

**בבית המשפט המחוזי בירושלים  
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

**עת"ם 214-08-12**

- בעניין: 1. ו' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
2. ס' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
3. ב' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
4. מ' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
5. ה' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
6. ה' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
- קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2
7. ה' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
- קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2
8. מ' שנאיטה, ת"ז \_\_\_\_\_
- קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר

ע"י ב"כ עוה"ד נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין  
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או חוה  
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או  
דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או נמרוד אביגאל (מ"ר 51583)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר  
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200  
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

**העותרים**

- נ ג ד -

1. יו"ר ועדת ההשגה לזרים (מרחב ירושלים)
2. יועמ"ש רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול
3. מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית
4. שר הפנים

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים  
רח' מח"ל 7, ירושלים  
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

**המשיבים**

**עתירה מינהלית**

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים לבוא וליתן טעם, כדלהלן:

1. מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם, שלא להעביר לעותרים את חומר הראיות הגלוי, עליו מתבססת ההחלטה אודות "כוונה לסרב" לבקשה לאיחוד משפחות;
2. מדוע לא יקבעו בנוהל הרלוונטי, כי במסגרת הודעה אודות "כוונה לסרב", במידה וכוונה זו מבוססת על חומר פלילי או ביטחוני גלוי, יועבר החומר לידי המבקשים.

**פתח דבר**

3. עתירה זו עוסקת בזכות הבסיסית של אדם להעלות את טענותיו בפני הרשות המינהלית, במסגרת הליכי שימוע. בפרט, עוסקת העתירה בזכותו של אדם לעיין בחומר הראיות הגלוי הרלוונטי להחלטת הרשות, במסגרת השימוע.
4. מעל ראשם של העותרים מתנוססת חרב מאיימת, בדמות הכוונה לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות מנימוקים "ביטחוניים". בכדי להתמודד כראוי עם כוונה זו של המשיב, דרשו העותרים את הבטחת זכותם הבסיסית: הזדמנות אמיתית וכנה להתייחס לגופן של הטענות המועלות כנגדם במסגרת הודעת המשיב על כוונתו לסרב לבקשה לאיחוד משפחות, ולהתגונן מפניהן.
5. כדי להתייחס באופן ראוי לגופן של הטענות כנגדם, דרשו העותרים את מלוא החומר הראיתי, שעליו הסתמכו גורמי הביטחון בהמלצתם לסרב לבקשת העותרים לאיחוד משפחות. **יודגש, כי מדובר בחומר גלוי ממילא:** צווי מעצר מינהלי, כתבי אישום, אישורים על תקופת מאסר, פסקי דין, פרוטוקולים של דיונים, תיעוד של עסקאות טיעון ועוד.
6. המשיבים, מצידם, מתכחשים לזכות העיון והטיעון של העותרים. בהחלטה של יו"ר ועדת ההשגה נקבע, כי אין מקום להעביר לידי העותרים את חומר הראיות הגלוי.
7. לאור הפגיעה החמורה בזכות יסוד בסיסית של העותרים, פגיעה בלתי סבירה בעליל, אשר אינה מעוגנת בנימוק מהותי אמיתי, מוגשת היום עתירה זו.

**הצדדים**

8. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**), תושבת מדינת ישראל, נישאה לבעלה, **העותר 2** (להלן: **העותר**), תושב השטחים במקור, בשנת 1988. במרוצת השנים נולדו ילדיהם, **העותרים 3-8**. העותרים 1-8 מתגוררים בירושלים.
9. **העותרת 9** היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
10. **המשיב/ה 1** (להלן גם: **הנציב/ה**), דן בבקשות למתן מעמד בישראל לבני זוגם של בעלי רישיון לישיבת קבע בישראל ולבקשות למתן מעמד בישראל, לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל. מתוקף סמכותו לפי סעיף 16(א) לחוק הכניסה לישראל, העביר המשיב 4 למשיב 1 את סמכויותיו לפי סעיפים 2 (א) ו-ב, 3, 3א(א), (ב) ו-ג), 4, 5, 6 – לעניין מקרים פרטניים, ולפי סעיף 11 לחוק האמור. בתקופה הרלוונטית כיהנו שני יו"רים בראש הוועדה הירושלמית: הנציב עו"ד שרה בן שאול וייס והנציב עו"ד צבי גל.
11. **המשיב 2** הוא היועץ המשפטי לרשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול (להלן: **הרשות**), אשר לראשה הואצלו מסמכויות המשיב 4 באשר לטיפול בבקשות לאיחוד משפחות ולאישורן ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. עורכי הדין של הלשכה המשפטית של הרשות מציגים את עמדת הרשות בפני המשיב/ה 1 ובפני משיגים.

12. **המשיבה 3** מנהלת את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 4 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול בבקשות לאיחוד משפחות ולאישורן ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.

13. **המשיב 4** הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.

14. לצורך נוחות, ייקראו המשיבים 2-4 להלן: **המשיב**.

### עניינם של העותרים

15. ביום 13.7.2006 הגישה העותרת בקשה לאיחוד משפחות עם העותר וכן בקשות לרישום ילדיה. הבקשה לאיחוד משפחות קיבלה את המספר 1315/06. הבקשה לאיחוד משפחות סורבה כעבור כמה ימים, בשל היעדר מרכז חיים.

16. ביום 4.9.2008 הגישה העותרת בקשה חדשה לאיחוד משפחות, אשר קיבלה את המספר 558/08.

17. ביום 31.3.2009 התקבלה הודעה על סירוב לבקשה לאיחוד משפחות, מטעם לשכת המשיב בירושלים המזרחית. אולם במכתב הסירוב נכתב השם מ', העותר 4, בתור המוזמן בבקשה. נראה היה כי הסירוב נוגע אליו. במכתב הוצג הטעם הבא:

הינו עציר מנהלי לשעבר בגין פעילותו במסגרת ה"ג'יהאד האסלאמי".  
שמו עלה בחקירה כמי שנמנה על ידי חולייה צבאית של הג'יהאד  
האסלאמי.

העתק מכתב הסירוב מיום 31.3.2009 מצ"ב ומסומן ע/1.

18. ביום 18.5.2009 הגישו העותרים ערר כנגד החלטתו האמורה של המשיב, בו התייחסו גם לטענות הביטחוניות ולהיעדר הסבר למי מופנות טענות אלו. כמו כן, צורף לערר שאלון, אותו התבקש המשיב להעביר לשב"כ ולפקיד מני"א שסירבו לבקשה. כן התבקש המשיב לנמק באופן בהיר את הסירוב ולמי הוא מתייחס.

העתק הערר מיום 18.5.2009, והשאלון שצורף אליו, מצ"ב ומסומן ע/2.

19. ביום 1.6.2009 התקבלה תשובת המשיב מיום 26.5.2009 גם בהתייחס לעותרת 5, ה', ולעותר, אבי המשפחה. בתשובה זו נכתב כך:

המוזמן [הכוונה היא לעותר, נ.ד.] בבקשה הינו עציר מנהלי לשעבר בגין פעילותו במסגרת ה"ג'יהאד האסלאמי". שמו עלה בחקירה כמי שנמנה על ידי חולייה צבאית של ה"ג'יהאד האסלאמי". חלק מאחיו של ס' שנאיטה נעצרו גם כן מספר פעמים בשל פעילותם במסגרת ה"ג'יהאד האסלאמי". אחיו מ"ש שנאיטה נעצר למנהלי, ואילו אחיו ר"ש שנאיטה הינו "כלוא ג'יהאד אסלאמי" לשעבר שהודה בחברות בחוליה צבאית של הארגון בניסיון לגייס צעיר נוסף לארגון וכן בקשריו לאמל"ח.

העתק תשובת המשיב מיום 26.5.2009 מצ"ב ומסומנת ע/3.

20. ביום 3.6.2009 הוגשה השלמה לערר גם בהתייחס לילדה ה' ולעותר.

העתק השלמת הערר מצ"ב ומסומן ע/4.

21. תזכורות לערר נשלחו בימים 5.7.2009, 12.8.2009, 29.9.2009, 20.10.2009. משלא נתקבלה תשובה לערר, הוגשה ביום 20.12.2009 השגה בשל אי-מענה, אשר קיבלה את המספר 817/09 (להלן: **ההשגה הראשונה**).

העתק ההשגה הראשונה, ללא נספחיה, מצ"ב ומסומן ע/5.

22. במסגרת ההשגה הראשונה ביקשו נציגי המשיב 2 אורכות רבות להגשת התייחסות הלשכה המשפטית להשגה. פירוט הסחבת הקיצונית בטיפול בהשגה הראשונה מובא בסעיפים 20-31 בעת"ס 11-11-28253, המצ"ב להלן ומסומנת ע/18.

23. רק ביום 27.10.2010, עשרה חודשים אחרי הגשת ההשגה הראשונה, התקבלה תגובת המשיב 2 להשגה, בדמות "הודעה מטעם המשיב ובקשה למחיקה". בהודעה, בחלק שהתייחס אל העותר, נאמר כי "בעניינו של מר ס' שנאיטה, בעלה של הגב' שנאיטה, בהתאם לינוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות' המתוקן, ניתנת לבני הזוג שנאיטה האפשרות לקיום שימוע בכתב בתוך 30 יום, לפני קבלת החלטה בבקשה".

העתק תגובת המשיב 2, ומכתבי משרד הפנים שצורפו לה, מצ"ב ומסומן ע/6.

24. ביום 17.11.2010 הגישו העותרים תגובה להודעה מטעם המשיב. בתגובה, ביקשו העותרים כי המשיבה 1 תורה למשיב להתייחס לטענות שהובאו בתגובה, וכן לטענות שפורטו בכתב ההשגה, כאל שימוע בכתב.

העתק תגובת המשיגים-עותרים מצ"ב ומסומן ע/7.

25. לאחר מספר תגובות נוספות של הצדדים, נתקבלה ביום 27.1.2011 החלטת המשיבה 1. בהחלטה נקבע, כי העותרים יגישו כתב שימוע למשיב, בעניינו של העותר, תוך 21 יום מיום קבלת ההחלטה.

העתק החלטת הנציבה מיום 27.1.2011 מצ"ב ומסומן ע/8.

26. לאחר פניית העותרים ביום 30.1.2011, בה ביקשו כי המועד להגשת שימוע בכתב יוארך ל-30 יום, לפי נוהל המשיב, נתנה המשיבה 1 אורכה להגשת כתב השימוע.

העתק בקשת המשיגים, והחלטת הנציבה על גביה, מצ"ב ומסומן ע/9.

#### העלאת טענות בכתב ובקשה להעברת חומר ראיות גלוי

27. ביום 21.2.2011 הגישו העותרים את טיעוניהם בעניין כוונת המשיב לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות (להלן: **השימוע החלקי**). בפתח הטיעונים בכתב, הודגש כי העותרים דורשים את מלוא החומר הראייתי עליו הסתמכו גורמי הביטחון בהמלצתם לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. כמו כן

נדרש שהדיון בשימוע יתעכב עד אשר יועבר מלוא החומר הגלוי למרשיי, ויתאפשר להם להגיב לחומר כראוי. יודגש, כי במסגרת השימוע החלקי מיום 21.2.2011, **שטחו העותרים בפירוט את טענותיהם באשר לפרפראזה אשר הועברה להם:**

28. **באשר לעותר,** הועלו במסגרת השימוע החלקי בכתב של העותרים טיעונים לעניין הפרפראזה אשר הועברה לידם. הודגש, כי העותר מעולם לא השתייך לתנועת "הגיהאד האסלאמי" כנטען, או לכל ארגון דומה אחר. כל מעייניו נתונים למשפחתו ולפרנסת ילדיו. כמו כן, מאז מעצרו הקודם של העותר בשנת 2002, הוא לא נעצר ולא נחקר. על כן, נטען, ב"סירוב הישיר", קרי, הסירוב ככל שהוא נוגע להשתייכותו הלכאורית של העותר לתנועת "הגיהאד האסלאמי", אין ממש.

29. **באשר לאח העותר, מ'**, נטען כי הוא נעצר במעצר מינהלי בשנת 2006 לתקופה של כחודשיים בלבד וכן כי קיבל היתרי יציאה לחו"ל ובידיו כרטיס מגנטי בתוקף. בנוסף נטען כי לעותר קשר קלוש בלבד עם האח מ'.

30. **באשר לאח העותר, ר"ש,** נטען כי גם הפרפראזה בעניינו אינה מספקת את מלוא המידע שניתן לספק. לא כתוב, למשל, מתי נכלא האח; לכמה זמן הוא נכלא; במה הואשם ובמה הורשע; מה היה גזר הדין וכו'. כמו כן הודגש, כי לדבריו של ר"ש, הוא היה כלוא בשנים 2002-2004. על פי המידע שמסר ר"ש לב"כ המשיגים, עורך הדין שלו הגיע לעיסקה בעניינו, אשר במסגרתה הוא נכלא לשלוש שנים במקום החמש אותן ביקשה המדינה. זאת ועוד. ר"ש אמור היה להשתחרר ביום 6.3.2005, אך שוחרר **מעל לשנה לפני הזמן**, במסגרת עסקת שחרור אסירים, בינואר 2004.

31. כמו כן צוין כי האח ר"ש קיבל היתר יציאה לחו"ל בעבר, וכי בידיו כרטיס מגנטי בתוקף.

32. העותרים טענו, כי נראה שלא עולה מר"ש שנאיטה סיכון חמור, שכן לא נגזר עליו עונש חמור של מאסר ממושך, וכן הוא שוחרר טרם ריצוי כל עונשו. **זאת, על אחת כמה וכמה, כאשר הנתונים לגבי ר"ש הובאו כנימוק לקיומו של "סיכון עקיף" בלבד.** העותרים הזכירו את בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים** (לא פורסם, 22.2.2010), לפיו "את הסיכון העקיף יש לאמוד בזהירות, ולייחס לו אך את משקלו היחסי הראוי, ולא יותר מכך".

33. באשר לשאר משפחתו של העותר, נטען כי מבין בני משפחתו המתגוררים בגדה המערבית, לעותר יש קשר חזק רק עם אימו. לאימו, בת 67, אין עבר ביטחוני או פלילי, והיא מקבלת מדי שבוע היתר לתפילה בירושלים. לעותר אח ושש אחיות נוספות. למיטב ידיעתו של העותר, לאיש מהם אין עבר ביטחוני. אחיו א"ש אף קיבל בעבר היתרי שהייה בישראל לצורכי עבודה.

34. **בקשה לחומר ראיות גלוי:** כאמור לעיל, העותרים הדגישו כי לא יתאפשר להם שימוע אמיתי מבלי שיתאפשר להם לעיין בחומר הראיות הגלוי, אשר היווה בסיס לפרפראזה שהועברה להם. על כן, ביקשו העותרים כי יועברו להם המסמכים הבאים:

א. עותקים מצווי המעצר המינהלי, וכן מכל מסמך אחר הנוגע למעצרו של העותר – ערעורים, פרוטוקולים, החלטות, עתירות וכדומה;

ב. עותקים מצווי המעצר המינהלי, וכן מכל מסמך אחר הנוגע למעצרו של אחיו של העותר, מ' – ערעורים, פרוטוקולים, החלטות, עתירות וכדומה;

ג. באשר לאח ר"ש ביקשו העותרים להעביר לידיהם העתקי חקירות, לרבות ההודעות המשטרטיות; מזכרים מחקירת השב"כ, במידה ויש; וכן את כל המסמכים הנוגעים למשפט שהתנהל נגדו, שאף הם מטבעם גלויים, לרבות כתב האישום נגדו, תקופת המעצר שריצה מתוך התקופה הנ"ל, פסק הדין נגדו (ההרשעה וגזר הדין), פרוטוקולים מכל הדיונים בעניינו, תיעוד של עסקאות טיעון במידה ויש, חומר גלוי הנוגע לשחרורו במסגרת העסקה וכד'.

35. בקשה למענה על שאלות: העותרים ביקשו לקבל גם מענה לשאלות הבאות:

- א. על מה מבוססת הקביעה כי העותר היה פעיל בג'יהאד האסלאמי?
- ב. מתי היה העותר פעיל בארגון זה? האם, לדידי המשיב, העותר עדיין פועל נגד מדינת ישראל?
- ג. האם העותר נעצר בעבר, פרט למעצר המינהלי מלפני 20 שנה, בעת האינתיפאדה הראשונה, ולמעצר בתחילת שנות ה-2000? אם כן, כמה זמן היה עצור/אסור ומתי שוחרר?
- ד. האם ננקטו הליכים כלשהם ע"י מדינת ישראל כנגדו? איזה סוג הליכים?
- ה. האם מדובר בחומר מודיעיני הנוגע למעשים שעשה העותר, או אך ורק לקשריו?
- ו. האם שמו של העותר "עלה" בחקירה אחת בלבד? מי נתן את שמו של העותר ומתי? מה טיב הקשר בין הנחקר/ים והעותר?

36. באשר לדרישה להעברת החומר הגלוי, הובהר עוד בפתח הדברים, כי בעניין דומה אשר נדון בפני ועדת ההשגה לזרים, במסגרת השגה מס' 84/09, דרשה ב"כ המשיגים מטעם המוקד להגנת הפרט לקבל את כלל החומר הגלוי עליו מבוססת הפרפראזה. ואכן, ביום 8.12.2010 העבירה עו"ד מור מלשכת המשיב 2 את החומר הרלוונטי: כתב אישום, כתב אישום מתוקן, פרוטוקולים והחלטות של בית המשפט הצבאי יהודה, הכרעת דין וגזר דין. על כן, כך נראה, אין מניעה מהותית להעביר לידי מבקשים את חומר הראיות הגלוי.

העתק השימוע החלקי מצ"ב ומסומן ע/10.

37. ביום 9.3.2011, לאחר פניות ב"כ העותרים, ניתן סעד ביניים האוסר על הרחקתו של העותר, עד ל-45 יום ממועד החלטת המשיב בשימוע החלקי בכתב שהוגש ביום 21.2.2011.

העתק החלטת המשיבה 1 מיום 9.3.2011 בעניין סעד הביניים מצ"ב ומסומן ע/11.

38. ביום 24.3.2011 נשלחה תזכורת בעניין השימוע החלקי. בתזכורת הודגשה העובדה, כי במסגרת העלאת טיעוניהם בכתב, דרשו העותרים את מלוא החומר הראייתי בעניינם, וכן את עיכוב הדיון בשימוע עד אשר יינתן להם לעיין בחומר ולהגיב עליו כראוי.

העתק התזכורת מיום 24.3.2011 מצ"ב ומסומן ע/12.

39. ביום 13.4.2011 נתקבלה תשובת המשיב, לפיה בעניינו של העותר, "טרם הועברה עמדת גורמי הביטחון לטיעוניכם בכתב". המשיב כלל לא התייחס לדרישת העותרים, להעביר אליהם את החומר הראייתי.

העתק תשובת המשיב מיום 13.4.2011 מצ"ב ומסומן ע/13.

40. בתזכורת מיום 27.4.2011 הודגש שוב, כי המשיב נתבקש להעביר את מלוא החומר הראייתי בעניין שבנדון, ולעכב את הדיון בשימוע החלקי בכתב עד לעיון של העותרים בחומר.

העתק התזכורת מיום 27.4.2011 מצ"ב ומסומן ע/14.

41. ביום 24.5.2011 נשלחה תזכורת נוספת.

העתק התזכורת מיום 24.5.2011 מצ"ב ומסומן ע/15.

42. לאור התמשכות ההליכים בעניינם, לא נותרה בידי העותרים ברירה אלא להגיש השגה נוספת (להלן: **ההשגה השנייה**).

#### ההליך הנוכחי בוועדת ההשגה לזרים

43. ביום 21.6.2011 הוגשה ההשגה השנייה, בגין אי מענה המשיב לדרישה לקבל חומר ראייתי במסגרת "כוונה לסרב" לבקשה לאיחוד משפחות.

העתק ההשגה השנייה מיום 21.6.2011, ללא נספחיה, מצ"ב ומסומן ע/16.

44. בהשגה השנייה נטען, כי עניינם של העותרים מתעכב מזה תקופה ארוכה, ובינתיים הם חיים בחוסר ודאות קשה, אשר לא מאפשר להם לנהל את חייהם בשקט ובתחושת יציבות. אי-העברת חומר הראיות המבוקש – חומר גלוי, אשר לא חלים עליו כללי חיסיון – פוגעת קשות בזכות הטיעון של העותרים-משיגים, אשר מבקשים להתמודד כראוי עם כוונת המשיב לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות.

45. בנוסף נטען, כי אי המענה הממושך של המשיב מחפיר עוד יותר, לאור העובדה כי אין זו הפעם הראשונה שהעותרים ממתנינים וממתנינים להחלטת המשיב בעניינם. בהשגה הראשונה, הוזכר, עברו מעל 10 חודשים עד שהתקבלה התייחסות המשיב לעניינם.

46. גם הטיפול בהשגה השנייה התארך זמן רב מעבר לנקוב בנהלי משרד הפנים. לפירוט הסחבת בטיפול בהשגה השנייה, ר' סעיפים 51-64 לעתירה עת"ם 28253-11-11, המצ"ב להלן ומסומנת ע/18.

47. בסופן של האורכות השונות שניתנו, נתקבלה ביום 10.10.2011 החלטת המשיבה 1 מאותו יום, לפיה **"ב"כ המשיב תגיש לוועדה את החומר הגלוי אותו ניתן להגיש, עד ליום 6.11.2011"**.

החלטת המשיבה 1 מיום 10.10.2011 מצ"ב ומסומנת ע/17.

48. ואולם, החומר הגלוי לא הוגש למשיבה/1, והמשיב 2 המשיך בשתיקתו הרועמת. על כן, נאלצו העותרים-משיגים לפנות לבית המשפט, בתקווה כי כך יקודם עניינם.

ההליכים בעת"ם 11-11-28253 והמשך הדיון בהשגה 281/11 במקביל אליהם

49. ביום 15.11.2011 הוגשה, כאמור, עתירה מינהלית לבית משפט נכבד זה. בראש העתירה נתבקש בית המשפט להורות למשיבים להעביר לעותרים את מלוא החומר הראייתי הגלוי, עליו הסתמכו גורמי הביטחון בהמלצתם לסרב לבקשת העותרים לאיחוד משפחות – המלצה אשר עמדה בבסיס החלטת המשיבים להודיע על "כוונה לסרב" לבקשה.

50. בעתירה נטען, כי אי מענה הרשות מנוגד לחובתה לפעול במהירות הראויה; אי מענה הרשות מביא להפרת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית ופוגע בזכויות הילדים; ועדת ההשגה פועלת בניגוד לדין ולנוהל; המשיבים מתעלמים מחובת ההנמקה המוטלת עליהם ופוגעים בזכות הטיעון של העותרים, כפי שהותוותה, בין היתר, בפסק דין ג'עביץ.

העתק עת"ם 11-11-28253, ללא נספחיה, מצ"ב ומסומן ע/18.

51. כפי שיתואר להלן, המשיך הליך ההשגה להתקיים במקביל לטיפול בעתירה.

52. ביום 21.11.2011 החליט בית המשפט הנכבד (כב' השופטת בן אור) כי המשיבים יגישו תגובתם המקדמית לעתירה עד ליום 22.12.2011.

העתק ההחלטה מיום 21.11.2011 מצ"ב ומסומן ע/19.

53. אורכות בהגשת תגובתם המקדמית של המשיבים בעתירה נתבקשו בתאריכים 22.12.2011, 12.1.2012, 23.1.2012, 6.2.2012. בית המשפט האריך את המועדים כמבוקש.

54. ביום 16.2.2012, בעוד העתירה תלויה ועומדת, נתקבלה "בקשת אורכה להגשת תשובה להשגה" מטעם נציגת המשיב 2, בה נתבקשה אורכה להגשת תגובתו המקדמית של המשיב 2 להשגה בשישה ימים, עד ליום 21.2.2012. על גבי הבקשה נכתבה החלטתו של המשיב 1, לפיה האורכה ניתנת כמבוקש.

העתק בקשת נציגת המשיב 2 לאורכה והחלטת המשיב 1 שנכתבה על גביה מצ"ב ומסומן ע/20.

55. ביום 19.2.2012 נתקבלה החלטת בית המשפט הנכבד מאותו יום, לפיה על ב"כ המשיב להגיש תגובתו המקדמית לעתירה עד ליום 21.2.12, בלווית הסבר לעובדה כי לא הוגשה תגובת המשיב ביום 13.2.12, כפי שנקבע בהחלטתו הקודמת של בית המשפט.

העתק ההחלטה מיום 19.2.2012 מצ"ב ומסומן ע/21.

56. ביום 20.2.2012 הוגשה בקשה לדחיית מועד להגשת תגובתם המקדמית של המשיבים בעתירה. זאת, בלא קבלת עמדת העותרים בעניין. בבקשה נכתב, כי "בתקופה האחרונה, עלתה הסוגיה המבוקשת בעתירה להתייעצות אצל גורמים בכירים מטעם פרקליטות המדינה, גורמי הביטחון ומשרד הפנים. עם זאת, טרם עלה בידם לגבש עמדה אשר תוביל להגשת תגובה מקדמית או לחילופין לסיום העתירה".

העתק בקשת המשיבים מיום 20.2.2012 מצ"ב ומסומן ע/22.

57. באותו יום הוארך המועד כמבוקש, עד 27.2.2012.



58. ביום 22.2.2012 נתקבלה "בקשת אורכה להגשת תשובה להשגה", מטעם נציגת המשיב 2, בה נתבקשה אורכה להגשת תגובתו המקדמית של המשיב 2 להשגה, וזאת עד ליום 29.2.2012. הבקשה הועברה ע"י המשיבה 1 לתגובת העותרים-משיגים.

העתק הבקשה לאורכה להגשת תגובה להשגה והחלטת המשיבה 1 על גביה מצ"ב ומסומן ע/23.

59. עוד באותו יום הגישו העותרים-משיגים את תגובתם לבקשת האורכה. בתגובה צוין, כי בשל ההמתנה הממושכת לתגובת המשיב 2 בהשגה, הוגשה עתירה מינהלית לבית המשפט המחוזי. כמו כן נכתב, כי לאור העובדה כי העניין נשוא ההשגה עבר למישור המשפטי, וכי יושבי ראש ועדת ההשגה הינם משיבים לעתירה, עמדת העותרים-משיגים הינה כי מן הראוי כי שיג ושיח – ובכללן בקשות לאורכה – ייערך בין באי כוח הצדדים, ולא בין בעלי הדין עצמם. למעלה מן הצורך הוער, כי מעצם הגשת העתירה עוד בחודש נובמבר 2011, ברי כי עמדת העותרים-משיגים הינה כי המשיב 2 חרג מחובותיו המנהליות. על כן התנגדו הם לאורכה המבוקשת.

העתק תגובת העותרים-משיגים מיום 22.2.2012 מצ"ב ומסומן ע/24.

60. ביום 26.2.2012 נתקבלה החלטת המשיב 1 בבקשה לאורכה: "לנוכח בחירתם של המשיגים לנהל הדיון בביהמ"ש המחוזי ניטלת למעשה הסמכות מוועדת ההשגה לדון בהשגה. בנסיבות אלו, אין מקום לתשובה, אורכה וכד'. לתגובת המשיב תוך 7 ימים בטרם תימחק ההשגה".

העתק החלטת המשיב 1 מיום 26.2.2012 מצ"ב ומסומן ע/25.

61. ביום 27.2.2012 הוגשה בקשה לאורכה בהגשת תגובה מטעם המשיבים בעתירה, לפיה "משרד הפנים קיבל לאחרונה אורכה נוספת להגשת תגובתו לוועדת ההשגה עד ליום 29.2.2012... כל עוד עמדתו של משרד הפנים לא התגבשה בעניינם של העותרים וממילא לא נמסרה לוועדת ההשגה, הרי שגם לפרקליטות אין עמדה לגוף הדברים אשר ניתן להציגה לבית המשפט הנכבד". לבקשת המשיבים לאורכה צורפה תגובת העותרים כנספח.

העתק בקשת המשיבים לאורכה ותגובת העותרים אשר צורפה לה מצ"ב ומסומן ע/26.

62. ביום 29.2.2012 נתקבלה החלטת בית המשפט הנכבד, לפיה עמדת המדינה בעתירה תוגש עד ליום 4.3.2012.

63. ביום 1.3.2012 התקבלה אצל העותרים-משיגים תגובת המשיב 2 בהשגה. בפתח התגובה נכתב, כי "עניינה של ההשגה שבכותרת בבקשת המשיגים לקבל לידיהם את החומר הראייתי במסגרת 'כוונה לסרב' לבקשת אחמ"ש וזאת, **בטרם הגשת טענותיהם בכתב בהתאם לנוהל הערות גורמים מס' 5.2.0015**" (ההדגשה הוספה, נ.ד.).

64. בהמשך התגובה הובאה עמדת המשיב 2 באשר לדרישת העותרים-משיגים להעברת החומר הגלוי:

המשיב יטען כי מקום שמדובר במניעה מטעמים ביטחוניים שיסודה בהליכים משפטיים – בין בהליכי מעצר שיש ביקורת שיפוטית עליהם, או בהליכים משפטיים אחרים המוזכרים בתמצית המידע אודות המשיג הרי

שהמשיג מודע להם ומשכך אין מקום או עילה להעביר מסמכים הנוגעים אליו לצורך הגשת טענותיו בכתב, במסגרת נוהל הערות גורמים.

לצורך מיצוי הליך השימוע בכתב אין כל צורך או מקום במסע לאיתור חומרים אלו שמצויים תחת ידו של המשיג.

65. בנוסף ובאשר למידע המבוקש מהליכים משפטיים, טען המשיב 2 כדלהלן:

...נוכח המידע המפורט לעיל לגבי הליכים משפטיים שהמשיג ואחיו היו צד להם כאמור לעיל, בידי המשיג המידע הנחוץ לצורך הגשת שימוע מנומק בכתב בענייניו, שהרי המשיג היה צד להליכים אלה, בהינתן האמור לעיל, אין כל מקום או עילה להמצאת חומרים אלה הנוגעים למעצרו המינהלי של המשיג בגין פעילותו במסגרת הגייהאד האסלאמי, המצויים ממילא בידיעתו המלאה של המשיג באשר הוא היה צד להליכים אלו בענייניו.

המשיב יוסיף ויטען, כי הפרטים המפורטים והגלויים לעיל, לרבות תאריכים הנוגעים למשיג בעיקרם, מאפשרים הגשת שימוע מנומק למשיג ואין כל הצדקה או עילה להמצאת צווי מעצר מינהלי או החלטה שיפוטית המצויים בידי המשיג, כמו גם אחיו לאחר שהם היו צד להליכים (כל אחד מהם) בענייניו המשפטיים (כך במקור, נ.ד.).

(שם, ההדגשה הוספה, נ.ד.).

66. בנוסף הוסיף וטען המשיב 2 כי על פי מידע מודיעיני, העותר-משיג ממשיך בפעילות בגייהאד האסלאמי מאז שחרורו ממעצר מינהלי ב-2003.

67. בסוף התגובה הודיעה המשיב 2 כי "ניתנת למשיגים אפשרות נוספת להגיב על המניעה הביטחונית הקיימת בעניינם... בתוך 30 יום".

68. על גבי תגובת המשיב 2 בהשגה נכתבה ביום 1.3.2012 החלטת המשיב 1, אשר קצבה 21 יום לתגובת העותרים-משיגים.

העתק תגובת המשיב 2 בהשגה והחלטת המשיב 1 על גביה מצ"ב ומסומן ע/27.

69. בעקבות התפתחות הדברים בהשגה, הגישו העותרים לבית המשפט הודעה מעדכנת מטעמם ביום 1.3.2012. בראשית הדברים עדכנו העותרים, כי חרף החלטת המשיב 1 לפיה סמכות הדיון ניטלה מוועדת ההשגה, הוגשה תגובת המשיב 2 לוועדת ההשגה, ולא ישירות לבית המשפט. העותרים צירפו להודעתם את תגובת המשיב 2.

70. כמו כן התייחסו העותרים לתגובת המשיב 2 גופא. העותרים טענו, כי עמדת המשיב 2 לפיה "אין כל צורך או מקום במסע לאיתור חומרים אלו שמצויים תחת ידו של המשיג" הינה עמדה תמוהה, בלשון המעטה. זאת, משום שעולה ממנה כי החומרים אינם נמצאים אצל המשיב, ועליו לצאת ל"מסע" ל"איתורם". זאת, בעוד כאשר המשיב מקבל החלטה מינהלית, חזקה עליו כי הוא

מתבסס על חומר ראיות אמיתי, ולא מקבל את המלצת שירותי הביטחון כעובדה מוגמרת. כמו כן טענו העותרים, כי עמדת המשיב 2 מתעלמת מהלכת ג'עביץ ומזכות הטיעון של העותרים.

71. בנוסף טענו העותרים, כי כאשר מדובר בסירובים ביטחוניים "עקיפים" – המיוחסים לקרובי משפחה ולא לאדם עצמו – יש חשיבות מיוחדת לגילוי החומר בידי הרשות. זאת, משום שבמקרים אלו – בניגוד לאופן בו הציג המשיב את הדברים – אין לאדם כל גישה לחומר הראייתי שעליו הסתמך המשיב כאשר הודיע על כוונתו לסרב לבקשה. לבסוף טענו העותרים, כי חשיפת מלוא החומר הגלוי בפניהם בשלב השימוע יכולה לייעל את ההליך ולמנוע הליכים מיותרים בעתיד.

72. ביום 4.3.2012 התקבלה התגובה המקדמית של המשיבים בעתירה. בתגובה נטען, כי "משעה שניתנה תשובת משרד הפנים, הוסר לכאורה הגורם המעכב את ועדת ההשגה מלהחליט ודין העתירה להידחות על הסף בשל התייתרותה ובשל היעדר מיצוי הליכים כדין".

העתק התגובה המקדמית לעתירה מיום 4.3.2012 מצ"ב ומסומן ע/28.

73. ביום 12.3.2012, בהוראת בית המשפט, הגישו העותרים הודעה מטעמם. בהודעה טענו העותרים, כי בניגוד לעמדת המשיבים, ההליכים הנדרשים דווקא כן מוצו עובר להגשת העתירה. כמו כן הזכירו העותרים כי **המשיבה 1 הורתה למשיב 2 להעביר לוועדה את החומר הגלוי, וזאת, עוד בטרם הגשת העתירה**. כמו כן טענו העותרים כי אין מקום להחזרת העניין לדיון בוועדת ההשגה, לאחר שהוא נדון – כפי שמסר ב"כ המשיבים – אצל גורמים בכירים מטעם משרד הפנים, פרקליטות המדינה וגורמי הביטחון.

העתק הודעת העותרים מיום 12.3.2012 מצ"ב ומסומן ע/29.

74. ביום 17.4.2012 התקיים דיון בעתירה. הדיון התמקד בשאלת מיצוי ההליכים, ובסופו הוחלט, כי יש להחזיר את העניין להליך המינהלי, לשם קבלת החלטת יו"ר ועדת ההשגה; העתירה נדחתה בהתאם לכך. לאור חריגה של המשיב מלוחות הזמנים, נפסקו לטובת העותרים הוצאות ע"ס 2000 ₪.

העתק פרוטוקול הדיון והחלטה מיום 17.4.2012 מצ"ב ומסומן ע/30.

75. עוד באותו יום הוגשה הודעת עדכון לוועדת ההשגה, ובה השתלשלות העניינים בעתירה.

העתק הודעת העדכון בהשגה מיום 17.4.2012 מצ"ב ומסומן ע/31.

76. ביום 18.4.2012 העביר המשיב 1 את הודעת העדכון של העותרים-משיגים ל"תגובה והתייחסות ב"כ המשיב" תוך 21 ימים.

העתק החלטת המשיב 1 מיום 18.4.2012 מצ"ב ומסומן ע/32.

77. בחלוף 21 הימים, ובהיעדר תגובה והתייחסות של המשיב 2, פנו העותרים-משיגים ביום 9.5.2012 למשיב 1 וביקשו כי תינתן החלטה בהשגה.

העתק הבקשה למתן החלטה מיום 9.5.2012 מצ"ב ומסומן ע/33.

78. ביום 9.5.2012 נתקבלה החלטת המשיב 1, לפיה "החלטה בהשגה תינתן במועד הקבוע בנוהל הוועדה".

העתק החלטת המשיב 1 מיום 9.5.2012 מצ"ב ומסומן ע/34.

79. משחלף המועד הקבוע בנוהל הוועדה למתן החלטת היו"ר, הגישו העותרים-משיגים ביום 16.7.2012 בקשה נוספת למתן החלטה בהשגה.

העתק הבקשה למתן החלטה מיום 16.7.2012 מצ"ב ומסומן ע/35.

80. ביום 24.7.2012, **שנה וחודש לאחר הגשתה**, התקבלה סוף-סוף החלטה בהשגה, מיום 19.7.2012.

81. בפתח החלטתו סוקר המשיב 1 את עובדות ההשגה, ומציין כי ביום 21.2.2012 נערך לעותרים-משיגים שימוע בכתב.<sup>1</sup> לאחר סקירת טענות הצדדים והדין הרלוונטי, פונה המשיב 1 להכרעתו.

82. באשר לדרישה לעיין בחומר הראיות הגלוי, קובע המשיב 1 כדלהלן:

המידע הביטחוני המיוחס למשיג, חמור הן בפן הישיר המופנה כלפיו, והן בפן העקיף, המבוסס על בני משפחתו. שני מישורים אלה של מידע הינם רלוונטיים ביותר ותואמים את הוראת חוק (הוראת שעה), כך שבכוח **חוות-דעת זו של גורמי הביטחון, למנוע מהמשיגים קבלת זכות כניסה וישיבה בישראל ולהביא לדחיית בקשתם לאיחוד משפחות, אם לא יימצא טיעון ראוי כנגד המלצת גורמי הביטחון.**

(סעיף 26 להחלטה, ההדגשה הוספה, נ.ד.).

83. באשר לדרישה להעברת החומר הראייתי, קובע המשיב 1 כי משמעות הדרישה של העותרים-משיגים היא לבחון את הבסיס שעל פיו קיבלו גורמי הביטחון את החלטתם, כפי שהועברה כהמלצה למשיב בטרם יכריע בבקשה. בהמשך הוא קובע כי "לא את שיקול הדעת של המשיב, המשיגים מבקשים לבחון, אלא לשוב ולדון בטעם ובטענות שעלו בהליך המעצר המינהלי, בהליך העמדה לדין של המשיג או בטיב הידיעות המודיעיניות שבידי השב"כ. אין זו הזירה הנכונה להיכנס לשאלות אלה".

84. המשיב 1 מתייחס ל"פרקטיקה הנהוגה" של העברת פרפראזה "רחבה דיה" למשיגים, וקובע כי יש "היגיון פנימי" לאופן התנהלות המשיב. כמו כן מעיר הוא כי עמדת גורמי הביטחון, בנוסף להיותה מחייבת את המשיב להתייחסות, הינה "ראיה מינהלית" כהגדרתה בפסיקה.

85. לאחר מכן קובע המשיב 1 כי חרף העובדה כי לא נאמר כך על ידי המשיב, "נכון יהיה לקבוע וכך גם הפרקטיקה הנהוגה, שלאחר קבלת עמדת גורמי הביטחון, יידרשו אלה **לתמוך המלצתם במידע חסוי שיובא בפני המשיב בלבד**, שיש בו כדי לבסס את המלצתם בפרפראזה הגלויה" (ההדגשות הוספו, נ.ד.).

<sup>1</sup> המשיב 1 מציין בסעיף 7 להחלטתו כי "בתאריך 8 דצמבר 2010, העביר המשיב לידי ב"כ המשיגים את החומר הנדרש ובו כתב אישום מתוקן, פרוטקולים והחלטות של בית המשפט הצבאי יהודה, הכרעת הדין וגזר הדין". מדובר, ככל הנראה, בטעות סופר, שכן כידוע, החומר הנדרש מעולם לא הועבר לידי העותרים-משיגים, ועל עניין זה בדיוק נסובה השגתם.

86. לסיכום מברך המשיב 1 על בקשת המשיב 2 להכריע בבקשה לאיחוד משפחות "רק לאחר שיערך למשיגים שימוע בכתב". המשיב 1 קובע כי הפרפראזה הגלויה רחבה ומספקת, וכי "אין המשיב נדרש עתה ובכלל לבחון כל ידיעה ומידע המובא לידיעתו על ידי רשות מרשויות המדינה. כל זמן וכל עת בו יוכל להניח אדם סביר, כי ניתן להסתמך על מידע שכזה, הרי שעמדה של השב"כ תתקבל כראייה מינהלית שעל בסיסה, בין שאר שיקוליו, יקבל המשיב את החלטתו".

87. החלטת המשיב 1 נחתמת בקביעה, כי למשיגים ייערך שימוע בכתב תוך 30 ימים (זאת, חרף העובדה שכפי שצוין בראש ההחלטה, כבר נערך להם שימוע שכזה) ובמחיקת ההשגה.

העתק החלטת המשיב 1 מיום 19.7.2012 מצ"ב ומסומן ע/36.

88. עמדת העותרים הינה כי החלטת המשיב 1 שגויה מן היסוד ואינה יכולה לעמוד. להלן נפרט את עמדתנו.

### המסגרת המשפטית

סבורני אפוא שהעותר צדק בדרישתו לא רק מכיוון שזכותו לעיין במסמכים נובעת מהוראות החוק, אלא – ובעיקר – מכיוון שהשכל הישר וההגינות האלמנטארית ביחסי ציבור בין שלטון ואזרח מחייבים מסקנה זו... רק מנימוקים כבדי משקל יכולה הרשות לטעון חסוי למסמך מסוים, והטוען חסוי – עליו הראיה.

(בג"ץ 337/66 עזבון פיטל נ' ועדת השומה שליד עיריית חולון, פ"ד כא(1) 69, 72 (1967)).

...השאלה פשוטה בתכלית: נקודת המוצא, שיסודה בכללי הצדק הטבעי, היא, שזכאי מי שעניינו נדון בבית משפט לעיין ב"תיק" בית המשפט העוסק בו, אלא אם כן זכות העיון הוגבלה במפורש בהוראת חוק.

(רע"א 3564/12 בייר נ' פלוראליטי בע"מ, פס"ד מיום 1.8.2012).

89. לא פעם נדרשים מוזמנים בהליכי איחוד משפחות, להתמודד עם הודעה של משרד הפנים בדבר כוונה לסרב לבקשתם בשל חומר ביטחוני חסוי בעניינם. במקרים אלו עומדת בפני המשפחות ובאי כוחם משימה לא פשוטה: התמודדות עם טענות המבוססות על ראיות שאין באפשרותם לעיין בהן. במקרים כאלו, בית המשפט משמש "עיניים ואוזניים" לעותרים, כאשר בוחן הוא את החומר החסוי במסגרת הדיון בעתירה. על דיון כזה, המתקיים במעמד צד אחד, נאמר זה מכבר:

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.

(בג"ץ 1520/09 ג'ברין נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית (לא פורסם)).

90. ואולם, במקרה דנן, לא מועלית כל טענת חיסיון באשר לחומר הראיות. אין כל סיבה נראית לעין, לחרוג מכללי הדיון האדברסרי, ולאפשר לעותר ובא כוחו לקחת חלק שווה בהליך המשפטי, ולהעלות טענות מבוססות, לאחר עיון בחומר הראיות. במילים אחרות, העותר אינו זקוק ל"עיניים ואוזניים" שאינן שלו.

91. העותרים עמדו בהרחבה בהשגה על זכות הטיעון, וזכות העיון הנגזרת ממנה. המשיבים בחרו להתעלם מזכות זו, ולפטור את דרישת העותרים לעיין בחומר בהינף יד, כאילו מדובר בגחמה, תוך טענה עלומה שאין צורך שהעותרים יעינו בחומר. עמדה זו של המשיבים תמוהה במיוחד, לאור העובדה כי מצופה היה מהמשיב שיעיין אף הוא בחומר הראיות, בטרם יאמץ הוא את המלצת גורמי הביטחון. ובאם מעיין המשיב בחומר, הכיצד יכול לטעון הוא כי דרישת העותרים שולחת אותו ל"מסע לאיתור החומרים"?

92. בעמודים הבאים יחזרו ויפרטו העותרים באשר לזכויותיהם שנפגעו, ויתייחסו להחלטת המשיב 1, לחוסר סבירותה ואי-עמידתה בתנאי המידתיות.

#### התעלמות מחובת הנמקה ופגיעה בזכות הטיעון

93. החלטת המשיב 1 נעדרת כל התייחסות מהותית לטענות כבדות המשקל אשר העלו העותרים, באשר לחובת ההנמקה, זכות הטיעון וזכות העיון הנגזרת ממנה. בהתעלמות המשיב 1 מטענות עקרוניות אלו, דומה החלטתו לבניין אשר נבנה על יסודות רעועים.

94. ואילו, עמדת העותרים הינה כי חובת ההנמקה וזכות הטיעון נמצאות בליבת העניין כאן. על כן נפנה כעת לסקירה מעמיקה של עקרונות אלו.

#### מבוא – חובת הנמקה וזכות הטיעון

95. עמדת העותרים הינה, כי עובר להחלטה על ידי הרשות בעניינם, עומדת להם הזכות לעיין במסמכים המשמשים כבסיס לכוונה לסרב לבקשתם. מדובר בזכות יסוד, הכלולה בזכות הטיעון, המהווה חלק בלתי נפרד מכללי הצדק הטבעי.

96. אל מול זכויות העיון והטיעון של העותרים, חלה על המשיבים בתיק דנן חובת ההנמקה, שגם היא כקודמותיה מהווה חלק אינהרנטי מזכותו של העותר לשימוע והליך הוגן והוכרה אף היא כזכות במשפט המקובל האנגלי ובעקבותיו המשפט הישראלי, שהכירו בקיומם של כללי צדק טבעי (natural justice). הרציונאל שמחייב את הרשות לחשוף את טעמיה בפני אלו שאת צעדיהם היא שוקלת להגביל הוא ברור: ללא פירוש טעם הסירוב, אין ביכולתו של אדם הנפגע מהחלטת הרשות לכפור בטענות שעומדות כנגדו. זכויותיו המוגנות עלולות להיות מוגבלות ללא כל ביקורת או מבחן.

97. את חשיבות חשיפת הנימוקים על ידי הרשות להבטחתו של הליך הוגן ממחישים יותר מכל דווקא אותם מקרים, בהם ניאותו הרשויות לפרט במידת מה את הסיבות למניעת חשיפה, בעקבותיה הצליחו ה"מנועים" להוכיח בקלות יחסית כי הטענות שהועלו נגדם הן חסרות יסוד ולהביא להסרת המניעה. כך היה, למשל, בבג"ץ 8857/08 **עצפור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בבג"ץ 25/09 **גאנם נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית**; בבג"ץ 4819/09 **ד"ר**

אלהור נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית; בג"ץ 10104/09 אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאיזור הגדה המערבית.

עיון בתיקים אלו מלמד כי בדיקה מדוקדקת של מסמכים, המוגשים על ידי רשויות וגורמים שונים בתיקים בהם טוענות הרשויות למניעה ביטחונית, בסיוע עורך דין, עשויה לגלות דברים ופעמים אף משגים, שביכולתם להטות את הכף ולסלק את רוע הגזרה.

#### זכות הטיעון וזכות העיון

98. **זכות הטיעון** בפני רשות מינהלית, השוקלת או עומדת לבצע פעולה הפוגעת בזכות או באינטרס של הפרט, הוכרה כזכות ראשונה במעלה, ומהווה חלק מכללי הצדק הטבעי (ראו למשל: בג"ץ 3/58 ברמן נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493, 1508; בג"ץ 3379/03 מוטסקי נ' פרקליטות המדינה, פ"ד נח(3) 865, 899; בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 75).

99. אך לאחרונה קבע בית משפט נכבד זה, כי "המפתח להפיכת השימוע להליך אמיתי הוא, כי למבקשים יינתן מידע ממשי, ככל הניתן, אם גם במגבלות מובנות, כך שיאפשר להם להתכונן להליך כראוי". (ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' ג'עביץ, לא פורסם).

100. זכות הטיעון הוכרה זה מכבר ככוללת בחובה את **זכות העיון** בחומר המשמש את הרשות המינהלית לקבלת החלטתה:

אכן, מזכות הטיעון הנתונה לאדם להעלות טענותיו בפני רשות מינהלית העומדת להחליט בעניינו נגזרת באופן סביר הזכות לעיון במסמכים המשמשים את הרשות לצורך החלטתה. זאת, בכפוף לסייגים ומגבלות המתחייבים להבטחת פעילותה התקינה של הרשות המינהלית. **בלעדי זכות העיון, זכות הטיעון לעולם לא תהא שלמה. ובלעדי זכות הטיעון – החלטתה של הרשות המינהלית עלולה שלא להיות שלמה וללקות בפגם.** ראייה זו של זכות העיון של הפרט העלול להיפגע מהחלטת הרשות מתיישבת עם הגישה הכללית ההולכת ומשתרשת כיום בכיוון לצמצום החסיונות על מידע המוחזק בידי הרשות הציבורית ולהגבלתם רק לצרכים חיוניים להשגת אינטרס ציבורי חשוב.

(בג"ץ 7805/00 אלוני נ' מבקרת עיריית ירושלים, תק-על 2003(2) 1121, עמ' 1131).

101. במקום אחר נפסק, כי זכות השימוע אינה אך הזכות כי הרשות תאזין לטענות האזרח, אלא היא זכות המחייבת **שמיעה הוגנת**, המאפשרת לאזרח להתמודד עם הטענות המועלות נגדו:

המקרה שלפנינו מדגים יפה את החשיבות הרבה שיש ליחס לשמירה קפדנית של הכללים בדבר זכות השמיעה. משלא ניתנה לעותר האפשרות לשמוע את התלונות נגדו ולהשמיע את תגובתו שלו, התגבשה בו ההכרה, כי שיקולי הרשויות הם פסולים ומפלים, והאמון שלו כאזרח באמינות השלטון התערער.

מצב דברים זה באים הכללים בדבר זכות השמיעה למנוע, שכן הם מכוונים לא רק לכך שהלכה למעשה ייעשה צדק עם הנפגע, אלא הם מכוונים גם להבטיח את האמון של הציבור בפעילותם התקינה של השלטונות...

זכות זו אין משמעותה אך הליך פורמלי של הזמנה ושמיעה. זכות השמיעה משמעותה הזכות לשמיעה הוגנת (בג"צ 598/77, בעמ' 168). זכות זו משמעותה מתן הזדמנות נאותה להגיב על מידע שנתקבל, והעשוי להשפיע על ההחלטה בעניינו של העותר (ראה: בג"צ 361/76).

**על-כן, אין מקיימים כהלכה את זכות השמיעה, אם אין מפנים את תשומת לבו של הפונה למידע, שנתקבל בעניינו, ומאפשרים לו להגיב עליו כראוי.**

(בג"ץ 656/80 **אבו רומי נ' שר הבריאות**, פ"ד לה(3) 185, 190; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

102. **זכות העיון הפרטית**, דהיינו – זכותו של אדם לעיין בחומר הנוגע אליו, אישית, והמצוי בתיקי המינהל הציבורי – מבוססת על מעמד הרשות כנאמן של הציבור:

הכלל הוא שמסמכים שנתקבלו בידי הרשות תוך כדי שימוש בסמכות שהוענקה לה על-פי דין, צריכים להיות גלויים ופתוחים לפני הצד הנוגע בדבר; ואין הרשות נשמעת לאמור שמשנכנס המסמך לתיקיה, שוב אין הצד הנוגע בדבר רשאי עוד לראותו... **הטענה כי באין חובה חוקית לגלות, רשאי אני לכסות ולא לגלות – יכול ותישמע מפי אדם או תאגיד פרטי...** אבל אין היא נשמעת מפי רשות הממלאת תפקיד על-פי דין. לא הרי רשות היחיד כהרי רשות הציבור, שזו בתוך שלה היא עושה, ברצותה מעניקה וברצותה מסרבת, ואילו זו כל כולה לא נוצרה כי אם לשרת את הכלל, ומשלה אין לה ולא כלום: כל אשר יש לה מופקד בידיה כנאמן, וכשלעצמה אין לה זכויות או חובות נוספות על אלה, או שונות ונפרדות מאלה, אשר הן נובעות מנאמנות זו או הוקנו לה או הוטלו עליה מכוח הוראות חקוקות.

(בג"ץ 142/70 **שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין**, פ"ד כח(1) 325, עמ' 330; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

ראו לעניין זה גם: רע"א 4999/95 **ALBERICI INTERNATIONAL** נ' **מדינת ישראל**, פ"ד נ(1) 39, 44; רע"א 291/99 **ד.ג.ד. אספקת אבן ירושלים נ' מנהל מס ערך מוסף**, תק-על 2004(2) 194, עמ' 200.

103. באשר לחשיבותה של זכות העיון, כחלק ממיצוי זכות הטיעון של מי שעלול להיפגע מהחלטה של רשות מינהלית, נקבע כי:



**משמנע מן הנפגע לקבל את כל חומר הראיות, הרי שבכך נפגמה זכותו לטעון, ואין עליו עוד להראות כי במקרה המיוחד גם הביא הדבר לעיוות דין.** החשש (גם אם אינו מבוסס) כי נפלה שגגה מלפני הרשות בהחלטתה הפוגעת, מובנה בעצם העובדה כי זכות הטיעון כנגד הראיות שנתקבלו לא עמדה לנפגע במלואה. הערך המוגן של כבוד האדם, בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אף הוא מחייב את המסקנה כי גם פגיעה בכבוד האדם לתכלית ראויה, לא ראוי לה שתיעשה קודם שמיצה, מי שכבודו עלול להיפגע, את זכות הטיעון, **במובן של קבלת חומר הראיות בשלמותו והזדמנות להגיב עליו, זכות שהיא "חגורת ביטחון" כנגד פגיעה "העולה על הנדרש".**

(בג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקרת המדינה, פ"ד מט(3) 771, עמ' 791; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

#### היישום בענייננו

104. במקרה דנן, גורמי הביטחון המליצו למשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות, לאור חומר ישיר ועקיף, גלוי וחסוי, הקיים כנגד העותר. המשיב, מצידו, הודיע על כוונתו לסרב לבקשה לאיחוד משפחות, בהתבסס על המלצת גורמי הביטחון, וזאת אם העותר לא יעלה טענות חזקות מספיק, אשר יגברו על טענות גורמי הביטחון. לעותר ניתנה הזדמנות לשטוח טענותיו בפני המשיב במסגרת הליך "שימוע בכתב".

105. כשמדובר בסירובים ביטחוניים "עקיפים" – המיוחסים לקרובי משפחה ולא לאדם עצמו – יש חשיבות מיוחדת לגילוי החומר בידי הרשות. הרי במקרים אלו אין לאדם כל גישה לחומר הראיתי שעליו הסתמכו גורמי הביטחון בהמלצתם לסרב לבקשתו. אין לו כל זכות עצמאית לגלות את החומר ואין ביכולתו לפנות ישירות לגורמים הרלוונטיים ולבקש למשל, צווי מעצר, הודעות משטרה והרשעות של אנשים אחרים. גם חומרים גלויים הנוגעים ישירות לאדם עצמו, אינם פעמים רבות, בידיו. זאת, במיוחד אם ההליך המדובר התקיים לפני מספר שנים. כלומר, גם במקרים של סירוב "ישיר" המבוסס על חומרים גלויים, ישנו קושי בנגישות לחומר.

106. לא ייתכן כי המשיב יטען נגד פעילויות לכאורה של גורם שלישי ויעביר את הנטל לפונה להפוך כל אבן בחיפוש חסר תקווה לאסוף את החומר "נגדו". מדובר בבקשה מופרכת והפרה בוטה של הזכות להליך הוגן.

107. אשר על כן, חובה על המשיב למסור לידי העותר את החומר הרלוונטי, על מנת לבסס זכותו לטיעון.

108. העותרת 9 כבר טענה, כי לזכות השימוע אין משמעות מבלי שיתאפשר למבקש עיון במלוא החומרים הרלוונטיים להחלטה, במכתב שנשלח למשיבים ביום 1.3.2011 בעניין "נוהל הערות גורמים בבקשות לאיחוד משפחות".

העתק המכתב בעניין נוהל הערות גורמים מצ"ב, מסומן ע/37.

זכות העיון בראי פסק דין ג'עביץ – תנאים מקדמיים למימוש הזכות לשימוע

109. פסק הדין בעע"ם 1038/08 **מדינת ישראל נ' ג'עביץ** (להלן: עניין ג'עביץ) עסק בחובות החלות על המשיבים בבואם לסרב לבקשות בהליך איחוד משפחות. לצד החובה לגבש נוהל המסדיר את מתן זכות הטיעון למבקשים בטרם חורצים המשיבים את גורלם, נדרש בית המשפט בפסק הדין לתנאים הנוספים המתחייבים ממתן אותה זכות השימוע.

110. כך, נקבע בסעיף ל"א לפסק הדין, כי על מנת לממש את זכות הטיעון המוקדמת, הליך השימוע יבוא "לאחר הודעה מפורטת ככל הניתן בדבר הסיבה שבגינה נשקל דחיית הבקשה, על מנת שיוכלו המבקשים להכין את עצמם כראוי לקראתו" (ההדגשה הוספה, נ.ד.).

111. בית המשפט העליון הוסיף, כי במקרים שבהם חוות הדעת של הגורמים הביטחוניים מבוססת על חומר מודיעיני מסווג :

דרוש מאמץ ליצירת פרפראזות 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 לצמצם מגבלה זו עד למינימום הנדרש.

(שם; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

112. בסעיף ל"ד הזהיר בית המשפט, כי :

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.

(שם; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

113. כן נקבע, בפסקה 7 לפסק דינה של הנשיאה בייניש בעניין ג'עביץ :

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.

(שם; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

114. הנה כי כן, פסק הדין בעניין ג'עביץ עסק רובו ככולו בחובות המוטלות על המשיב, כאשר מדובר במניעה ביטחונית המבוססת על חומר חסוי. במקרה כזה, חשיפת מלוא החומר בפני המבקשים, אינה אפשרית מטעמים ביטחוניים. ואולם, חרף המגבלות הידועות, מורה בית המשפט בפס"ד ג'עביץ להקפיד ולהבטיח כי המידע שכן נחשף בפני המבקשים, יהיה מקסימאלי. **שם לא כן, לא תהיה משמעות להליך השימוע.**

115. דברים אלו יפים על אחת כמה וכמה כאשר מדובר בחומר גלוי. במקרה של חומר גלוי, אין כל מניעה להעבירו למבקשים. המדובר בחומר שלרשויות יש נגישות גבוהה אליו, ויתרה מכך: כפי שיפורט בהמשך, יש להניח כי הרשויות אף מעיינות בו עובר לקבלת החלטתן בבקשה לאיחוד משפחות.

116. אם כן, פסק הדין בעניין ג'עביץ מנסה לפוגג – עד כמה שניתן – את מסך העשן הקיים תמיד, במקרה של הסתמכות המשיב על חומר חסוי בבואו לדון בבקשה לאיחוד משפחות. נקודת המוצא בפסק דין ג'עביץ הייתה ההכרה בנחיתות המובנית של המבקשים, בהליכים בהם קיים חומר חסוי. במקרה דנן, מעמידים המשיבים את העותרים במצב נחות עוד יותר – ללא כל צורך או ביסוס אמיתי. במקרה דנן, באשר לחומר הגלוי, אין כל מסך עשן האופף את הודעת המשיב בדבר "כוונה לסרב". המשיבים מבקשים להקשות שלא לצורך על העותרים, ולהגביל את זכות השימוע שלהם מעבר לנדרש.

#### היישום בפועל: כיצד מימוש זכות העיון יתרום לקיום זכות טיעון אמיתית?

117. מקריאת החלטת המשיב 1 בהשגה, החלטה אשר התעלמה לגמרי, כאמור, מטענות העותרים באשר לזכות הטיעון וזכות העיון, נוצר הרושם המוטעה כי דרישת העותרים לעיון בחומר הגלוי היא מעין גחמה של העותרים להטריד את המשיב שלא לצורך.

118. למעלה מן הצורך, יבקשו העותרים להסביר – ברמה הפרקטית – כיצד עיון בחומר גלוי יכול לסייע להם בהעלאת טענותיהם כדבעי בהליכי שימוע. זאת, כמובן, מבלי לגרוע מטענתם הכללית בדבר זכות העיון, הקיימת ממילא (ובלא טענה אודות קיומו של צורך להדגים בהליך ספציפי כזה או אחר מדוע הם זקוקים לחומר הגלוי).

119. להלן יפורטו שתי דוגמאות ממקרים בהם טיפל המוקד להגנת הפרט, בהם הייתה חשיבות עליונה לעיון בחומר הגלוי.

120. כתב אישום מקורי לעומת כתב אישום מתוקן: באחד מהתיקים בהם טיפל המוקד להגנת הפרט, הודיע המשיב על כוונתו לסרב לבקשה לאיחוד משפחות בשל מעשיו של אחי המוזמנת. על פי מכתב הסירוב, אחיה של המוזמנת "הודה בהשתייכותו לחוליית פת"ח שברשותה נשק, הודה בסחר באמצעי לחימה, ובהשתתפות בידו בקבוקי תבערה לעבר רכב צבאי".

העתק מכתב הסירוב בבקשת אחמ"ש 622/07 מצ"ב ומסומן ע/38.

121. במסגרת הטיפול בהשגה באותו עניין (השגה 84/09), הועבר לידי ב"כ המשיגים חומר הראיות הגלוי הנוגע לאח: כתב אישום, כתב אישום מתוקן, פרוטוקולים של דיונים בבית המשפט הצבאי, החלטה, גזר דין. מעיון בחומרים הללו התברר, כי בעניינו של האח הוגש כתב אישום מתוקן, וכי הגיעו להסדר טיעון במסגרתו הוא חזר בו מכפירתו בעבירות אשר יוחסו לו, והודה בעבירות אשר

פורטו בכתב האישום המתוקן. בכתב האישום המתוקן, כך התברר, לא היה זכר לאישום בדבר השתתפות ביידוי בקבוקי תבערה לעבר רכב צבאי, וכן לא לטענת השתייכותו של האח לחוליית פת"ח שברשותה נשק. ברי, כי האח לא הודה במעשים אלו, שלא עלו כלל בכתב האישום המתוקן ובהסדר הטיעון. המשיגים התייחסו לעניין זה, כמובן, במסגרת השימוע בכתב אשר נערך להם.

העתק המסמכים הגלויים אשר הועברו למוקד במסגרת השגה 84/09 מצ"ב ומסומן ע/39.

העתק השימוע בכתב אשר הוגש במסגרת בקשת אחמ"ש 622/07 מצ"ב ומסומן ע/40.

122. מהודעות כלליות לפרפראזה חמורה לכאורה: בתיק אחר אשר היה בטיפול העותרת 9, הוגשה עתירה אשר במסגרתה טענה המדינה כי קיימת מניעה ליציאתו של תושב הגדה לשנה השישית ללימודי רפואה בתימן (בג"ץ 10104/09 **אבו סלאמה נ' המפקד הצבאי לאזור הגדה המערבית**). בתגובה המקדמית של המשיב ניתנה פרפראזה, לפיה ההתנגדות ליציאת העותר לחו"ל מבוססת על הודעותיו של העותר במסגרת חקירה במשטרה, לפיהן בעת שהותו בחו"ל הסכים לבצע אימון צבאי הן מטעם החמא"ס והן מטעם הפת"ח, וכי בעת שהותו בחו"ל נפגש עם פעילי חמא"ס ובהם שומר ראשו של חאלד משעל.

העתק תגובה מקדמית מטעם המשיב בבג"ץ 10104/09 מצ"ב ומסומן ע/41.

123. במסגרת הטיפול בעתירה נתקבלו ההודעות האמורות של העותר במשטרה. עיון בחקירות אלו איפשר לב"כ העותר להתייחס אליהן ולהעלות טענות באשר לסירוב הביטחוני. כך, למשל, התברר מהחומר הגלוי כי ה"הסכמה" היחידה לכאורה לביצוע אימון צבאי אשר מוזכרת בהודעת העותר, היא דברים שנאמרו בשיחת "messenger" (מסרונים באינטרנט) עם חבר לספסל הלימודים, לו העותר כבר הסביר שאינו מעוניין להשתתף באימון כאמור.

העתק החומר הגלוי אשר הועבר במסגרת בג"ץ 10104/09 מצ"ב ומסומן ע/42.

העתק תגובת העותר בבג"ץ 10104/09 מצ"ב ומסומן ע/43.

124. ואכן, בתום דיון בעתירה, הסכים המשיב להתיר את יציאת העותר מהגדה המערבית לירדן.

העתק פסק דין מיום 28.12.2009 מצ"ב ומסומן ע/44.

125. דוגמאות כלליות נוספות לתועלת שבעיון בחומר חסוי: בנוסף לאמור לעיל, קיימות דוגמאות רבות נוספות ליתרונות העיון בחומר גלוי. עיון בפרוטוקול דיון בביקורת שיפוטית על צו מעצר מינהלי יכול לתת אינדיקציה למערכות איזונים שונות שהפעיל השופט (למשל, טעמים לקיצור המעצר); עיון בחקירות והודעות יכול לשפוך אור על האמירה העמומה אודות אדם – כגון העותר דכאן – כי "שמו עלה כ... (פעיל בארגון פלוני)"; מעיון במלוא החומר הגלוי הרלוונטי יתברר האם הוגשו הליכי ערעור על החלטה של בית משפט, ומה נקבע בהליכי הערעור; ועוד ועוד.

126. ברי, כי אין מדובר ברשימה סגורה של דוגמאות; כמו כן, ברי כי אין להגביל ולסנן מראש את היקף החומר הגלוי המועבר למבקשים, שהרי (בהשאלה) "אין חקר לתבונת סנגור מוכשר, ואין לנחש כיצד היה יכול לנצל את החומר הנמצא לפניו" (ע"פ 35/50 **מלכה נ' היועץ המשפטי** (פ"ד (ד), 1950; 429, 433).

המלצה כראיה מינהלית ללא בדיקת טיבה: חובת המשיב לעיין בחומר חסוי אך לא בחומר גלוי?

127. בהחלטתו, קובע המשיב 1 כי "ההיגיון אומר שאין זה המקום לדיון בסוגיית גיבוש המלצת גורמי הביטחון, אלא בהחלטת המשיב – שכאמור, טרם ניתנה" (פיסקה 29). בהמשך הוא קובע כי "...אין המשיב נדרש עתה ובכלל לבחון כל ידיעה ומידע המובא לידיעתו על ידי רשות מרשויות המדינה. כל זמן וכל עת בו יוכל להניח אדם סביר, כי ניתן לסמוך על מידע שכזה, הרי שעמדה של השב"כ תתקבל כראייה מינהלית שעל בסיסה, בין שאר שיקוליו, יקבל המשיב את החלטתו" (פיסקה 32).

128. בכך קובע המשיב 1, שעמדת גורמי הביטחון היא מעין "חוות דעת מומחה", וכי המשיב אינו מחויב "להרים את המסך" ולבדוק מה עומד מאחורי חוות דעת זו. יתרה מכך. לדעת המשיב 1, גם העותר, אשר תוקף את כוונת המשיב לסרב לבקשה לאיחוד משפחות, זכאי לעיין רק בחומר הראיתי שהיה מונח בפני המשיב (וגם זאת, כל עוד אין מדובר בחומר חסוי).

129. ברי, כי מדובר בעמדה אבסורדית. העובדה כי המשיב נעזר בגורמים מומחים המייעצים לו ומחווים את דעתם המקצועית, לא יכולה ליצור "חומה" בין אנשים כגון העותר לבין הגורם המייעץ, ולא יכולה להוות עילה לדחיית דרישה, לעיין בחומר אשר ביסס את ההמלצה.

130. זאת ועוד. פרקטיקה כגון זו שמתווה המשיב 1 בהחלטתו – לפיה, המשיב אינו נדרש לבדוק את המלצת גורמי הביטחון – מנוגדת למושכלות המשפט המינהלי ומאפשרת, הלכה למעשה, התפרקות משיקול דעת:

...בשל עצם הקניית הסמכות – חייב היה לפעול מיוזמתו, כדי שיהיה בידיו כל החומר הרלוואנטי, המאפשר החלטה לכאן או לכאן. הוא הרשות שהופקדה על העניין על-ידי המחוקק והוא שחייב היה לפעול למען איסוף המידע בסוגיה זו, בו יוכל להיעזר לצורך החלטתו...

לאור כל האמור לעיל, לא היה בידי אלא להסיק, כי תהליך קבלת ההחלטה במקרה דנן על-ידי מי שהוקנתה לו סמכות על-פי חוק היה פגום ובשל כך גם חסר תוקף: למעשה, לא התקיים תהליך בדיקה הראוי לשמו, כנדרש. אם לא היו בידי השר נתונים מספיקים, לרבות חוות-דעת מקצועיות, בעלות רמה ראויה, שיהיה בהן כדי לשלול גירסת העותרים או להעמיד את משקלה ואת כוח השכנוע שבה בספק, הרי חייב היה לפעול לקבלת חוות-דעת כדי לקיים בכך את תהליך איסוף הנתונים, וכדי שיהיה בידיו חומר מספיק, אשר על יסודו יוכל להכריע בעניין...

אם לא נקט אף צעד לאיסוף נתונים, גם לא יכול היה ממילא לעבור לשלב השני של העיון והשקילה - החייב להקדים את מתן ההחלטה, היינו לשלב של השוואת דעות המומחים ושקילתן זו מול זו, הנעשית, בין היתר, תוך בחינת מעלותיה ומגרעותיה של כל גישה. בשל כך נעדר הבסיס החיוני לגיבושה של החלטה, בה יכול היה בית המשפט לראות החלטה של בעל סמכות, שנפלה אחרי בדיקה בנפש קולטת וללא דעות קדומות נוקשות,

ואשר בה היה בית המשפט רואה מעשה של בחירה בין חלופות סבירות שונות, אשר בהן אין בית המשפט נוהג, בדרך כלל, להתערב...

**ההקפדה מצד בית-משפט זה על כך, כי עובר לקבלת החלטה על-ידי בעל סמכות על-פי חוק יקויים תהליך קבלת החלטה הראוי לשמו, היא אולי הערובה היעילה ביותר לכך, שהשימוש בשיקול הדעת, שהוענק על-ידי המחוקק לזרוע זו או אחרת של הרשות המבצעת, לא ילקה בליקויים, שיש בהם כדי לרוקן מטרתו של החוק מתוכנה. קביעתה של החובה לשקול את הנתונים באופן ענייני, שיטתי והוגן ולקיים תהליך מסודר ומלא של שקילת גירסאות נוגדות יש בה כדי לצמצם במידה רבה את הסכנה של התעלמות מהיבטים רלוואנטיים ושל עיוותים או מעשי שרירות, העלולים לפגוע בפרט ובכלל.**

(בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים (פ"ד לז(3), 29), פסקאות 8-10; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

131. שהרי, בעל הסמכות להודיע על "כוונה לסרב" במקרה דנן, הינו המשיב. הוא – ולא השב"כ. גורמי הביטחון הינם גורם מייעץ בלבד :

המלצת השב"כ ויתר גורמי הביטחון אינה בגדר של גורם מכריע שאין בלתו. אין לשב"כ "זכות וטו" לעניין אישור של בקשות לאיחוד משפחות. אמנם לחוות דעתו של השב"כ מעמד מרכזי בשיקולי המשיב, ובדין ניתן לעמדת השב"כ מעמד זה, ואולם על המשיב לשקול מכלול של שיקולים נוספים בבואו להחליט בבקשה לאיחוד משפחות.

(עת"ם (חי') 1551-06-09 נאצר נ' משרד הפנים (פורסם בנבו); ההדגשה הוספה, נ.ד.).

132. הנה כי כן, הרשות המינהלית צריכה לשקול בעצמה את השיקולים הרלוונטיים, במסגרת הבקשה לאיחוד משפחות. ברי, כי עליה לעיין בחומר הגלוי, טרם הודעה על כוונה לסרב לבקשה לאיחוד משפחות. זאת, משני טעמים מרכזיים: בכדי למנוע מצב בו היא מתפרקת משיקול דעתה, ומעבירה אותו לגוף שאינו מוסמך ליתן החלטה סופית אלא רק לייעץ (במקרה דנן – השב"כ), וכך, כדי להבטיח שתעמוד בחובת ההנמקה המוטלת עליה.

133. ואולם, עמדתו של המשיב 1 אבסורדית אף יותר. הוא קובע, כי מן הראוי שהמשיב ידרוש מגורמי הביטחון לתמוך המלצתם במידע חסוי שיובא בפני המשיב בלבד (פיסקה 31), אך באותה החלטה "פוטרי" הוא את המשיב מדרישה לעיין במסמכים הגלויים עליהם התבססה המלצת גומרי הביטחון! מדוע הטעמים – הנכונים – לקביעת המשיב 1 כי על המשיב לעיין בחומר החסוי עובר להחלטתו, אינם חלים באשר לחומר הגלוי? מדוע באשר לחומר הגלוי, מסתפק המשיב 1 בפרפראזה כללית שתועבר למשיב? זאת, דווקא כאשר מדובר בחומר נגיש הרבה יותר, אשר אף

אינו מצריך הגבלת העיון בחומר על ידי פקיד בעל סיווג ביטחוני. **עמדתו זו של המשיב 1 תמוהה, וסותרת את עקרון שיקול הדעת העצמאי.**

כיצד ירימו העותרים את הנטל המוטל עליהם?

בפתח החוק עומד שומר-סף. אל השומר הזה בא איש מן הכפר ומבקש רשות להיכנס אל החוק. אבל השומר אומר שעכשיו אין הוא יכול להרשות לו להיכנס. האיש חוכך בדעתו ושואל אם יורשה אפוא להיכנס אחר-כך. "יתכן", אומר שומר-הסף, "אבל לא עכשיו". כיוון שהשער אל החוק עומד פתוח כתמיד והשומר סר הצידה, גוחן האיש כדי להציץ דרך השער פנימה. השומר מבחין בדבר, צוחק ואומר: "אם כל כך קשה לך לעמוד בפיתוי, נסה-נא להיכנס למרות האיסור שלי. אבל שים לב: כוחי גדול, ואני רק הנחות שבשומרים; אך בין אולם לאולם עומדים שומרי-סף, וכל אחד כוחו גדול משל קודמו. את מראהו של השלישי אפילו אני אינני יכול לשאת". קשיים כאלה לא צפה האיש מן הכפר.

(פרנץ קפקא, **בפתח החוק**, מתוך **המשפט**; תרגום מגרמנית: אברהם כרמל, הוצאת שוקן, 1992).

134. המשיב 1 קובע כך: "מבלי שאחטא בקביעת עמדה לגבי התוצאה אליה יגיע המשיב בסוף ההליך, אסתפק בכך שאומר שהמידע הביטחוני השלילי המיוחס למשיג, חמור... בכוח חוות דעת זו של גורמי הביטחון, למנוע מהמשיגים קבלת זכות כניסה וישיבה בישראל ולהביא לדחיית בקשתם לאיחוד משפחות, **אם לא ימצא טיעון ראוי כנגד המלצת גורמי הביטחון. מכאן שעל המשיגים להתגונן ולהשמיע טענותיהם, שאם לא כן, התוצאה הצפויה תהא דחיית הבקשה** (פיסקאות 26-27 להחלטה; ההדגשה הוספה, נ.ד.).

135. נסכם את האופן בו יטופל עניינם של העותרים, על פי המשיב 1: המשיב בוחן את בקשת העותרים לאיחוד משפחות; במסגרת בדיקתו, מקבל המשיב 1 את עמדת גורמי הביטחון; גורמי הביטחון מעבירים למשיב את חוות דעתם, לפיה – על בסיס חומר גלוי וחסוי – יש לסרב לבקשה לאיחוד משפחות; על המשיב לבקש מגורמי הביטחון לתמוך המלצתם בחומר חסוי, אך באשר לחומר הגלוי, אין הוא "נדרש עתה ובכלל לבחון כל ידיעה ומידע המובא לידיעתו על ידי רשות מרשויות המדינה"; המשיב מעביר לעותרים פרפראזה אודות המניעה הביטחונית, ונותן להם הזדמנות לשטוח טענותיהם – אולם, אין הוא מתיר להם לעיין אפילו בחומר הגלוי בעניינם; באם העותרים לא יצליחו להעלות טענות משמעותיות כנגד המלצת גורמי הביטחון, הרי שדין בקשתם לאיחוד משפחות להיות מסורבת.

136. המשיבים מטילים על העותר את הנטל לסתור את טענת גורמי הביטחון נגדו. הם מאפשרים לו, לכאורה, לשטוח את טענותיו בפניהם. מצבו של העותר בעייתי מלכתחילה, שכן הוא אינו יכול לעיין בחומר הסודי בעניינו, ואינו יכול להעלות טענותיו לגבי תוכנו, אלא רק לגבי הפרפראזה שניתנה לו. אך המשיב 1 צועד צעד אחד הלאה, וכובל אף יותר את ידיו של העותר. מצמצם עוד יותר את זכות הטיעון שלו. המשיב 1 קובע, כי על העותר להעלות טענות באשר לעמדת גורמי הביטחון לגביו, מבלי להיחשף לפרטים הגלויים של עמדה זו, מבלי שיוכל להתייחס באופן פרטני

לחומר הראיות. מיותר לציין, כי במצב דברים זה, עמדה של המשיב, לפיה העותר לא הרים את הנטל המוטל עליו ולא סתר את עמדת הגורמים – לא תהיה מפתיעה כלל וכלל.

137. כך נראית זכות הטיעון שמאפשר המשיב 1 לעותרים. זכות טיעון מתעתעת, מזויפת. אשליה. כיצד ירימו העותרים את הנטל המוטל עליהם, להתמודד עם הטענות נגדם, בהיעדר האפשרות לעיין בחומרים בעניינם? זאת, כאשר נקודת המוצא שלהם נחותה מלכתחילה, שהרי המשיב מסתמך אף על חומר סודי, אשר עיניהם לא יראוהו.

#### הפגיעה בזכות לחיי משפחה

138. המשפט הבינלאומי והדין הישראלי כאחד מקנים חשיבות רבה למשפחה, ומטילים על המדינה חובה להגן עליה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אשר אושרה ע"י ישראל ביום 3.10.91, כי:

יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם...

139. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (תק-על 2006(2), 1754) אף נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב.

140. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל.

141. חסימת האפשרות העומדת בפני העותרים, לשטוח את כלל טענותיהם באשר למניעה הביטחונית הנטענת נגדם, ללא מתן זכות שימוע מלאה, טומנת בחובה פגיעה קשה בזכות לחיי משפחה. כאמור בהחלטת המשיב 1, אי-הרמת הנטל לסתור את עמדת גורמי הביטחון תביא לסירוב לבקשה לאיחוד משפחות. המשיבים אינם מאפשרים לעותרים להרים את הנטל המוטל עליהם – ומכאן קצרה הדרך לפגיעה קשה בזכות לחיי משפחה.

#### החלטת המשיב 1 נעדרת סבירות ומידתיות

142. על הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה. מדובר בעקרונות-על, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב כרשות מינהלית.

143. ראו לעניין זה: בג"ץ 1689/94 **הררי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נא (1), 15; ובג"ץ 840/79 **מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבוניס בישראל**, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 745-746, דברי כבוד השופט (כתוארו אז) ברק לאמור:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות.



144. מהמקובץ לעיל עולה, כי עמדת המשיבים באשר להעברת חומר גלוי במסגרת הליכי "שימוע בכתב", אינה עומדת במבחן הסבירות. יתרה מכך, החלטת המשיבים אינה עומדת בתנאי המידתיות. היא טומנת בחובה פגיעה קשה בזכויות יסוד, בכללן זכות הטיעון, ללא כל הצדקה נראית לעין. בניגוד להגבלת זכות העיון בחומר חסוי – אז נערך איזון בין זכות הטיעון והזכות לחיי משפחה, לעקרון השמירה על ביטחון הציבור – הרי שבמקרה דנן אין כל צורך במערכת איזונים שכזו. המשיבים לא הצביעו על פגיעה כלשהי באינטרס הציבורי, אשר יכולה להצדיק את הפגיעה המשמעותית בזכויותיהם של העותרים.

#### סיכום

145. העותרים מבקשים עניין, לכאורה, פשוט: להגשים את זכות הטיעון שלהם במלואה, בכך שיתאפשר להם לעיין בחומר הראיות הגלוי אשר היווה בסיס להמלצת גורמי הביטחון, ולהתייחס לחומר זה במסגרת "שימוע בכתב". במקום היענות לבקשתם הבסיסית, כל שנתקלים בו העותרים מצד המשיבים הינו סחבת, התמשכות הליכים, וסירוב למימוש זכויותיהם ללא כל נימוק אמיתי.

146. לאור כל האמור לעיל, בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב להעביר לעותרים לאלתר את חומר הראיות הגלוי המבוקש. רק כך, יוכלו העותרים להעלות את טענותיהם המלאות כנגד הכוונה לסרב לבקשתם לאיחוד משפחות. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לעגן באופן קבוע, בנוהל, פרקטיקה של העברת חומר גלוי למבקשים במסגרת "שימוע בכתב". לבסוף, מתבקש בית המשפט לחייב את המשיב בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 14 יולי, 2012.

---

נועה דיאמונד, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 57819)