

- בעניין: 1. _____ עטון, ת"ז _____
2. _____ עטון, קטין, מחוסר מעמד
3. _____ עטון, קטין, מחוסר מעמד
4. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**
ע"י ב"כ עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
צלאל אלדין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6467011

המשיב

עתירה לקיום דיון נוסף בעע"מ 1966/09

בית המשפט הנכבד מתבקש להפעיל את סמכותו לפי סעיפים 18 לחוק יסוד: השפיטה וסעיף 30(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984 ולקיים דיון נוסף בהרכב מורחב, בפסק הדין בעע"מ 1966/09 (להלן: "פסק הדין") מיום 22.11.11.

פסק הדין קבע בדעת רוב של שני שופטים, כב' השופט (בדימו') א' א' לוי וכב' השופט גרוניס אל מול דעתה החולקת של כבוד הנשיאה ד' ביניש, הלכה חדשה, חשובה וקשה באשר לאופן קביעת מתן מעמד בישראל ובאשר לקיומו של ואקום מעמדי לקטינים, ילדיו של תושב ישראל, שנולדו בישראל ומנהלים בה את חייהם. כמו כן קובע פסק הדין שינוי בהלכה הנוהגת בדבר פרשנות תכליתית, כשהוא נוקט בפרשנות מילולית, צרה ונטולת חריגים לתקנה 12, לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, אשר בליבתה טובתם של ילדים. פרשנות זו לתקנה משנה באופן מהותי את ההלכה בנושא תחולת תקנה 12.

- פסק הדין מצ"ב ומסומן א.

א. הצורך בקיום דיון נוסף - הלכה חשובה, קשה, חדשה הסותרת הלכות קודמות

"מטיבם של דברים שאינם"

כשורה, שצפור שבפנים

עומדת בחוץ"¹

1. שני תנאים מצטברים דרושים, בהתאם לסעיף 30 לחוק בתי המשפט, כדי להצדיק קיומו של דיון נוסף: האחד, חשיבותה, קשיותה וחדושה של ההלכה או עמידתה בסתירה להלכה קודמת, והאחר, הצדקה עניינית לשוב ולהביא את הענין לדיון נוסף (ד"ר ג. זוסמן, **סדרי הדין האזרחי** (מהדורה שביעית), 1995) עמ' 871).

2. הקריטריונים אותם בוחן בית המשפט בבואו לבדוק, האם יש צורך בדיון נוסף, צוינו בדנ"א 2485/95 **אפרופים נ' מ"י** (4.7.95), שם נכתב:

¹ מטיבם של דברים, מאת חדוה הרחבי, מתוך ספר השירים "צדי", (ספרית פועלים, 1985)

החשיבות, הקשיות או החידוש בהלכה שיצאה מלפני בית משפט זה, צריך שיהיו מהותיים ומשמעותיים, כגון, שנפלה בפסק הדין טעות מהותית, שהוא פוגע בעקרונות היסוד של השיטה או בתפיסת הצדק של החברה, שהוא מביא לתוצאה שלא ניתן לחיות עימה, שחלו שינויים משמעותיים במציאות או בחוק, אותם אין ההלכה משקפת. מובן שאין הרשימה סגורה; היא מהווה הדגמה של סוגי נימוקים המעלים את הסוגיה לדמת קשיות, חשיבות או חידוש, המצדיקים דיון מחודש ואולי שינוי הלכה בעקבותיו.

3. העותרים יטענו להלן, כי בקשה זו עומדת בתבחינים שנקבעו בחוק ובפסיקה ויש הצדקה, צורך וחשיבות בקיום דיון נוסף בעניינם.
4. ילדים וטובתם, התא המשפחתי והקשר בין הורים וילדים, הם מאושיית היסוד של חברתנו האנושית. תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: "**תקנה 12**") הותקנה על מנת להשוות בין מעמד ילדים להוריהם, תושבי ישראל. התקנה, שנוסחה מנחה מפורשות על הענקת מעמד, ללא שיקול דעת, פורשה בהמשך בפסיקה כמקנה שיקול דעת מסוים, בהתבסס על התכלית של היעדר פער בין הורה לילד וטובת הילד. פסק הדין נשוא העתירה לדיון נוסף, הופך את התקנה לכזו, שאינה משאירה שיקול דעת דווקא להעניק מעמד, ובכך הופך ב-180 מעלות את כוונת המתקינים ואת לשון התקנה.
5. פסק דינו של הרוב יוצר הלכה חדשה וקשה באשר לשאלה מיהו אדם הזכאי למעמד בישראל. עד היום הלכה זו נסובה על בחינה מהותית של מרכז החיים שנעשתה על פי **מבחן מירב הזיקות של האדם** המדובר. על פי פסק דין הרוב, נדחה מבחן מירב הזיקות ומוחל מבחן טכני בודד, **מיקום הבית** (ר' סעיף 19 לפסק דינה של הנשיאה, סעיף 1 לפסק הדין של כב' השופט לוי). מבחן זיקותיו של אדם, אינו עוד מבחן פרסונאלי, אלא מבחן פיזי צר.
6. הלכת הרוב בפסק הדין קובעת לראשונה אפשרות **לואקום מעמדי לילדים** – נקבע כי הילדים אינם יכולים להיות תושבי ישראל, ברם הם אינם תושבי שטחים. (ר' סעיף 23 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, סעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט לוי).
7. לחלופין, באם כיוון פסק הדין, ללא אומר, כי על הילדים לרכוש מעמד פורמלי של תושבות בגדה המערבית, אזי לראשונה מצופים ילדים להיות תושבים של מקום אליו מבחינה מהותית אין להם זיקות וגישה. גם זו קביעה חלוצית, חדשנית וקשה.
8. בעוד שבעשרות השנים האחרונות ההלכה המושרשת הינה, שדבר חקיקה וסמכות מינהלית יש לפרש פרשנות תכליתית – יש להסדיר מעמד אם מתן המעמד מתאים לתכלית החוק, אשר לעולם תבקש להגן על זכויות האדם - לראשונה ובניגוד להלכות קודמות² לא ניתן במסגרת הפרשנות של דעת הרוב לתקנה 12 "משקל משמעותי וניכר"³ לעקרון טובת הילד ולזכות החוקתית לחיי משפחה. תחת זאת, מבוסס פסק דין הרוב על פרשנות מילולית-טכנית צרה ונטולת חריגים, לפיה מאחר והחוק מדבר על כניסה לישראל שר הפנים לא צריך ליתן רישיונות שמטרתם לאפשר מגורים שאינם בישראל, אף למי שחיו מתנהלים בישראל, ללא אפשרות לנהלם במקום אחר. כך נאמר בסעיף 5 לפסק דינו של כב' השופט לוי:

² ר' למשל, בג"ץ 979/99 קרלו נ' שר הפנים (23.11.99), עע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עוויסאת (10.8.08), עע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור (27.4.11).

³ מתוך פסקה 20 לפסה"ד בעניין עוויסאת.

...סבורני כי הענקת מעמד של תושב מכח תקנה 12 למי שמתגורר עם הוריו מחוץ לשטח המדינה, משיקולים של הגנה על שלמות התא המשפחתי – אינה מתקבלת על הדעת.

9. פסק הדין גוזר על הילדים לחיות בדל"ת אמות ביתם בלבד, כאשר מחוץ לביתם יהיו הם זרים, במקרה הטוב משולים לתיירים, וכנגזרת מכך נטולי זכויות בסיסיות.

10. פרשנות תכליתית, כפי ההלכה עד כה - המכילה שיקולים חוקתיים, המצויים בליבת תקנה 12, ובראשם עקרון טובת הילד - מחייבת תוצאה אחרת. עמדה על כך כב' הנשיאה ביניש בעע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' עוויסאת** (10.8.08):

הערעורים שלפנינו ממחישים אפוא את הבעייתיות הגלומה בבחירה בחלופה הפרשנית המרחיבה, אשר מסתמכת אך על הרישום במרשם האזור לצורך תחולת החוק. פרשנות מרחיבה זו עשויה למנוע מקטינים, מטעמים שרירותיים, כל אפשרות לטעון כי מרכז חייהם אינו באזור אלא בישראל. מאידך, האפשרות הפרשנית המצמצמת יותר להגדרת "תושב אזור", שאינה מסתמכת אך על הרישום במרשם, **תאפשר לקטינים לטעון להכרה במעמד במקום בו יש מעמד לאימותיהם או להוריהם; מקום המשמש להם מרכז חיים.** בכל אלה אין כדי למנוע ממשרד הפנים לבחון את טענות הקטינים לגופן. (סעיף 14 להלכת **עוויסאת**. ההדגשה שלי - ע.ל.).

11. כפי שיתואר מייד, המקרה של העותרים דן ממחיש את הבעייתיות שבקביעה הפרשנית החדשה והמצמצמת שבפסה"ד, אשר חורגת אל מעל ומעבר למקרה הפרטני.

ב. חומה ושכונה - על המציאות הייחודית והמורכבת של ואדי חומוס

12. שכונת ואדי חומוס, הינה שכונה של הכפר צור באהר והיוותה מאז ומתמיד חלק בלתי נפרד מהכפר, שסופח לירושלים. על הנסיבות של התפתחות שכונת ואדי חומוס בסטייה מתחום השיפוט, עמד האדריכל ארגון במקום אלון כהן, בחוות דעתו המלומדת:

קיומו של גבול שטח השיפוט אינו נראה בשטח ואין לו כל סימן או הגיון תכנוני, גיאוגרפי, טופוגרפי או אורבני. הסימון היחידי של קו השיפוט מופיע אך ורק במפות שונות כאשר בין נקודות ציון שונות נמתחו קווים. (שם בעמ' 2)

ר' חווי"ד דעתו של מר אלון כהן אדריכל מטעם ארגון במקום שהוגשה לביהמ"ש הנכבד ביום 25.6.2009 במסגרת הערעור. כן ר' למשל סעיפים 3 ו-17 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש.

13. עת נבנתה שכונת ואדי חומוס בראשיתה, ועד לשנים לאחר מכן, לא ידעו התושבים שהם בונים מחוץ לתחום. וכי איך יכלו לדעת? המדובר בכפר אחד, ישראלי, שעל כל אדמותיו, פרט לרכס הדרום מזרחי, נבנו שכונות ישראליות-יהודיות. לקו הגבול לא היה כל ביטוי בשטח. התושבים שהינם ברובם המכריע ירושלמים ניהלו חיי קהילה, חברה ותרבות בכפר צור באהר, אשר כל מוסדותיו – מוסדות ציבור, מוסדות חינוך הכוללים, גנים, בתי ספר יסודיים ותיכונים, שירותי בריאות שכונתיים הכוללים קופות חולים, תחנת טיפת חלב ואף מוסד גריאטרי, מסגדים, חנויות, מתנ"ס ומגרש ספורט – מצויים בתוככי הכפר.

14. עם בניית חומת הפרדה, כשני עשורים לאחר התהוותה של שכונת וואדי חומוס, הופרה שגרת חייהם של תושבי הכפר צור באהר. החומה, באזור זה, ביקשה לנתק את השכונה

מיתר חלקי הכפר ולהותירה בצד המזרחי של הגדר. בעקבות בג"ץ 9156/03 **דאוד ג'בור ו-32 אח' נ' מנהלת קו התפר ואח'** שונה תוואי החומה כך שהשכונה, ובכללה – ביתם של העותרים, נותרה בצדה המערבי. הסכמתה של המדינה לשנות את תוואי החומה באזור זה נבעה בראש ובראשונה מהכרתה בפגיעה הקשה בחיי אותם תושבים, שתיגרם אם תיבנה החומה בתוואי המתוכנן. כך עולה ממסמך שהועבר לידיהם של העותרים בבג"ץ 940/04 **אבו טיר ו-10 אח' נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח'**. באותו מסמך מציין עוזר היועץ המשפטי לגדה המערבית בסעיף 32 (א):

הפגיעה בתושבי הכפר צור באהר – על פי התוואי המתוכנן
כיום למכשול באזור המדובר, עתידים כשבע מאות וחמישים מתושבי צור באהר למצוא עצמם מופרדים מהכפר. מדובר בתושבים ישראלים. הפגיעה המתוארת קשה במיוחד שכן מדובר בקהילה אורגנית אחת, כאשר התושבים שצפויים להתגורר ממזרח למכשול יופרדו מבני משפחותיהם ומהמוסדות הציבוריים המשרתים אותם. (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

המסמך בעניין אבו טיר צורף לעתירה כנספח ע/11.

15. התוואי הוסט אולם צרותיהם של תושבי שכונת ואדי חומס לא תמו. במהלך שנת 2004 החל המוסד לביטוח לאומי לשלוח הודעות לתושבי השכונה, בהן הודיע להם על ביטול מעמדם כתושבים על פי חוק הביטוח הלאומי. בתגובה, הגישו אותם תושבים – בכללם, העותר ובני משפחתו – תביעה בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים - בל 10177/05 **ועד הכפר צור באהר לנושא הביטוח הלאומי ו-52 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי ואח'**. במסגרתה ביקשו לראות בהם כמי שמהווים תושבי ישראל, על פי חוק הביטוח הלאומי. זאת, לאור העובדה כי מרכז החיים שלהם היה ונותר בישראל. בעקבות הגשת התביעה, התקבל ביום 11.4.2005 פסק דין, בו הוחלט בהסכמת המדינה לראות בתושבי ואדי חומס תושבי ישראל לצורך חוק הביטוח הלאומי:

לאור הסכמות הצדדים, וההודעה, ובשים לב לכך שמדובר בכפר הומוגני אחד, ועל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לנתבע, הרי שכל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום, וכל עוד תתקיים גדר הפרדה במתכונת המתוכננת, יראה הנתבע במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות חלים עליו הן לעניין הזכויות והן לעניין החובות המוטלות לפיהם לאמור:

הוא בעל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

הוא תושב הכפר צור באהר, לרבות בשטח הכפר שבין גדר הפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר דרך קבע ושלא באופן ארעי.

לאור האמור, בטלות ההודעות שנשלחו לתובעים. (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

פסק הדין צורף לעתירה כנספח ע/12.

16. עוד קודם לבניית החומה ניהלו תושבי ואדי חומס, שהינם רובם ככולם ישראלים, את חייהם בירושלים. מאז בניית החומה, אין לתושבים כל אפשרות אנושית סבירה לנהל את חייהם בשטחי הגדה המערבית. במסגרת שני ההליכים הנזכרים, בפני בג"ץ ובפני ביה"ד לעבודה, הכירה גם המדינה, כי המצב הנוכחי, מצריך התייחסות מיוחדת לכפר הירושלמי

שהתרחב. ההסדר שנקבע ייחודי רק לתושבי ואדי חומוס, שהם בעלי מעמד של תושבי קבע בישראל, המאפשר רק להם, בנסיבותיהם המיוחדות ובשונה משכונות אחרות המצויות מחוץ לקו המוניציפאלי, לשמור על זכאותם על פי חוק הביטוח הלאומי. נציין, כבר עתה כי בחלוף מספר שנים מאז ההסדרים הנ"ל, ניתן לומר בבטחה, כי בשל ייחודיות הסיטואציה, לא קבעו ההחלטות הנ"ל עובדות פוליטיות ולא הובילו להשלכות רוחב כלשהן.

17. ודוק: העותרים אינם טוענים כי הסכמות המדינה בעניין שינוי תוואי החומה והכרה בתושבות ע"י המוסד לביטוח לאומי, משמעותן, כשלעצמן, הכרה בזכותו של העותר אשר אין חולק כי מעמדו הוא של תושב קבע, גם לצורך רישום ילדיו במרשם האוכלוסין. טענת העותרים היא שהרציונלים שהוליכו לאותן החלטות ודאי יפים גם לעניין זה. ר' על כך סעיף 17 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש. שם בפסקה האחרונה.

ודוק – אין לומר כי מפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה ניתן ללמוד כי כל תושבי ואדי חומוס זכאים לקבלת מעמד של תושב קבע. ברם, גם אין להתעלם מכך כי ההסכמה שגיבשה המדינה מעידה על כך שאף לשיטתה מדובר במציאות ייחודית ומורכבת.

ג. "בתוך הבחוף" – ילדי עטון – המקרה של משפחת העותרים

18. בפסק הדין בעע"מ 1966/09, נשוא הבקשה, נדרש בית המשפט הנכבד להכריע בדבר המשמעות המעשית של המציאות הייחודית והמורכבת של ואדי חומוס, ולקבוע את מעמדם של שני קטינים המשתייכים לשכונה, ילדי משפחת עטון, תאומים, ילידי ישראל, היום בני 15 וחצי - חסרי מעמד בעולם.

19. בית אביהם של הילדים מצוי בצור באהר שעל גבול ירושלים – מחוץ לתחום המוניציפאלי, אולם בתוך הכפר צור באהר שבתוך התחום המוניציפאלי, המצוי כולו מן הצד המערבי של חומת ההפרדה.

20. מאז היו התאומים בני ארבע מנסה אביהם לשווא להסדיר מעמדם בישראל⁵. גם בגדה המערבית אין הילדים רשומים, באשר מרכז חייהם הינו בירושלים בלבד, המעבר מביתם לאזור הגדה חסום בחומה שהציבה מדינת ישראל.

21. כפי שנמסר בדיון בערעור (עמ' מס' 3, שורות 1-3, לפרוטוקול הדיון מיום 27.2.11) הילדים העותרים עצמם, העתיקו את מגוריהם לבית אחיהם שבירושלים כבר לפני למעלה משנה. באופן מצער, גם מעברם של הילדים לירושלים לא הניח את דעתו של המשיב⁶.

22. האב העותר, יליד 1954, מתגורר כל חייו בצור באהר, יחד עם משפחתו. בשנת 1967 קיבל האב מעמד של תושב קבע בישראל, מתוקף חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, למרות שהאב לא נכנס לירושלים בשום שלב אלא חי בה מלידה, כמו גם הוריו, הורי הוריו ומשפחתו מדורי דורות. לאחר שהתחתן והקים משפחה, עבר עם משפחתו להתגורר בביתם

⁴ "בתוך הבחוף", לקוח מתוך כותר ספרו של עודד בורלא (עם עובד, 1978)

⁵ בשל היעדר יכולת לשלם על הלידה בבית החולים הירושלמי אוגוסטה ויקטוריה לא ניתנו לעותר, שלא כדיון, הודעת לידת חי עבור ילדיו התאומים. כתוצאה מכך, לא ניתן היה להסדיר את מעמדם של הילדים בסמוך ללידתם, באשר תנאי לכך מצד המשיב הוא הצגת הודעה על לידת חי. רק כשהיו התאומים בני 4 הגיעו האב ובית החולים להסדר והודעות הלידה ניתנו. אז, בשנת 2000, לפני 12 שנה, ניתן לו לפנות למשיב ולהגיש בקשה עבור ילדיו התאומים. חלפו שנים והעותר עודו מבקש להסדיר את מעמד ילדיו.

⁶ המדינה טענה שהיות והילדים חיים עם אחיהם ולא עם אביהם לא ניתן להסדיר את מעמדם. המדינה אף ציינה, במענה לשאלת העותרים, כי גם אם יהיה אחיהם הישראלי אפוטרופוס עליהם, לא יהיה בכך כדי להפיג את התנגדותה, שכן אפוטרופוסות לא נועדה לקבלת מעמד ואביהם של הילדים כשיר לטפל בהם.

הנוכחי, אותו בנו על חלקת אדמה של הכפר צור באהר, שקיבל בירושה מאביו. בהמשך הסתבר כי הבית נבנה מטרים ספורים מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים.

23. לעותר 11 ילדים. העותרים התאומים הם הצעירים מבין ילדי המשפחה. תשעת האחים של הילדים העותרים הינם תושבי קבע של מדינת ישראל, כמו אביהם. בעלי תעודת זהות ישראלית, המאפשרת להם לחיות בכבוד במקום היחיד בו הם יכולים לנהל את חייהם – רק הילדים, העותרים דן, בשונה מתשעת אחיהם ואחיותיהם האחרים, חסרי מעמד בעולם בכלל.

24. הילדים נולדו וחוסנו בירושלים. אביהם עבד לאורך השנים בירושלים ובמקומות נוספים. הוא משלם מיסים למדינת ישראל ובכלל זה תשלומים למוסד לביטוח לאומי. החשמל המגיע לבית משפחתם נמשך מחברת החשמל הישראלית. קו הטלפון בביתם הינו קו בזק.

25. כמו תשעת אחיהם, מנהלים הילדים מרכז חיים מלא ובפועל בירושלים. כמו תשעת אחיהם, מתחנכים הילדים מגיל גן ועד היום בירושלים, בכפר הירושלמי, צור באהר. כמו תשעת אחיהם, הם נפגשים בירושלים עם חברים, עם סבם וסבתם ובני משפחתם, מבליים ועורכים קניות בצור באהר בירושלים. אולם בשונה מתשעת אחיהם רק הילדים העותרים אינם בעלי מעמד במקום בו הם חיים. רק הם שלא כמו תשעת אחיהם אינם יכולים להזדהות כשיבקשו. רק הם אם יחלו לא יהנו מביטוח בריאות. **רק הם לא.**

26. עובדת קיום מרכז חיי העותרים בירושלים התקבלה גם בפסק הדין נשוא בקשה זו (סעיף 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש, סעיף 1 לפסק דינו של כב' השופט לוי). מנגד, אין לילדים זיקות לגדה פרט למיקום בית אביהם וכניסתם אליה חסומה בחומה.

27. כלום אין הילדים תושבים של שום מקום?

28. כזהו מצבם העגום ב-15 וחצי השנים הראשונות לחייהם. ילדים ללא מספר. ללא זהות. ללא מקום השתייכות פורמלית. ללא זכויות.

29. לסיכום חלק זה. בית אביהם של הילדים העותרים מצוי בתווך - מצדו האחד הפונה לירושלים, **קו מוניציפאלי שקוף**, בלתי נראה, ערטילאי כבגדי המלך החדשים. מצדו השני, הפונה לאזור, **מתנוססת חומה**. פסק דין הרוב בוחר להתמקד בקו הבלתי נראה אשר כל משמעותו בפועל היא אותה החלטה עצמה שעוגנה בפסה"ד שלא ליתן לילדים מעמד. מציאות החיים, בה מתקיימות מירב זיקותיהם של הילדים בירושלים מתגמדת ונסוגה אל מול אותו מיקום גאוגרפי של בית האב, אשר הילדים כבר לא גרים בו. החומה? עניין אגבי, אל מול אותו קו ערטילאי. עמדה על מצב זה כב' הנשיאה ביניש בפסק דין המיעוט:

יתכנו מצבים ייחודיים וחריגים בהם המגורים מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים הם כמעט בבחינת מצב ערטילאי. במצבים חריגים אלה, יכול והמגורים מחוץ לתחום יהוו נדבך אחד בלבד ממכלול הרכיבים המנחים בקביעת שאלת התושבות בישראל, כך שחרף מיקומו הגיאוגרפי של מקום המגורים, עדיין ימצא כי הזיקות לישראל רבות מן הזיקות לשטחי הרשות הפלסטינית. (סעיף 21 לפסק דינה של הנשיאה ביניש)

ד. תקנה 12 כתקנה ייחודית להגנה על טובת הילד

1.ד. ההלכה עד למתן פסק הדין

30. ההלכה, עד לפסק הדין, פרשה וישמה את תקנה 12 על פי תכליתה, שבראשה הצורך למנוע יצירת פער בין מעמדו של הורה לבין מעמדו של ילדו שנולד בישראל. ההלכה הנוהגת הגנה על הערכים של שלמות התא המשפחתי והשמירה על טובת הילד. וכך מורה התקנה:

ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר. (הדגשה שלי – ע.ל.)

31. תקנה 12 היא תקנה ייחודית למען ילדים. בשונה מדיני הסדרת המעמד המקנים לשר הפנים שיקול דעת רחב, מורה תקנה 12 מפורשות על אמות מידה ברורות למתן מעמד לילד בישראל: לידת הילד בישראל להורה תושב ואי תחולת חוק השבות, התשי"ב-1952:

ייחודיותה של התקנה בכך שהיא מתווה אמות מידה להפעלת שיקול דעתו של שר הפנים, שהוא ככלל רחב, בהענקת מעמד בישראל על-פי חוק הכניסה. התוויה סטטוטורית זו לאופן הפעלת שיקול הדעת מצויה בעניינם של ילדים אליהם מתייחסת תקנה 12 בלבד. (סעיף 14 לפסק דינה של כבי הנשיאה ד' ביניש).

32. לשון התקנה מאפשרת לשר הפנים שיקול דעת רק בסיטואציה מאוד מסוימת: כאשר לשני ההורים מעמד שונה וההורים חלוקים בשאלת המעמד שיינתן לילדם. רק בסיטואציה זו, גורסת לשון התקנה, רשאי שר הפנים להכריע איזה מעמד יינתן לילד.

33. בפסיקה הורחב תחילה שיקול הדעת, כך שהשר רשאי שלא להעניק מעמד של קבע לילדו של תושב ישראל שנולד בישראל כאשר לא מתקיים מרכז-חיים בישראל. כפי שיפורט בהמשך, הקביעה בשאלת מרכז החיים הסתמכה, על פי ההלכה שהיתה נהוגה עד לפסק הדין נשוא בקשה זו, על מבחן "מירב הזיקות", כאשר לאורך השנים עמדה הפסיקה שוב ושוב על החשיבות של השוואת מעמדו האזרחי של ילד לזה של הורה המשמורן:

המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (א4(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (א4(2)). בדומה, תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, קובעת כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו. (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' מ"י** (14.5.06), (להלן - עניין **עדאלה**), פסקה 28 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק)

34. וכן נפסק בבג"ץ 979/99 **קרלו נ' שר הפנים** (23.11.99) (להלן: **עניין קרלו**):

ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. אף מנקודת מבט של הענקת רשיונות ישיבה בישראל נראה כי אין הצדקה ליצירת פער כזה, שכן ההצדקות אשר עמדו בבסיס מתן רשיון הישיבה להורה יחולו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו. (סעיף 2 לעניין **קרלו**, ההדגשה הוספה – ע.ל.)

35. בפסק הדין בע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' דלאל עויסאת** (10.8.08) (להלן: **עניין עויסאת**) עסק בית המשפט העליון בשאלה: כיצד אמור להיות מופעל שיקול דעתו של משרד הפנים בעת טיפול בבקשה להסדרת מעמדו של ילד שהוגשה לפי תקנה 12. נקבע:

נקודת המוצא לעניין זה היא, כי פרשנותה של חקיקת המשנה משתלבת בפרשנותו של החוק הראשי שמכוחו היא הותקנה... כך גם כמובן לעניין חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו מכוחו. בהתחשב בכך קבענו בעבר במפורש כי את תקנה 12 יש לפרש "באופן התואם את דבר החקיקה הראשי מכוחו הותקנה ועולה בקנה אחד עם התכלית העומדת בבסיסה" (עניין קרלו, בפסקה 2). ברוח דברים אלו מקובלת עלינו טענת המדינה כי בדומה להפעלת הסמכות ה"רגילה" לפי חוק הכניסה לישראל - בגדרה מוקנה למערער שיקול דעת רחב, הרי אף בהפעלת הסמכות לפי תקנה 12 רשאי שר הפנים לשקול שיקולים נוספים מעבר לשאלת מרכז חייו של הקטין. כך למשל, רשאי משרד הפנים לשקול שיקולים ביטחוניים או פוליטיים הנוגעים לאינטרס הציבורי הרחב... לצד זאת יש להדגיש כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי. זאת, משני טעמים עיקריים. ראשית, יש ליתן את הדעת לכך שמחוקק המשנה בחר להתקין תקנה מיוחדת לעניין מעמדם של ילדים שנולדו בישראל. כפי שכבר ציינו, לרוב לא נקבעו בהוראותיו של חוק הכניסה לישראל או בתקנות שהותקנו מכוחו קריטריונים לעניין הענקת רשיון לישיבת קבע בישראל. לפיכך מעצם התקנתה של תקנה מיוחדת הנוגעת להסדרת מעמדם בישראל של ילדים שנולדו בה ניתן ללמוד, כי מחוקק המשנה ביקש לקבוע כי לעניינם של אותם קטינים יש ליתן משקל מיוחד וניכר לשיקול של שלמות התא המשפחתי. שנית, יש להתחשב באופייה המיוחד של תקנה 12 כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם, וזאת בשני היבטים מרכזיים. הראשון, הוא ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו, כלומר בזכותו החוקתית של ההורה לחיי משפחה. ההיבט השני נוגע לזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורה... שני היבטים אלה... עומדים הם בבסיס תכליתה של תקנה 12. על רקע זה נדרש שר הפנים להפעיל את סמכותו כך שיינתן לשיקולים אלה משקל משמעותי, שיגשים את תכליתה המיוחדת של התקנה. אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטין לקשר וציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך שמרכז חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד. (שם, בסעיף 20. ההדגשה הוספה - ע.ל.).

ור' קביעות בית המשפט הנכבד בע"מ 5718/09 **מ"י נ' סרור** (27.4.11) (להלן: **עניין סרור**).

36. גם בפסק דין עמדת המיעוט של כבוד הנשיאה ביניש הודגשה החשיבות הרבה במתן פרשנות רחבה לתקנה 12, שמבקשת להשוות את מעמדו של ילד לזה של הורה על מנת להגן עליו ועל שלמות התא המשפחתי. כב' הנשיאה מדגישה כי תכלית זו:

אינה ייחודית אך לתקנה 12, שכן המשפט הישראלי חותר, בהקשרים שונים, למניעת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחיק בו או הזכאי להחזיק בו. (סעיף 20 לפסק דינה של הנשיאה).

37. ודוק: פסקי הדין האמורים נוקטים במפורש בביטוי "מרכז חיים" לעניין החלת תקנה 12, ולא "מקום מגורים" או כל ביטוי דומה אחר. אכן, עד היום פורשה תקנה 12 כבוחנת

"מרכז חיים", ונקראה ויושמה, ככוללת את החובה להתחשב בתכלית העומדת בבסיסה שהינה שמירה על שלמות התא המשפחתי ועל טובת הילד, ובאופן המונע פיצול בין מעמד ההורה, תושב ישראל, למעמדם של ילדיו.

38. כפי תכלית תקנה 12 וחוק הכניסה לישראל, ובהתאם להלכה בנושא זה, על מנת להביא את הערכים של שלמות התא המשפחתי וטובת הילד לכדי ביטוי, אין די בלינה משותפת עם ההורים באותו הבית או בחיי משפחה מותרים רק בין קירות:

נוכח פיצול הסטטוס שבין המערערים לאביהם ויתר אחיהם כמו גם העובדה כי המערערים אינם רשומים במרשם האזור והם נטולי מעמד כלשהוא. הותרת פיצול זה על כנו, וכן הותרת המערערים בלא מעמד כלשהוא אינם מתיישבים עם הערכים המוגנים שבבסיס תקנה 12, וביניהם העיקרון בדבר טובת הילד.

לפיכך, באתי לכלל מסקנה כי יש להיענות לבקשת המערער ולהעניק לילדיו, המערערים 2-3, מעמד של תושבי קבע בישראל מכוחה של תקנה 12. (סעיף 25 לפסק דינה של הנשיאה ביניש. ההדגשה לא במקור-ע.ל.).

39. הנשיאה שבה ומזכירה בפסק דינה כי על מנת שתכלית החוק תמומש יש לבצע בחינה מהותית של שאלת מרכז החיים והזיקות לישראל:

מציאות זו מחייבת- בעניינה של משפחת המערער – בחינה מהותית של שאלת מרכז החיים והזיקות לישראל, והיא אינה יכולה לבוא על פתרונה אך בהישען על בחינת מיקומו הפיזי של בית המערער, כשם שעשה בית המשפט קמא. (שם, סעיף 18).

2.ד. פרשנות לשונית צרה וחדשה לתקנה 12 ולחוק הכניסה לישראל

40. ההלכה החדשה והקשה שקבע פסק דין הרוב, דוחה את אופן הפרוש הקיים של תקנה 12 וחוק הכניסה לישראל, וקובעת פרשנות טכנית – צרה ומילולית. פרשנות שמעתה תיושם על-ידי המשיב בבואו להכריע בבקשות להסדרת מעמדם של ילדים רכים של תושבי המדינה, המנהלים את מרכז חייהם בישראל וכן תיושם בעניינם של מבקשי ובעלי מעמד רבים אחרים.

41. פסק דין הרוב מוצא אחיזה במילותיו של חוק הכניסה לישראל וקובע כי חוק זה חל רק על מי שנמצא בשטח המדינה (או מבקש להיכנס לשטחה) ולא מחוצה לה (ראו סעיף 2 לפסק דינו של השופט לוי). בקביעה זו יש משום סטייה מכללי הפרשנות המקובלים, לפיהם יש לפרש דבר חקיקה וסמכות מינהלית פרשנות תכליתית ולא מילולית-טכנית. על פי פרשנות תכליתית של חוק הכניסה לישראל יש לקרוא ביטויים כגון "ישיבה בישראל" או "מעמד בישראל" כ"רישיון ישיבה על פי חוק הכניסה לישראל" או "מעמד על פי החוק בישראל". בהמשך נטען, כי גם במישור הלשוני פורש בפסק דין הרוב הדיבר "נמצא" באופן מצומצם, כך שהמצאו של אדם בישראל ייסוב על מיקום ביתו הפיזי ולא על מכלול זיקותיו של האדם.

42. על האופן בו יש לקרוא את חוק הכניסה לישראל בהקשר הזה ניתן ללמוד, למשל, מהחקיקה המסדירה את שהותם של אזרחים ישראלים בגדה המערבית. בצד שורה ארוכה של חוקים ישראלים המוחלים על אזרחים אלה, חל עליהם גם חוק הכניסה לישראל, על כל הוראותיו, תנאיו ורישיונותיו. דהיינו, על פי חקיקה זו, ביטויים כמו "כניסה לישראל" או "ישיבה בישראל" חלים גם על מקום מושבם של אותם ישראלים

בגדה (ראו: חוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967. סעיף 6ב (א)). פרשנות מילולית-דווקנית כפי שמציע פסק דינו של השופט לוי לא היתה מאפשרת קיומם של שני דברי חקיקה אלה, זה בצד זה, תחת אותה שיטת משפט.

43. וחשוב מכך: פרשנות זו לא היתה מאפשרת את מימושם של עקרונות היסוד העומדים בבסיסה של תקנה 12 – השוואת המעמד בין הורה לילדו ועיקרון טובת הילד – ב"מקרי קצה" (תרתי משמע) כמו במקרה דנן, ומקרים רבים אחרים.

44. פסק דין הרוב מפרש את תקנה 12 ואת חוק הכניסה לישראל באופן מילולי, שאינו מותיר כל מקום לבחינה מהותית על פי תכלית התקנה. תוך ניתוח לשוני של כותרת חוק הכניסה לישראל ושל סעיף 1 (א) ו(ב) לחוק, קובע פס"ד הרוב:

החוק מחיל עצמו על מי שנמצא בשטח המדינה ולא מחוצה לה. פשיטא, למדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, גבולות אשר רק העובר אותם נכנס בשעריה ונמצא על אדמתה... ובמילים אחרות, זהו טבעו של קו הגבול, "שאנו נמצא תמיד מצדו האחד... או מצדו השני" (דברים שנכתבו בהקשר אחר מפי חברתי הנשיאה בע"פ 534/04 פלזני נ' מדינת ישראל,....)

45. הפרשנות החדשה והקשה שמציע פסק דינו של הרוב בכל הקשור במתן מעמד על פי החוק הישראלי, משליכה על דיני מרכז החיים ואיננה מאפשרת מתן מעמד במקרה דנן בו ברור – גם לשופטי הרוב – שמרכז החיים של המבקשים נמצא, לכל דבר ועניין בירושלים, על אף שמיקומו הגיאוגרפי של ביתם נקבע בעבר שרירותית מטרים ספורים מזרחית לגבולותיה המוניציפאליים⁷. גם המדינה מכירה במרכז חיי המשפחה בירושלים. לכן, הוסט תוואי החומה, לכן מוכרים תושבי המקום כתושבים ע"י משרד הפנים, ולמרות שנות מגוריהם הארוכות בוואדי חומוס ובהמשך לכך מוכרים הם כתושבים על ידי הביטוח הלאומי.

46. עמדת פסק דין הרוב, לפיה במצב הנוכחי "אין כל סכנה לשלמות התא המשפחתי" של העותרים והוריהם (סעיף 4 לפסק דינו של כב' השופט לוי), נקבעת אף היא בניגוד למבחן מירב הזיקות מתוך ראייה פרשנית צרה ומרחיקת לכת וכשהיא חוטאת להלכה בדבר שלמות התא המשפחתי ועקרון טובת הילד, כפי שמצאה ביטוי בהלכה. פסק דין הרוב יוצר מצב בו חיי משפחה מתקיימים במעצר בית, או במובלעת בת מטרים ספורים. זאת, כאשר תכליתה של תקנה 12 היא בדיוק למנוע את התוצאות הנובעות מפסק הדין – הותרת ילדיו של תושב ללא מעמד ובסכנת פירוד מהמשפחה כולה, פגיעה בזכויות הסוציאליות של הילדים, פגיעה ממשית בטובתם של הילדים. נהיר, כי זכויותיהם של ילדים כאינדיבידואלים וכחלק ממשפחה אינן מתמצות בזכות ללון בבית, אלא מבטאות את כל צרכי האדם, לנוע, ללמוד, לשחק, לעבוד ולקבל טיפול רפואי, כמו גם תחושת שוויון והגנה בקרב בני משפחתך.

47. ההלכה החדשה לא רק יוצרת תקנה 12 נטולת חריגים, אלא אוסרת ממש על אפשרות לחרוג ממבחן, שהינו צר מלהחיל חיי משפחה המקיימים את עקרון טובת הילד. זאת, בעוד שלשר הפנים אמור, על פי הפסיקה המושרשת, להיות לכל הפחות שיקול דעת רחב במתן

⁷ על השרירותיות בקו הגבול ניתן ללמוד מחוות הדעת המלומדת של אלון כהן, אדריכל ארגון במקום, אשר הוגשה לבית המשפט הנכבד במסגרת הערעור בצירוף לבקשה להוספת מסמך מיום 25.6.09. ר' שם בעמוד 2.

רישיונות ישיבה, ובפרט בעניינם של ילדים. הלכה זו משליכה על ילדי העותרים ועל אופן הפעלת שיקול דעתו של שר הפנים במקרים רבים אחרים.

48. ברור, כי אין מדובר בהתפתחות טבעית או מועילה של פסיקה קודמת של בית המשפט העליון (ר' דני"פ 4274/94 לורנס נ' מ"י (2.8.94), אלא בפניית פרסה מאופן יישום התקנה עד כה, ומעקרונות של פרשנות המתחשבת בטובת הילד ובתכלית החוק, אל עבר קביעה טכנית, חדשה ללא בסיס קודם בפסיקה.

ה. פסק הדין נוגד את פסקת ההגבלה ועקרונות היסוד של השיטה

49. גם על דרך הפרשנות האובייקטיבית: פרשנות הכרוכה בפגיעה בזכויות האדם, צריכה להיעשות, במידת האפשר, לאור עקרונות פסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, בדרך ההולמת את ערכי המדינה, לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש. הפגיעה בזכות, ובמיוחד הפגיעה בגרעין הזכות, כפופה לבחינת התכלית והמידתיות של הפגיעה (א' ברק, פרשנות חוקתית):

פסקת ההגבלה אוצלת כיום גם על הפרשנות הראויה של נוסחת האיזונים המעוגנת במפורש בחוק הנוגע לענין, גם מקום שההסדר בחוק גופו אינו עומד למבחן חוקתי (בג"צ 1435/03 פלונית נ' בית הדין למשמעת של עובדי המדינה, פד"י נח(1) 529, 538). היא ניצבת ברקע התפיסה הראויה של כל מלאכת שיקלול בין ערכים נוגדים (ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87). היא מעמידה למבחן איזון שנעשה על פי אמת המידה המכרעת, קרי: האם הפגיעה בזכות האדם מתיישבת עם ערכיה של המדינה; האם היא נעשתה לתכלית ראויה, והאם היא משקפת מידתיות ראויה (רע"א 10520/03 בן-גביר נ' דנקנר (לא פורסם, 12.11.06).

50. בחירת בית המשפט הנכבד ליתן לחוק הכניסה לישראל פרשנות שאינה מתחשבת בפסקת ההגבלה, פוגעת בפרט החלש מעבר לנדרש, ובניגוד לתכלית החוק. בעוד דעת המיעוט ממשיכה את קו ההלכה הנוהג עד היום, בחר פסק דין הרוב בפרשנות המצרה ומצמצמת את גדרי תחולת תקנה 12 באופן שלא נודע כמותו עד כה. פסק דין הרוב נמנע מבחירה בדרכים, אשר הליכה בהן תפגע באופן פחות בילדים.

ו. מהאדם לקירות ביתו - מהו המבחן לקבלת מעמד בישראל? הלכה חדשה

"חרדות מלטפות את קירות הבית

מה זה בית?

מה זה בית?

המיטה, הכסא, השולחן, החלון

העולם שמסביבו"⁸

51. ההלכה הקיימת עובר לפסק הדין, באשר למיהו תושב בישראל התבססה על בחינה פרסונאלית – מהותית, במסגרתה נבדקות מירב הזיקות. על פי פסק דין הרוב, השתנתה ההלכה ומיושם מבחן גיאוגרפי - טכני, אשר אינו מאפשר, בכל מקרה, ליתן מעמד למי שביתו מצוי בסמוך לגבול המוניציפאלי אף שאין חולק כי זה נכנס לישראל, שוהה בה ומנהל בה את חייו, בהיעדר יכולת לנהל חיים נורמטיביים מחוץ לישראל.

⁸ אדם צריך בית, מאת ישראל ברייט

52. פסק הדין של כב' השופט לוי מוסיף לתנאים, אשר בהתקיימם יינתן מעמד על פי חוק הכניסה לישראל, תנאי שכלל לא הופיע עד היום – לא בלשון התקנה ולא באופן בו היא פורשה בפסיקה. התנאי העולה מפסק דינו של השופט לוי, לפיו **מיקומו הגיאוגרפי של בית אבי העותרים הוא תנאי הכרחי לקביעת מרכז החיים** – באופן שמאפיל ואף מבטל את **המבחן האישי** בדבר מירב הזיקות – מהווה הלכה חדשה, אשר לא בא זכרה בנוסח התקנה ובאופן בו נקבע עד היום מרכז חייו של אדם.

53. על פי ההלכה שנהגה לאורך השנים, על מנת שאדם יוכר כתושב עליו להוכיח כי מרכז חייו נמצא בירושלים. למונח "מרכז חיים", בדומה למונחים אחרים, משמעות שונה בחוקים שונים. (ראו, למשל, בעניין משמעותו השונה של המונח "תושב" בחוקים שונים: ע"א 657/76 **הרשות המוסמכת לצורך חוק נכי רדיפות הנאצים, תשי"ז-1957 נ' חסדאי**, פ"ד לב(1) 778; ע"פ 3025/00 **הרוש נ' מדינת ישראל**, פ"ד נד(5) 111). כל חוק והדגשים שלו, בהתאם לתכלית העומדת בבסיס החקיקה.

54. ההלכה הפסוקה לאורך השנים, גרסה כי מרכז החיים לצורך חוק הכניסה לישראל ייקבע על פי מבחן מירב הזיקות. על ההלכה הנוהגת בדבר מבחן מירב הזיקות עמדה הנשיאה ביניש בפסק דין המיעוט:

בית משפט נכבד זה נדרש בעבר, ובהקשרים שונים, לאמות המידה לבחינת זיקת תושבותו של אדם למדינת ישראל. וכך למשל קבע השופט מ' חשין (כתוארו אז) בעניין זה בדנ"פ 8612/00 **חיים הרמן ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד נה(5) 439 (2001), בעמ' 461-462:

"כיצד נלמד על זיקת-תושב של אדם למדינה? אף אתה אמור: כוונה ומעשה - מבחן סובייקטיבי ומבחן אובייקטיבי – יתבררו יחדיו וייצרו מעמד של תושב.

תנאי התושב ייווצר - על דרך של היקש למוסד ההחזקה - *animo et corpore*, ברוח ובגוף, בכוונה להשתקעות (*animus manendi*) ובמעשה השתקעות הנלווה לכוונה. יש לבחון את הקשרים הקיימים בין אדם לבין מקום ורק בחינתם הכוללת של הקשרים תנחה אותנו לתשובה אם 'תושב' המקום הוא אם לאו.

...

יש לתת בו בטוען להיותו תושב סימני-תושב עוד ועוד, עד להיווצרותה של מסה קריטית העושה אדם לתושב: מקום מגורים, מקום מגורי המשפחה, חיי הקהילה של הטוען-לתושבות, המקום שבו מופקת הכנסתו, מנהגיו ואורחותיו, מקום עיקר נכסיו, שפתו, בית הספר של ילדיו וכו'".
[ההדגשה הוספה - ד.ב.]

כן ראו והשוו: בג"ץ 2123/08 **פלוני נ' פלונית** (טרם פורסם, 6.7.2008) פסקה 12 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל.

כבר נקבע בפסיקתנו, ובהקשרים שונים, כי את התנאי של מגורים במקום אין לפרש בפרוש מצמצם של שהייה פיזית בלבד, ויש לפרשו כמי שבוחן זיקה מהותית למקום מגורים, שביטוייו אינו פיזי בלבד (וראו, למשל, ע"א 4127/95 **יעל זלקינד נ' בית זית - מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ**, פ"ד נב(2) 306, 315 (1998)). כן נקבע כי את המונח של זיקת מגורים יש לבחון ביחס להוראה החקיקתית בה הוא מופיע ולפרשו בהתאם לרקעה ותכליתה של אותה הוראה (שם, שם).

55. מובן שקביעת מרכז חיים איננה ולא צריכה להיות החלטה פוליטית. היא מתייחסת למכלול הזיקות של בן אדם מסוים. ההתייחסות הפרסונאלית לזיקותיו של אדם, קרי קביעה כי אדם זכאי למעמד בישראל בנסיבות בהן אין ספק בדבר קיום מרכז חייו בישראל והגם עם ביתו מצוי בסטייה קלה מגבולה - וודאי אינה מהווה סיפוח שטח.

56. מבחן מירב הזיקות בודק את הקשר המהותי של אדם לכל אחד ממקומות התושבות האפשריים. מקום המגורים, הגם שהינו מרכיב חשוב בקביעת מרכז חייו של אדם, איננו מרכיב, שבלעדיו אין. יש לבדוק מאפיינים נוספים המצביעים על המקום בו מקיימת המשפחה את מרכז חייה. ודוק, העותרים מעולם לא טענו כי רכיב המגורים איננו רכיב חשוב בבוא המשיב לקבוע מיקומו של מרכז החיים, אלא שהעותרים כמו ההלכה הפסוקה, סברו כי אין במיקום הפיזי של הבית לבדו כדי להכריע בקביעה המורכבת של התושבות. מירב זיקותיו של אדם אינן יכולות להצמצם רק לכדי מיקום ביתו, אלא הן נקבעות על-ידי מכלול אלמנטים. יפים לעניין זה דברי כב' השופט סובל בו"ע (ירושלים) 138/05 **גבריאל סלוק נ' ועדת הזכאות לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות**, תק-של 2006(3), 15698 :

התכונה המאפיינת יותר מכל את מבחן "מרכז החיים" הנה גמישותו ויכולת התאמתו למערכת העובדות הספציפיות העומדת לדיון, באופן המגשים קרוב ככל הניתן את מטרת ההסדר המשפטי נשוא הדיון. אין בכך מקריות. המחוקק "בחר במתכוון במושג גמיש זה, כדי לאפשר לשופטים למלאו תוכן בהתאם לנסיבות" (א.ח. שאקי "סמכות בינלאומית ודתית וברירת הדין – לענין חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות" הפרקליט כ' (1964) 259, 260). תוכן זה "אינו ניתן לקביעה מיכנית, קבועה מראש, מכוחה של פיקציה כלשהי" (א.ח. שאקי "כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק הירדשה" עיוני משפט ג' (1973) 51, 56). יתרונו של מרכז החיים הוא בהיותו "ללא ספק קריטריון אובייקטיבי, מקורי ומוצלח, הנותן לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את 'מקום מושבו' של אדם ובעטיו את 'דין מקום מושבו' לפי מירב הזיקות שיש לאותו אדם אל אחת המדינות... על פיו ניתן לגלות מרכז חייו האמיתי של אותו אדם, ועל ידי כך להחיל עליו דין שהוא באמת הדין האישי שלו". (מ. שאוה, הדין האישי בישראל (כרך ראשון, מהדורה רביעית מורחבת - 2001) עמ' 66 ו-410). (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

57. בית המשפט אינו מתעלם ממכלול זיקותיהם של העותרים לישראל. אדרבא, על זיקות אלה אין חולק (ר' סעיף 5, פסקה 2, לפסק דינו של כב' השופט לוי). אף על פי כן, נקבע כי אין לראות בעותרים כמי שמקיימים את התנאים לקבלת מעמד בישראל, זאת, רק על בסיס מיקומו הגיאוגרפי של ביתם – מטרים ספורים מזרחית לקו התחום המוניציפאלי של ירושלים, שהינו קו בלתי נראה.

58. המקרה דנן ממחיש את האבסורד אליו מוליכה הלכת הרוב: מצד אחד, האבא מוכר כתושב קבע בישראל, בשל העובדה כי על פי חוק הכניסה, גם אם הוא מתגורר מחוץ לישראל, אם מירב זיקותיו לישראל, הוא יישאר תושב (לא ניתן לשלול את תושבותו על פי סעיף 11 א לתקנות הכניסה לישראל ותצהיר שרנסקי שניתן במסגרת בג"ץ 2227/98 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים**). בהתחשב בכך הוא זכאי לכל הזכויות העומדות לו כתושב קבע בישראל – כל הזכויות פרט לזכות היסוד להסדיר מעמדם של שניים מילדיו, אשר כשלעצמם מתגוררים בחלקו הירושלמי של הכפר, בבית אחיהם. מעמדו בישראל של האבא מוכר ונותר בעינו בשל זיקותיו לירושלים, ואילו המעמד של ילדיו, שגרים כאן, נבחן במבחן

צר של מקום שנת הלילה של אביהם. ונדייק: מעמדם של תשעה מילדיו האחרים של האב הוסדר. לפחות לגבי שבעה מהם, שגם אמם ירושלמית, ניתן המעמד בהתאם למדיניות המשיב ליתן מעמד של תושבי ישראל למי ששני הוריו תושבים⁹. על כך ר' למשל, סעיף 3 להודעת המדינה, "הודעה מטעם המשיבים" מיום 14.11.10, ממנו עולה כי עמדת המדינה חלה רק בעניינם של ילדים שאחד מהוריהם זר¹⁰. פסק הדין מרחיק לכת אפוא מעבר לעמדת המדינה.

59. התבססותו הבלעדית של בית המשפט הנכבד על המיקום הגיאוגרפי של הבית ושליטת זכויותיהם על בסיס קו מוניציפאלי וירטואלי מהווה ביטול של מבחן "מירב הזיקות" לקביעת תושבות והמרתו בתנאי מרכזי באשר למיקום בית המגורים. תנאי שההלכה עד היום בחרה להימנע ממנו.

60. על ההלכה כפי שהיתה עד כה ניתן ללמוד מפסק דינה של הנשיאה ביניש:

נראה כמעט ברור מאליו כי זיקתה של משפחת המערער לכפר צור באהר שבשטחי ירושלים הדוקה ביותר, ולמעשה מזה שנים רבות, ופרט למיקומו הפיסי של ביתם באזור ההרחבה של צור-באהר, הם נטולי זיקה ממשית כלשהיא לאזור. (סעיף 22 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש).

ז. אפשרות לואקום מעמדי לילדים של תושבי ישראל

מצב זה, בו הילדים חסרי מעמד הן באזור והן בישראל, אינו תקין; [...] ברור כי מציאות בה בתוך תא משפחתי אחד קיים פיצול בין מעמד ההורה למעמד ילדיו עלולה לפגוע ביציבות ובאיזון ההכרחיים כל כך ליצירתו של תא משפחתי תקין, ובהתאמה להתפתחותו התקינה של הקטין. (סעיף 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

61. ככל הידוע לעותרים, קובע פסק הדין לראשונה אפשרות של ואקום מעמדי – לילדים קטינים, ילדיו של תושב ישראל, נטולי מעמד בעולם.

62. האפשרות שילד שנולד וגדל בישראל עם משפחתו יהיה חסר מעמד היא אינה מוגבלת, על פי דעת הרוב, למקרה דן. הרציונל המובהק והמפורש של פסק דין הרוב הוא בר תחולה גם במקרה של ילדים ששני הוריהם תושבים, כמו יתר ילדי ואדי חומוס ואזורים אחרים, אשר עד כה על פי מדיניות המשיב הוסדר מעמדם במצב זה¹¹.

63. על פסלות מצב זה של העדר מעמד עמדה כב' הנשיאה ביניש בפסק דינה:

זאת ועוד - פיצול במעמד גורר עימו פיצול בסל הזכויות הנלוות לו, באופן היוצר בתוך תא משפחתי אחד קבוצות שזכויותיהן הסוציאליות פחותות משל יתר בני המשפחה, מצב שאף הוא אינו רצוי בראייתו של עקרון טובת הילד. דברים אלו נכונים ביתר שאת עת מדובר במשפחה שרוב ילדיה הינם במעמד זהה להוריהם, ואחרים רכים בשנים הם

⁹ העותר נשוי לשתי נשים. מאשתו הראשונה תושבת ישראל נולדו לו שבעה ילדים. מאשתו השנייה, תושבת שטחים נולדו לו ארבעה ילדים, שניים מתוכם הם התאומים העותרים. יוער, כי בהיעדר אישור שהייה לאשה שמוצאה בגדה המערבית, אין היא יכולה לנסוע בעיר על מנת לעבור לשטחים, היא אף אינה יכולה לעבור במחסום. על כן אין היא מבקרת שם מזה שנים ארוכות.

¹⁰ "בוואדי חומוס... מתגוררים כ-1300 איש, אשר מטבע הדברים, סוגיה זו עשויה להיות רלוונטית גם ביחס אליהם, בעת זו, או בעתיד (למשל, אם מי מהם יינשא לאשה תושבת האזור וכיוב')". מתוך סעיף 3 להודעת המדינה מיום 14.11.10, בו מסבירה המדינה ללא תימוכין מדוע יכולות להיות השלכות רוחב, אף שלא היו כאלה במשך 30 שנה ואין כאלה גם היום.

¹¹ ר' הערת שוליים 10 לעיל.

נטולי מעמד כלשהוא – כבענייננו. (סעיף 20 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

64. הנשיאה ביניש קבעה כי יש להסדיר את מעמד הילדים כתושבי ישראל והצביעה על העיוות שבהותרתם ללא מעמד:

מצב זה, בו הילדים חסרי מעמד הן באזור והן בישראל, אינו תקין - כלפי פנים וכלפי חוץ. כלפי פנים - יש בו כדי לפגום ביציבות התא המשפחתי תוך יצירת הבחנה פנימית בין בני המשפחה. כלפי חוץ - יש בו כדי לפגום ביכולתו של התא המשפחתי להמשיך ולנהל את חיי השגרה התקינים בכפר צור באהר - לצורכי לימודים, לצורך ביקורי משפחה וחברים וכיו"ב. בהעדר מעמד קבוע, חשופים המערערים לביקורת תכופה יותר מצד גורמי הביטחון והמשטרה, ושגרת חייהם תלויה בהליכי חידוש ההיתרים למול גורמי המינהל האזרחי. כל זאת, כאשר בניגוד ליתר אחיהם, המערערים 2-3 הינם נטולי זכויות סוציאליות ואינם זכאים לטיפול רפואי בשטחי ישראל. מציאות חיים זו הינה קשה עבור הקטינים, שהם המערערים 2-3, ומצביעה על החשיבות שבמתן הגנה על התא המשפחתי השלם, בהתאם לתכלית לה נועדה תקנה 12, ובהישען על עקרון טובת הילד. (סעיף 22 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

65. דעת הרוב סברה אחרת. נפסק כי לא ניתן ליתן לילדים מעמד בישראל, זאת על פי פרשנות מילולית של חוק הכניסה לישראל ותקנה 12. (ר' סעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט לוי).

66. יחד עם זאת, היו שופטי הרכב ביהמ"ש תמימי דעים בדבר קיום מרכז חיי המשפחה בישראל. משכך, לא נקבע כי הילדים תושבי שטחים. אכן אין כל הגיון בהסדרת מעמדם של הילדים ברשות הפלסטינית, הם נעדרי זיקות לחלוטין לשטחים, מהם הם מופרדים בחומה.

67. ראיית הילדים כתושבי שטחים כמוה כטענה כי מרכז חייהם נמדד אך על פי בית אביהם. כיצד יתכן שאדם יהיה תושב של מקום אליו הוא לא יכול להיכנס? עמדה על כך כב' הנשיאה, ביניש:

כבר ציינתי כמפורט כאמור לעיל, כי גם אם ביתם נמצא בחלקו של הכפר צור באהר הנמצא מחוץ לתחום שיפוטה של העיר ירושלים, הרי שאין חולק כי מירב זיקותיהם של הילדים הינו לכפר צור באהר שבשטח ישראל. שם כאמור לומדים המערערים 2-3, מנהלים את מרכז חייהם המשפחתיים והחברתיים ומקבלים שירותי רפואה, רווחה וכיו"ב. כן נזכיר כי בין ביתם של המערערים לשטחי האזור ניצב חיץ פיזי - גדר הביטחון, המקשה על מעברם לאזור ומונע זיקה ממשית כלשהיא לשטח זה. במצב דברים זה, אני סבורה כי בהישען על מבחן מירב הזיקות, אין למערערים 2-3 כל זיקה ממשית לשטחי האזור (והשוו עניין סרור, בפסקה 25). לפיכך, לשיטתי אין לראותם כתושבי אזור לצורכי הוראת השעה, ומכאן שאין בהוראותיה כדי להטיל מגבלה כלשהיא ביישום הוראות תקנה 12. (סעיף 23 לפסק דינה של כב' הנשיאה ביניש)

ור' קבלת עמדה זו גם ע"י פסק דינו של כב' השופט לוי אשר הוביל את דעת הרוב – שם, בסעיף 2, המפנה לדברי הנשיאה בהקשר זה).

68. הנה כי כן, דעת הרוב מאפשרת קיומו ואקום מעמדי לילדים של תושבי ישראל. מצב ילדים רבים וכפי שיתואר בהמשך בנסיבות רחבות מאלו של העותרים דנן.

ח. בפסק הדין טמונות השלכות רחב אך לא מהסוג שצויין בו לגופו

ח.1. השלכות רחב כתוצאה מפסק הדין

69. בבואו לבחון את הצורך בקיום דיון נוסף, "לא האינטרס האישי של המתדיין הטוען כי נפגע, אלא ההלכה העשויה להשפיע על אינטרסים של רבים אחרים היא הקובעת"¹²
70. בפסק דין הרוב טמונות השלכות רחב קשות ומידיות, אולם לא אלה מהן חשש בית המשפט. בעוד המקרה של העותרים מתאפיין במצרף נסיבות ייחודיות, פסק הדין קובע פרשנות חדשה ואופן ישום חדש לחוק הכניסה לישראל ולתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, שהינם ברי תחולה רחבה.
71. להלכה החדשה שנקבעה בדעת הרוב, השפעה רחבה על מבקשי מעמד בכלל, ועל ילדים, אשר מתבקש להחיל בעניינם את תקנה 12 בפרט. פסק הדין יוצק הלכה חדשה וקשיחה, המעלה על נס פרשנות מילולית, אשר הופכת על פניהן הן את ההלכה הקיימת והן את הפרקטיקה הנוהגת, לפיה ניתן מעמד על פי חוק הכניסה לישראל למי שמנהל בה כדין את מרכז חייו – וזאת על מנת שהמעמד ישקף את המציאות.
72. ההלכה החדשה תוחל על אוכלוסייה מוחלשת של ילדים, נטולי יכולת עצמאית לעמוד על זכויותיהם. כן יפגעו מהלכתו החדשה והקשה של ביהמ"ש הורים שהם בני המקום, תושבי ישראל. ההלכה שקובע פסק הדין תחול אף על ציבור רחב עוד יותר, תושבי ואזרחי ישראל אשר יבקשו ללבן את היבטי תושבותם או תושבות יקיריהם, וסוגיותיהם יפורשו במסגרת מתחם לשוני צר כאשר, מבחני מירב הזיקות והפרשנות התכליתית הידועים והמקובלים לא יעמדו להם עוד. לכל הפחות שינוי מבחנים אלה משמעותית את פניהם.
73. על פי רציונל פסק דין הרוב, שהפך להלכה מי שביטו מחוץ לישראל, לא חל עליו חוק הכניסה לישראל. מכאן, אם עד היום, ניתנו כעניין שבשיגרה לעובדים זרים ומבקשי מעמד המתגוררים בהתנחלויות, רישיונות מסוגים שונים לשהות ולעבוד בישראל בעוד הטענה דן לפיה הם לא יכולים לקבל רישיון ישיבה בישראל משום שאינם יושבים בה כלל לא עלתה. בעקבות פסק הדין לא ניתן יהיה עוד לעשות זאת. ודוק, כי חוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון וחבל עזה – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), תשכ"ז-1967. סעיף 66 (א), חל על אזרחים ישראלים ולא על זרים. כך למשל, עובדת סיעודית שתגיע לישראל מכח חוק הכניסה לישראל לצורכי סיעוד קשישה המתגוררת בקריית ארבע, לא תורשה, על פי ההלכה החדשה, לקבל רישיון כזה – שכן היא תתגורר ותעבוד בשטח שאינו ישראל. ור' ודאי כי מצב זה עשוי לפגוע באזרחיה הקשישים של ישראל מאריאל או מעלה אדמים אשר לא יוכלו לקבל טיפול סיעודי בעת צורכם.
74. עד כה, לילדים שנולדו להורים, תושבי ישראל, המתגוררים בשכונת ואדי חומוס ניתן מעמד של קבע כמו להוריהם. הרציונאל של הלכת פסק דין עלול להוביל למצב, שילדים שהורי שניהם תושבי ישראל, ועד עתה קיבלו מעמד, יוותרו ללא מעמד וגם ללא כל נתיב להסדרת מעמד חלופי. יש לשים לב, שילדים ששני הוריהם תושבים אינם יכולים לרכוש מעמד בשטחים או בארץ אחרת ומכאן שגם לא יוכלו לקבל היתרים. משמעות פסק דין הרוב, היא יצירת שכבה חדשה של ילדים חסרי מעמד, המנהלים את חייהם בישראל כשהם אינם

קיימים פורמלית. ילדים המנהלים בישראל את חייהם כשהם שאינם קיימים פורמלית. מצב זה וודאי מנוגד גם לאינטרס של המדינה.

ח.2. היעדר השלכות רוחב בהסדרת מעמדם של הילדים העותרים

75. אחד הטעמים המרכזיים בגינם הערעור הוכרע לדחיית בקשת הילדים, על אף "הנטייה המתבקשת", ואף "הטבעית", "לפסוק לזכותם" של העותרים, הינה החשש מהשלכות רוחב (פסקה 5 לפסק דין של כב' השופט (בדימי) לוי פסקה ראשונה לפסק דינו של כב' השופט א' גרוניס).

76. החשש אשר הביעו שופטי דעת הרוב מהשלכות רוחב אפשריות של מתן מעמד לילדים, מבוסס על טענות בעלמא, אשר לא הוכחו מעולם. ר' למשל, הודעת המדינה מיום 14.11.10, בו נמסר מפורשות כי לא קיימים מקרים נוספים מסוג זה. בכך נפלה טעות מהותית בפסק הדין, המצדיקה אף היא דיון נוסף (ראו גם דנג"צ 7220/02 סגל נ' ביה"ד הארצי לעבודה (10.3.03)).

77. על היעדר השלכות רוחב, כתוצאה מהשוואת מעמד העותרים בנסיבות הספציפיות של המקרה, למעמד אביהם, ניתן ללמוד מתשובת המדינה עצמה לביהמ"ש, לפיה לאורך **שלושים השנים** מאז נבנתה השכונה בשנות השמונים, לא הגיע לפתחו של ביהמ"ש ולו מקרה אחד נוסף זולת עניין של המשפחות עטון וחמאדה (עניין חמאדה, שעסק בבת זוג ירדנית, התייטר לאחר שהמשפחה חזרה לגור בירושלים¹³). ר' למשל, פרוטוקולי הדיונים מימים 29.6.09 ו-27.2.11 והודעת המדינה מיום 14.11.10. לא זו אף זו. ניתן לראות שההסדרים לגבי הסטת חומת הפרדה וההכרה בתושבות על ידי המוסד לביטוח לאומי לא הובילו להשלכות רוחב כלשהן לאורך השנים. הן היוו התחשבות נכונה ותכליתית במצב הייחודי שנוצר בנסיבות ההיסטוריות המיוחדות שנפגשו עם בניית החומה. התחשבות זו בנסיבות ובמקום החיים, כך נקבע כעת בפסק הדין, צריכה להיעצר כשמגיעים לילודה הטבעית של התושבים. ניתן לראות בהם תושבים לצורך הדינים הסוציאליים אך לא לשם מימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה, חיים אשר ודאי אינם מתקיימים אך בפנים הבית ואשר ברי, כי על מנת לממשם באופן המאפשר קיום תא משפחתי מאוחד ובריא לא די במתן היתר צבאי.

78. להסדרת מעמדם של הילדים אין גם רלבנטיות לעניין מקרים של תושבי שטחים המתגוררים או עובדים באזורים המכונים "מרחב התפר". "מרחב התפר" הוא מקרה שונה ולעיתים הפוך לעניינו, משום שב"מרחב התפר" גרים תושבי שטחים, **שמרכז חייהם בשטחים**, והחומה הפרידה אותם מחייהם שם. ההיתר אשר ניתן להם נועד לאפשר להם לשהות במרחב התפר לצרכים שונים, חרף העובדה שמרכז חייהם מתנהל **בשטחים**. לחלופין, ישנם תושבי ואזרחי ישראל אשר החומה הוציאה אותם מחוץ לה. ככל הידוע

¹³ המדינה מציינת את שני ילדיו הנוספים של העותר, האב, כמי שגם נישאו לתושבות שטחים, אולם אלו מתגוררים עם משפחתם בשכונה אחרת בצור באהר ולא בשכונת ואדי חומוס ועל כן אין כל רלוונטיות לנתון זה. מבירור שערך המוקד להגנת הפרט, עלה כי מרבית המשפחות המתגוררות בהרחבה ואדי חומוס הינן משפחות בהן שני בני הזוג הם תושבי ישראל. תושבי ואדי חומוס לא הכירו משפחה נוספת מלבד משפחת עטון ובה נישואים מעורבים. מתשובת המשיב עולה, כי גם למשיב לא ידוע על אף משפחה נוספת כזו. ודוק: העותרים אינם טוענים כי לא יתכנו בעתיד נישואין מעורבים של מי מתושבי ואדי חומוס או כי אין משפחה נוספת אשר לא ידועה לעותרים ולמשיב במצב דומה – אולם ברי, כי הגם אם יתעורר עוד מקרה שכזה, אין מדובר בתופעה בעלת השלכות רוחב מפליגות. ברי, כי בשל הנסיבות הייחודיות של המקום יש להעניק מעמד גם לילדים נוספים מוואדי חומוס ככל שיהיו כאלה. עם זאת, העובדה כי אין תיקים נוספים המתנהלים בבימ"ש נכבד זה, בביהמ"ש לעניינים מינהליים, בוועדת ההשגה לזרים ואצל המשיב – מעידה על כך שלא מדובר בפריצת סכר אשר תאיים על המשיב. הטענה בדבר השלכות רוחב הינה תיאורטית לחלוטין, כאשר אין כל נתון למקרים נוספים מסוג זה במשך 30 שנה.

לעותרים לא קיימים מקרים בהם הוזהה החומה מזרחה על מנת לכלול מצידה המערבי תושבי קבע ישראלים שמרכז חייהם הוא במובהק ירושלים. עמדה על כך כבי הנשיאה ביניש בפסק דינה :

נתתי דעתי לטענות המשיבים באשר להשלכות הרוחב הפוטנציאליות הטמונות לשיטתם בהחלטה על הענקת מעמד למערערים, אך לא מצאתי כי יש בהן כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי. זאת, בין היתר בשל כך שכפי שפורט בהרחבה לעיל, עסקינן בשילוב נסיבות ייחודי בעניינם של המערערים 2-3, אשר נולדו בישראל לאב שהוא תושב קבע, מציאות חייהם באזור צור באהר ובשכונת ואדי חומס הינה מורכבת וייחודית, ומאופיינת אף בכך שיתר אחיהם ואחיותיהם הינם בעלי מעמד של תושבי קבע, בעוד הם נטולי מעמד כלשהוא. במצב דברים זה, נראה כי המשיבים העניקו משקל יתר לטיעון בדבר השלכות הרוחב הפוטנציאליות הטמונות בהחלטה, תחת קבלת החלטה ממוקדת ופרטנית בנסיבות הייחודיות של העניין. (שם סעיף 26. ור' גם סעיף 28 לפסק דינה של הנשיאה).

79. **עינינו הרואות: המקרה הנדון בפסק הדין הינו שילוב של נסיבות ייחודיות ביותר:** מגורים

מחוץ לתחום המוניציפאלי, בצד המערבי של החומה, ללא קיום זיקה לגדה וללא אפשרות לקיים זיקה שכזו, ולידה להורה אחד הרשום כתושב והורה אחת שאיננה תושבת. ככל היודע לעותרים, מרביתם ככולם של תושבי ואדי חומס אינם זוגות מעורבים כי אם תושבים הנשואים לתושבים ועל כן מצב דומה לזה של העותרים כלל לא מתעורר. עמדה זו איששה המדינה כאשר דיווחה על היעדר מקרים נוספים מסוג זה. תשובה זו ניתנה לאחר שהנושא נבדק ע"י המשיב, לשאלת בית המשפט הנכבד במסגרת מענה לבקשה לפרטים נוספים. גם אם בעתיד מי מתושבי ואדי חומס יינשא לתושבת זרה, הרי שאין בקיומם של מקרים בודדים נוספים העונים לנסיבות המיוחדות דן כדי להוות השלכה מעוררת אימה.

80. החשש בפסק דין הרוב מהשלכות הרוחב נשזר לאורכן של פסקי דין הרוב. ביסוס פסק הדין על חששות מהשלכות רוחב, לא רק שאינו מובן, אלא גם ובעיקר אינו מוצדק. לאור הנמקת עמדת הרוב, ספק רב אם עמדה זו היתה עומדת אלמלא חשש מיותר זה. (ר' פסק דינו של כבי השופט גרוניס). לפיכך קיימת טעות בעניין זה, המצריכה אף היא דיון נוסף.

ט. **תוצאות ההלכה החדשה: פגיעה קשה בילדים**

81. סירוב ליתן מעמד לילד המתגורר בישראל עם הורוה התושב, משמעו – פגיעה בהתפתחותו והתערבות בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. ממחיש זאת המקרה דנן, כאשר סירובו של המשיב לרשום במרשם האוכלוסין שניים מבין 11 ילדי משפחת עטון, משמעו כליאת הילדים במספר בודד של דונמים שבין חומת הפרדה לבין הקו המוניציפאלי הווירטואלי. לחלופין, יוסיפו להתגורר בירושלים, כשהם בלתי חוקיים ולכל היותר עם היתר, שאינו מקנה זכויות. כבר למעלה משנה שהם גרים בירושלים, אולם למעשה שהייתם בה איננה חוקית. גם בשטחים שהייתם איננה חוקית שכן אין להם מעמד גם שם. אין חולק כי מדובר במצב המנוגד לטובת הילד.

82. ילד שחי במקום בו אין לו מעמד, נפגע בכל היבטי החיים: בעיות בהרשמה לבית ספר, תנועה תחת מגבלות ועיכובים, איסור על נהיגה (כשיבגרו), איסור על עבודה, כבר עכשיו, כשתבריהם מוצאים עבודות נוער שונות. היעדר זכויות סוציאליות ובראשן הזכות לביטוח

בריאות. זכויות שלא ניתנות למי שאך מחזיק בהיתר צבאי. באשר לעותרים דנן, הם נאלצו לעזוב את בית הוריהם, באשר התקשו, ללא תיעוד, להגיע מהשכונה בואדי חומוס לבית הספר שבכפר. עכשיו כשהם גרים בבית אחיהם בצור באהר, הם מצליחים ללכת לבית ספר, תחת חשש כבד מעיכוב ומעצר של המשטרה אשר נוהגת לפקוד את המקום. לבית הספר, בו לומדים הילדים היום בכיתה י', הצליח אביהם לרושםם תחת תחוננים ולאחר שהבטיח להנהלה שהילדים מצויים בהליך משפטי לקבלת מעמד. לאב כבר הודע כי בהיעדר מעמד לא יוכלו הילדים להירשם בשנה הבאה לבית הספר – היא השנה החשובה לפני הבגרויות. יצוין, כי גם כדי להירשם למבחני בגרות ופסיכומטרי צריך להצטייד במספר זהות. לא ניתן להתעלם גם מההיבט הנפשי שנלווה לעניין. הילדים העותרים למשל, מופלים ביחס לתשעת אחיהם, אשר אותם רשם המשיב כתושבי קבע במרשם האוכלוסין. גם באפליה נטולת סיבה זו – תרומה למתחים וחוסר היציבות בתוך המשפחה. ברי, כי הותרת ילד ללא מעמד, הינה גורם למתח וחוסר יציבות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים החשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים.

83. ויוער, באשר להצעה להביא לפתרון הבעיה באמצעות היתר צבאי, כי היתר הצבאי כשלעצמו ניתן רק למי שרשום במרשם בשטחים. העותרים כאמור, אינם רשומים במרשם הפלסטיני, ואינם מעוניינים להירשם בו. מכאן נראה כי לא ניתן יהיה ליתן להם היתר. מכל מקום, אין בהיתר - הניתן ככלל למבוגרים ולא לילדים, שנולדו, גדלו וחיים את כל חייהם בישראל לתקופה מוגבלת, למילוי צרכים ספציפיים - כדי לרפא את הפגיעה הקשה שנובעת מפיצול מעמדם של ילדים מיתר בני משפחתם ומהותרתם נטולי מעמד, לכל היותר עם היתר מקביל לזה הניתנת לתייר. ילדים שמירב זיקותיהם לישראל אינם תיירים:

בחנתי אף את הצעת המשיבים להעניק למערערים היתרי שהייה בישראל כתחליף למתן מעמד בה, אך לא מצאתי כי הצעה זו נותנת מענה מספק למצוקתם. בנוסף, לא מצאתי ממש בטענת המשיבים לפיה בהענקת מעמד למערערים 2-3 יש משום תמיכה עקיפה בעבירת הביגמיה, שכן ההחלטה להענקת המעמד נשענת על תקנה 12 ותכליותיה ולא על הקשר הזוגי שבין המערער ואשתו תושבת האזור. (סעיף 26 לפסק דינה של הנשיאה ביניש).

84. ראינו, כי השלכות פסק דין הרוב, חורגות מהמקרה הפרטני. על פי הלכת הרוב, יוותרו ילדים רבים ללא מעמד וללא זכויות. כך למשל, כל ילדי ואדי חומוס גם מי ששני הוריהם תושבים, אשר קבלו עד היום מעמד. קטגוריה חדשה של ילדים, שהם מחוסרי מעמד בשום מקום, תקבל הכשר כדין.

85. הפגיעה בילדים ובתא המשפחתי היא קשה וודאית. היא מקיפה את כל תחומי החיים. היא מונעת את חייהם היציבים של ילדים לצד משפחתם, כאחד האדם. זאת במקום בו הם מקיימים את מירב זיקותיהם מאז ומתמיד. במקרה של העותרים דנן היא כרוכה באפליה, של האחים מתשעת אחיהם ואחיותיהם האחרים - ככזו היא משפילה עד עפר.

י. פסק הדין מכוון ליצירת הלכה

86. דעת המיעוט סברה כי ההלכה הקיימת בדבר תכלית חוק הכניסה ותקנה 12 מורה על מתן מעמד לילדים מבלי שיהיו לכך השלכות רוחב החורגות מההלכה הקיימת. פסק דין הרוב קובע מפורשות כי לפסיקה בנושא זה תהיה השלכה רחבה, זאת הגם אם בהקשר הספציפי לא מצוי מקרה נוסף.

87. פסק דינו של כב' השופט (בדימי') לוי שב ומדגיש כי הכרעה במקרה **מחייבת פרשנות לחוק הכניסה לישראל ותקנה 12 שהוצאה מכוחו** ולמלאכת פרשנות זו הוא נדרש. (סעיף 2 לפסק דינו של כב' השופט לוי). בפסק דינו של השופט גרוניס הוא קובע מפורשות, כי לפסיקה יש היבט עקרוני.

88. בכך מגלה בית המשפט הנכבד את מודעותו וכוונתו, כי דבריו יהוו הלכה חדשה, ולא החלטה הנוגעת קונקרטיית למקרה שהובא על ידי העותרים. הכוונה של בית המשפט ליצור הלכה, מהווה שיקול התומך בצורך בקיום דיון נוסף (ר' והשוו דנ"א 4804/02 **רביזדה נ' גולדמן** (19.8.02)).

יא. סיכומם של דברים

89. **פרשנות לשונית במקום תכליתית** - פסק הדין זונח את ההלכה בדבר פרשנות תכליתית ומצמצם את תקנה 12 לכדי לשון כותרת חוק הכניסה לישראל, ר' והשוו למשל סעיפים 20-23 לפס"ד דעת המיעוט שניתן ע"י כב' הנשיאה ביניש.

90. **פרשנות לשונית מוטעית, אשר יוצרת הלכה קשה** - ההכרעה על דרך פרשנות לשונית של פסק הדין על פי כותרת חוק הכניסה לישראל היא קשה במיוחד משום שחוק הכניסה לישראל אינו חל רק על מי שיושב בישראל אלא על סוגים שונים של אנשים המקיימים את מרכז חייהם בישראל באופן זמני, ממושך או קבוע. החוק חל על תיירים על עובדים המתגוררים בישראל ועל תושבי ירושלים המזרחית כמו האב העותר, הגם אם אינם מתגוררים בישראל, אך שומרים על זיקה צמודה אליה. בעניינו, כך קבע ביהמ"ש, מירב זיקות המשפחה נתונות לישראל. עד היום נקבעו סוגיות מתן מעמד על פי חוק הכניסה לישראל על-ידי מבחן מירב הזיקות.

91. **פרשנות חדשה לשאלת מתן המעמד בישראל** - כנובע מהסעיף הקודם, פסק הדין קובע הלכה חדשה וקשה גם באשר לשאלה מיהו תושב. ההלכה בדבר מרב זיקותיו של אדם נזנחת ותחתיה ובניגוד להלכה קודמת נקבע תנאי צר שבלעדיו אין בדבר מיקומו הפיזי של בית המגורים. ר' למשל סעיפים 18 ו-19 לפס"ד דעת המיעוט של כב' הנשיאה ד' ביניש.

92. **הלכה חדשה, צרה, הפוסלת קיומם של חריגים** - פסק הדין יצר הלכה חדשה, בעקבות זניחת הפרשנות התכליתית ונקיטה בפרשנות צרה באשר לתקנה 12 ולשאלה מיהו תושב.

93. **ההלכה טומנת בחובה השלכות רוחב** - ההלכה החדשה תחול על תושבים רבים, מבקשי מעמד מכח חוק הכניסה לישראל, הורים ובמיוחד על ילדים שיבקשו להסדיר מעמדם מכוחה של תקנה 12, אשר לא עוד תכליתה כמגנה על טובת הילד תנחה את מתן המעמד אלא פרשנות מילולית, קשיחה, האוסרת על קיומם של חריגים לחוק הכניסה לישראל. לעומת זאת, המשיב לא הביא ולו בדל נתון על משפחות נוספות פרט לאלה המתגוררות בואדי חומס המקיימות את המצב הייחודי של העותרים ואף לא מסר נתונים המעידים על קיומם של משפחות רבות בשכונת ואדי חומס עצמה, המצויות במצב זה (באשר מרביתם של התושבים שם הם בעלי תושבות ישראלית) - אין, לדברי המשיב, עתירות נוספות בנושא, ודאי אין הליכים אשר יש בהם לסמן חשש להשלכות רוחב. בכל זאת, בחרה דעת הרוב להתבסס על החשש מפני השלכות רוחב **היפותטיות** אשר בגינן לא יינתן מעמד לילדים **האמיתיים**.

94. פסק הדין יוצר **ואקום מעמדי**, לפיו נותרים ילדים קטינים ללא מעמד בעולם. על פי ההלכה החדשה שקבע ביהמ"ש הנכבד הילדים הם תושבי שום מקום. לחלופין, הילדים נדרשים בניגוד לרצונם, לרצון הוריהם ולטובתם להיות תושבים של מקום, ממנו הם חסומים בחומה, אליו אין להם זיקות ואשר רישומם בו יתייג אותם כסכנה ביטחונית גורפת, רק על שום הרישום. ר' עע"מ 1621/08 מ"י נ' **חטיב** (30.1.2011).

95. **הקושי מומחש בעניינם של העותרים דן** - העותרים 2 ו-3 נולדו בישראל, גדלו בו וחיים בה עד היום. אמת. לו היו הילדים חיים במעצר בית, ניתן היה לומר כי חייהם מתנהלים פורמלית בגדה המערבית. אולם, הילדים, העותרים, כמרבית בני האדם, שלא עשו רע, אינם חיים במעצר בית. הם יוצאים מביתם לעבר ירושלים בה הם מנהלים את מרכז חייהם. אם ינסו לצאת מביתם לעבר הגדה המערבית, מקום אותו כלל אינם מכירים ואין להם זיקות אליו, ייתקלו בחומה חוסמת. ללא מעבר.

יב. סוף דבר

96. מייחסים ליאנוש קורצ'ק את האמירה: **"ילדים - הם האנשים לעתיד לבוא. כלומר, הם עתידים להיות, ועתה כביכול אינם קיימים. והרי אנו קיימים ועומדים: חיים, מרגישים, סובלים"**.

97. פסק הדין עוסק בילדים, בחייהם, ברגשותיהם, בקיומם, בסבלם. לא רק ילדי העותרים, אלא ילדים רבים, העלולים להיפגע מההלכה החדשה שנקבעה. לכל הפחות, ובנסיבות מתן ההלכה, יש לאפשר לילדי העותרים, ולילדים אחרים שקולם לא נשמע כאן, להישמע בשנית ולקבל אפשרות לדיון נוסף בעניינם.

98. בפסק הדין נשוא בקשה זו ישנה תמימות דעים באשר לקיום מרכז חיי הילדים בירושלים (סעיף 17 לפס"ד הנשיאה ביניש, סעיף 1 לפס"ד של כב' השופט לוי). גם על פי פסק דין הרוב אין הילדים תושבי שטחים – אין הם מנהלים את חייהם שם. (סעיפים 4 ו-5 לפסק דינו המוביל של כב' השופט לוי). אשר על כן, מסקנת פסק דין הרוב כי הילדים לא יכולים לקבל מעמד בישראל, אף שהם מקיימים בה את מרכז חייהם ואינם יכולים לנהל את חייהם אלא בה, מאמצת פרשנות לשונית חדשה, צרה ומגבילה, אשר משנה את הבחינות המהותיות שנהגו עד כה ביישום תקנה 12 כפי שהובאו למשל בעניין **קרלו ועוויסאט** ואשר נסובו על מבחן זיקות מהותי ומורכב אשר נערך כשבמרכזו זכויות האדם החוקתיות לחיי משפחה ולטובת הילד. ההלכה החדשה שנקבעה בפסק דין הרוב מצמצמת את הקביעה בדבר מתן מעמד בישראל לכדי מבחן טכני, נטול גמישות ומהות. פסק דין הרוב מאפשר לראשונה לילדים להיוותר בחלל מעמדי מוחלט – חסרי מעמד כדין.

99. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בכותרת ולקבוע דיון נוסף בהרכב מורחב.

היום: 7.12.2011