



תאריך: 5.7.2012

בתשובה נא לציין: 31490

היועץ המשפטי לממשלה  
מר יהודה ויינשטיין, עו"ד  
רח' צלאח א-דין 29  
ירושלים, 91010

שר הפנים  
מר אליהו ישי  
רח' קפלן 2  
קריית הממשלה  
ירושלים

לכבוד  
ראש הממשלה  
מר בנימין נתניהו  
רח' קפלן 3  
קריית הממשלה  
ירושלים, 91950

נכבדי,

הנדון: **החלטת ממשלה 3598 והאיסור הגורף על הליכי איחוד משפחות עם תושבי רצועת עזה**

1. בהמשך לפסק הדין שניתן לא מכבר בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, הריני לפנות אליכם באשר להחלטת ממשלה 3598, הקובעת מדיניות של איסור גורף על הליכי איחוד משפחות עם תושבי רצועת עזה. החלטת הממשלה מבוססת על סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: החוק או הוראת השעה).

2. כאשר נתקבלה החלטת הממשלה, היו תלויות ועומדות עתירות נגד הוראת השעה, ובכלל זה עתירה של המוקד להגנת הפרט (בג"ץ 5030/07). העותרים בעתירות השונות עתרו לביטול החוק בכללותו (ולא התייחסו להחלטת הממשלה, הנגזרת מן החוק). כידוע, ביום 11.1.2012 נדחו העתירות נגד החוק. שופטי ההרכב קבעו כי גם אם החוק פוגע בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הפגיעה מידתית, ועל כן החוק הינו חוקתי ואין לבטלו (בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה, להלן: עניין גלאון).

3. משכך, פנייה זו עוסקת במדיניות הגורפת אשר באה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, אשר כפי שיוסבר אינה עומדת בעקרונות יסוד חוקתיים; בפרט, החלטת הממשלה חורגת באופן קיצוני מהוראות סעיף 3ד לחוק ועל כן דינה בטלות. נפנה לפירוט הדברים.

#### **הסעיף המסמך: סעיף "הסיכון הביטחוני"**

4. סעיף 3ד לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) בנוסחו הנוכחי, מאפשר לשר הפנים לסרב לבקשה להיתר או רישיון ישיבה בישראל, בגין סיכון ביטחוני של המבקש.

5. בהוראת השעה בנוסחה המקורי (2003) לא היה סעיף אשר עסק ב"סיכון ביטחוני", בשל העובדה הפשוטה שנוסח החוק המקורי הטיל איסור גורף על מתן היתרי אחמ"ש לתושבי אזור. סעיף ה"סיכון הביטחוני" הוסף בתיקון בשנת 2005.
6. כידוע, העתירות נגד הוראת השעה, ובכלל זה סעיף 3ד בנוסחו המקורי, נדחו על ידי בית המשפט העליון (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, ניתן ביום 14.5.2006).
7. בשנת 2007 תוקנה הוראת השעה בשנית, ובכלל זה סעיף הסיכון הביטחוני. התיקון הוסיף עילה נוספת לסירוב ה"מניעה הביטחונית": **האפשרות לקבוע שאדם הוא מסוכן, בשל פעילות המתקיימת ב"מדינת מושבו" או "אזור מגוריו", ועל כן יש לסרב לבקשתו להיתר שהייה או רישיון ישיבה.**
8. כך נכתב בהצעת החוק הממשלתית לתיקון הוראת השעה, ההצעה אשר במסגרתה הוספה אפשרות זו לסעיף 3ד:

מוצע... לאפשר לשר הפנים לקבוע כי מבקש היתר השהיה 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. קביעה זו תהיה לתקופה שיקבע השר בהתאם למצב הביטחוני ולשיקולי הביטחון העומדים בבסיס הוראת השעה.

(רשומות, הצעות חוק הממשלה, 273, 18.12.2006, עמוד 184)

9. סעיף 3ד לחוק קובע:

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

(ההדגשה הוספה – נ.ד.).

10. כעולה מן הסעיף, במקרים של אנשים, אשר מבקשים לקבל היתר שהייה או רישיון ישיבה ארעי בישראל, תיערך בדיקה ביטחונית. הקביעה כי מבקש מהווה "סיכון ביטחוני" תהא פרסונאלית (קרי, קביעה כי הסיכון "נובע" ישירות מהאדם או מקרובי משפחתו) או כללית-

גיאוגרפית (קרי, קביעה כי המבקש מהווה "סיכון ביטחוני" אך בשל קביעת גורמי הביטחון כי פעילות המתבצעת במדינת מושבו או באזור מגוריו עלולה לסכן את ביטחון המדינה). החלטת הממשלה 3598 עוסקת בבדיקה מן הסוג השני.

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

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

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

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

12. ודוק: כל סעיף 3ד עוסק בבדיקה של מבקש ספציפי ומפרט מהם המקרים בהם תסורב בקשתו הפרטנית להיתר שהייה או רישיון ישיבה, מטעמים ביטחוניים.

### החלטת הממשלה 3598

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

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

מובהר בזאת כי סעיף זה יחול מכאן ולהבא ואינו חל בכל מקרה על מי שבקשתו הראשונית כבר אושרה.

(ההדגשה הוספה – נ.ד.).

14. עינינו הרואות: החלטת הממשלה מתייחסת לשני מקרים: מתן היתר שהייה לבן/בת זוג של ישראלית, ומתן מעמד לקטינים מעל גיל 14, להם הורה משמורן השוהה כדן בישראל. היא לא מתייחסת לשאר המקרים, המפורטים בסעיף 3ד, בהם עורכים בדיקה ביטחונית (מעמד מטעמים הומניטאריים, רישיון לצרכים זמניים).

15. בהודעת מזכיר הממשלה אשר פורסמה בתום הישיבה, הוסבר כי הרציונאל שביסוד ההחלטה, הוא הקושי בקיום אבחון פרטני ביטחוני לצורך בחינת בקשות לכניסה לישראל

מרצועת עזה. עוד נמסר כי עמדת גורמי הביטחון היא כי יש לראות את רצועת עזה כיחידה טריטוריאלית אחת.

16. הנה כי כן, החלטת הממשלה קובעת מדיניות מגבילה ומרחיקת לכת. ההחלטה מתבססת על חוות דעת גורמי הביטחון לא רק לצורך קביעה באשר לפעילות המתבצעת ברצועת עזה, אלא גם לצורך קביעה באשר לסוג האבחון הביטחוני שיש לערוך למבקשי כניסה לישראל מהרצועה. ההחלטה מסתמכת על עמדת גורמי הביטחון, כי על סוג האבחון להיות גורף ולא פרטני.

#### חריגת החלטת הממשלה מסעיף ד3 לחוק

17. החלטת הממשלה פותחת בקביעה, כי היא ניתנה "**בהתאם** לסעיף ד3 לחוק". ואולם, במובנים משמעותיים, החלטת הממשלה מרחיקת לכת הרבה יותר מהסמכות שמעניק סעיף ד3, באופן אשר הופך אותה לא רק לבלתי סבירה ובלתי מידתית, אלא גם לחורגת מן הסמכות שבדין. נפרט.

#### מבדיקה פרטנית לקביעה גורפת

18. סעיף ד3 מאפשר לשר הפנים, כזכור, לקבוע מסוכנות של **אדם ספציפי** בהסתמך על בדיקות שונות. במקרה בו **באזור מגוריו או מדינת מושבו** של אדם מתבצעת, על פי חוות דעת גורמי הביטחון, פעילות העלולה לסכן את ביטחון המדינה, **רשאי** שר הפנים לקבוע את מסוכנותו של **אותו אדם ספציפי**.

19. הנה כי כן, **כל סעיף ד3 עוסק במסוכנות של אדם ספציפי**; הסיפא של הסעיף מתייחסת לסוג אפשרי של חוות דעת שניתן להסתמך עליה במסגרת השיקולים לקביעת מסוכנותו של אותו אדם מסוים.

20. ואילו, החלטת הממשלה קובעת כלל מוחלט של מסוכנות **כללית**, של **כל אדם** אשר רשום כתושב עזה או מתגורר ברצועה. על פי קביעה גורפת זו, נקבעה מדיניות נעדרת כללית וכוללנית לפיה שר הפנים – השר המוסמך על פי הוראת השעה – לא ייתן היתרי שהייה או אשרות ישיבה לתושבי עזה.

#### הנחייה כללית במקום בו הוקנה שיקול דעת

21. בהמשך לקביעה הכללית של החלטת הממשלה, לפיה כל "תושב עזה" הינו מסוכן, אוסרת ההחלטה על שר הפנים להפעיל שיקול דעת כלשהו, בהנחייתה שלא לאשר בקשות להיתר שהייה או אשרת ישיבה של "תושבי עזה".

22. נזכיר, כי סעיף ד3 להוראת השעה, קובע, כי **אחת הדרכים** לקביעת סיכון **פרטני** העולה ממבקש היתר או מעמד, היא הסתמכות על חוות דעת גורמי הביטחון, באשר למדינת מושבו או אזור מגוריו של אדם. בסופו של יום, בעל הסמכות היחיד לבחון זאת ולהחליט האם ובאיזו מידה להסתמך על חוות דעת כזו הוא שר הפנים, ועל פי לשון הוראת השעה, עליה להתייחס לאדם ספציפי.

23. ואילו, החלטת הממשלה **אוסרת** על הפעלת שיקול הדעת הפרטנית, כאשר מדובר במבקש "תושב עזה".

מ"מדינת מושבו או אזור מגוריו" ל"רשום או מתגורר"

24. הוראת השעה מתייחסת, כאמור, לאפשרות לקבוע כי אדם הינו "מסוכן", בשל פעילות המתקיימת ב"מדינת מושבו" או "אזור מגוריו".

25. כפי שפורט לעיל, האפשרות לקבוע סיכון ביטחוני על סמך מקום מושבו או מגוריו של אדם, הוספה בתיקון להוראת השעה משנת 2007. התיקון, אשר התקבל במליאת הכנסת ביום 21.3.2007, קיבל את הצעת הממשלה בעניין והיא, כי הסיכון ה"גיאוגרפי" **ייקבע על פי מדינת מושבו או אזור מגוריו של המבקש**.

26. ואילו, החלטת הממשלה מרחיבה באופן משמעותי את הסיכון הגיאוגרפי, כך שהיא הופכת אותו אף ל"סיכון מרשמי": **על פי החלטת הממשלה, סיכון "גיאוגרפי" יכול לנבוע אף מאדם אשר כתובתו הרשומה במרשם האוכלוסין הינה בעזה, אף אם אינו מתגורר בה כלל, אם לא התגורר בה משך זמן רב, או אף אם כף רגלו מעולם לא דרכה בה**.

מדיניות בלתי חוקתית אשר נקבעה בהיעדר סמכות

27. חריגת החלטת הממשלה מהסמכות הקבועה בסעיף 3ד בולטת לעין. סעיף 3ד נועד ליצור מערכת איזונים עדינה בין זכויות יסוד לאינטרס הציבורי. החלטת הממשלה מנפצת איזון זה, כאשר היא נותנת מקום אך ורק לשיקול ה"ביטחוני", באופן גורף, ללא בדיקה פרטנית וללא הפעלת שיקול דעת כלשהו.

28. כפי שיוסבר מיד, מדובר בהחלטה אשר נתקבלה בהיעדר סמכות, שפוגעת אנושות ובאופן בלתי מידתי בזכויות יסוד, ובראשן הזכות לחיי משפחה.

ביטול מערכת האיזונים: היעדר סבירות

29. כזכור, בפסק הדין שניתן ביום 11.1.2012, דחה בית המשפט העליון את העתירות אשר הוגשו נגד הוראת השעה. השופטים כולם הכירו בקיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אולם, נקבע כי גם אם ישנה פגיעה בזכויות חוקתיות, ובהן הזכות לשוויון, הרי שזו פגיעה העומדת בתנאי פסקת ההגבלה.

30. הנה כי כן, **יישום** הוראות החוק כפוף לעריכת איזון בין זכויות יסוד לבין האינטרס הציבורי, בכדי שהקביעה כי החוק עומד בתנאי פסקת ההגבלה תעמוד בתוקף:

...שומה עלינו לפרש את חוק הוראת השעה, וליישם את הוראותיו בדרך שתיתן ביטוי ראוי להתנגשות שבין הזכות למשפחה הנתונה לכל אזרח ותושב ישראל,

לבין שיקולי ביטחון של המדינה, תוך שקלול חוקתי ראוי בין זכות יסוד של האדם, בעלת מעמד-על במידרג זכויות האדם, לבין האינטרס הציבורי הנוגד. הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניוזנים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה.

(בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פסקה 13 לפסק דינה של כב' השופטת בדימי פרוקציה; להלן: עניין דקה; ההדגשות הוספו, נ.ד.).

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

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

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

(עניין דקה, פסקאות 17-18. ההדגשות הוספו, נ.ד.).

32. הנה כי כן, בדיקת ה"סיכון הביטחוני" צריכה להיות בדיקה אינדיבידואלית, פרטנית. ואילו, החלטת הממשלה מבטלת את מבחן האיזון החוקתי האינדיבידואלי, וקובעת קריטריון לתיוג גורף של "סיכון ביטחוני".

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

34. יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בעניין דקה:

**יש לבחון את מידת ההסתברות במקרה הקונקרטי כי מבקש ההיתר עצמו יהיה נתון להשפעה וללחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר.**  
בענין זה, יש להיעזר במידת האפשר גם בנתונים אובייקטיביים, כגון, נתון בדבר שהות ארוכת שנים של בן זוג זר בישראל, אשר חרף קשרי משפחה לגורמי טרור, לא עלה נגדו כל מידע שהוא, ולו בקצה חוט, על מעורבות כלשהי מצדו בפעילות נגד ישראל. נתון כזה עשוי להפריך, ולו לכאורה, חזקה של מניעה ביטחונית עקיפה.  
(שם, פסקה 41).

35. באם דברים אלו רלוונטיים לעניין סיכון הקשור לאדם קונקרטי, הם מקבלים משנה תוקף כאשר מדובר בסיכון הקשור לשהות באזור גיאוגרפי בלבד.

36. יש להדגיש, כי בניגוד לנטען בהודעת מזכיר הממשלה, בדיקות פרטניות של תושבי עזה דווקא כן נערכות באופן שגרתי על ידי גורמי הביטחון, מבלי שאלו יטענו כי אין באפשרותם לעשות כן. כך, למשל, במקרה של אנשים מעזה המקבלים היתר או רישיון מטעמים הומניטאריים או למטרות זמניות – שהרי, החלטת הממשלה אינה חלה במקרים כאלו. כך למשל, בעניינו של מי שבקשתו כבר התנהלה קודם להחלטת הממשלה. כך למשל, גם בנוגע לביקורי משפחות בין ישראלים לעזתיים.

37. ההחלטה להגדיר את כל תושבי עזה כ"מסוכנים" באופן עיוור וגורף תוך התעלמות מוחלטת מנסיבות משתנות, פוגעת קשות באנשים אשר באופן מובהק אינם מסוכנים אך ייכנסו ל"קטלוג" המסוכנות באופן אוטומטי. כך, למשל, אנשי פת"ח המתנגדים ואף נרדפים על ידי שלטון החמא"ס; אנשים שמקבלים היתרי כניסה לישראל לצרכי עבודה; אנשים שמתגוררים ברצועה זמן קצר, ועוד: לכולם לא תינתן ההזדמנות לסתור את קטלוגם כמסוכנים, ותישלל מהם באופן אוטומטי הזכות לחיות עם בני משפחתם בישראל.

38. בית המשפט דחה את העתירות כנגד הוראת השעה אך ורק לאור מערכת האיזונים המעוגנת בה. מדיניות ה"סיכון הגורף" האוסרת על בחינה פרטנית כלשהי, כפי שזו באה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, מפרה איזון עדין זה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם הוראת השעה, ועל כן אינה עומדת בתנאי המידתיות. מדיניות זו פוגעת קשות ובאופן בלתי מידתי בזכויות יסוד; דינה להתבטל, לאור אי-חוקתיותה.

39. יפים לסיכום עניין זה מילותיו של השופט (בדימו') אדמונד לוי, בפסק דינו בעניין גלאון:

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

(שם, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

#### כבילת שיקול הדעת

40. כאמור, החלטת הממשלה נשענת על סעיף 3 של הוראת השעה. על פי הוראת השעה, סמכותו של שר הפנים לסרב לבקשת אחמ"ש בשל מניעה ביטחונית הינה סמכות שבשיקול הדעת. כך עולה בבירור מלשון החוק, לפיה "רשאי שר הפנים לקבוע...". כלומר, על שר הפנים לבחון כל מקרה לגופו (ועל כן הלשון "תושב האזור או המבקש האחר" – לשון שאינה גורפת ומתייחסת לבקשה פרטנית לרישיון ישיבה). לגבי כל מקרה, על שר הפנים להחליט אם תושב האזור עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל. החלטה זו תתבסס, בין היתר, על חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים.



41. זאת ועוד. בעניין **דקה** נקבע 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, סי' 31).

42. ברי, כי קביעה זו יפה גם לעניין מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב אזור, שכן מדובר בסיכון "עקיף" לגמרי, שלא נובע ממסוכנות האדם עצמו, אלא ממקום בו הוא מתגורר. קרי, במקרה של סיכון הנובע מ"מקום מושב", כרוך השימוש בסמכות בהפעלת שיקול דעת על אחת כמה וכמה.

43. לכן, גם במקרה של תושב עזה, הנופל לכאורה בגדרה של החלטת הממשלה 3598, אין איסור גורף להסדיר את מעמדו בישראל. כפי שנקבע בעניין **דקה**, יש לאזן בין הסיכון הנשקף ממנו ביחס למידת הפגיעה בזכות למשפחה, הטמונה בסירוב למתן ההיתר.

44. ברי כי היא זה אבסורד גמור אם כאשר מדובר באדם שאחיו הם פעילי חמאס, תיערך בחינה דקדקנית, ייבדקו נסיבות המקרה ויופעל שיקול דעת, בעוד כאשר מדובר באדם אשר התגורר ברצועת עזה חודש ימים בקשתו תסורב על הסף בלא בחינה כלשהי.

45. ואילו, החלטת הממשלה עושה בדיוק זאת: קובעת כלל גורף, ומחילה מדיניות באופן עיוור, על כלל המקרים המובאים בפני שר הפנים, ובכך, למעשה, כובלת מראש את שיקול דעתו.

46. יש להדגיש כי החלטה זו מנוגדת אף לכלל היסוד במשפט המינהלי, לפיו קביעת מדיניות והנחיות פנימיות אינה פוטרת את הרשות מחובתה לשקול כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו (בג"צ 327/52 **זמיר נ' המפקח על התעבורה**, פ"ד ז 358; בג"צ 92/83 **נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה ופעולות איבה** פ"ד לט (1) 341; בג"צ 2709/91 **חפציבה חברה לבניין עבודות ופיתוח בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מה (4) 428; בג"צ 10/79 **הרמן נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו**, פ"ד לג (3) 60; זמיר, 701-703, 784-786).

47. חמור מכך: שיקול הדעת במקרה זה, נכבל לאורה של המלצת השב"כ (ר' הודעת מזכיר הממשלה, סעיף 15 לעיל). כידוע, **השב"כ הינו גורם מייעץ בלבד**, ועל הרשות המינהלית להפעיל שיקול דעתה באופן עצמאי ופרטני (עתי"ם 1196-05-10 **נאצר נ' מדינת ישראל**).

#### הרחבת "הקשר הגיאוגרפי": פגיעה בהפרדת הרשויות

48. כמתואר לעיל, החלטת הממשלה מנחה את שר הפנים "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" (ההדגשה הוספה, נ.ד.). **דהיינו, די בכך שכתובתו הרשומה של אדם הינה ברצועת עזה, כדי לסרב לבקשת בן זוגו לאיחוד משפחות עימו.**

49. מדובר במדיניות העומדת בסתירה להוראות סעיף 3ד עצמו, הקובע כי ניתן לסרב לבקשה לאיחוד משפחות רק "על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה **במדינת**

**מושבו או באזור מגוריו** של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" (ההדגשה הוספה – נ.ד.).

50. בסעיף 3 סיפא בחר המחוקק במודע שלא לקבוע את **כתובתו הרשומה** (שמהווה, כידוע, ראייה לכאורה בלבד ולא יותר מכך) של "תושב האזור או המבקש האחר" כבסיס לשלילת האפשרות ליתן לו היתר שהייה בישראל. תחת זאת, בחר המחוקק בביטויים "**מדינת מושבו**" ו"**אזור מגוריו**" של אותו "תושב אזור או המבקש האחר". ברי כי מדובר בקריטריונים, שבבסיסם עומדים מבחנים עובדתיים מצומצמים, המתייחסים לשאלה אחת בלבד: **היכן מתגורר בפועל אותו "תושב אזור או המבקש האחר"?**

**לאור זאת, החלת הסיפא של הסעיף רק על בסיס רישום בלבד מהווה חריגה ברורה מהוראות החוק המסמיך.**

51. לעניין זה יוזכר, כי בתי המשפט קבעו זה מכבר כי אין בעובדת הרישום בשטחים, כשלעצמה, כדי להעיד כי אדם אכן מקיים בשטחים **מרכז חיים**. כאשר אלו הקביעות באשר למונח "מרכז חיים", אזי ניתן לומר, מקל וחומר, שלא ניתן להתייחס למי שרק כתובתו הרשומה הינה בעזה, ואיננו מתגורר בה בפועל – כמי שעזה היא "אזור מגוריו".

52. עולה מהמקובץ, כי החלטת הממשלה מתעלמת מאמירתו הברורה של המחוקק (אשר עיגנה את לשון הצעת הממשלה בעניין! ר' סעיף 8 לעיל) ומרחיבה את ה"סיכון הגיאוגרפי" לאין שיעור. המדובר בפעולה חקיקתית מובהקת ובכך: פגיעה חמורה בהפרדת הרשויות.

#### קביעת הסדר ראשוני ופגיעה בזכויות יסוד: חריגה מסמכות

כלל בסיסי של המשפט הציבורי בישראל קובע, כי מקום שפעולת שלטון מעוגנת בתקנה או בהוראת מינהל, מן הראוי הוא כי המדיניות הכללית ואמות-המידה העקרוניות המונחות ביסוד הפעולה יעוגנו בחקיקה ראשית שמכוחה הותקנה התקנה או נעשתה הוראת המינהל. בלשון "טכנית" יותר קובע הכלל הבסיסי, כי "הסדרים ראשוניים" הקובעים את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים – צריכים להיקבע בחוק של הכנסת, ואילו התקנות או הוראות המינהל צריכות לקבוע אך "הסדרים משניים".

(בג"ץ 3267/97 **רובינשטיין נ' שר הביטחון**, פ"ד נב(5) 481, פסקה 19 לפסק דינו של השופט ברק).

53. סעיף 3ד להוראת השעה קובע מדיניות כללית ואמות מידה עקרוניות, באשר להיקף ה"סירוב הביטחוני", הפעלת שיקול דעת פרטני והאנשים אליהם מתייחס הסיכון הגיאוגרפי. כלומר, הכנסת קבעה בעניין זה "הסדר ראשוני" ברור ומקיף. החלטת הממשלה אינה מסתפקת בקביעת הסדרי משנה בדבר יישום הוראות סעיף 3ד, אלא **קובעת הסדרים ראשוניים משל עצמה, וחמור מכך: קובעת הסדרים ראשוניים המנוגדים ניגוד ברור להסדר שהתווה המחוקק**. הנה כי כן, ברי כי החלטת הממשלה קובעת הסדרים בחוסר סמכות.

54. יתרה מכך. החלטת הממשלה מטפלת בנושא מהותי וכבד משקל: הגשמת זכות היסוד לחיי משפחה, באמצעות הליכי איחוד משפחות של תושבי ואזרחי ישראל עם בני זוגם וילדיהם. כיום, בעידן שלאחר עניין **עדאלה**, אין חולק עוד כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. קביעה זו קיבלה תוקף נוסף גם בפסק הדין בעניין **גלאון**.

55. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו. **קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק בחוק או מכוח הסמכה מפורשת בחוק, ורק משיקולים כבדי משקל.**

56. ואילו החלטת הממשלה פוגעת אנושות בזכות לחיי משפחה, וזאת, ללא הסמכה חוקית לעשות כן. היא סותמת את הגולל על איחוד משפחות עם תושבי עזה, חרף העובדה שהוראת השעה הותירה עניין זה לשיקול דעת שר הפנים; היא מרחיבה את הסיכון הגיאוגרפי לסיכון המבוסס על רישום, בניגוד לאמירתו הברורה של המחוקק; היא קובעת סיכון גורף תחת הדרישה לאבחון פרטני.

57. בנוסף לפגיעה הקשה בזכות לחיי משפחה, פוגעת החלטת הממשלה קשות בזכויותיהם של ילדים. ראשית, כידוע, החלטת הממשלה חלה ישירות בעניינם של קטינים מעל גיל 14. שנית, הפגיעה העצומה שיש להחלטה על משפחות, משפיעה, כמובן, גם על הילדים אשר משפחתם מופרדת ומפורקת לאור החלטת הממשלה.

58. כידוע, **הממשלה אינה מוסמכת להחליט על פגיעה בזכויות יסוד חוקתיות, ועל כן, דין החלטתה – אשר פוגעת בזכויות יסוד חוקתיות בהיעדר הסמכה לעשות כן – בטלות.** לעניין זה ר':

בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד(ב) 80 (1);

בג"ץ 2918/93 **עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל**, פ"ד מז(5) 832;

בג"ץ 5128/94 **נועם פדרמן נ' שר המשטרה**, פ"ד מח(5) 647;

59. יודגש, כי אף הסמכויות הכלליות של הממשלה, אין בכוחן להוות תחליף לדרישת ההסמכה החוקית:

אין לפגוע בחירות זו אלא בהוראת חוק המקיימת את הדרישות החוקתיות. סמכות מינהל כללית של הממשלה, אין בכוחה לקיים דרישה זו. אכן, כאשר ביקש המחוקק להעניק לשירות הביטחון הכללי סמכות הפוגעת בזכות אדם, הוא קבע לעניין זה הוראה מיוחדת.

(בג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל**, פ"ד נג(4)

60. ובכל מקרה, גם בקיומה של החלטת הממשלה, שר הפנים עדיין מחויב להפעיל את שיקול דעתו העצמאי וליתן החלטות פרטניות, כפי שמורה לו סעיף 3ד להוראת השעה. זאת, בשל מהות העניין, אשר הינו מימוש מערכת איזונים שבין הזכות לחיי משפחה, להגנה על ביטחון הציבור על ידי בחינה פרטנית של מבקש ההיתר או המעמד (לעניין זה ר' סעיף 10 להנחיית יועמ"ש 1.1001 המעמד של החלטת הממשלה בעניין מסוים כלפי השר המוסמך באותו עניין). החוק קבע מפורשות שעל שר הפנים להפעיל שיקול דעת פרטי; החלטת ממשלה לא יכולה "לבטל" חובתו זו של שר הפנים.

61. אם כן, החלטת הממשלה, אשר מרחיבה לאין שיעור את הוראות סעיף 3ד לחוק, מהווה לא רק הסדר ראשוני אלא גם הוראה אשר פוגעת בזכויות יסוד ללא הרשאה חוקית. לאור כל זאת, דינה בטלות.

### סיכום של דברים

62. מן המקובץ לעיל עולה, כי במדיניות הנוהגת כיום נפלו פגמים רבים וחמורים. המדובר במדיניות אשר נתקבלה בהחלטת ממשלה תוך פגיעה בלתי מידתית בזכויות יסוד, ללא הסמכה חוקית לכך; בהיעדר סמכות, תוך פגיעה בעקרון הפרדת הרשויות; תוך כבילת שיקול הדעת מקום שהדין קובע כי יש לערוך מבחנים פרטניים.

63. לאור כל זאת, אנו קוראים להפסיק באופן מיידי את המדיניות הגורפת אשר באה לידי ביטוי בהחלטת הממשלה, ולפעול על פי ההוראות הברורות של סעיף 3ד להוראת השעה: בחינה פרטנית של כל בקשה, כאשר חוות דעת גורמי הביטחון באשר למתרחש באזור כלשהו מהווה אך שיקול אחד בסך השיקולים אותם יש לשקול, ובראשם, זכות היסוד לחיי משפחה.

בכבוד רב,

נועה דיאמונד, עו"ד