגוד להחלטות המוזכרות לעיל, כבוד הדיין דותן ברגמן לא סבר, לפחות במקרה אחד הידוע לח"מ, כי יש לקיים דיונים נפרדים. כך בערר (ירושלים) 1145-16 חמורי ואח' נ' משרד הפנים.

• החלטה בענין חומר חסוי בערר 1145-16 כמוצג עמנ/34

63. להשלמת התמונה יצויין, כי במהלך התכתבות ומגעים של ארגוני זכויות אדם מול מחלקת ייעוץ וחקיקה במשרד המשפטים בנוגע להסדרי בחינת חומר חסוי בבית הדין, במסגרת הליך החקיקה המחודש של חוק הכניסה לישראל, הובאה ההתייחסות הבאה לנושא מצד מחלקת ייעוץ וחקיקה ביום 15.8.16:

עיון במידע חסוי – סעיף 13כח ו- 13 כט לחוק הכניסה לישראל מסדירים את העיון במידע חסוי ומסמכים את בית הדין לעררים לדון במידע כזה אף שלא בנוכחות העורר ובא כוחו ומבלי לגלות להם את תוכן המידע. ביחס לכך התברר כי בבית הדין לעררים התפתח נוהל של קיום יום דיונים מרוכז במידע חסוי בעררים שונים; זאת בניגוד לנוהג בבתי המשפט לפיו הדיון במידע החסוי מתקיים כדיון זוטא תוך כדי הדיון העיקרי בהליך באופן אשר מאפשר לשני הצדדים להיות נוכחים במקום, גם אם לא במעמד הדיון במידע החסוי עצמו, ולהגיב בזמן אמת.

ניתנה לבית הדין לעררים הנחיה לשלוח לצדדים הודעת עדכון בדבר המועד הצפוי לקיום הדיון במידע החסוי כך שהעורר ובא כוחו יוכלו לבחור האם להגיע לבית הדין לעררים ביום הדיון כדי להיות נוכחים במקום; ויודגש כי אין בכך כדי לאפשר להם להיות נוכחים בדיון במידע החסוי עצמו וזאת בהתאם לקבוע בדיון, אלא רק להיות נוכחים במקום מחוץ לאולם הדיונים בזמן הדיון.

¹ יצויין, כי הדברים מתיישבים עם פסיקת בג"ץ 5696/09 מוגרבי נ' אלוף פיקוד העורף (15.2.12), שם נקבע, כי בהעדר תעודת חיסיון והסכמה מצד העותרים, לא יעיין בית המשפט כלל בחומר החסוי.

מעבר לכך אעדכן כי בכוונתנו לקיים דיום בעניין זה עם כלל הגורמים הנוגעים בדבר ובכלל זה גורמי הביטחון על – מנת להשלים את בחינת הנושא ולגבש את התייחסותנו אליו.

- התכתבויות מול מחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 20.4.16, 20.6.16 ו- 26.10.16, מצ"ב כמוצג עמנ/35.
- מכתב מחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 15.8.16 לפיו נושא בחינת החומר החסוי מצוי בבדיקה, מצ"ב כמוצג עמנ/36.
- 64. יוער, כי בתי הדין לעררים והדיינים בהם אינם כפופים למחלקת ייעוץ וחקיקה, וההנחיות אינן מחייבות אותו, אלא רק "מורא הדין". כמו כן לא ברור האם הוצאה הנחיה כזו בפועל ומה היה תכנה המדוייק. בכל מקרה אנו עדים לכך, כי הפרוצדורה של דיון נפרד שרירה וקיימת גם לאחר מכתב זה של ייעוץ וחקיקה, והראיה - החלטתו האחרונה של כבוד הדין פשיטיצקי.
- 65. עוד חשוב להדגיש כי גם בחלוף חודשים ארוכים מאז נמסר שהנושא בבדיקה, הח"מ והמערערים לא שמעו ממשרד המשפטים דבר בנושא.
- 66. במסגרת ניסיונם של המערערים ושל ארגון המוקד להגנת הפרט, זוהי הפעם הראשונה בה מתקבלת החלטה לבחינת חומר חסוי על אף התנגדות מפורשת לכך מצד הצד השני. החלטה זו, אף היא מחריפה את הפגיעה במערערים ושכמותם ומהווה פרשנות ושימוש בלתי סבירים ובלתי מדתיים של הסמכויות הדיוניות של בית הדין.

2.ז. בתי הדין לעררים – המסגרת הנורמטיבית בדגש על חומר חסוי

- 67. תיקון 22 לחוק הכניסה לישראל משנת 2011, הביא לעולם את בתי הדין לעררים. על פי סעיף 13כג לחוק:

שר המשפטים ימנה בית דין, אחד או יותר, של דן יחיד, שידון בעררים על החלטה של רשות המנויה בתוספת, בענייני כניסה לישראל, שהייה ושיבה בישראל או יציאה ממנה או בענייני אזרחות, המנויים בתוספת.

- 68. על פי הצעת החוק (הצ"ח ממשלה 550, 13.12.2010) בתי הדין לעררים קמו על מנת להחליף את בתי המשפט לעניינים מינהליים שעסקו ברוב ענייני המעמד והחלטות רשות האוכלוסין עד אותה עת. בהצעת החוק נאמר, כי "הקמת ערכאה ייחודית, כמוצע בהצעת חוק זו, שתוסמך לקיים ביקורת שיפוטית על החלטות הרשויות בנושאים דנן, תביא לטיוב ההחלטות המינהליות, לחיסכון של ממש בזמן שיפוטי יקר ולחיסכון במשאבי הפרקליטות, על כל הכרוך בהם. על פי המוצע ישמש בית הדין לזרים כערכאה ראשונה, אשר תהווה שלב מקדים ומסנן לדיון בעניינים השונים הנוגעים לזרים, ותהווה מנגנון יעיל ונגיש לבירור החלטות הרשויות בעניינים אלה". [ההדגשה שלי – ע.ל.] בתי הדין לעררים החליפו את ועדת ההשגה לזרים אשר הוקמה במחוז ירושלים בשנת 2009 בנוהל פנימי של משרד הפנים. בתי הדין לעררים פועלים כיום במחוזות ירושלים, תל אביב ובאר שבע וככל הידוע לח"מ צפויים לפעול בקרוב גם במחוזות חיפה והצפון.

69. בית הדין הוקם, אם כן, על פי הצעת החוק והצהרות משרד המשפטים בדיוני הכנסת על מנת לטייב את הטיפול בנושא המעמד באמצעות ערכאה נגישה, מומחית ומקצועית ולהקל על העומס המוטל על בתי המשפט והפרקליטות. בית הדין המשמש כערכאה ראשונה אשר הערעור עליה הוא בזכות לבית המשפט לעניינים מנהליים וברשות בלבד לבית המשפט העליון, לא נועד לצמצם את זכויותיהם הדיוניות של הפונים אליו, ודאי שלא לפגוע בזכות החוקתית להליך הוגן.

70. הפרוצדורה בבתי הדין לעררים דומה לזו הנהוגה בבתי המשפט לעניינים מנהליים בעיקרה. לפיכך נקבע גם בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, כי:

בית הדין לעררים ידון בערר בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית משפט לעניינים מינהליים, בעתירה מינהלית, לפי סעיף 8 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים.

71. ההליך נפתח בהגשת ערר בליווי תצהיר, אליו מצורפים גם מסמכים נלווים, לאחר מכן מוגשת תשובה בכתב בליווי תצהיר. פעמים רבות ניתנת אפשרות לתגובה מצד העוררים ולאחר מכן מתקיים ככלל דיון.

72. לגבי הדיון בבית הדין, בהצעת החוק הייתה ברירה המחדל שלא יתקיים דיון פרונטאלי. לשון הצעת החוק, סעיף 13 כו היה:

על אף האמור בסעיף 26 לחוק בתי דין מינהליים, בית הדין לזרים ידון ויחליט בערר על פי טענות וראיות שהוגשו בכתב בלבד, אלא אם מצא שאין בכך כדי לברר את הטענות המועלות בערר באופן שיביא לעשיית צדק בעניינו של העורר.

73. אחד השינויים הבולטים שניתן למצוא בין הצעת החוק לחוק עצמו היה העברת ברירת המחדל לדיון פרונטאלי בו ישמעו הצדדים באופן ישיר בפני בית הדין. לשון סעיף 13 כו כפי שהתקבל לבסוף הינה:

על אף האמור בסעיף 26(ג) לחוק בתי דין מינהליים, בית הדין לעררים רשאי לדון ולהחליט בערר על פי טענות וראיות שהוגשו בכתב בלבד, אם מצא שאין בכך כדי לפגוע בעשיית צדק בעניינו של העורר; אין בהוראה זו כדי לגרוע מהוראות סעיף 24 לחוק בתי דין מינהליים.

74. עו"ד עודד פלר מהאגודה לזכויות האזרח התייחס בישיבת ועדת הפנים מיום 24.5.11 שעסקה בתיקון, להבדלי הנוסח, שבאו ביוזמת הייעוץ המשפטי של ועדת הפנים של הכנסת:

אנחנו תומכים בנוסח שהציע הייעוץ המשפטי לוועדה. הכלל הוא שהדיון הוא בעל-פה. יש חריג לכלל – גם הייעוץ המשפטי הציע אותו – שכשאין עילה בית הדין יכול לדחות על הסף. כשבית הדין רואה שזה לא יפגע בעשיית הצדק הוא יכול לדחות על הסף. זה ההליך בבית המשפט. בבית המשפט מתקיים דיון בעל פה, הצדדים טוענים בפני בית המשפט. אם מגיעה לבית המשפט עתירה והוא רואה כבר מלכתחילה בבקשה שהיא לא מגלה עילה, שהיא חסרה, שאי אפשר לדון על פיה הוא ידחה אותה על הסף. זה לא מה שקובע בעשיית הצדק. זה שיקול דעתו של בית הדין. יודעים חבריי שמופיעים בבית המשפט איתנו שכשיש דיון בעל פה יש לו דינאמיקה אחרת לגמרי. כשהדיון מגיע בית המשפט שומע את הצדדים, הוא יכול לנסות להוביל איזו שהיא פשרה, הוא יכול לנסות להוביל לפתרון מעשי. כשהכל נעשה בכתב הדינאמיקה הזאת לא קיימת. יש חשיבות גדולה מאוד שבית המשפט ישמע את הצדדים.

75. הדברים ברורים מעליהם. המטריה הרגישה בה עוסק בית הדין לעררים, אינה מאפשרת קיצורי דרך ופגיעה ולו בשוליים בהליך ההוגן ובמתן האפשרות לבעל הדין שיהיה לו יומו בפני בית הדין.
76. הדברים גם באים על רקע הכוח והסמכויות הרבות שיש לבית הדין החורף גורלות. כפי שמבטא זאת היטב באותה ישיבה של ועדת הפנים היו"ר ח"כ אמנון כהן :
- יש לי קצת קושי מבחינת חבר כנסת לחוקק חוק שנותן סמכות לגוף שהוא גם חוקר, גם שופט וגם מבצע.
77. סעיפים 13 כ"ח ובמיוחד 13 כ"ט עוסקים בהצגת חומר חסוי בבית הדין לעררים.
- (א) הרשות רשאית לבקש מבית הדין לעררים, להציג לפניו מידע חסוי, אף שלא בנוכחות העורר ובא כוחו ובלי לגלות להם את תוכנו; ביקשה כאמור תודיע על כך לעורר או לבא כוחו
- (ב) בית הדין לעררים רשאי לעיין במידע חסוי, שהוגשה לגביו בקשה כאמור בסעיף קטן (א), לשם החלטה בבקשה, ולקבל מהרשות פרטים נוספים לעניין המידע, שלא בנוכחות העורר ובא כוחו.
- (ג) מצא בית הדין לעררים כי העניין שיש באי-גילוי של המידע החסוי, לשם הגנה על ביטחון המדינה, יחסי החוץ שלה, שלום הציבור או עניין ציבורי חשוב אחר, עדיף מן הצורך לגלותו לשם עשיית צדק, רשאי הוא לקיים את הדיון בעניינו של העורר אף שלא בנוכחות העורר ובא כוחו ובלי לגלות להם את תוכנו של המידע החסוי.
- (ד) בית הדין לעררים יודיע לרשות ולעורר או לבא כוחו, על החלטתו בבקשה לפי סעיף זה, ורשאי הוא לקבוע שנימוקי ההחלטה, כולם או מקצתם, יהיו חסויים.
- (ה) החליט בית הדין לעררים שלא לגלות לעורר ולבא כוחו את תוכנו של מידע חסוי, כולו או מקצתו, יורה לרשות על העברת פרטים או תמצית של המידע החסוי לעורר או לבא כוחו, ככל שניתן לעשות כן בלי לפגוע בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה, בשלום הציבור או בעניין ציבורי חשוב אחר.
78. גם לאחר שעוגן הסדר זה, על יישומו, להיות מצומצם, רק היכן שנדרש וחיוני. ההסדר שנקבע בשום אופן אינו מתיר את הפרקטיקה המתוארת אותה גיבש בית הדין ואין להבין ממנו כי חשיבות ההליך האדברסרי פחתה כתוצאה מהקמת בית הדין. ברי, כי ברירת המחדל צריכה להיות פגיעה פחותה ככל הניתן בזכות להליך הוגן והזכויות הנגזרות ממנה והצמדות לפרקטיקה הנוהגת מזה שנים בבית המשפט העליון ובבית המשפט לעניינים מינהליים, שאף מתיישבת עם לשון הסעיף לעיל.
79. בשום מקום בחוק לא מוזכרת פרוצדורה של יום דיונים נפרד, או דיון נפרד בנוכחות רשות האוכלוסין והשב"כ בלבד וללא הצד העורר. כיוון שאין ספק שאין הסמכה מפורשת בחוק הכניסה לישראל, לפרקטיקה של עיון בחומר החסוי ביום דיונים נפרד, ואין גם חולק על הפגיעה בזכויות היסוד כתוצאה מכך, נובע מכך, כי מדובר על פגיעה בזכות יסוד על ידי הנחייה מנהלית, דבר אשר נאסר על ידי בג"ץ (ראו למשל, בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח נ' השר לביטחון פנים (10.2.04) דברי כבוד השופטת חיות).

3.ז. הפגיעה בזכות להליך הוגן כתוצאה מדיון במעמד צד אחד בשיטה האדברסרית

80. אין כל מחלוקת בדבר הפגיעה בהליך האדברסרי, אשר נגרמת כתוצאה מקיום דיון בו מיוצג צד אחד בלבד, אשר רק הוא אשר מכיר את היסודות עליהן מושתתת ההחלטה הנתקפת במלואן.

81. דיון במעמד צד אחד העוסק בחומר חסוי הינו סטייה חדה מהדיון האדברסרי הנוהג במחוזותינו. כפי שנקבע שוב ושוב בפסיקה סטייה זו צריכה להיות זהירה, נקודתית ומצומצמת. שאם לא כן, נפתח פתח לניצול לרעה של ההליך החסוי, ולהזרתו של העותר/עורר מן ההליך. כל זאת, כאשר לעורר אין דרך לדעת מה מתרחש בדיון בעניינו, הוא אינו מיוצג בו על ידי בא כוחו אותו בחר. על בית הדין לנהל את הדיון החסוי באופן שמצמצם במידה מקסימאלית את הפגיעה בזכויותיו הדיוניות.

82. המערערים סבורים, כי הליך במעמד צד אחד כשלעצמו אינו חוקתי, אינו ראוי ויש לשנותו, אולם במסגרת ערעור זה יטענו לעניין הפרוצדורה והצורך להפחית את הפגיעה בהליך ההוגן גם כאשר מתקיים דיון במעמד צד אחד. כך באשר אפילו אם, בניגוד לעמדת המערערים, הדרך הנוהגת היום היא תקינה וסעיף החוק המסדיר את סמכות בית הדין לבחון חומר חסוי במעמד צד אחד חוקתי, עדין הפרקטיקה שגיבש לעצמו בית הדין של בחינת החומר החסוי בלא נוכחות המערערים בדיון נפרד פוגעת בזכויות חוקתיות באופן העולה על הנדרש ואין להתירה.

על הפגיעה בקשה בהליך האדברסרי כתוצאה מאון בחינת חומר חסוי במעמד צד אחד גם במתכונת הנקטת בשגרה ראו:

נתנאל בנישו ומאיר ויגיסר "ראיות חסויות וסנגורים מיוחדים בהליכי מעצר מנהלי בבתי המשפט הצבאיים באזור יהודה ושומרון" **שערי משפט** ט 61 (2016)

כן ראו לעניין זה מחקר מקיף שפורסם על ידי מי ששימשה כעוזרת משפטית של כבוד הנשיאה (בדימ') ביניש, באשר לקשיים המאפיינים את טיפולו של בית המשפט העליון בישראל במעצרים מינהליים, על יסוד ראיות חסויות: Shiri Krebs, "Lifting the Veil of Secrecy: Judicial Review of Administrative Detentions in the Israeli Supreme Court", 45 Vanderbilt Journal of Transnational Law (May 2012) <http://law.vanderbilt.edu/publications/journal-of-transnational-law/download.aspx?id=8137>

83. כבוד הנשיא (בדימוס) אהרון ברק בספרו **כבוד האדם הזכות החוקתית וננותיה** (נבו, תשע"ד), מגדיר בפרק 30 את הזכות להליך הוגן כאחת מזכויות הבת של כבוד האדם. בלשונו של ברק, שם בעמ' 871, 872:

ביסוד הזכות להליך הוגן מונחים "שיקולים כלליים של הגינות, צדק ומניעת עיוות דין". שיקולים אלה נועדו להבטיח מחד גיסא את האינטרס של הפרט שהמדינה פגעה בזכותו, ומאידך גיסא את האינטרס של הציבור לעשיית צדק ולחשיפת אמת...

שני היבטים של הזכות להליך הוגן חלים בכל סוגי ההליכים: ההיבט האחד קשור לבית המשפט; ההיבט האחר קשור לזכות הייצוג... לכל אדם הזכות לשוויון בפני בית המשפט. ההליך צריך לאפשר בירור הולם והוגן של התובענה, עליו לתת הזדמנות נאותה להשתמש בזכויות הדיוניות. עליו לקיים את כללי הצדק הטבעי, לכל צד צריך שיהיה לו יומו בבית המשפט. ההליך צריך להיות פומבי...

לכל אדם הזכות להופיע בבית המשפט - אם בגופו ואם על ידי שלוחו.

84. כבר מימים ימימה נקבע, כי "לא יורשה גוף אדמניסטרטיבי - אפילו אדמניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) - לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנה לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו בפני הפגיעה העתידית" (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב' 1493, 1508).
85. "כלל יסוד בהליך שיפוטי תקין קובע כי יש ליתן לבעל דין את "יומו בבית המשפט". מושג זה נושא עמו תוכן מהותי ולא טכני בלבד ועניינו בקביעה כי תינתן לצד למשפט הזדמנות מלאה להעלות את טענותיו ביחס לשאלות העומדות למחלוקת בהליך נתון" (רע"א 8864/99 אלנקווה נ' מעוז חברה לביטוח (29.10.00)).
86. בית המשפט עמד על כך שהסיטואציה של דיון במעמד צד אחד פוגעת בזכות להליך הוגן ובכללי הצדק הטבעי. לאור זאת, נקבע, למשל, בבג"ץ 9441/07 מצבאח נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (2007), בפיסקה ט(1) (בהקשר של מעצר מנהלי):

עם זאת יש לזכור, כי במצב זה אין לעצור אפשרות ראוייה ומלאה להתגונן כנגד הנטען נגדו – אין הוא נחשף למרבית הראיות, אין באפשרותו לבדוק ואין בידו לחקור חקירה נגדית. הדבר מחייב את בית משפט לזהירות יתרה ובחינה קפדנית של הראיות המובאות בפניו; על בית המשפט להיות 'סגור ממונה לשעה'... ולשמש 'כפה לעציר', ולבחון את החומר המובא בפניו בצורה מעמיקה ויסודית.

87. כך, למשל, צוין בבג"ץ 1520/09 ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (10.3.09) בעניין סירוב לבקשתו של אדם לצאת מן הגדה המערבית לחו"ל, על סמך "חומר חסוי":

דיון שכזה, במעמד צד אחד, מקשה ללא ספק על יכולתו של בא-כוח העותר להתמודד עם הטענות המועלות מטעם המשיב. אין ספק כי חריגה זו מכללי הדיון האדברסרי מקשה על מי שמייצג את העותר, הוא מקשה גם על בית-המשפט המבקש לקיים דו-שיח גלוי ויעיל עם נציגי שני הצדדים והיא הופכת, מטבע הדברים, את בית-המשפט, ל"נציגו" של העותר במהלך הדיון החד-צדדי.

88. יפים לעניין זה, בהיקש, דברי בית המשפט העליון בבג"ץ 1546/06 גזאוי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (12.3.06), בסעיף ו(3), אשר עסק במעצר מינהלי:

מה שיוצג בפניו [בפני העצור במעצר מינהלי, ע.ל.] צריך לשקף את המירב שהחומר הגלוי מאפשר להציג. אין צורך להכביר מלים על כך שמעצר מינהלי הוא סנקציה קשה, כיוון שנוכח חסיון החומר אין העצור יכול להתמודד עם כל הנטען נגדו, ועל בית המשפט לשמש לו מעין פה (ראו בג"ץ 5555/05 פדרמן נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד נט(2) 865, 869). **במישור הזכויות הדיוניות ענינו של העצור המינהלי שכנגדו עומד חומר חסוי כסויות וידו האחת קשורה, כמשל שבו השתמש חברי השופט גרוניס בעמ"מ 8788/03 פדרמן נ' שר הבטחון, פ"ד נח(1) 176, 186. חקירה אינה "תפאורה", כפי שטען תובע באחד הדיונים כנזכר, וגם אין קיומה תלוי באפקטיביות שלה, אלא היא זכות בסיסית למי שחרותו נשללת. זכויות דיוניות אינן בחינת מותרות; הן גם אינן מכבידות על המערכת הכבדה של ממש (למען הסר ספק – הן צריכות היו להתקיים גם אילו הכבידו). (ההדגשה שלי – ע.ל.)**

89. בעת"א 28907-10-11 **יובל אברהם נ' שב"ס** (31.1.12) עמד בית המשפט המחוזי על הקשיים האינהרנטיים בהליך של בחינת חומר חסוי במעמד צד אחד. הדברים נאמרו בהקשר של עתירות אסיר, אולם נכונים למקרים אחרים של הצגת חומר מודיעיני:

הערכת מידע מודיעיני היא עניין שבמומחיות. בית-המשפט, המפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות מינהליות, אינו מברר עובדות בדרך של חקירת עדים. בית-המשפט מעיין במידע המודיעיני ומתרשם מהיקפו, ממידת הגיוון וסיווג האמינות של מקורותיו, מן הסיווג הטכני של איכותה המודיעינית של כל ידיעה, וכמובן מתוכנו של המידע. אולם, במסגרת המוגבלת של הליך הביקורת השיפוטית על ההליך המינהלי בכלל; ובמסגרת המאוד-מוגבלת המאפיינת יום דיונים שבו נדונות עתירות-אסירים רבות בפרט – אין לבית-המשפט כלים אפקטיביים ויעילים לבקרתה של הערכת המידע על ידי קציני המודיעין. בית-המשפט אינו יודע אם המידע שהוצג לפניו הוא המרב שניתן להשיגו בנסיבות העניין. בית-המשפט אינו מכיר אישית את המקורות, ואינו יודע אילו אינטרסים מניעים אותם. בסופו של דבר, בית-המשפט נחשף למידע הגולמי המוצג לו, ולסיווג הטכני. אולם בית-המשפט, בהליך כבענייננו, אינו מסוגל לבקר את עבודת המודיעין, ולגבש דעה רצינית משלו בשאלת ההסתמכות על המידע המודיעיני שהוצג לפניו.

90. על חשיבות האבחנה בין חומר הגלוי והחסוי והדיון בהם, הן באופן מהותי והן למראית עין, ראו והשוו לעת"מ 27884-11-14 **שנאיטה נ' שר הפנים** (14.5.15), אשר אמנם התמקד בקשיים אחרים בקיום הדיון החסוי, ואולם עמדת בית המשפט באותו עניין וההקפדה על צמצום ההליך החסוי יפה גם לענייננו, שם בפסקה 12:

קיום הדיון בפרוטוקול חסוי שאינו חשוף לעיני הצד השני הוא חריג ונערך בהסכמת הצד השני הניתנת אך לדיון באותם עניינים שלא ניתן להעלותם במסגרת הפרוטוקול הגלוי.

בעניין שנאיטה בוטל פסק הדין בערעור לאחר שהסתבר רק בשלב בו ניתן פסק הדין, כי בית הדין לעררים דן בחומרים הגלויים והחשויים כבמקשה אחת במעמד צד אחד ובלא שניתן לעוררים הזדמנות לטעון ולו ביחס לטענות הגלויות. הערר הושב לבית הדין, ואולם, הדבר נעשה בעקבות פסק הדין בערעור ולאחר שבית הדין כבר בחן את חומר החסוי עם זה הגלוי כמקשה אחת, וקיים דיון בחומרים אל מול המשיב והשבי"כ שלא בנוכחות העוררים.

91. הפרוצדורה משפיעה על המהות, ו"בנסיבות מתאימות, פגיעה מהותית בזכות להליך הוגן תעלה כדי פגיעה בזכות החוקתית לכבוד האדם" (בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה**, נט(2) 481, 609 (2005), פסקה 173). כך קורה בענייננו.

4.ז. הפרוצדורה הנהוגה בעניין חומר חסוי בבית המשפט העליון ובבית המשפט המנהליים

92. לא בכדי גיבשו בתי המשפט לאורך השנים מערכת איזונים על פיה, קודם ולאחר הדיון החסוי מתקיים דיון במעמד הצדדים, כאשר היבטים אשר אפשר שיהיו גלויים מתקיימים אך ורק בדיון הגלוי ובכלל זה ניתנות הבהרות מצד גורם הביטחון בנוכחות באי כוח הצדדים, ככל שמדובר בהבהרות שאינן חסויות. על פי הנהגה שהתגבש לאורך השנים, אשר נוהג גם היום בבית משפט העליון ואשר אומץ על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, אף משתדל בית המשפט להימנע מקיום דיון חסוי ככל שהדבר ניתן על ידי צפייה בחומר החסוי בנוכחות הצדדים וקיום דיון במעמד צד אחד רק מקום בו הדבר הכרחי ומחייב. הדברים

מתקיימים במקרים רבים בהסכמה (ראו, בג"ץ 792/88 מטור נ' מפקד כוחות צה"ל בגדמ"ע, פ"ד מג(3) 542 (1989)), כ"מסלול חילופי" לתעודת חיסיון פורמאלית.

93. כאמור, על אף שגם ההליך הנוהג בבית המשפט העליון הינו מוקשה, כך סבורים גם חלק משופטי בית המשפט העליון, ואולי אף המדינה עצמה, כאמור לעיל, והמעוררים סבורים כי אכן יש קשיים ועיוותים קשים בכל מקרה של דיון במעמד צד אחד, בערעור זה לא נתקף הנוהל בבית המשפט העליון ובבתי המשפט לעניינים מנהליים, אלא הפרוצדורה הפוגענית אותה מבקשים המשיבים להשריש בבית הדין.

94. ברע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל (8.11.11), שעסק בהליך של הפרדת אסיר, מביא כבוד השופט פוגלמן את הפעולות המתבקשות מבית המשפט בעת שהוא בוחן במעמד צד אחד חומר אשר לטענת המדינה אמור להיות חסוי:

בית המשפט הדן בבקשה ובוחר את החומר המודיעיני, רשאי להחליט אם לקבלו, וכן אם ניתן לגלות חלק ממנו לאסיר או לבא-כוחו, תוך קביעת אופן הגילוי והיקפו, בשים לב לסייגים שנקבעו בסעיף 19ח לפקודה [פקודת בתי הסוהר - זהו סעיף ספציפי להליך ההפרדה]. בית המשפט הוא הגורם המופקד על בחינת הצורך בחיסיון, ועל עריכת האיזונים המתאימים בין אינטרס הציבור לזכויות הפרט. ברי כי במסגרת זאת, חייב בית המשפט לבחון את החומר המודיעיני בחינה מעמיקה; להחליט ביחס לכל חלק ממנו אם קיימת הצדקה להגישו במעמד צד אחד; ולבחון טענות אפשריות שעשוי היה האסיר להעלות, ביחס לחומרים שהחליט לקבל במעמד צד אחד.

ברור שתהליך כזה אפשרי, מועיל, יעיל והוגן הרבה יותר, כאשר באותה עת נוכחים בסמוך הצד השני ובא כוחו. ברור עוד שבמצב דברים מוקשה ופוגעני זה, חשיבות עצומה במתן אפשרות לבא כוח העותר או העורר להעלות טענותיו ביחס למקרה, לטענות המנוחשות או הגלויות ולזכויות הנפגעות. ושוב, הגם אם יורשה לבא כוח העותר להביע הסכמתו או סירובו לבחינת החומר החסוי, ולהעלות את טענותיו ביחס לחומרים או הפראפרזה בזמן אמת בעת דיון משולב, אין בכך כדי לרפא את הפגיעה בהליך ההוגן אשר גלומה בה פגיעה בשורה של זכויות נוספות – אולם, זהו המעט האפשרי במצב הדברים הבלתי רצוי הנוכחי בו עדין לא גובשה והתקבלה חלופה לקיום הדיון החסוי.

95. בבג"ץ 317/13 עברה נ' מפקד כוחות צה"ל באיו"ש (27.1.13) תואר התהליך שעל בית המשפט הצבאי לעשות בעת דיון בחומר חסוי:

גם על בית המשפט הצבאי [בנוסף לתובע הצבאי] מוטלת "חובה מיוחדת ומוגברת" ועליו לבחון את החומר החסוי בזוהירות ובקפידה, ובכל מקום שהדבר אפשרי, שומה עליו למסור לבא-כוח העציר פרטים ומידע מתוך החומר החסוי, אשר ניתן לגלותם, מבלי ליטול סיכונים מיותרים. כעולה מפרוטוקול הדיון, חוששני כי בית המשפט הצבאי לא עשה כן, ואינני משוכנע כי הוא שימש לעותר כפה, במהלך הדיון.

ברור שוב, כי הכוונה כאן היא לקיים תהליך זה במסגרת ובמעטפת של הדיון המאוחד, בו נערך איזון בין החומר הגלוי לחסוי ולא ביום דיונים נפרד.

96. דרך זו, של קיום דיון חסוי במקום ולמשך הזמן בהם הדבר הכרחי בלבד, תוך בקשת הבהרות, ככל הניתן בנוכחות שני הצדדים, מתן מענה גלוי לפרטים שמתעוררים, ככל הניתן, בנוכחות שני הצדדים ושמירה על האפשרות לתמרון בין חלקי הדיון הגלויים וחלקי הדיון החסויים, שאיננה אידאלית, מצמצמת ולו במעט את הפגיעה בזכותם הדיונית של

המערערים בכך שהדיון נעשה, ככל הניתן, בנוכחותם ורק במידת הצורך, ובאם הדבר מתחייב, ובהיקף המתחייב, שלא בנוכחותם. כן מתאפשר להם, בין היתר, לבקש הבהרות בזמן אמת, לבקש להרחיב את הפראפרזה עד כמה שניתן, ובנקודות ספציפיות, ענין שהתכונות ניתנת לבדיקה מול השב"כ בעת הדיון וכן מתאפשר בירור מולם ובהתאמה מול גורמי הביטחון של היבטים רלוונטיים הניתנים לבירור ועשויים לצמצם את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מהחיסיון, כגון משך המניעה, צמצומה ואפשרות להגעה לפשרות או הסכמות.

97. קיום דיונים נפרדים בנוכחות המשיב והשב"כ בלבד, ללא אפשרות לתמרן ולהפריד בזמן אמת בין היבטים שאינם חסויים לאלו שחסויים, ללא מתן אפשרות לליבון היבטים גלויים מול השב"כ בנוכחות הצדדים, הינו מצב שעשוי לטשטש את ההפרדה בין הגלוי והחסוי וכן את ההפרדה בין המשיב לבין בית הדין, אשר נגש עמו, כפי שהסתבר מתגובות רשות האוכלוסין ומכתב משרד המשפטים, לימים מרוכזים וממושכים ללא נוכחות המערערים. כך ולו למראית עין, אשר לה חשיבות, גם להוציא העובדה שחלק מדייני בית הדין היו עובדי רשות האוכלוסין טרם התמנותם לכהונה כדיינים ולמיטב ידיעת המערערים, חלקו עמם מסדרון וציוד בעת העבודה בוועדת ההשגה שהוותה פיילוט טרם הקמת בית הדין.

98. נוסח החקיקה בסעיף 13כח ו- כט לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 דומה בנוסחו ובהגיונו לנוסח הקבוע בתקנה 13 לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תשס"א – 2000, אשר קובעת:

הועלתה טענה בדבר סייג או חיסיון כאמור לגבי גילוי מידע או מסמך, רשאי בית המשפט לקיים את הדיון לפי תקנה 11 או 12 בדלתיים סגורות, וכן רשאי בית המשפט לקבל את המידע או המסמך המבוקשים, לעיין בהם, ולקבל הסברים מנציג היועץ המשפטי לממשלה או מנציג הרשות הנוגעת בדבר, אף בהעדר יתר בעלי הדין.

99. לכאורה ניתן היה לפרש את תקנה 13 כמאפשרת דיון חסוי לא בצמוד לדיון הגלוי, אולם בתי המשפט דבקים בנוהל זה, כדי לשמר ככל הניתן את זכויות המעטות שנתרו למערערים במצב זה להליך הוגן ובשל מחויבותם להפעיל את שיקול הדעת בסבירות ומדתיות, באופן המתאים ככל הניתן לחוקי היסוד. ברי, כי אופן יישום הוראת החוק הגם שנתון הוא לשיקול דעת, מחייב הפעלת שיקול הדעת בסבירות, הוגנות, מדתיות, באופן המגן ועל זכויות הפרט ומתיישב עם מושכלות יסוד של השיטה כאשר אין בו בשיקול הדעת משום הסמכה לפגיעה בזכויות חוקתיות.

100. הגם אם נכונה היתה פרשנות המשיבים, לפיה החוק מאפשר קיום דיונים במתכונת אותה קבע בית הדין, והמערערים עומדים על כך שאין ללמוד זאת מלשון החוק - עדין היה על בית הדין להפעיל סמכותו באופן המצמצם למינימום את הפגיעה בזכויות יסוד ובהן הזכות להליך הוגן, לחיי משפחה ולהגנה על טובת הילדים – ולעשות שימוש בסמכות זו במשורה רק במקום בו אין אפשרות לברר את הנושא בדרך אחרת. בעניינו מתבררים עניינים ביטחוניים כעניין שבשגרה במתכונת הנוהגת מזה שנים שנקבעה והשתרשה בבית המשפט העליון ובבתי המשפט לעניינים מינהליים, ואין שום סיבה לפגוע בזכויות המתדיינים הפונים לבית הדין להצר, ולנגוס מן המעט שנותר להם בנסיבות שכאלו לקיום הליך הוגן.

101. לא זו אף זו, בית הדין לעררים, שנולד מועדת ההשגה לזרים של רשות האוכלוסין, אמור היה בנסיבות רגישות אלה להבטיח יתר שקיפות ולתרום ל'הפרדת רשויות' בין רשות האוכלוסין לגוף המכריע בעררים על החלטות הרשות. קיום הדיונים בנוכחות הדיינות, נציג/ת רשות האוכלוסין, והשב"כ בלבד, מסיג אותנו צעד אחורה חזרה למצב של קושי מדאיג להפריד בין הגופים השונים.

5.ז. התייחסות לטעמים העולים בהחלטות בית הדין לעררים בדבר הצורך בקיום דיון נפרד והעדר מידתיות

102. בהחלטות בית הדין לעררים שהתייחסו לדיון נפרד (החלטות כבוד הדיינים בן שאול ויס, אזר ופשיטיצקי) עלו מספר טעמים עיקריים לצורך בקיום דיון נפרד. נתייחס לכך בקצרה.

103. ראשית, עלתה טענה של לוח זמנים עמוס. ככל שיש בעיה טכנית בשל לוח הזמנים העמוס של בית הדין, ניתן לשנות את מועד הדיון. לעוררים נראה לא הוגן ולא ראוי, שזכויותיהם יקופחו בשל טעם טכני. לא ברור גם, כיצד נחסך זמן אם בכל מקרה הדיון אמור להתקיים, ועל פי מתווה בית הדין מתקיימים לפחות שני דיונים בכל תיק ביטחוני. נראה שככל שעל הפרק חסכון בזמן ומשאבים, חסכוני יותר בזמן לקיים דיון אחד בערר ולא שני דיונים נפרדים במועדים שונים. וכעובדה, בתי המשפט העליון והמחוזי מצליחים לתפקד וליתן שירות לפונים אליהם, גם ללא הפרדה מובנית בין הדיון החסוי לדיון הגלוי.

104. לגבי הטענה שמדובר בפרוצדורה הגורמת ליעילות יתר, מעבר לכך שלא ברור מדוע קיום שני דיונים או במקרה זה שלושה הינו יעיל יותר וכאמור, נראה שמדובר בפרוצדורה יעילה פחות, הרי שאפילו והיה כאן ייעול, יעילות כשלעצמה אינה יכולה להוות נימוק מספק לפגיעה בזכויות אדם. אכן "זכויות אדם עולות כסף. הבטחת שוויון עולה כסף. לרוב הדרישה לתשלום ה"מחיר" באה כלפי השלטון (ראו בג"ץ 7081/93 **בוצר נ' מועצה מקומית מכבים-רעות**, פ"ד נ(1) 19, 27). ראוי לציין גם את דברי בג"ץ, אשר הדגיש "חשוב לזכור, כי כל אחד מהפונים למשיב בבקשת מעמד בישראל הוא עולם ומלואו, וכי כל החלטה המתקבלת בעניינו - על-ידי המשיב או על-ידי רשות אחרת הפועלת מטעמו - עשויה להיות הרת-גורל ובעלת השפעה דרמטית על חייו, כבודו ויתר זכויותיו של הפונה. פועל-יוצא הכרחי מכך הוא, כי לכל בקשה לקבלת מעמד בישראל המונחת לפני המשיב מצווים הוא, וכל הפועלים מטעמו, להתייחס ברגישות ובתשומת-לב, הן בעת בדיקת הבקשה בישראל, הן במהלכי בדיקתה על-ידי לשכות הקשר בחוץ-לארץ והן - כאשר הדברים מגיעים לידי כך - בעת ניהול ההליך המשפטי" (בג"ץ 394/99 **מקסימוב נ' שר הפנים** (10.12.03) פסקה 16, ההדגשות שלי - ע.ל.).

105. וכפי שפורט לעיל, המציאות מלמדת כי דווקא יעיל הרבה יותר לקיים את הדיון במעמד כל הצדדים, כך שניתן "לסגור" עניינים ולהבהיר את הדרוש הבהרה בהזדמנות אחת, בלא צורך מצד בית הדין בלימוד התיק פעמיים, ובלא הותרת קצוות פרומים מהדיון הנפרד, שיצריכו חזרה אל גורמי הביטחון לאחר הדיון המאוחד ובאופן המאפשר ליבון נושאים שעולים בדיון בזמן אמת בין הצדדים ולא פעם קידום פשרות והסכמות, וצמצום היקף החיסיון. קורה, לא אחת, שבעקבות הרחבת הפראפרזה שנעשית בדיון מעלים המערערים בדיון הגלוי שאלות נוספות וישנו צורך לחזור ולבררן מול השב"כ. עולות אפשרויות להסכמות, ופתרונות מדתיים כאלה ואחרים, אשר יש לבדקם מול הצדדים. דיון עם השב"כ והמשיב 2 ללא נוכחות המערערים ולאחר מכן דיון ביום דיונים נפרד עם המערערים

שלא בנוכחות השב"כ מגביל משמעותית את היכולת לליבון ראוי של הנושאים ואף עשוי להוביל לצורך בדיונים נוספים, בתגובות חסויות, השלמות טיעון ואף המשכות הליכים וערעורים תחת בחינה של אפשרות להגיע להסכמה.

106. לגבי הטיעון הנוגע לשמירה על חשאיות אנשי גורמי הביטחון, הרי שכפי שידוע לכל העוסקים במלאכה אין כל הפרדה או חשאיות בשגרה הננקטת לגבי אנשי השב"כ המגיעים לדיון בבית המשפט העליון ובבתי המשפט המחוזיים. אנשי השב"כ מגיעים לדיון יחד עם יתר המשתתפים, ממתנינים לפני הדיון בחוץ ובאולם בית המשפט יחד עם הצדדים, יושבים במהלך הדיון הגלוי באולם בית המשפט, נרשמים בפרוטוקול הגלוי בכינוייהם ונותנים הסברים הניתנים להינתן באופן גלוי בפני כל הנוכחים, ביין היתר בסוגיות שמתעוררות לאחר בחינת החומר החסוי. לא פעם אף רחמנא לצלן מחליפים באי כוח הצדדים עם נציגי השב"כ מילים באולם ומחוץ לאולם הדיונים. הח"מ, וכמוה כל עורכי הדין העוסקים בתחום הנושק לתחום הבטחוני, מכירה את פניהם ותפקידם של רבים מאנשי השב"כ המופיעים תדיר בפני בית המשפט – כך בבית המשפט העליון, כך בבית המשפט המחוזי וכך גם בדיוני הכנסת.

107. נכון הוא, כפי שצויין לעיל, שנקבעו הסדרים בחקיקה לגבי הצגת חומר חסוי בבית הדין לעררים. ניתן בהזדמנות אחרת להעלות שאלות חוקתיות גם באשר להסדרים אלו, אולם אפילו הסדרים אלו נכונים וחוקתיים, אין הם מונעים קיום דיון חסוי בצמוד לדיון גלוי, באותו יום הדיונים, לפני ואחרי הצגת החומר החסוי. אדרבא, דווקא הסדרים אלו מצריכים הקפדה יתרה על מה שנתר מערכי ומעשי ההליך ההוגן ועל מראית העין הקלושה לקיומו.

108. לאור תכלית החקיקה והמטריה הרגישה בה אנו עוסקים, אין בשום אופן לפרש את ההסדרים הנוגעים לחומר חסוי בבית הדין לעררים, ככאלו המאפשרים פגיעה חריפה מהדרוש בזכויות אדם וביניהן הזכות להליך הוגן, שהיא בבסיס ההגנה על קשת רחבה של זכויות. אין לפרשם ככאלה המחייבים ואף מאפשרים יצירת הליך שונה בבית הדין לעררים, הליך העומד בדיסהרמוניה להליך המתקיים בבתי המשפט במצבים דומים, ובמקרה של הגשת ערעור על החלטת בית הדין, המתקיים באותו עניין עצמו. אין בשום אופן לפרש את ההסדרים ככאלה המתירים קיפוח זכויות מובנה.

109. כעולה מהמקובץ, הפרקטיקה שגיבש לעצמו בית הדין בעידוד המשיב איננה מידתית - הפרקטיקה שמבקש בית הדין להנהיג, ומשתקפת גם בהחלטות של כבוד הדין פשיטיצקי, פוגעת בזכויות חוקתיות באופן בלתי מידתי. כך, אין קשר רציונאלי בין האמצעי שנבחר לבין המטרה, המוגדרת כיעילות תוך שמירת החיסיון. כפי שראינו הדיונים הנפרדים יכולים במקרים רבים לסרב ולחרבות דיונים (גם במקרה של המערערים התקיימו בפועל שלושה דיונים במקום אחד) ולפתוח מעין משחק "פינג פונג" בין הצדדים, במרחקים של זמן, במקום לסגור את כל הקצוות באולם ביום אחד; בכל מקרה אין בטעמי יעילות כדי להצדיק פגיעה קשה בזכויות יסוד, אשר נפגעות ממילא כתוצאה מהדיון במעמד צד אחד.

110. האמצעי שנבחר אין פגיעתו הפחותה ביותר, הרי הגעת המערערים ליום הדיון יחד עם השב"כ אינה פוגעת בחיסיון וביעילות, כפי שראינו לעיל ובכל מקרה ניתן לבחור בדרכים פוגעות פחות, כפי שנעשה כעניין שבשיגרה בבית משפט נכבד זה ובבית המשפט העליון; גם

המידתיות במובן הצר אינה קיימת משום שבשם כביכול היעילות והחיסכון (שכאמור רק נפגעים) פוגע בית הדין בזכויות חוקתיות להליך הוגן ובזכויות בסיסיות לחיי משפחה ואינטרסים של טובת הילד.

ז.6. סיכום ביניים – דיון נפרד דינו פסלות ופוסל את התוצאה אליה הגיע בית הדין

111. בית הדין לעררים, אשר הוקם על מנת לדון כערכאה ראשונה ומקצועית בעניינים הרי גורל של מעמד בישראל, מעמד המשפיע על זכויות חוקתיות רבות, החליט, ללא הסמכה מפורשת בחוק, לפעול בדרך הפוגעת במערערים ודומיהם באופן מהותי, ומצמצמת את זכויותיהם הדיוניות שלא לצורך ובניגוד לפרקטיקה הנהוגה בבתי משפט אחרים בעניין הצגת חומר חסוי. זאת בטיעון המרכזי של "יעילות".

112. בית הדין החליט, במקרה של המערערים, כמו גם במקרים אחרים, לקיים דיון נפרד, במחיצת המשיב והשב"כ בלבד, שבו יוצג החומר החסוי, ולא כפי שנהוג בבתי המשפט, בהם הדיון החסוי מתקיים במועד הדיון הרגיל, ובמסגרתו ניתנת לבי"כ המערערים אפשרות להעלות טענותיו לפני ואחרי הדיון החסוי וישנה אפשרות לתמרן בזמן אמת בין החומר הגלוי לחומר החסוי. בית הדין דבק בהחלטתו חרף הודעת המערערים כי בהינתן פרוצדורה פוגענית זו הם מתנגדים לבחינת חומר החסוי במעמד צד אחד. משמעות הדבר צמצום נוסף של זכויותיהם אשר חוצה את הסף הסביר והחוקתי של זכויות המערערים ושכמותם להליך הוגן בבית הדין, הליך, שתוצאותיו הן הרות גורל לגבי חייהם ויקבע היכן יחיו, איך יחיו ועם מי יחיו.

113. בית המשפט הנכבד, מתבקש לעצור באיבו את המהלך הפוגעני מצד בית הדין לעררים, בטרם יקנה לו אחיזה, ובטרם יפגע בזכויות דיוניות, וכן בזכויות מהותיות של המערערים ושל אחרים במצבם.

114. דברים אלה נאמרים בשים לב, כי המערערים סבורים, כי גם ההליך לבחינת חומר חסוי כפי שהוא מתקיים היום בבג"ץ ובבתי המשפט לעניינים מנהליים פוגע קשות בזכות להליך הוגן. דווקא משכך, אין לקבל את הפגיעה הנוספת בזכויות אותה עיגן בית הדין בהליך בחינת החומר החסוי בו הוא נוקט.

ח. סירוב בטחוני שלא כדין

ח.1. התייחסות לנימוקי הסירוב הגלויים

115. נימוקי המשיב הגלויים לסירוב בקשת איחוד המשפחות המתייחסים למערער נוגעים, בין היתר, למעצרו בתקופה שבסביבות ימי האינתיפאדה הראשונה, מלפני שלושה עשורים, דהיינו שני מעצרים שהתרחשו בתקופה שבין דצמבר 1985 ועד מרץ 1987. ספק רב אם הטעמים שהובילו למעצרו של המערער לפני שלושים שנה בגין החשד "להפצת ססמאות וכרוזים" היו עולים היום כדי טעם מספק למעצר. מכל מקום, בחלוף 30 שנה מאז עלו כנגד המערער החשדות הללו, ללא טעם ביטחוני נוסף שהועלה כנגדו, ומבלי שהמערער נשפט, לא כל שכן הורשע מאז ומבלי שנחקר בדבר חשד למעשיו שלו לאורך תקופה כה ארוכה – אין בטעמים שפורטו כדי להוות עילה לסירוב בקשתו היום.

116. המערער מכחיש השתייכות היום לכל ארגון או גוף פוליטי וכל מעייניו נתונים לניהול חיי שגרה לצד משפחתו הישראלית. גם בהודעת המשיב ואף שצוין, כי כנגד העורר מידע עדכני "מהשנים האחרונות" אודות השתייכות לחזית העממית, לא צוין למה הכוונה במילים "בשנים האחרונות", באיזו השתייכות ובעיקר באיזו פעילות מדובר. האם יש מידע בדבר פעילות ביטחונית כלשהי כנגד מדינת ישראל? לאיזו תקופה מתייחס מידע זה? או שרק מדובר בחשד להשתייכות? תהיות אלו שעלו בטיעון העוררים כנגד הכוונה לסרב לבקשה לא קיבלו כל מענה או הבהרה בהודעת המשיב על החלטתו לסרב לבקשה וגם לא בשאלון. פסק הדין של בית הדין לעררים קובע, כי אין מדובר רק בחומר ישן, אך לא מגלה יותר מכך ולא מציין את שנמסר בדיון כי מדובר במידע משנת 2015. כלומר לפני שנתיים לערך. לא ניתן בדל מידע לגבי טיב המידע והאם המערער חשוד כי הוא פועל כנגד ביטחון המדינה. יצוין, כי לאורך 30 השנים האחרונות לא נעצר המערער בגין כל פעילות ביטחונית או אחרת ועד למעצר האחרון בגין שהייה בלתי חוקית כמפורט. זאת, אף שגורמי הביטחון יצרו קשר עקבי עם המערער בהצעות לשתוף פעולה, ידעו היכן למצוא אותו ולא היה כל קושי לעצרו ולחקרו במידת הצורך, דבר שלא נעשה.

117. אם כן, המערער לא נעצר ולא נחקר בנוגע לכל פעילות ביטחונית שכזו והוא מכחיש מכל וכל את הטענה כי הוא משתייך לחזית העממית. המערער סבור, כי יתכן והטענה לפיה הוא משתייך לארגון נוגעת ליציאתו בדצמבר 2014 ללבנון ולחברותו ב"איחוד ועדות הבריאות – ירושלים". בעניין זה הוא נשאל על ידי חוקר השב"כ כאשר הופעל עליו לחץ לשיתוף פעולה – אולם, נדגיש כי המערער לא נחקר בגין מעשה כלשהו שעשה או באשר לפעילות שלילית.

118. יוסבר, כי הנסיעה ללבנון נעשתה במסגרת התנדבותו של המערער אותה עת באיחוד ועדות הבריאות לצורך השתתפות בסדנאות והרצאות רפואיות. (יצוין, כי בעבר נכתב בטעות שהנסיעה היתה דרך בית החולים) לנסיעה זו לא היה כל פן פוליטי או ביטחוני והמערער לא לקח במסגרתה חלק בכל פעילות שאינה נוגעת להשתלמות בתחום הרפואי. עם זאת, כשנלקח על-ידי השב"כ והתבקש לשתף פעולה נשאל המערער על נסיעה זו והבין כי יתכן והשב"כ סבור, כי בכנסים השתתפו גם גורמים מהחזית העממית.

119. סמוך לאחר הפיכתו של איחוד ועדות הבריאות, לארגון בלתי חוקי ביוני 2015, עזב המערער את הארגון. יצוין, כי במשך שנים ארוכות פעל הארגון באופן גלוי וישראל לא מצאה לנכון להכריז עליו כארגון לא חוקי. כיצד ניתן להלין על המערער שהיה שותף לארגון חוקי ופעל פעילות בתחום הבריאות בכל אותה תקופה. לדברי המערער, עוסק איחוד ועדות הבריאות, כשמו, בפעילות בנושאי בריאות בבתי ספר והעלאת מודעות בני נוער לסוגיית הבריאות. אין מדובר בפעילות בעלת אופי פוליטי, לא כל שכן ביטחוני. גם אם מי מבין חברי האיחוד שייך לארגון כזה או אחר, המקשר את הארגון לגוף כלשהו - המערער אינו חבר ולא פועל בכל ארגון מסוג זה וכל פעילותו במסגרת איחוד וועדות הבריאות סבבה סביב נושאי בריאות בלבד – אלו הנושאים בהם עוסק האיחוד. מכל מקום, כאמור, אין המערער לוקח עוד חלק בארגון זה.

120. המערער אינו יודע מדוע לאחר שנות פעילות ארוכות הוכרז איחוד ועדות הבריאות כארגון בלתי חוקי. בהכרזה על כך על ידי משרד הביטחון אין כל הנמקה. אולם, ברי, כי על שיקול הדעת להיות מופעל פרטנית, ואין לראות במערער כמי שפועל באופן מסוכן, ובשל כך לפגוע

בזכותם החוקתית של בני משפחתו לחיי משפחה – אך, על יסוד כללי, ערטילאי, מבלי שיהיה מידע ספציפי המקשר את המערער עם פעילות ביטחונית ומסוכנת כלשהי.

121. ויוטעם, ככל הידוע לח"מ לעיתים מוגדרים גם ארגוני רווחה, בתי ספר וכדומה "כבלתי מותרים" בשל קבלת מימון מסוים מארגונים כאלה ואחרים ואף שבפעילותם לא נפל רב. כאמור, לא ברור לנו מדוע הוחלט כפי שהוחלט באשר ל"איחוד ועדות הבריאות – ירושלים", ואולם, ברור כי ההחלטה בעניינו של המערער צריכה להתייחס למידע קונקרטי ועדכני המצביע על סכנה הנשקפת ממנו, בשל מעשיו ופעילותו.

122. באשר לטענה כי המערער פעל במסגרת עבודתו בבית החולים מקאסד לרישום מוטה של פצועי הפרות סדר, עניין זה עלה במסגרת מעצרו של המערער באפריל 2016 והתברר פוזיטיבית שאין בו ממש. המערער שוחרר ממעצר בהחלטה שיפוטית מיום 3.4.16 ולא הוגש נגדו כתב אישום לאחר מכן.

123. המערער עובד כיום במתקן אחר של בית החולים מקאסד, מחוץ לשטחי ירושלים וכמובן שאינו יכול להשפיע על רישום כלשהו של פצועים או חולים במקאסד עצמו. המערער מכחיש מכל וכל טענה כללית ובלתי מוכחת זו של המשיב. לדבריו הוא לא אחראי על הרישום ואין לו יד במעשה מסוג זה. לא בכדי לא הוארך מעצרו בנושא ולא גובש כתב אישום.

124. יצויין גם, כי הטענה לגבי רישום כוזב עלתה לראשונה בשלב כתב התשובה ולא ניתנה למערער הזדמנות להתמודד או להדוף אותה בשלב מתן ההחלטה. הדברים מנוגדים לדין ולהלכות שיצאו בפני בית משפט נכבד זה, למשל עת"מ (י-ם) 1768-08 מצרי נ' שר הפנים (8.12.09).

125. אין ממש גם במידע העקיף שצוין במכתב המשיב אודות אחיו של המערער, איוב גנימאת, שמעצרו בעבר על רקע הפרות סדר מהווה אף הוא לשיטת המשיב טעם לשקילת הסירוב לבקשה. ראשית, שוב, אין מדובר במידע עדכני ואף לא נטען לקיומו של מידע עדכני בנוגע לאח, אלא למידע הנוגע לימי האינתיפאדה הראשונה הרחוקים, שתחילתו בשנת 1986 לפני קרוב לשלושים שנה וסיומו בשנת 1992, לפני למעלה מ-20 שנה. גם המידע הנושן לגופו אינו מן הסוג אשר מהווה סכנה ביטחונית אשר יש בה כדי לגבור על זכותם החוקתית של המערערים לחיי משפחה. איוב, יליד 1964, הינו אדם בן 51 שנה, אשר למיטב ידיעתו של המערער, לאורך השנים מאז שנת 1992, לא נעצר ולא נחקר ואשר גם לשיטת המשיב לא קיים נגדו מידע עדכני. בנוסף, לעורר קשר רופף בלבד עם אחיו אותו לא ראה מזה זמן רב ועמו אינו נוהג להיפגש, אלא באירועים משפחתיים מדי פעם.

126. ככל שאכן האח היה מעורב בפעילות אסורה, יציין המערער, כי למשיב אמנם סמכות לשקול גם טעמים ביטחוניים עקיפים אשר נוגעים לקרובי משפחה, עם זאת, מינהל תקין, כללי הצדק הטבעי, ועקרונות אנושיים בסיסיים שוללים ענישה של אדם על חטאיו של חברו או בן משפחתו. כך ניסח זאת בית המשפט באחת הפרשות:

ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה. (בג"ץ 2006/97 אבו פארה

127. מקרים מעין אלה, מחייבים בחינה מעמיקה ומדוקדקת במיוחד, כאשר מדובר בהחלטה אשר פוגעת בפרט על לא עוול בכפו. והרי סמכות המשיב לסרב לבקשות בגין מעשיהם של קרובי משפחה, לא נועדה להעניש את המערער ואת בני משפחתו, כי אם אך ורק למקרים בהם קיים חשש ביטחוני אמיתי (וראו לעניין זה גם בג"ץ 2208/05 אמארה ואח' נ' שר הפנים ואח' (2006)). כמו כן, יש לזכור כי שיקול הדעת ניתן למשיב, ולא לגורמי הבטחון וכי עליו להפעילו לאחר קבלת עמדת הגורמים.
128. הנה כי כן, במקרה בו אין התנגדות ביטחונית הנובעת ממעשיו של המערער עצמו, אלא עקב מעשיי אחרים, חשוב במיוחד לראות עד כמה מעודכן המידע הביטחוני, מה מידת המסוכנות הביטחונית של אותם קרובי משפחה, האם מדובר במסוכנות עכשווית, וכן מהם קשריו של המערער עם אותם קרובי משפחה.
129. יצוין, כי חמישה מבין אחיו של המערער מקבלים היתרים לעבוד בישראל. גם המערער קיבל היתרי עבודה בעבר ולאחר שחרורו מן הכלא.
130. כאמור, בעבר התבקש המערער מספר פעמים לשתף פעולה עם שירות הביטחון הכללי וסרב מסיבות מובנות הנוגעות, בין היתר, לביטחון משפחתו. לאור סירובו, ספג המערער התנכלויות ואיומים מצד שירות הביטחון הכללי, על כך נכתב לאחרונה למשרד ראש הממשלה, כפי שעולה מהתכתובות שצורפו לעיל.
131. כפי שעלה בתלונתו למשרד ראש הממשלה ולא נסתר בתשובת משרד הביטחון, במסגרת הפעלת הלחץ לשיתוף פעולה על המערער, בין היתר, נמסר למערער שוב ושוב, כי לא יזכה לאיחוד משפחות באם יעמוד על סירובו לסייע לכוחות הבטחון הישראליים. משרד הביטחון לא הכחיש במענהו את טענותינו בדבר "הצעות" שתוף הפעולה (בנוסח "נדונו עמו פתרונות אפשריים למצב זה" (של שהיה בלתי חוקית – ע.ל.), ואולם ציין כי בקשות לאיחוד משפחה תבחנה בהתאם לכללים הנהוגים, לרבות היבט המניעה הביטחונית.
132. ניסיונות הגיוס של המערער על ידי כוחות הביטחון מעלים חשש כבד, כי הסירוב יסודו, או מערב שיקול זר של רצון לגייס את המערער ולא נובע ישירות בשל מסוכנותו. בנסיבות העניין, החשד הכבד לקיומם של שיקולים זרים ולשימוש פסול בסמכות מתגבר אף נוכח העובדה, כי לשב"כ נתונה השליטה המוחלטת במידע הבטחוני, מידע הנותר, ככלל, חסוי, ופטור מביקורת חיצונית כלשהי.
133. לא זו אף זו, פרקטיקה זו מהווה הפרה ברורה של הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטרי. סעיף 31 לאמנת ג'נבה הרבעית קובע, כי:

אין להשתמש כלפי מוגנים בשום כפיה גופנית או מוסרית,
ובפרט לשם השגת ידיעות מהם או מצד שלישי.

וראו לעניין זה גם תקנה 44 לתקנות האג ובג"ץ 3799/02 עדאלה נ' אלוף פיקוד מרכז, פיסקה 24.

ח.2. פגיעה בכללי הצדק הטבעי – אי קיום שימוע בעל פה

134. טרם ההודעה על הכוונה לסרב לבקשת המערערים, ובאופן המנוגד לנהלים ולפסיקה, לא זומנו המערערים לשימוע.

135. בעע"מ 1038/08 מ"י נ' געאביץ (11.8.09) נקבע כי על משרד הפנים לגבש נוהל בדבר שימוע בטרם מסורבת בקשה. באשר לצורת השימוע, התווה בית המשפט העליון מסגרת כללית, לפיה האופן העדיף לעריכת השימוע הוא שילוב של שימוע בכתב ושימוע בעל פה. נאמר בפסק הדין מפי כב' השופט רובינשטיין, בסעיף ל' לפסק דינו, כך:

לדידי, השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב - הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאל 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.

136. הנוהל שגיבש המשיב קובע שהשימוע ייעשה בכתב, ואינו מאזכר אף אפשרות של שימוע בעל-פה. גישה זאת נדחתה במסגרת ביקורת שיפוטית עוד טרם גובש הנוהל. ראו למשל פרוטוקול הדיון מיום 28.1.2010 בבג"ץ 779/03 רימאוי נ' שר הפנים, שם הוסכם על ידי השופטים פרוקצ'יה, רובינשטיין ופוגלמן כי בהעדר שימוע בעל פה, לא ניתנה לעותר זכות שימוע.

137. בעת"ם 1954/09 הילאל נ' משרד הפנים (24.8.2010), קבע כב' השופט יועד הכהן, כי על משרד הפנים חלה ככלל החובה לערוך שימוע בעל פה לגבי כל אדם, גם זר, שכניסתו למדינה נמנעת או שמבקשים לגרשו וכי "נדרשים טעמים כבדי משקל כדי לשלול מאדם" זכות זו. באותו עניין דובר באזרחית אמריקאית שביקשה להגיע לישראל לשם תעסוקה.

138. שימוע בעל פה נדרש גם על מנת ליישם ההלכה הפסוקה בעניין בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10) (להלן: עניין דקה), בו נקבע כי שיקול הבטחון גובר על הזכות לחיי משפחה רק במקרים שישנה הסתברות קרובה לוודאות כי שלום הציבור עלול להיפגע. אין לקיים דיון מהותי במסגרתו נלקח בחשבון לא רק המלצת השב"כ/משטרה אלא עוצמת ההשלכות האנושיות הצפויות למשפחה מאי היכולת לממש קיומו של תא משפחתי מאוחד בישראל ללא דיון בעל פה. בענייננו, לא נערך כל שימוע בעל פה, ולמעוררים לא הייתה ההזדמנות הראויה להתייחס לפראפרזה הביטחונית.

139. יצוין, כי בדיון בעע"מ 1149/07 בעניינו של המערער צוין כי אם יפנו המערערים שוב בבקשה לאחוד משפחות יערך בעניינם שימוע. אמנם באותו דיון הביע המשיב עמדתו כי ניתן לערוך שימוע בכתב, כפי שגם מעוגן נכון לעת הזו בנוהל היערות גורמים, אולם בנסיבות בהן צוין בפסק הדין מפורשות כי יש לערוך שימוע, ולאור מכלול הנסיבות, ובכללן, גילו של המערער, המתקרב לשישים שנה, שנות נישואיו הארוכות למערערת, היותו אב לילדים ישראלים ובהם קטינה, והעובדה כי לא נשפט לא כל שכן הורשע בגין כל עניין ביטחוני מאז שנות ה-80 (שאז נכלא בגין הפצת כרוזים), בהתקצבם יחד מביאים את החלטת המשיב לסרב לבקשה, ללא שימוע בעל פה, לרף ברור של אי סבירות. זאת גם בהינתן הקבוע בפסקי הדין ג'עאביץ, דקה והילאל לעיל.

140. המקרה שבפנינו, בו מדובר בבני זוג הנשואים ומתגוררים יחדיו בישראל שנים ארוכות, ולהם ילדים, תושבי ישראל, ובהם ילדה קטינה, אשר ודאי שעתידם יושפע באופן גורלי מהחלטת המשיב - מחייב בחינה מעמיקה הכוללת מתן אפשרות להעלות את הטענות נגד טעמי הסירוב כך שימסרו באופן בלתי אמצעי ואל מול שאלות המשיב. וזאת במיוחד בהינתן הפגיעה בהליך האדברסרי הנגרמת כתוצאה מהטעמים החסויים שביסוד ההחלטה.

141. בית הדין לעררים כלל לא התייחס למשמעות העדר השימוע המוקדם בפסק דינו ולא נתן לכך כל משקל.

ח.3. הטיעון הבטחוני בבקשה לאיחוד משפחות

142. סירוב המשיב לבקשת איחוד המשפחות של המערערים נובע מסעיף 3ד לחוק הוראת השעה. לפי סעיף זה, ניתן לסרב לבקשת איחוד משפחות:

אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם.

143. שיקול הדעת הניתן לשר הפנים להתחשב ב"מניעה ביטחונית" עשוי לפגוע בזכויות של בן הזוג הישראלי ובני משפחתו. ראו למשל, בג"ץ 2208/05 אמארה ואח' נ' שר הפנים ואח' (10.7.06); ועניין דקה. אולם, ברי כי בהפעילו את שיקול דעתו שומה על המשיב לאזן את שיקולי הביטחון אל מול הפגיעה במקרה של סירוב בזכות לחיי משפחה, שהינה זכות חוקתית. כמובן, שעל שיקולי הביטחון לנבוע מסכנה ביטחונית אמיתית, מוחשית ועדכנית:

אין כל קסם במילים 'טעמי ביטחון' ו'מצב ביטחוני' וכל כיוצא בביטויים אלה, כדי הצדיק את פעלה של הרשות המוסמכת ולמנוע בית משפט זה מלעמוד על צדקתם של דברים ומעשים. אם יתחוויר לו, לבית המשפט, כי מילים אלה משמשות רק מסך-הסוואה לשרירות לב, למעשי זדון ולכוונות בלתי חוקיות, לא יהסס לקבוע זאת ברורות וגלויות, לשם האמת, כדי שיעשה צדק לאזרח שנפגע ללא חוק. (בג"ץ 188/53 אבו גוש נ' המפקד הצבאי בפרוודור ירושלים, פ"ד ז(2) 941, 943)

144. עוד ראו לעניין זה, את פסק הדין בג"ץ 5672/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, תק-על 2004(2) 448, 451 שם נקבע:

ואכן, הביטחון הוא ערך יסוד בחברתנו... אך בדומה לזכויות האדם אף ערך זה אינו מוחלט, נדרש איזון בין אינטרס השמירה על הביטחון לבין זכויות ואינטרסים מוגנים אחרים המתנגשים בו.

145. נוכח חוק הוראת השעה כל שיזכה בו המערער, באם תאושר בקשת בני הזוג והגם לאחר למעלה מ-30 שנות נישואים, הוא היתר צבאי לשהייה ועבודה, היתר שאינו מקנה כל זכויות סוציאליות, ואינו מאפשר נהיגה בישראל.

146. סעיף 3ד לחוק הוראת השעה, מאפשר למשיב להפעיל שיקול דעת באשר לסירוב בטחוני גם בשל בן משפחה. דא עקא, כי במסגרת הפעלת שיקול הדעת, יש ליתן משקל לקשת הזכויות הנפגעות כתוצאה מדחיית בקשה לאיחוד המשפחות, בהן, הזכות החוקתית לחיי משפחה והפגיעה החריפה בטובת הילד.

147. בפסק הדין בעניין דקה נקבע באלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לסרב להליך איחוד משפחות לבן זוג תושב האזור, מטעמים בטחוניים, שם נאמר:

הזכות למשפחה ניצבת במדרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים. במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שישנה הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי.

נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה ... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם. (שם, בפסקאות 15-16. ההדגשה הוספה – ע.ל.).

148. נראה כי בענייננו לא נבחנה בקשת המערערים בהתאם לאמות המידה שנקבעו בדין ולאור היות הזכות לחיי משפחה זכות חוקתית.

ח.4. הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

149. סירוב הבקשה כמפורט לעיל 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. בפסק הדין הראשון שניתן בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל (בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, ניתן ביום 14.5.06), הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית על חוקית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. (פסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

וראו עוד בג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' שר הפנים** (11.1.12)

150. 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 מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של **מערכת מינהלית מתוקנת**, 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. כך גם באשר לנקיטת סחבת והערמת מכשולים בירוקרטים מוגזמים, התנהלות שמוצגת במקרה זה בצורה ברורה ואשר מנוגדת לשלטון החוק.

151. כך נאמרו הדברים בעניין דקה:

זכות האדם למשפחה היא מיסודות הקיום האנושי; מימושה הוא תנאי למימון החיים וטעם החיים; היא תנאי להגשמה העצמית של האדם, וליכולתו לקשור את חייו עם בן זוגו וילדיו בשותפות גורל אמיתית. היא משקפת את תמצית הווייתו של האדם, ואת התגלמות מאוויי חייו. הזכות למשפחה ניצבת במידרג עליון של זכויות האדם. גריעה מזכות זו תתכן רק מקום שכנגדה ניצב ערך

נוגד בעל עוצמה וחשיבות מיוחדים. במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שישנה הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי. (פסה"ד בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10)).

וראו עוד: כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 434, 421.

152. גם המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להינשא ולהקים משפחה. ראו סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אושררה ע"י ישראל ביום 3.10.91; ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48, ס' 18(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

ח. הפגיעה הקשה בזכויות ילדי המערערים ובמיוחד בבתם רים

153. בהחלטת המשיב גלומה פגיעה קשה במיוחד בילדי בני הזוג ובמיוחד בבתם הצעירה, הקטינה. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמד האב משבית כל היבט נורמטיבי של חיי המשפחה וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים חשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים.

154. 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 שני 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.

155. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...].
[...] הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באוירה של אושר, הבנה ואהבה [...].

סעיף 3(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה....

סעיף 9(1) קובע:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ולנהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד.

156. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 **פלוני ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופטת דורנר); בג"ץ 5227/97 **דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443)** בפסקה 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

157. ילדי המערערים ובייחוד רים נפגעים פגיעה קשה מסירוב המשיב להסדיר את מעמד אביהם משך תקופה כה ארוכה. המתח הנפשי בבית עקב היעדר אישור שהייה בישראל, הפגיעה במשפחה וחוסר הוודאות בדבר המשך חיי כל בני המשפחה יחד בביתם בירושלים - בכל אלה יש כדי לגרום לנזק בלתי הפיך לתא המשפחתי, לילדים ובמיוחד לילדה רים, שהיא עדין קטינה. סירוב זה מפר את הדין הבינלאומי והישראלי ואת הוראות האמנה לזכויות הילד, ומתעלם מהשיקול של טובת הילדים, תושבי מדינת ישראל, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה. גם בית הדין מתעלם בפסק דינו מן השיקול של טובת הילד.

ח.6. עקרון המידתיות – החובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד

158. כל זכות, גם זו שהינה בלב זכויות האדם והווייתם האנושית, הינה חלק ממערך זכויות ואינטרסים בניהם יש לאזן. האיזון שנקבע בפסיקה בהקשר זה, מקום בו נטען, כי הזכות החוקתית לחיי משפחה מתנגשת עם אינטרס השמירה על ביטחון המדינה, הוא מבחן ההסתברות הקרובה לוודאות (ראו עניין דקה לעיל).

159. על קביעת המשיב לעמוד בדרישת המידתיות (ראו פרשת אמארה פסקה 11 לפסק הדין). החלטת המשיב אינה עומדת במבחני המידתיות, החלים גם בעניינים ביטחוניים, כפי שהם מובאים, למשל, בבג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2004(2), 3035, עמ' 3051:

מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט בהם להגשמת המטרה, יש לנקוט באותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא.

וראו גם בג"ץ 3477/95 **בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט**, פ"ד מט (5) 1; בג"ץ 4644/00 **יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו**; בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**.

160. על פי מבחן המשנה הראשון, אמנם התכלית לשמה מתיימר המשיב לפעול – שמירה על ביטחון המדינה - הינה ראויה, אך אין כל קשר ראציונלי בין החלטת המשיב – סירוב לבקשת איחוד המשפחות לבין השגת התכלית הביטחונית. והרי, המערער שהה בישראל מזה שנים ארוכות מבלי שפגע בפועל בביטחון המדינה. נזכיר, כי תחת מגבלות חוק הוראת השעה, לא

יהא המערער זכאי ליותר מהיתר צבאי לשהות לצד משפחתו. חוק הוראת השעה מונע שדרוג של היתר שהייה לרישיון ישיבה המאפשר קבלת זכויות סוציאליות, רישיון נהיגה וקבלת תיעוד ישראלי.

161. על פי מבחן המשנה השני, על הרשות לבחור באמצעי שיפגע בפרט במידה הפחותה ביותר. מהחלטת המשיב, לא עולה כי נשקלה כל חלופה, אשר תפגע בבני המשפחה, תושבי ישראל, במידה פחותה, אלא רק סירוב גורף וכללי.

162. החלטת המשיב אינה עומדת גם במבחן המשנה השלישי. מבחן המידתיות במובן הצר, באשר אין כל יחס ראוי בין הנזק הרב שנגרם לבני משפחת המערערים, הפגיעה וההשפלה לבין התכלית הביטחונית.

163. מבחני המידתיות מושרשים בעקרונותינו המשפטיים. במקרה זה, בו נפגעת זכות יסוד, על המשיב לאזן את הפגיעה הקשה אשר תגרם למערערים, בני זוג וילדיהם, אל מול הסכנה לביטחון המדינה, אך ורק באם אכן קיימת סכנה כזו והיא משמעותית, וודאית וקרובה.

אכן, "פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה החוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (פרשת **עדאלה**, פסק דיני, פסקה 4). (פסקה 13 לפסק הדין בעניין **דקה**)

164. איזון ראוי בין הטענות הביטחוניות העקיפות לבין הפגיעה הוודאית בזכות לחיי משפחה של המערערים – אמור היה להביא את המשיב להחלטה, כי יש לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות, אישור, אשר משמעותו מתן היתר צבאי לשנה, ובחינה דקדקנית, פרטנית, של עניינם של העוררים מדי שנה בשנה. לכל הפחות, היה על המשיב לשקול נקיטה בצעד חלופי אשר פגיעתו במערערים פחותה, כגון, אישור הבקשה תחת תנאים או מתן היתרי שהייה לתקופה קצרות יותר או מחוץ להליך.

ט. ביטול חיוב בהוצאות

165. שגה בית הדין הנכבד כאשר פסק כי המערערים ישלמו את הוצאות המשיב בסכום כולל של 5,000 ₪.

166. פסיקת הוצאות זו, אם לא תבוטל, הינה בעלת השלכות קשות ביותר על המערערים ועל המוקד להגנת הפרט אשר שותפה להליך, תמכה בו ואשר הח"מ מייצגת בהליך גם מטעמה כעותרת/עוררת ציבורית.

167. פסיקת הוצאות לטובת המשיב תשפיע על יכולתם של אנשים הנפגעים מהחלטות הרשות לעתור לבית הדין לסעד בעניינם, ועל אפשרות קיומה של ביקורת שיפוטית על פעולות הרשות.

168. הנה כי כן, ערעור זה על פסיקת ההוצאות של בית הדין תורג בחשיבותו מעניין כספי גרידא, והינו בעל חשיבות עקרונית רבה.

169. העניין שהובא בפני בית הדין קמא הוא בעל חשיבות ציבורית, וכללית, הרלבנטית גם למערערים אחרים שנסיבותיהם דומות לאלה של המערובים בתיק זה, בהיבט שיש בעניינם חומר סודי, אשר המשיב מבקש להציגו במעמד צד אחד וכן בהיבטים העקרוניים של בחינה של שיקול בטחוני למול הזכות לחיי משפחה.

170. המצב המשפטי בסוגיות שעולות מן העתירה אינו חד וחלק, וכפי שעולה מהערעור, במקרים דומים, התקבלו החלטות הפוכות מצד המשיב. מכאן, המצב המשפטי בסוגיה ציבורית עקרונית בעלת חשיבות אינו נהיר כלל ועיקר, והמערערים – לבד מחשיבותו הקריטית של נושא דיון זה עבורם – ממלאים תפקיד ציבורי חשוב, כשהם מביאים סוגיות אלה לליבון משפטי. לפיכך, גם אם בית משפט נכבד זה יחליט שלא לקבל את עמדת המערערים, הרי שאין לחייב את המערערים בבקשתם הלגיטימית לפרש את החוק.
171. זאת ועוד - בסוגיות שכאלה מן הדין ומן הצדק שבעלי דין אשר מביאים עניינם של רבים להכרעה שיפוטית לא יאלצו לשאת בהוצאות, ובפרט כאשר הם מתדיינים בניקיון כפיים, בהגיונות, וללא הטרדת בית המשפט או המשיב שלא לצורך.
172. פסיקת ההוצאות על ידי בית הדין אף אינה עולה בקנה אחד עם מדיניותו של בית המשפט הגבוה לצדק עת הוא דן בעניינים מסוגו של ערעור זה. בית משפט נכבד זה, בדונו בעניינים בעלי חשיבות ציבורית, כמו גם בעניינים בעלי גוון הומניטרי מובהק, נותן דעתו למצוקתם של מערערים הבאים בשעריו, כמו גם לחשיבות העניינים העקרוניים שהללו מביאים בפניו.
173. מדיניות בית משפט נכבד זה בעניין פסיקת הוצאות כנגד מערערים, בעניינים מסוג זה, ניכרת מפסיקותיו בעניינים מעניינים שונים. מימים ימימה סוגיות בעלות חשיבות ציבורית-כללית, ובפרט כאשר אין בנדון הלכה שיפוטית ברורה – אינן כופות את המביא אותן בהוצאות (ראו למשל: בג"ץ 734/83 **שיין נ' שר הביטחון**, פ"ד לח(3) 93).
174. זאת ועוד, בית המשפט הגבוה לצדק נוטה שלא לחייב בהוצאות ארגונים ציבוריים, עותרים תדירים אשר פנייתם לערכאות אחראית ומקצועית. מדיניות זו מבטאת את הגישה כי עותרים אלה ממלאים תפקיד ציבורי חשוב, ואין להכביד על זרכם אל בית המשפט. כך למשל, בשורה של פסקי דין לא נפסקו הוצאות כנגד העותרים, אף שעותרם נדחתה, וזאת בהתאם למדיניותו האמורה של בית משפט נכבד זה. בבג"ץ 431/89 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505, נדונה בקשתם של "יהודים משיחיים", הורים לילדים זכאי שבות, לרכוש מעמד בישראל בזכות ילדיהם. העתירה נדחתה ללא צו להוצאות. בבג"ץ 1689/94 **הררי נ' שר הפנים**, פ"ד נא(1) 15, ביקשה העותרת ליתן מעמד בישראל לילדיה הבגירים, אזרחי בורמה. עתירתה נדחתה ללא צו להוצאות. אפילו בבג"ץ 754/83 **רנקין נ' שר הפנים**, פ"ד לח(4) 113, נדחתה עתירתם של אזרחים אמריקאים אשר ביקשו לקבל מעמד בישראל מכוחם של נישואין פיקטיביים – ללא צו להוצאות, וראו גם ראו עוד: בג"ץ 2936/02 **עמותת רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נו(3) 3.
175. זאת ועוד, המשיב הביא רק במסגרת כתב התשובה נימוק נוסף לסירוב, שעניינו רישום פצועים מהפרות סדר באופן שגוי. עניין זה לא בא לידי ביטוי בהחלטה לגבי הטלת הוצאות.
176. על פי תקנות 511 ו-512 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, נתונה קביעת סכום ההוצאות לשיקול דעתו של בית המשפט. במסגרת שיקוליו, על בית המשפט להתחשב, בין היתר, בשווי הסעד המבוקש, בדרך ניהול המשפט, בכמות ובמהות העבודה שהושקעה ובנסיבות אחרות שיש בהן כדי להשפיע על גובה ההוצאות הנפסקות (ראו ע"א 419/97 **בנק הפועלים בע"מ נ' שפע בר – מכון תערוכת בבאר יעקב – אגודה**, תק-על(2) 99(1300)).

177. בית המשפט העליון קבע בעבר, כי "בית-משפט לערעורים אינו נמנע מלהתערב בפסיקת ההוצאות על-ידי בית-משפט של הערכאה הקודמת כאשר ברור שנפל משגה בפסיקתה והמשגה הוא ממשי." (ע"א 762/76 כץ נ' חברת מנחם אמיר בע"מ, פ"ד לב(2) 500, 502). וכך "... אם באשר נפלה בפסיקת ההוצאות טעות משפטית ואם באשר נתגלה פגם או פסול בשיקול הדעת ראה בית-משפט זה לקבל ערעור על פסיקת הוצאות" (ע"א 378/78 קלינגר נ' מנהל מס עזבון, פ"ד לג(1) 509, 510).

178. המערערים סבורים, כי בנסיבות הכוללות של העניין, יש מקום להתערבות בגובה ההוצאות שנקבע.

י. סיכום


179. מהמקובץ עולה כי החלטתו של המשיב אינה מידתית, אינה סבירה, ואינה עולה בקנה אחד עם הדין בעניין האיזון העדין שבין סיכונים ביטחוניים והזכות החוקתית לחיי משפחה. הנה כי כן, בית הדין הנכבד קמא שגה, כאשר אישר החלטה זו.

180. קיום דיון ביום דיונים נפרד במעמד צד אחד לבחינת החומר החסוי, שהוא יציר אמרותיו והחלטותיו של בית הדין לעררים, ללא בסיס של ממש בדין, ובניגוד לדין ולנוהג בבתי משפט מנהליים העוסקים בנושאים דומים פוגע בצדק ובמראית פני הצדק וחייב לפוס ולהתבטל מהעולם.

181. הטלת הוצאות משמעותיות על המערערים בתיק כגון זה אינה ראויה ואינה צודקת.

182. אשר על כן בית המשפט הנכבד מתבקש להורות כמבוקש ברישא, ובכלל זה לבטל לאת החיוב בהוצאות ולהשית על המשיב הוצאות משפט ושכר טרחת עורכי דין.

ירושלים, היום 6.4.2017


 עדי לוסטיגמן, עו"ד
 מ.ר. 29189
 ב"כ המערערים