

בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 1038/08

ע"ם 7493/08

בפני: כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ח' מלצר

המערערת בע"ם 1038/08
ובע"ם 7493/08:

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים בע"ם 1038/08:

1. חסין געאביץ
2. לינה געאביץ
3. פלונית
4. פלונית
5. פלונית
6. הלסי נהאר
7. מרעי פוזייה
8. פלונית
9. פלונית
10. פלוני
11. פלוני

המשיבים בע"ם 7493/08:

1. אחלאם אבו גאליה
2. גדיר אבו גאליה

המבקשים להצטרף כידידי בית המשפט:

1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
2. האגודה לזכויות האזרח

ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בתיק עת"מ 514/07 ובתיק עת"מ 870/07, וערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים בתיק עת"מ 8104/08

תאריך הישיבה: י" בשבט תשס"ט (4.2.09)

בשם המערער בע"ם 1038/08 ובע"ם 7493/08: עו"ד מיכל צוק, עו"ד יוכי גנסין

בשם המשיבים בע"ם 1038/08: עו"ד נגיב זאיד

בשם המשיבים בעע"ם

: 7493/08

בעצמם

בשם המבקש 1 להצטרף

כידיד בית המשפט:

עו"ד יותם בן הלל

בשם המבקשת 2 להצטרף

כידיד בית המשפט:

עו"ד עודד פלר

פסק-דין

השופט א' רובינשטיין:

א. מהם גדרי חובת השימוע המוטלת על גורמי המדינה כלפי מבקשי איחוד משפחות (במיוחד עסקינן בתושבי איו"ש, חלקם שוהים בלתי חוקיים בתחומי ישראל), שהמניעה לאיחוד משפחות לגביהם היא בטחונית? לפנינו שני ערעורים שאוחדה שמיעתם, אשר עניינם שלושה פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים: עע"ם 1038/08 - ערעור על פסק דינו של סגן הנשיא עדיאל מיום 31.12.07 בעת"ם 7493/08 ועל פסק דינו של השופט סובל מיום 23.1.08 בעת"ם 870/07; ועע"ם 7493/08 - ערעור על פסק דינו של סגן הנשיא עדיאל מיום 11.6.08 בעת"ם 8104/08. בכל המקרים הללו ביטל בית המשפט לעניינים מינהליים החלטה שקיבלה המערערת (להלן המדינה) לגבי מי מהמשיבים, והורה כי עליה לקיים שימוע בטרם החלטה סופית.

רקע

ב. עת"ם 514/07 (המשיבים 15 בעע"ם 1038/08): המשיב 1, תושב ישראל, והמשיבה 2, תושבת האזור, נשואים, ולהם שלושה ילדים (המשיבים 35). ביום 26.1.06 הגיש המשיב 1 בקשה לאיחוד משפחות. ביום 16.11.06 הודיעה המדינה על סירוב לבקשה מטעמים בטחוניים, ונאמר, כי "מבדיקה שנערכה עלה כי בכוונת המוזמנת לבצע פיגוע, אחיה קשור לפעיל ארגון טרור". ערר למשרד הפנים על החלטה זו נדחה. בעתירת המשיבים לבית המשפט קמא נטען, בעיקרו של דבר, כי החלטת המדינה התקבלה בלא שניתנה להם זכות טיעון; במהלך הדיון בעתירה הוזמנה המשיבה 2 לתשאול אצל גורמי הבטחון, אך לא התייצבה. בית המשפט קיבל את טענת המדינה, כי הליך הערר מהוה שימוע (בכתב); אך קבע כי "שימוע מאוחר" זה לא די בו כדי לרפא את הפגם בהחלטה המקורית, ומשכך יש לבטלה ולשקול את עניינם של המשיבים מחדש לאחר קיום שימוע. בין השאר נאמר, כי במאטריה הרלבנטית אין מניעה לערוך שימוע מוקדם (וככל שמדובר בשיקולים בטחוניים, עד לקבלת החלטה המדינה אינה חייבת להתיר את שהיית המשיבה

2 בארץ); כי ביטול ההחלטה שהתקבלה בלא שימוע מוקדם מתחייב מאופי הזכות שנפגעה – הזכות לחיי משפחה, שהיא חלק מהזכות החוקתית לכבוד (בהסתמך על בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.06), להלן עניין עדאלה); וכי הסתפקות בשימוע המאוחר משמעותה מתן הכשר לנוהג פסול.

ג. עת"ם 870/07 (המשיבים 611 בעע"ם 1038/08): המשיב 6, תושב ישראל, נשוי למשיבה 7, אזרחית ארצות הברית, ולהם ארבעה ילדים (המשיבים 811). ביום 29.1.06 הגיש המשיב 6 בקשה לאיחוד משפחות (בקשה קודמת, מיום 20.3.01, סורבה ביום 6.8.03). הבקשה נדחתה מטעמים בטחוניים ביום 15.11.06, ונאמר כי "בני משפחתה [של המשיבה 7] קשורים לפעילי ארגון טרור". ערר על ההחלטה נדחה. עתירת המשיבים התבססה על הפגיעה בזכות הטיעון, ובין השאר הסתמכה על פסק הדין בעת"ם 514/07. בדיון בעתירה הוצג חומר מודיעיני, ותמציתו נמסרה למשיבים בהסכמת המדינה. בפסק דין קצר קיבל בית המשפט את העתירה, בקבעו שהמידע שהוצג למשיבים בדיון לא הועבר להם עובר להחלטה בעניינם, ועל כן יש לאפשר להם לטעון לגביו בשימוע בטרם קבלת החלטה חדשה.

ד. עת"ם 8104/08 (המשיבים בעע"ם 7493/08): בקשת המשיבה 1, תושבת קבע בישראל, לאיחוד משפחות עם המשיב 2, סורבה ב-23.11.99. בעקבות עתירת המשיבים בבג"ץ 7219/01, נאותה המדינה להעניק למשיב 2 היתר כניסה לישראל לתקופה של שנה. עתירת המשיבים לבית המשפט לעניינים מנהליים (עת"ם 619/04) הניבה הסכמה, לפיה יוארך ההיתר לתקופה נוספת בת שנתיים – שנה בשלב ראשון, ושנה נוספת אם לא תהיה מניעה בתום השנה הראשונה. היתר לשנה הוצא ביום 21.2.06. ביום 4.3.07 ביקשו המשיבים הארכה של ההיתר בשנה נוספת. ביום 22.1.08 נשלחה למשיבים הודעה, לפיה סורבה הבקשה מטעמים בטחוניים; נאמר, כי אחד מאחי המשיב 2 קשור לאמצעי לחימה של ארגוני טרור, ואח נוסף פעיל בארגון טרור. גם במקרה זה קיבל בית המשפט את העתירה, תוך הפניה לפסק הדין בעת"ם 514/07, והורה כי על המדינה לקיים למשיבים שימוע בטרם קבלת החלטה בעניינם.

טענות והליכים בערעורים

ה. בשני הערעורים טוענת המדינה, ראשית, כי לא עמדה למשיבים זכות מוגנת לשימוע מוקדם: נטען, כי אין לזרים - השוהים שלא כדין בישראל - זכות לשימוע עובר לקבלת החלטה בעניינם; זאת, בין השאר, מן הנימוק שסירוב לבקשה להתיר את שהייתם

בארץ אינו משנה את מעמדם המשפטי. עוד נאמר, כי נוכח המטרות הבטחוניות בהן מדובר, ונוכח תכליתו של חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, דחיית ההחלטה עד לקיום שימוע פוגעת באינטרסים ציבוריים. עוד נטען, כי בעניין עדאלה נחלקו הדעות באשר להיקפה ואופן מימושה של הזכות לחיי משפחה, ומכל מקום זכות זו נוגעת לתושבי ישראל בלבד. שנית טוענת המדינה, כי נוהל הטיפול בבקשות לאיחוד משפחות, לרבות הזכות להשיג על החלטה לאחר קבלתה, נדון ואושר בבג"ץ 7016/01 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 25.2.04) (להלן עניין האגודה לזכויות האזרח). שלישיית נטען, כי אף בהנחה שראוי היה לערוך למשיבים שימוע בטרם קבלת החלטה בעניינם, אי-קיום השימוע אינו צריך להביא לביטול ההחלטה. זאת, בתמצית, נוכח הפגיעה באינטרס הציבורי שתיגרם אם יתאפשר למבקשי מעמד, אשר נשקפת מהם סכנה בטחונית, להמשיך ולשהות בארץ עד לקיום שימוע וקבלת החלטה בעניינם.

ו. ביום 26.10.08 הגישו המשיבים בעע"ם 7493/08 בקשה לצו ביניים, שימנע את הרחקתם מהארץ עד להכרעה בערעור המדינה. לאחר דיון בבקשה (ביום 21.12.08) הוסכם, כי אף בלא צו ביניים לא יורחקו המשיבים בארץ לעת עתה (החלטות מימים 21.12.08, 22.1.09).

ז. בתגובתם לערעור, מיום 8.12.08, סומכים המשיבים בעע"ם 1038/08 ידיהם על פסקי הדין של בית המשפט קמא. הורחב הדיבור בדבר חשיבותן של זכות הטיעון והזכות לחיי משפחה, ובדבר חסרונותיו של השימוע המאוחר. עוד נאמר, כי בעניין האגודה לזכויות האזרח לא נדונה ולא אושרה הפרקטיקה לפיה אין מקוים שימוע מוקדם. בתשובת המדינה, מיום 1.1.09, הודגשו הטענות, כי יש ליתן משקל להגנה על שלומו ובטחונו של הציבור; כי זכותו של נתין זר לחיי משפחה אינה מוגנת בדיון; וכי הנוהל לפיו פועלת המדינה בתיקי איחוד משפחות אושר בעניין האגודה לזכויות האזרח.

ח. ביום 21.9.08 הוחלט ששני הערעורים (עע"ם 1038/08 ועע"ם 7493/08) יישמעו יחדיו. דיון מאוחד התקיים ביום 4.2.09, ובו השתתפו גם המבקשים להצטרף להליך כידידי בית המשפט, המוקד להגנת הפרט והאגודה לזכויות האזרח. מטעם המדינה נטען, כי הנוהל הקיים לטיפול בבקשות לאיחוד משפחות גובש בעקבות העתירה בעניין האגודה לזכויות האזרח, ומדובר בנוהל מאוזן וסביר. הודגש, כי קיום שימוע בטרם החלטה עלול לעכב את הרחקתם מן הארץ של גורמים המסכנים את שלום הציבור, ונטען כי אין טעם של ממש בקיום שימוע מוקדם, מקום שהפרט חולק באופן גורף על המידע המודיעיני בעניינו. מטעם המשיבים נאמר, כי אין סיבה שלא לשמוע את עמדת הפרט בטרם קבלת החלטה בעניינו. בשם האגודה לזכויות האזרח נטען, כי הזכות לשימוע

בנדון דידן נגזרת מזכויותיו של בן הזוג תושב ישראל. נמסר מטעם המדינה, כי למשיבים הפרטניים יקויים שימוע; ובהחלטה שניתנה בו ביום נקבע, כי החלטה סופית בעניינם של המשיבים תתקבל לאחר שימוע (בהנחה שיתייצבו), וכי הכרעה עקרונית תינתן בנפרד. זו איפוא הכרעתנו.

הכרעה

ט. המציאות שערעורים אלה נדרשים אליה היא מורכבת ורבת גוונים. יש בה ייחודיות ישראלית, כפי שיוסבר, גם אם יש מהן מן המדינות הנתקלות בבעיות בגוון דומה. מחד גיסא, מדינת ישראל, ככל המדינות המתקנות, זכאית וחייבת לשלוט בזרם הנכנסים עליה והיושבים בה. בבג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 704 ציין השופט טל (בדעת מיעוט שם, אך הדברים אינם מובאים בהקשר לליבת המחלוקת באותו עניין), כי "כוחו של כל שלטון להגביל את הכניסה לארצו נגזר מעקרון הריבונות", ולהלן הוסיף (עמ' 705) כי משמעותם הציבורית של חוקי הגירה:

"הביאה לכך שכל מדינה מטילה הגבלות על כניסתם של זרים אליה, והגבלות נוספות על המבקש להפוך לתושב או לאזרח... אשר להגבלות על כניסה למדינה, כל מדינה שומרת לעצמה את הכוח המוחלט לשלוט על זרם הנכנסים אליה".

לענין זה ציטט השופט טל מפי השופט ברנזון בבג"צ 682/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד מ(4) 436:

"בכל הנוגע לענייני כניסה של זרים לישראל וישיבה בה, אין היא מיוחדת במינה או יוצאת דופן. בדרך כלל, כל ארץ שומרת לעצמה את הזכות למנוע מאנשים זרים את הזכות להיכנס לתחומה או להרחיקם מתחומה כאשר אינם רצויים עוד, מסיבה זו או אחרת, ואף ללא כל סיבה".

ועוד הביא השופט טל מפסיקת ארה"ב ואנגליה ברוח זו (ראו שם בעמ' 705-706); בין היתר ציטט מפי הלורד דנינג בפרשת Schmidt v. Secretary of State (1969) 1 All E.L. (C.A.) 904:

"...at common law no alien has any right to enter this country except by leave of the Crown: and the Crown can refuse leave without giving any reason".

דברים אלו הם בחינת פשיטא, ומעוגנים הם גם בשכל הישר ובצורך מובהק וברור. ואכן, מדינות רבות - ובהן המתקנות שבהן וביחוד כאלה המהוות מוקד משיכה לזרים,

מטעמים כלכליים ואחרים - אינן נותנות לבוא בשעריהן לכל מאן דבעי. יש מהן שנכוו מהסתננותם של זרים ומשוהים בלתי חוקיים מרובים, והן מפעילות אמצעים נגד זאת.

י. עד כאן הצד השווה שבין התמודדותנו לבין התמודדות המדינות כולן עם הבאים לגבולותיהן. מאידך גיסא, המצב הישראלי, כמשתקף במקרים נשוא ערעורים אלה, ייחודי הוא. אנו שוכנים בסמוך לשטחי הרשות הפלסטינאית. אך טבעי הוא, לנוכח קרבה לאומית, דתית, לשונית ומשפחתית, שפלסטינאים מן הרשות באים בקשרי חיתון עם ערבים ישראלים, אזרחים או תושבים. זו היתה הסוגיה שעל מדוכתה ישב בית משפט זה בפסק דין ע"דא"ל. במסגרתה קשה במיוחד, במידה מסוימת, סוגיית קשרי חיתון של תושבי הרשות עם ערביי מזרח ירושלים, שהם תושבי ישראל ורובם הגדול אינם אזרחיה, ושעתידם השיוכי עודו במשא ומתן מדיני על פי הסכמים, ואופשר להם משכבר הימים להצביע בבחירות לרשות הפלסטינאית. לא ייפלא, כי לא אחת מצויים בישראל שוהים או שוהים שלא כחוק מן השטחים, שבאו בקשרי נישואין עם אזרחים או תושבים ערביים בישראל, גם אם מצבה הכלכלי של ישראל אינו מזהיר, בולט הוא ביותר לטובה מכל שכנותיה, ובודאי אל מול הרשות הפלסטינאית שלידה. על כן מעדיפים רבים מן הנישאים, יש להניח כי רובם, לגור בישראל. מבלי שניכנס לסוגיית איחוד המשפחות בעקבות פסק דין ע"דא"ל, מקרים אלה של נישואין עם מי שאינם ישראלים והמבקשים איחוד משפחות, שונים הם בשניים מאיחוד משפחות עם זרים מכולי עלמא: ראשית, בכך שהנסיבות הכלליות פותחות עצמן מטבען למקרי נישואין רבים בין אזרחי ישראל או תושביה לבין בני/בנות זוג מאיו"ש; שנית, בשל המצב הבטחוני הייחודי. הנושאים הבטחוניים - והדברים נאמרים בלא כוונת פגיעה - שכיחים לגבי תושבי הרשות או פלסטינאים אחרים שמחוץ לישראל. הדעת נותנת איפוא, כי היחס במקרים השונים לנושאי השימוע יהא מותאם להם ולנסיבותיהם, לעובדות המקרה ולאינטרסים של המדינה. על כן, איננו באים בהזדמנות זו לקבוע מדיניות גורפת בנושא זכות הטיעון לפני קבלת כל סוגי ההחלטות באיחוד משפחות להן מוסמך שר הפנים, אלא דנים אנו אך בסוגיה התחומה שלפתיחנו בערעורים אלה - זכות הטיעון לפני דחיית בקשה לאיחוד משפחות של ישראלים, אזרחים או תושבים, עם תושב או תושבת איו"ש (זו הדוגמה השכיחה, אם גם אינה יחידה) על רקע מניעות בטחוניות. כאמור, יש כמובן לראות נושא זה גם על רקע "מגנט המשיכה" הכלכלי - המצטרף ליחסי הקרבה האמורים - שמהווה ישראל. עם זאת יש לזכור, כי אף שהזכות לחיי משפחה היא מובנת ומושרשת בקיום האנושי, המציאות לגביה מורכבת - האם מימושה של הזכות צריך להיות בישראל דווקא? אף סוגיה זו עמדה על הפרק בפרשת ע"דא"ל. מכל מקום, עלינו להידרש לנושא השימוע לעניין החלטה בדבר מניעות בטחוניות.

י"א. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, שבגדריו מצויים אנו, מקנה לשר הפנים את הסמכות להעניק אשרות ורשיונות ישיבה לתקופות שונות וכן רשיון לישיבת קבע, להאריך את הרשיונות השונים, להחליף רשיון ישיבה מסוג קצר ברשיון ישיבה מסוג ארוך יותר, וכן לבטל אשרות ולהרחיק מישראל את מי שמצוי בה ללא רשיון, וכל אלה על פי שיקול דעת רחב ביותר (בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293). במסגרת שיקול הדעת המסור לשר הפנים בהכרעה בבקשות ליתן מעמד לזר בישראל, עליו לכלול שיקולים הקשורים לסיכון הנשקף מן המבקש לבטחון הציבור, שלומו, בטחון המדינה או אינטרסים חיוניים שלה, ורשאי השר להעדיף את שיקולי בטחון הציבור על פני האינטרסים והציפיות של המבקש (עע"מ 9993/03 חמדאן ואח' נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(4), 134; עע"מ 1889/06 סייד סנדוקה נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין (לא פורסם)).

י"ב. בבקשות לקבלת מעמד על רקע נישואין עם אזרח או תושב ישראלי, פועל משרד הפנים – לגבי כלל מבקשי המעמד – על פי נוהל "ההסדר המדורג", שתמציתו קיום הליך הדרגתי, אשר בתחילתו ניתן לבן הזוג הזר מעמד זמני בישראל, ובסופו, ככל שקוימו תנאיו, יכול בן הזוג להתאזרח על פי סעיף 7 לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 (בג"ץ 7139/02 עבאט-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481). ההתקדמות במסגרת ההסדר המדורג והמעבר בין השלבים בו מותנים בהמשך קיומו של התא המשפחתי בישראל ובהיעדר פגיעה באינטרסים ציבוריים, לרבות סיכון פלילי או בטחוני (בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 139). כאן מקום עמנו להטעים, כי במסגרת התיקונים משנת 2005 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, עוגנה בסעיף 3ד' האפשרות, שהיתה עד אז בגדר הוראה מינהלית, לא להעניק היתר שהייה או רשיון לישיבה בישראל אם קבע שר הפנים, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי אחד המבקשים או בן משפחתם עלולים להוות סיכון בטחוני למדינת ישראל.

י"ג. בעקבות הגשת העתירה בעניין האגודה לזכויות האזרח, גובש נוהל 5.2.0015 של מינהל האוכלוסין (שעודכן לאחרונה ביום 29.11.07), אשר כותרתו "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות", העוסק באופן קבלתו ושקילתו של מידע בטחוני הנוגע למבקשי איחוד משפחות, ומסדיר את המידע שיש לכלול במסגרת הודעת הסירוב, במקרה של דחיית הבקשה משיקולים בטחוניים. עיקר הנוהל, שהוא מפורט, הוא כלהלן: משרד הפנים מפנה את הבקשה לגורמי הביטחון והמטרה, לחוות דעה האם היא

באישור הבקשה משום יצירת סיכון לבטחון הציבור או המדינה. הגורמים הללו בודקים את המידע ונדרשים לתוכנו ולחומרתו, לשאלה למי הוא מתייחס (לבן הזוג הישראלי או הזר), לסוג המידע ולשלב בהליך המדורג. משרד הפנים שוקל את המידע שהתקבל מן הגורמים הבטחוניים – ומחליט. ככל שהסירוב הוא על רקע קיומם של הרשעה או תיק פלילי תלוי ועומד, הדבר מצוין בהודעת הסירוב. ככל שהסירוב נובע ממידע מודיעיני, כוללת הודעת הסירוב את תמצית המידע המודיעיני שהיוה הבסיס לסירוב בדרך של פרפרזה, למעט מקרים חריגים בהם מתן התמצית אינו אפשרי, ואז נאמר רק שהדחייה היא "נוכח מידע על פעילות בה מעורב בן הזוג המוזמן, ואשר יש בה כדי לסכן את בטחון המדינה". לנפגע עומדת הזכות להשיג על הודעת הסירוב בתוך 45 יום בפני משרד הפנים. דבר זה אינו מופיע בנוהל עצמו, אך נאמר בפסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח כי אין המשיב חולק על זכות ההשגה.

י"ד. השאלה המתעוררת בעתירה זו היא, כאמור, האם לאחר קבלת חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים, ובטרם קבלת ההחלטה לסרב לבקשה, על משרד הפנים לקיים שימוע ולאפשר למבקשים להגיב על חוות הדעת שניתנה בעניינם. שאלתי עצמי מה מטריד את המדינה במקרים דנא, שבהם הסכימה לשימוע הספציפי בגדרי הערעור? דומני כי התשובה היא החשש פן המגמה המתבטאת לשיטתה בפסקי הדין נשוא הערעורים תהפוך לכלל קבוע ו"נוקשה", שלפיו זר באשר הוא ירכוש לו זכות שימוע, אשר כשוכל אחריה תיגרר שהיה נמשכת עד אין קץ, בתוך העררים והערעורים המרובים. הדעת נותנת, כי חוששים גורמי המדינה, ש"קבוע השימוע" כזכות מוקדמת יביא להרחבתה של השהיה הבלתי חוקית במקרים שונים, וכמעט להנציחה, בשעה שקיימת מניעה בטחונית.

על זכות הטיעון

ט"ו. מתן זכות הטיעון - חובת השימוע - הוא יסוד מוסד במשפט המינהלי בישראל, ושורשיה הערכיים של הזכות, אמנם בזירה השיפוטית דווקא, מצויים במקרא: "שמע בין אחיכם ושפטתם צדק" (דברים א', ט"ז; ראו גם דברי המשנה לנשיא אלון בבג"צ 4112/90 האגודה לזכויות האזרח נ' אלוף פיקוד הדרום, פ"ד מד(4) 626, 637-638). המלומדת ד"ר מיכל הורוביץ, במאמרה "לצאת ידי שימוע - עקרון השימוע במבט אנליטי" (משפט ועסקים ט' (תשס"ח-2008), 311; המאמר מוקדש בעיקרו לשימוע לעובד בגדרי פיטורין), מזכירה את מקרה אבימלך (בראשית כ', ד) כמקור משפטי להבטחת זכות השימוע; "הגוי גם צדיק תהרוג!" (עמ' 314-317; הדבר מוצג שם "כזכות שיש לדרוש וכעיקרון המשלב בין האינטרסים של שני הצדדים" (עמ' 318)). פסיקה רבה פירטה את זכות הטיעון לענפיה ולתחומיה, ככלל של צדק טבעי, וכביטוי להוגנות (בג"צ 3379/03

מוסטקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 890, מפי המשנה לנשיא אור) ולמראית פני הצדק (בג"צ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים, פ"ד מח(5) 291, 303-304, מפי השופט זמיר, להלן פסק דין באקי). עוד נקבע זה מכבר, כי זכות הטיועון אינה תלויה בקיומה של הוראת חוק, אלא היפוכו של דבר - על מנת לשלול את זכות הטיועון דרושה הוראת חוק ספציפית, ברורה ומפורשת (בג"ץ 531/79 סיעת הליכוד בעיריית פתח תקוה נ' מועצת עיריית פתח תקוה, פ"ד לד(2) 566, 574-575). המחברת הורוכיץ (שם, 328) מציגה את העיקרון כנתון לשניות מבלבלת, שמצדה האחד חובת הרשות ליתן הזדמנות שימוע, ומאידך גיסא זכותו של האדם שבעניינו יש להחליט. עוד רואה היא את זכות השימוע כמעין "נגזרת לזכות ההגנה העצמית" (עמ' 336), ועל כן אף מועלה לשיטתה לדרגה חוקתית (עמ' 339).

ט"ז. שלושה תנאים עיקריים נדרשים על מנת להקנות תחולה לכלל השימוע: פגיעה; באינטרס מוגן; באופן ישיר וממשי (ראה יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך שני, תשנ"ו) ב', 797; עע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (טרם פורסם)). נראה כי אין מחלוקת בין הצדדים, שסירובו של משרד הפנים לבקשה לאיחוד משפחות הוא החלטה שיש בה פגיעה - ישירה וממשית - במשפחה. המחלוקת נסבה בראש וראשונה על שאלת קיומו של אינטרס מוגן: האם לזר זכויות מוגנות בישראל, המקימות זכות טיועון. נזכיר כי בבקשות איחוד משפחות שסורבו עקב מניעה בטחונית עסקינן.

זכות הטיועון של בן הזוג הישראלי

י"ז. עסקינן במקרים שבהם אחד מבני הזוג הוא ישראלי, אזרח או תושב, הפגיעה בבן הזוג הישראלי כשלעצמה מצדיקה הענקת זכות טיועון. שמירה על שלמות המשפחה מהוה חלק מתקנת הציבור בישראל (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז(1), 749) וחלק מזכויות היסוד של הפרט (על פי רוב השופטים בבג"ץ עדאלה). על כן, זכות הטיועון הבסיסית היא של בן הזוג הישראלי. באופן דומה, בבג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, שעסק בשאלת התאזרחותם של זרים לא-יהודים הנשואים לאזרחים ישראלים יהודים, הועלתה, בין היתר, שאלת זכות הטיועון של אותם בני זוג זרים לפני קבלת החלטה בעניין התאזרחותם. באותו ענין קבע השופט (כתארו אז) חשין מפורשות:

"מדברים אנו גם בזכותו של היחיד הישראלי, שהאינטרס שלו בבקשה הינו שווה-ערך, לכאורה, לאינטרס של בן זוגו הזר. אם מפרידים בין בני הזוג ומשלחים את הזר לחו"ל...נפגע במישרין לא רק האינטרס של הזר אלא זכותו של האזרח הישראלי אף הוא. ובאשר לבן הזוג

הישראלי, בוודאי לא תישמע הטענה כי ניתן לפגוע בזכותו ודבריו לא יישמעו תחילה" (עמ' 776).

כך גם במקרה דנא, ובכך לא יתכן ספק. אלא שעלינו לשקלל באופן ספציפי את הנושא הבטחוני, המונח ביסוד עמדת המדינה, ולקבוע את מקומו ומשמעותו בהליך.

זכות הטיעון של תושבי האזור

י"ח. אשר לזכות הטיעון של תושבי האזור, כפי שצוין, המדינה טוענת כי תושבים אלה המגישים את הבקשות לאיחוד משפחות הם מלכתחילה נטולי כל מעמד בישראל; לכן, בסירוב לבקשות אלו אין שינוי לרעה של מעמדם, ואין ההחלטה מקימה חובה לעריכת שימוע לפני קבלתה. עוד נטען, כי לא ניתן להקים חובה כזו מכוח קיומה של זכות חוקתית לחיי משפחה, כיון שאף אם קיימת זכות כזו, אין היא מוקנית לזר השוהה שלא כדין בישראל.

י"ט. לפני למעלה מיובל, בבג"צ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508, אמר בית המשפט, מפי (השופט - כתארו אז - זילברג), מה שהוא אולי בגדר פשיטא, ושברוחו כבר דיברנו מעלה:

"לא יורשה גוף אדמיניסטרטיבי - אפילו אדמיניסטרטיבי טהור (לא מעין שיפוטי) לפגוע באזרח פגיעת גוף, רכוש, מקצוע, מעמד וכיוצא בזה, אלא אם כן ניתנת לנפגע הזדמנות הוגנת להשמעת הגנתו מפני הפגיעה העתידה".

הלשון הננקטת שם היא פגיעה באזרח. לימים, בבג"צ 3495/06 הרב הראשי לישראל נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם), נאמר מפי הנשיאה ביניש:

"עקרון יסוד מושרש בשיטתנו המשפטית הינו כי רשות מינהלית תימנע מהחלטה הפוגעת בזכויותיו ובמעמדו של אדם, אלא לאחר שניתנה לו הזדמנות הוגנת ונאותה להביא טענותיו בעניין".

כאן ננקטה לשון אדם, ולא אזרח; איאחז בכך לומר, כי אכן כברת הדרך של יובל השנים שבין שני פסקי הדין הרחיבה, גם נוכח התפתחויות היסטוריות ופרקטיות (מאז 1967 מצויים עמנו השטחים המוחזקים, משנות התשעים מצויים עמנו עובדים זרים רבים), את ההגנה השימועית אף למי שאינו אזרח. לסקירה עדכנית ראו אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המינהלי, עילות ההתערבות (תשס"ח-2008) עמ' 59-89. מכל מקום, ברי כי תושב ישראל (כגון ערביי מזרח ירושלים) יטופל לעניין זה כישראלאי.

כ. לדידי, יש לקבוע, כי לתושבי האזור המבקשים איחוד משפחות יש ככלל, בהתחשב במאטריה בה מדובר, זכות טיעון בפני הרשות לפני שמתקבלת החלטה בעניינם. נציין כבר כאן, כי יתכנו לכך מגבלות וחריגים אליהם נדרש בהמשך. נשוב ונאמר, כי במקרה דנן אין צורך להכריע בשאלה הרחבה יותר האם לנתינים זרים יש זכות טיעון לפני שמתקבלת החלטה בעניין מעמדם בישראל, כיון שעסקינן במקרים של בקשות לאיחוד משפחות, מאטריה רגישה מטבעה בנסיבותינו, שמניעה בטחונות הובאה כנגדם. לפנינו גם אין עומדות בקשות אחרות של תושבי האזור מן הרשויות, למשל בתחומי עיסוק.

כ"א. אמרנו, כי מדינות אחרות מתמודדות אף הן עם סוגיות מעין אלה או קרובות להן. נזכיר למשל, כי בארצות הברית, הנתקלת גם היא בצורך לטפל בשוהים בשטחה בלא מעמד בדין, שהיא מבקשת להרחיקם מטעמים שונים, הן למבקשים להיכנס והן לאחרים נערך שימוע בפני "שופט הגירה" - משפטן שמינה התובע הכללי המשמש כסוג של שופט מינהלי - בטרם הגירוש. נושא זה מוסדר בהרחבה ב-1229(a), 8 U.S.C §1229. גם במקרים בהם הסיבה להרחקת אותו אדם היא סיבה בטחונות, בדומה למקרים שאנו דנים בהם כאן, מוענקת זכות טיעון: כשהמדינה מבקשת לגרש מן המדינה זר החשוד בפעילות המסכנת את בטחון הציבור או אינטרסים חיוניים של המדינה, לא ניתן להרחיקו אלא לאחר עריכת שימוע, והחקיקה קובעת בצורה מפורטת את כללי עריכתו של שימוע זה. הענקת זכות טיעון לפני שמתקבלת החלטה להרחקה - בלשון אחרת, גירוש - נובעת מן ההשלכות מרחיקות הלכת של ההחלטה על חייהם של הנוגעים בדבר. בלשונו של בית המשפט העליון של ארה"ב:

"...since he is a person, an alien has the same protection of his life, liberty, and property under the Due Process Clause as is afforded to a citizen",

והנה הנימוק:

"Deportation may, as this court has said in *Ng Fung Ho v. White*, 'deprive a man of all that makes life worth living'; and as it has said in *Fong Haw Tan v. Phelan*, 'Deportation is a drastic measure, and at times the equivalent of banishment or exile'" (*Galvan v. Press*, 347 U.S. 522 (1954)).

למען הסדר הטוב נציין, כי גם במשפט האמריקני יש חריג המייתר שימוע במקרה של אדם המבקש להיכנס לארה"ב (ואינו שוהה בה עדיין), שיש בנוגע אליו מידע כי הוא מבקש להיכנס על מנת לעסוק בפעילות פלילית או מחתרתית או פעילות טרור (8 U.S.C §1225(c)). ביחס לאותו אדם, שופט הגירה (אך לא גוף מינהלי רגיל) מורה על סירוב ללא קיום שימוע, תוך שהוא מודיע על כך לרשויות. פורמלית ניתנת ההודעה ל- Attorney General, המעדיין בחומר החסוי בעניינו ומתייעץ עם הגורמים הבטחוניים. אם הוא משתכנע כי מן החומר אכן עולה שאין להתיר את כניסתו מחשש בטחוני, וכי לא ניתן לחשוף את החומר מסיבות בטחוניות, בידו להורות על הרחקה ללא שימוע; בידו גם להנחות ביחס לשימוע ולצורת השימוע שיש לערוך. בארה"ב גם נדרשים לשאלת הייצוג בהליכי גירוש (ראו Lozada v. Immigration and Naturalization Service, 857 F.2d, 10), נושא שהיה שנוי במחלוקת פרשנית ויישומית בין ממשלים שונים.

קיום שימוע מקום שהחלטה מבוססת על חומר מודיעיני

כ"ב. המדינה טענה, כאמור, כי במקרים כגון אלה נשוא ענייננו אין טעם של ממש בעריכת שימוע, כיון שהמבקש אינו יכול להיחשף למידע המודיעיני, ולכן יסתפק בהכחשה גורפת של החומר. לטעמי אין לקבל טענה זו; קביעה מקדימה מצד הרשות בשאלה האם יש לאדם מה לטעון כל עיקר, שומטת את הקרקע מתחת לעקרון השימוע. תכלית השימוע היא השמעת עמדה בפני הרשות ללא שזו קבעה דעה קדומה או מגובשת, כך שאין בידי הרשות לקבוע מראש באילו מקרים השימוע הוא חסר טעם. ועוד, ישנו חשש למדרון חלקלק, שמא מתן פטור לרשות מעריכת שימוע במקרים בהם נראה הוא מיותר בעיניה, יימתח מטעמי יעילות או נוחות מעבר לנחוץ (ראה זמיר, הסמכות המנהלית, לעיל, 810). עמד על כך השופט זמיר בבג"ץ באקי, לעיל, 303:

"וכי מה היה או יהיה בפי העותר לטעון? התשובה אינה ידועה. אך דווקא בשל כך יש צורך בשימוע: כדי לשמוע אם יש ומה יש לטעון. ואין זו סיבה למנוע שימוע, מאדם שעשוי להיפגע מהחלטת הרשות, שלדעת הרשות אין בפי אותו אדם טענה שהינה טובה או טענה שאינה ידועה נגד ההחלטה. לעולם אין לדעת. יתירה מזאת. גם אם כך הדבר, עדיין ראוי לאפשר שימוע, ולו רק למען מראית פני הצדק".

בהמשך אשוב לשאלת היקף הפירוט שיש להעניק למבקש בטרם קיום השימוע. אומר רק כאן, כי הניסיון האנושי והמינהלי - נער הייתי וגם זקנתי במינהל הציבורי הישראלי - מלמד, שמגוון האפשרויות במציאות מורכבת כשלנו הוא רחב עד מאוד.

כ"ג. עד כאן אמרנו, כי מקום שעסקינן בהחלטה בבקשה לאיחוד משפחות שבמסגרתה מתעורר חשש לבטחון הציבור או המדינה, הכרעת משרד הפנים בבקשה היא החלטה שהיא עצם מעצמיו של המשפט המינהלי הישראלי, וככזו חלה בה, ברמה העקרונית, חובת שימוע. יחד עם זאת, זכות הטיעון היא זכות יחסית, שיש לבחון לעניינה את מכלול הנסיבות, לרבות מהות הסמכות, עוצמת הפגיעה ומידת הסופיות של ההחלטה (פרשת הרב הראשי). נשאלת השאלה האם מחייב הדבר עריכת שימוע לפני קבלת ההחלטה בבקשה.

כ"ד. המדינה טוענת, כי במסגרת בג"ץ האגודה לזכויות האזרח, גובש ואושר הנוהל הנוהג היום, לפיו לאחר קבלת הודעת הסירוב, הכוללת את נימוקי הסירוב והפרפרזה של המידע המודיעיני (עד כמה שהדבר ניתן), בידי הפונים להשיג בכתב על ההחלטה ולטעון כנגד הנימוקים שנמסרו בהודעה. ההשגה מועברת אל גורמי הביטחון והמשטרה לצורך קבלת עמדתם. כך, הלכה למעשה, ניתן לנוגע בדבר להעלות את טענותיו בהתייחס לנימוקי ההודעה. לטענת המדינה, נוהל זה מאזן באופן הולם בין האינטרסים השונים העומדים על הפרק, וכיון שאושר כנטען על ידי בית משפט זה - אין מקום להתערבות בו.

כ"ה. ראשית, קשה להלום כי ההחלטה שניתנה בבג"ץ האגודה לזכויות האזרח מהוה אישור, בודאי לא אישור מפורש, לאי-מתן זכות טיעון מוקדמת. העתירה, שהתנהלה במשך מספר שנים, הופנתה כללית כנגד מדיניות משרד הפנים בסרבו לבקשות לאיחוד משפחות. במהלך הדיון בעתירה גובש הנוהל הנוכחי, כמענה לסוגיה המרכזית שהטרידה אז את העותרת, והיא הצורך במסירת נימוקי הסירוב למבקשים. לא נוהל אז דיון מפורט בנושא זכות הטיעון המוקדמת, והעתירה הנוכחית מהוה במוכן זה המשך לאותה עתירה ופסק הדין הקצר דשם, ופיתוח של הנאמר בפסק הדין.

כ"ו. זכות הטיעון הוגדרה, בלא מעט מקרים בעבר, ועוד מימים ימימה, כזכות הכוללת גם יסוד של עיתוי מוקדם (בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493; בג"ץ 290/65 אלתגר נ' ראש עיריית רמת גן, פ"ד כ(1) 29). דעת לנבון נקל, כי כיון שהשימוע, במהותו, נועד להשפיע על החלטה – דרך המלך היא עריכת שימוע מוקדם, בטרם ההחלטה (בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 656). דבר זה גם מעוגן בשכל הישר ובניסיון בני אנוש. קיימים הבדלים של ממש בין

שימוע מוקדם לשימוע מאוחר, הן במישור ההגנה על הפרט והן במישור היעילות המינהלית (מ' כהן, "זכות טיעון לאחר מעשה", משפט וממשל ד' (תשנ"ז) 95). בשימוע מאוחר אין ניתנת לנפגע "הזדמנות הוגנת", שהיא עיקר מהותה של זכות הטיעון, כיון שמצב הדברים נוטה כבר לרעתו: לפניו המשימה לשנות את עמדת הרשות לאחר שכבר נתגבשה, ופעמים אף ניתן לה פומבי, והדבר אינו פשוט מטבע האנוש. מעבר לכך, שימוע מאוחר פוגם גם במראית פני הצדק, ובכך עלול לפגוע באמון הציבור ברשות (בג"ץ באקי לעיל, עמ' 305). בנוסף, מדיניות המאפשרת זכות טיעון מאוחרת בלבד בצורת השגת הפרט על ההחלטה, יש בה מעין "העברת הנטל" של חובת השימוע מכתפי הרשות לכתפי הפרט: חובת השימוע אינה מוטלת כביכול עוד על הרשות, אלא תלויה בהתעקשות הנפגע להשיג על ההחלטה בעניינו, מה שעלול להביא אצל חלק מן האנשים לויתור מתוך פסימיות וחוסר אמונה ביכולת לשנות (וראו מ' כהן, זכות טיעון לאחר מעשה, 104; וכן ראו מיכל הורביץ, שם, 328).

כ"ז. אולם, גם לזכות הטיעון המוקדמת מגבלות, וככל זכות עלולה היא להידחות מפני אינטרסים אחרים, אם כי לא מפני כל אינטרס באשר הוא כמובן; צריך שיהא מדובר באינטרס ברמה גבוהה, כדי שלא יהיה פרצה ותירוץ, חלילה, והדברים נאמרים מבלי לפגוע ברשות זו או אחרת. לדוגמא, שיקולי יעילות מינהלית אינם מצדיקים כשלעצמם פגיעה בזכות הטיעון (בג"ץ 685/78 מחמוד נ' שר החינוך, פ"ד לג(1) 767, 778). הפסיקה קבעה בהלכת באקי, כי השימוע יכול להתקיים לאחר שהרשות המינהלית קיבלה את החלטתה, רק במקרים בהם "שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או שהוא עלול לסכל את התפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי באינטרס חשוב אחר" (שם, עמוד 304; כן ראו בג"ץ 4706/02 סלאח נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 695; זמיר, הסמכות המינהלית, 824-827).

כ"ח. המדינה טוענת, כי משנמצא שיש לסרב לבקשה על רקע חשש לפגיעה בבטחון הציבור או המדינה, ועיכוב ההחלטה עד לקיום שימוע פוגע באינטרסים חיוניים של המדינה, ועל כן מצויים אנו בגדרי החריג שנקבע בפרשת באקי. אך נראה כי אל מול המציאות, קשה ככלל להלום טענה זו. נאחז את השור בקרניו. אילו דיברנו במציאות שבה, משזוהתה מניעה בטחונית, היו נעות אמות הסיפים והרשויות היו פועלות במהירות ובנחישות, אולי יכולת לומר, תתקבל ההחלטה ויקוים השימוע לאחר מכן. אך לא בכך עסקינן; אין זו הפרקטיקה. על כן, במקרה הרגיל, בו מדובר בשוהים המצויים בתחום ישראל בגדרי משפחתם תקופה ארוכה, יש לקיים את השימוע בטרם ההחלטה.

כ"ט. באים אנו לחריגים - והלא אין כלל שאין עמו חריגים - ונושאי ביטחון מסוימים הם כאלה (פרשת האגודה לזכויות האזרח, 639-638; בג"צ 6696/02 עאמר נ' מפקדת כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 110, 114). בשעה שיש דחיפות בטחונית או פלילית של ממש בקבלת ההחלטה וביצועה, על פי שיקול דעת של גורם מתאים, אפשר ליתן שימוע מאוחר. אך מקרים אלו יהיו בגדר המיעוט החריג, ויהא על הרשות להיות מסוגלת להסביר באופן משכנע מדוע היתה דחיפות בטחונית כזו, שהצדיקה את החריגה מכלל השימוע המוקדם במקרה הספציפי.

צורת השימוע

ל. אמרנו כי על משרד הפנים להעניק למבקשים זכות טיעון מוקדמת בטרם קבלת החלטה בבקשתם לאיחוד משפחות, כשבמניעה בטחונית עסקינן. אך זכות הטיעון יכולה ללבוש צורות שונות: "דרכי השמיעה רבות הן ומגוונות ומשתנות על פי הנסיבות. יש שהשמיעה היא בכתב ויש שהשמיעה היא בעל פה. כאשר השמיעה היא בעל פה יש שהיא נעשית בצוותא חדא ובנוכחות כל הנוגעים בדבר, ויש שהיא נעשית בשלבים, כאשר כל צד בתורו" (בג"ץ 161/84 חברת ווינדמיל הוטל בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד מב(1) 793, 796). לדידי, השכל הישר מעדיף אפשרות של שילוב – הנחת תשתית כתובה והשלמתה בשימוע בעל פה, המאפשר גם להתרשם מן האדם עצמו ולשאול שאלות העולות מן הכתוב. התשתית הכתובה מחייבת אדם לערוך כדבעי את טענותיו תוך אחריות והקפדה, וזאת גם באמצעות בא כוח; ההשלמה בעל פה פותחת אפשרות להבהרות. אך איני רואה מקום לקבוע הנחיות קשיחות ומוחלטות בנושא, ונראה לי כי יש להתיר למשרד הפנים לגבש נוהל לשימוע המוקדם, שיאזן בצורה נאותה בין זכות המבקשים לשימוע הוגן ואמיתי, לבין שיקולי היעילות והשכל הישר. כדוגמא, אם מצוי המבקש מחוץ למדינה, לא תמיד יתאפשר השימוע בעל פה.

ל"א. על הליך השימוע לבוא לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקלת דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו. ערכה של זכות הטיעון פוחת במידה רבה ללא הודעה מוקדמת כזו, ואילו בהינתנה יוכלו המבקשים למצות את השימוע הנערך להם. בהקשר זה אמר מכבר השופט - כתארו אז – לנדוי, כי "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות; עם ספינקס אי אפשר להתווכח" (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541). ועם זאת, ברי כי במקרים רבים חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג, אותו לא ניתן לחשוף בפני המבקשים. דבר זה הוא בחינת מציאת חיים בנסיבות הישראליות - פלסטינאיות. במקרים אלו דרוש מאמץ ליצירת פרפרזות של החומר, תוך

פירוט ככל הניתן, ותוך השתדלות לא להסתפק באמירות לקוניות. בהתמודדות הפרט עם הרשות יחסי הכוחות לעולם אינם שקולים, אך במקרים אלה, כשהחומר בעניין המבקש נסתר מעיניו, נכון הדבר ביתר שאת, ויש לשאוף ולצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.

ל"ב. כדי להדגיש את האמור, נזכיר כי בנוגע למשיבים 6-11, ראה לנכון בית המשפט המחוזי, לאחר עיון בחומר במעמד צד אחד, לפרט לראשונה בפני המשיבים את מהות החשדות הבטחוניים בעניינם. נתקלתי בהקשר אחר, אך בקרבה רעיונית, לנושא זה בהידרשות זה לא כבר לעניינם של כלואים על פי חוק כליאתם של לוחמים בלתי חוקיים, התשס"ח-2008; שם דובר בצורך "לפוגג עד למינימום ההכרחי את הערפל בו מצוי הכלוא", וסברתי כי ניתן היה להרחיב את הפירוט הניתן לכלוא לפני השימוע, או את זה המופיע בצו הכליאה (עמ"ס 1949/09 צלאח נ' מדינת ישראל (לא פורסם); עמ"ס 2595/09 טופי נ' מדינת ישראל (לא פורסם)).

ל"ג. לשם השוואה, גם בהכירנו בשוני בינינו לבין ארה"ב, יוזכר ההסדר שגובש בחוק האמריקאי בעניין הטיפול בחומר מסווג במסגרת הליכי השימוע בטרם גירושו של זר החשוד בפעילות המסכנת את שלום הציבור (8 U.S. Code § 1533). שם נקבע, כי על הרשות להגיש בפני השופט העורך את השימוע, לעיון במעמד צד אחד, הן את החומר המסווג והן סיכום של החומר באופן שאינו מסווג. על השופט לאשר כי הסיכום מאפשר לזר לערוך את הגנתו כנדרש. ככל שאין אישור כזה, ממונה לזר עורך דין בעל סיווג ביטחוני, המוסמך לעבור על החומר המסווג, ועל בסיסו לטעון להגנתו, מבלי לחשוף את החומר בפני הלקוח. הסדר זה מכיר בצורך לאזן בין בטחון המדינה, שאינו מאפשר את חשיפת החומר, לבין זכות היחיד להתגונן בצורה הטובה ביותר בפני החשדות כלפיו. אולי ניתן ללמוד מכך למצער, על חשיבות העניין והצעדים שננקטים לטובתו בשינויים המחויבים, גם באשר לישראל.

ל"ד. לסיכום נקודה זו: הענקת זכות טיעון חשובה היא; אך במסגרתה חשוב הצורך להבטיח, כי השימוע יהא ממשי, ולא יהפוך להליך פורמלי ריק מתוכן. המפתח להפיכת השימוע להליך אמיתי הוא, כי למבקשים יינתן מידע ממשי, ככל הניתן, אם גם במגבלות מובנות, כך שיאפשר להם להתכונן להליך כראוי.

ל"ה. ככל שהמדובר במקרים שבהם לא ניתן שימוע מוקדם וניתנה החלטה, ככלל יהא מקום לשוב וליתן שימוע ולקבל החלטה מחודשת בעקבותיו, בכפוף לאמור מעלה.

ל"ו. כל האמור צריך שיחול במקרי איחוד משפחות. על פי רוב יהא הדבר אם שוהה מבקש האיחוד בישראל שלא כדין, ודומה כי אין נפקא מינה באשר לדרך בה נכנס. אין בכך כדי למנוע מן המדינה למנוע מראש כניסתו של מי שהגיע לנמל תעופה או למעבר גבול בלא אשרה או היתר מקביל כדין.

טו ף ז בר

ל"ז. סיכומו של דבר, נוכח כל האמור, אציע לחברי, בהמשך לגישה שננקטה בהחלטתנו מיום 4.2.09, שלא להיעתר לערעורים ביסודם, תוך קביעה שיש להעניק למבקשים בבקשות לאיחוד משפחות זכות טיעון בטרם מתקבלת החלטה בעניינם על סמך חוות הדעת של הגורמים הבטחוניים. משרד הפנים יקבע בנוהל מתאים את האופן בו תינתן זכות טיעון מוקדמת זו, תוך איזון בין זכות המבקשים לשימוע הוגן לבין שיקולי יעילות סבירים. במקרים חריגים, בעלי דחיפות בטחונית מיוחדת, ניתן לאפשר שימוע מאוחר, לאחר ההודעה על ההחלטה, ולעתים אף לאחר שיצא המבקש את הארץ; חזקה על המדינה שתעשה שימוש מושכל בחריג זה. בכפוף לכך איננו נעתרים, כאמור, לערעורים. אין צו להוצאות.

ט ו פ ט

הנשיאה ד' ביניש:

מסכימה אני עם פסק דינו של חברי השופט א' רובינשטיין ומצטרפת לניתוחו באשר למרכזיותה של זכות השימוע בשיטתנו המשפטית, ועל חשיבותה של זכות השימוע בטרם פגיעה בזכויות אדם ובאינטרסים מוגנים של הפרט בידי רשות מרשויות השלטון. עם זאת רואה אני להוסיף הערותי כדי להדגיש מספר עניינים שעלו בפסק דינו של חברי.

כבר בפתח הדברים אציין, כי לא ניתן ללמוד מפסק דינו בבג"ץ 7016/01 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 25.2.2004) (להלן: עניין האגודה לזכויות האזרח) את אשר מבקשת המדינה ללמוד. העתירה בעניין האגודה לזכויות האזרח הוגשה לנוכח הפרקטיקה שנהגה בעבר, עת בקשות לאיחוד משפחות סורבו ללא הנמקה. במסגרת הטיפול בעתירה, ובעקבותיה, גובש נוהל 5.2.0015 (שכותרתו דהיום "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות", להלן: נוהל הערות גורמים). לאחר שמלאכת גיבושו הושלמה ניתן פסק דינו בעתירה, וזאת מבלי שבמסגרתו לובנה כדבעי סוגיית

השימוע טרם קבלת החלטת סירוב בעניין בקשה לאיחוד משפחות מטעמים ביטחוניים או פליליים. בעובדה כי העתירה בעניין האגודה לזכויות האזרח נמחקה לאחר גיבוש נוהל זה, אין כדי ללמד על אישור פוזיטיבי מצד בית המשפט בכל הנוגע להיבטים יישומיים הכרוכים במימושו ובכלל זה אופן ועיתוי עריכתו של שימוע טרם קבלת החלטה בבקשה לאיחוד משפחות. מעבר לכך, אף מפסק הדין עצמו ניתן ללמוד כי נשמרה זכותם של העותרים לשוב ולפנות לבית המשפט "אם וכאשר תתעוררנה שאלות באשר ליישום הנוהל" – ועל כך נסובים הלכה למעשה ערעורים אלו.

עוד מבקשת אני להעיר כי אותה תפיסה גורפת הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד. דבר יום ביומו באים בפנינו ענייניהם של זרים אשר זכויותיהם הבסיסיות נפגעות. כך בין אם מבקש הזר להישאר בתחומה של המדינה מטעמים של "איחוד משפחות", בין אם מטעמי מקלט הומניטרי ובין אם מנסיבות ייחודיות אחרות. בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים בשעריהן. שהייתו בישראל וזכויותיו של הזר נבחנות, איפוא, בהתאם לנסיבות עניינו הקונקרטיים. גישה זו משליכה מטבע הדברים על מערכת האיזונים המחייבת את רשויות השלטון, הנדרשות לאזן בין זכויותיו של הזר לבין אינטרסים ציבוריים נוספים, וביניהם האינטרס הציבורי בשמירת ריבונותה של המדינה לקבוע מי הם אלו אשר יבואו בשעריה (והשוו: בג"ץ 4542/02 קו לעובד נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם, 30.3.2006); ע"מ 1347/07 סוק גורונג נ' משרד הפנים (טרם פורסם, 21.6.2007)).

בכל מקרה, וכפי שהרחיב חברי, בסוגיית איחוד המשפחות, שהיא העומדת לדיון לפנינו, כבר הבהרנו כי ממילא הזכות היא של האזרח או התושב הישראלי העלול להיפגע מהחלטה שלא ליתן היתר שהיה או מעמד לבן זוגו (וראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999); ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אבנר אורן (לא פורסם, 16.3.2006)), כך שנסיבות העניין שלפנינו אינן מחייבות דיון ממצה בחובות המדינה כלפי זרים בנסיבות שונות, ונותירו לעת מצוא.

עם זאת, ואף על כך עמד חברי, אין חולק כי שאלת היחס בין אינטרס הציבור וצרכי הביטחון מחד גיסא לבין זכויות הפרט מאידך גיסא מעוררת קשיים לא מבוטלים. שאלת מציאת האיזון הראוי בכגון דא מטרידה אותנו נוכח מצבנו המיוחד אל מול סיכוני

טרור וסיכון לביטחון המדינה. אולם, על-אף מצבה המיוחד של ישראל הרי שבמציאות העולמית המורכבת איננו עוד המדינה היחידה הנדרשת להתמודד עם איזון זה. נגע הטרור המסכן את ביטחונם של אנשים תמימי דרך במדינות דמוקרטיות שונות מחייב היום מדינות נוספות להתמודד עם השאלה הקשה באשר לאופן בו יש לאזן בין החשש מחשיפת מידע בטחוני חסוי הדרוש להגנה על הביטחון, לבין האדם אשר עלול להיפגע מהשימוש באותו מידע בלא שיש בידיו להתגונן מפניו. כך למשל, ציין חברי בפסקה ל"ג לפסק דינו את הנוהג הקיים בארצות הברית בהקשר של הגירה, לפיו ממונה עורך דין נאמן לייצוגו של אדם אשר אינו יכול לקבל את החומר שנצבר נגדו מטעמים של חיסיון בטחוני. פתרון זה ננקט על-ידי מדינות נוספות בהקשרים שונים. בקנדה, למשל, קובעות הוראות סעיף 85 ל- (Immigration and Refugee Protection Act(S.C. 2001, c.27), אשר נחקק בעקבות פסק דינו של בית המשפט העליון הקנדי בעניין Charkaoui V. Canada, 1 S.C.R 350, 2007 SCC9 [2007], הסדרים בדבר מינוי של עורך דין מיוחד ("Special Advocate") המוסמך לעיין בחומר החסוי הנזקף לחובת פלוני. הסדר דומה ניתן למצוא אף בדין האנגלי, וראו הרחבה בעניין זה במסגרת פסק דינו של בית הלורדים מן העת האחרונה Secretary of State for the Home Department V. AF, UKHL 28. [2009]

הצעה להסדר מעין זה אינה חדשה במקומותינו, והיא הועלתה עוד לפני שנים רבות במאמרו של יצחק זמיר "זכויות האדם ובטחון המדינה" משפטים י"ט 17 (1989). עד כה לא אומץ בשיטת המשפט הישראלית הסדר דומה, חרף הקשיים הרבים שמעורר מצב הדברים הקיים היום כפי שפורט. נראה כי בשלה העת לבחון אימוצו של פתרון מעין זה אף בשיטתנו שלנו, שכן יכול ויהיה בו משום מענה – ולו חלקי – לקושי האינהרנטי שבין הצורך בשמירה על בטחון המדינה תוך הגנה על חסיון המידע לבין זכותו של הפרט להתמודד עם המידע המיוחס לו, המתעורר אצלנו באופן תדיר ובמסגרות שונות.

עוד אבקש להעיר לסיום, כי קיימת חשיבות של ממש בהקפדה על קיום נהלי משרד הפנים הנוגעים לאופן הצגת תמצית המידע אותו ניתן לחשוף בפני הפרט שבקשתו למתן מעמד נבחנת ובשים לב למהותם ותכליתם של נהלים אלו. כזכור, בבסיס גיבושו של "נוהל הערות גורמים" עמדה התפיסה לפיה על משרד הפנים לעשות כל שביכולתו – בשים לב למגבלות החומר החסוי - לספק לפרט נתונים באשר למידע העומד בבסיס החלטה שלא להעניק לו מעמד בישראל מטעמים ביטחוניים ואחרים. במסגרת הנוהל גובש מתווה לפיו תסופק לפרט מבקש המעמד תמצית המידע המיוחס לו, העומד בבסיס עילת הסירוב, באופן רחב ככל הניתן. כך יתאפשר לפרט בצורה טובה יותר – גם אם לא מיטבית - להתמודד עם המיוחס לו. בחינת חלק מהחלטות הסירוב נשוא הערעורים

שלפנינו העלו בליבנו חשש שמא תמציות המידע (פרפראזות) הגלויות הנזכרות בהחלטות הסירוב אינן מפורטות דיין ואינן מאפשרות התייחסות ראויה מצד הפרט לטענות המועלות נגדו. לדעתנו, ראוי כי הרשות תיתן דעתה להיבט זה ותבחן האם מצב הדברים דהיום נותן באופן אמיתי מענה הולם להיבט זה של חשיפת החומר בפני מבקש המעמד, כמתחייב מטיבו של ההליך ומטיבן של הזכויות הנפגעות מקום בו מתקבלת החלטת הסירוב, והכל בהתחשב באילוץ הבטחוני.

נוכח התוצאה אליה הגענו, ומעת שהמדינה ניאותה ממילא לערוך שימועים למשיבים בנסיבות הפרטניות של ערעורים אלו, מתייטר הצורך בדיון בשאלת התוצאות המעשיות הנובעות מן הפגם שנפל בהליכי בחינת הבקשות לאיחוד המשפחות.

ה נ ש י א ה

השופט ח' מלצר:

1. הנשיאה, בהערותיה לחוות דעתו של חברי, השופט א' רובינשטיין קובעת, בין השאר, כך:

(א) "בכל מקרה, וכפי שהרחיב חברי בסוגיית איחוד המשפחות, שהיא העומדת לדיון לפנינו, כבר הבהרנו כי ממילא הזכות היא של האזרח, או התושב הישראלי, העלול להיפגע מהחלטה שלא ליתן היתר שהיה, או מעמד לבן זוגו (וראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (לא פורסם, 14.5.2006); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999); עע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (לא פורסם, 16.3.2006)), כך שנסיבות העניין שלפנינו אינן מחייבות דיון ממצה בחובות המדינה כלפי זרים בנסיבות שונות, ונותירו לעת מצוא" (ההדגשה שלי – ח"מ).

(ב) "נוכח התוצאה אליה הגענו, ומעת שהמדינה ניאותה ממילא לערוך שימועים למשיבים בנסיבות הפרטניות של ערעורים אלו, מתייטר הצורך בדיון בשאלת התוצאות המעשיות הנובעות מן הפגם שנפל בהליכי בחינת הבקשות לאיחוד המשפחות."

אני מצרף הסכמתי לשתי הקביעות הנ"ל ואולם בהתחשב בהחלטתנו מתאריך 4.2.2009, שהוצאה בהסכמת המדינה, הנני סבור שראוי להשאיר את שאר הסוגיות שהיו עשויות להתעורר במכלול זה – בצריך עיון.

2. בשים לב לאמור לעיל – אין אני מצטרף להשקפת חברי, השופט א' רובינשטיין, כי על משרד הפנים לקבוע נוהל נוסף על זה הקיים, במסגרתו יוסדר האופן בו תינתן זכות טיעון מוקדמת (ובמקרים חריגים בעלי דחיפות ביטחוניות מיוחדת – שימוע מאוחר) לשהים בלתי חוקיים מסורבים, כאמור בפסקה ל"ז לחוות דעתו. מאחר וזכות טיעון – מהותה, היקפה (ותוצאות הפרטה) – היא תמיד תלויה נסיבות נראה לי שיש להשאיר את מתן זכות הטיעון למסורבים בכל מקרה נתון, בין מלכתחילה בין בדיעבד – לשיקול דעתו של המוסמך.

3. זה המקום להעיר בקצרה, מבלי לקבוע מסמרות – שלוש הערות בהקשר למכלול:

(א) בארצות הברית, המתמודדת, כידוע, גם היא עם בעיות קשות של טרור, נעשו עובר לאירועי 11.9.2001 וביתר שאת לאחריהם תיקוני חקיקה שונים (שחוקתיותם טרם נבחנה בפסיקה שם), המאפשרים סילוק זרים שנכנסו לארצות הברית שלא כדין ללא שימוע מוקדם ועל בסיס מידע סודי. לתיאור השינויים החקיקתיים הנ"ל וביקורת בספרות המשפטית עליהם – ראו: Kelley Brooke Snyder, *A Clash of Values: Classified Information in Immigration Proceedings*, 88 VA. L. REV. 447 (2002); *Note: Secret Evidence in the War on Terror*, 118 HARV. L. REV. 1962 (2004-2005); Stephen Townley, *The Use and Misuse of Secret Evidence in Immigration Cases: A Comparative Study of the United States, Canada and the United Kingdom*, 32 YALE J. INT'L L. 219 (2007); Arthur Chaskalson, *What's Happening to the Right to a Fair Hearing*, 41 ISR. L. REV. 522 (2008) (להלן: Arthur Chaskalson). המאמרים הנ"ל מלמדים כי אף בקנדה ובבריטניה יש התחבטות רבה בשאלות אלו. עיינו גם בפסק דינו של בית הלורדים, הנזכר בחוות דעתה של הנשיאה, השופטת ד' ביניש, שפורסם לאחרונה: Secretary of State for the Home Department V. AF, UKHL 28 [2009].

באמצעות תיקוני החקיקה הנ"ל חזרה ארצות הברית למעשה – סטטוטורית – לעמדה אותה ביטאה דעת הרוב בפרשה, שהסעירה בשעתו את אמריקה – Knauff v. Shaughnessy, 338 U.S. 537 (1950) (להלן: פרשת Knauff) ומעוררת מאז ויכוח משפטי בלתי פוסק בין המצדדים בדעת הרוב באותו פסק דין לבין המצדדים בדעת המיעוט שם (נעיר שמשפטנים ליברליים סבורים שדעת המיעוט משכנעת יותר ואף הוכיחה עצמה בתהפוכות הפרשה ובמבחן הזמן. עיינו: Charles D. Weisselberg, *The*

יצוין כי בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבית נ' שר הפנים, פסק דינו של המשנה לנשיא (בדימ.), השופט מ' חשין, שהיה במחנה הרוב בהרכב המורחב שם, איזכר מתוך הסכמה את תוצאות פסק דין Knauff, וזאת בעקבות הלכת בבג"ץ 482/71 קלדק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113 (1972).

עוד יודגש כי מבחינת הרשות המחליטה, המקרים שלפנינו קשים יותר לכאורה מההתרחשות שעמדה בבסיס פרשת Knauff. שם גב' Knauff (שנולדה בגרמניה וחיה בגרמניה ובצ'כוסלובקיה) נישאה בגרמניה לחייל אמריקאי ששירת במלחמת העולם השנייה ולאחריה - באירופה. היא נכנסה לארצות הברית כדין וביקשה להתאזרח בה מכוח נישואיה לחייל האמריקאי, בהסתמך על חוק מיוחד שחוקק למצבים מעין אלה – THE WAR BRIDES ACT. היא סורבה ללא שניתנה לה זכות טיעון ראויה על יסוד חומר סודי (שבדיעבד התברר כי החשיד אותה שהיתה בקשר עם גורמי ריגול צ'כיים). בית המשפט העליון האמריקאי אישר ברוב של ארבעה שופטים כנגד שלושה את הסירוב, ואולם לאחר מכן, בעקבות התערבות הקונגרס – ה-Attorney General איפשר דיון מחודש בעניינה, שבעקבותיו הושארה גב' Knauff בסופו של דבר בארצות הברית.

הקל וחומר למקרים שלפנינו, שהסיטואציה שבהם שונה ועניינם בכאלה השוהים בארץ מלכתחילה שלא כדין – והכל במצב המיוחד שבו נתונה מדינה ישראל, שכמעט אין דומה לו – ברור, ולא אפרט.

(ב) אף אני סבור כי באותם מקרים שיש להעניק בהם זכות טיעון – ראוי לחשוב על הסדר של מינוי עורך דין מיוחד (Special Advocate), ואולם נושא זה הוא עניין למחוקק לענות בו.

(ג) זכות הטיעון היא כיום אכן יסוד מוסד במשפט הישראלי וזה גם הכלל הרווח עתה בעולם. ראו: Arthur Chaskalson, שם, שם.

חברי, השופט א' רובינשטיין, כיד בקיאותו הטובה, חקר את שורשיה של זכות זו ומצא את מקורותיה עוד במקרא. זהו איפוא המקום להזכיר כי במשפט האנגלי נלמדה זכות זו מהמובא בספר בראשית (פרק ג', פסוקים ט-יא), לגבי גירוש האדם הראשון מגן עדן. וכך אמר השופט Fortescue בפרשה שדנה בשלילת תארייו האקדמאיים של ד"ר

בנטלי (R. v. University of Cambridge (1723) 93 Eng. Rep. 698, 704) (להלן: פרשת ד"ר בנטלי):

"...Even God himself did not pass sentence upon Adam before he was called to make his defense..."

עיינו גם: מרגית כהן "זכות טיעון לאחר מעשה" משפט וממשל ד' 95, 95-96 (תשנ"ו).
הציטוט הנ"ל והקטע הרלבנטי כולו מפרשת ד"ר בנטלי תורגם על ידי השופט מ' זילברג ב-בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב(2) 1493 (1958), שיש הרואים בו את פסק הדין שעיגן את זכות הטיעון המודרנית במשפט ארצנו, כדלקמן (שם, בעמ' 1507):

"..... ההתנגדות בשל העדר הודעה מוקדמת, אין להתגבר עליה לעולם.
חוקי האל וחוקי אנוש גם יחד נותנים לצד את האפשרות לערוך את הגנתו, אם יש לו כזאת. זכורני כי איש אחד מאד מלומד אמר לי בהזדמנות מעין זו, כי אפילו אלהים בכבודו ובעצמו לא חרץ דינו של אדם בלי להזמינו תחילה לערוך את הגנתו. אדם (אומר אלהים) איכה? המן העץ אשר ציוויתך לבלתי אכל ממנו אכלת? ואותה שאלה גופה הוצגה גם לחוה....."

דברים אלו נאמרו לגבי מי שבסיטואציה התנ"כית היתה כוונה לגרשו ממקום אליו נכנס ברשות (וחרג לכאורה מתנאי ההיתר). נראה כי דין שונה, בהקשר לזכות הטיעון, צריך לחול כלפי מי שהוא במעמד של שוהה בלתי חוקי החשוד בטרור, או

עלול להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל או לאזרחיה – על סמך חוות-דעת גורמי הביטחון המוסמכים, הנתונה, כידוע, לביקורת שיפוטית.

ט פ ו ט

הוחלט כאמור בחוות דעתו של השופט א' רובינשטיין; ככל שהמדובר בקביעה בנוהל מתאים על-ידי משרד הפנים באשר למימושה של זכות הטיעון המוקדמת, ניתן פסק הדין ברוב דעות.

ניתן היום, כ"א באב תשס"ט (11.8.09).

ט פ ר ט

ט פ ר ט

ה נ ש י א ה

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. 08010380_T13.doc מפ
מרכז מידע, טל' 02-6593666 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il