

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

**עת"ם 22897-02-11**

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ גזאל, ת"ז \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ גזאל, ת"ז \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ גזאל, ת"ז \_\_\_\_\_
4. \_\_\_\_\_ גזאל, ת"ז \_\_\_\_\_
5. \_\_\_\_\_ גזאל, ת"ז \_\_\_\_\_
6. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או אלעד כהנא (מ"ר 49009) 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. **שר הפנים**
2. **מנהל מינהל האוכלוסין**
3. **מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית**
4. **ועדת ההשגה לזרים**

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 מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם, שלא לאשר את בקשת העותרת 1 להסדרת מעמדם של העותרים 2-5 בישראל.

בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע דיון דחוף לשמיעת העתירה.

**מבוא**

1. עניינה של עתירה זו במקרה אנושי קשה של העותרים, ובטעות משפטית מובהקת של המשיב.

2. העותרת היא תושבת ירושלים, תושבת קבע במדינת ישראל. נישואיה לתושב רצועת עזה הביאו אותה להתגורר שם. לבני הזוג נולדו ילדים. העותרת התאלמנה בנסיבות טראגיות ומבקשת לחזור לעירה, לירושלים – מטבע הדברים עם ילדיה.

3. בעוד שהעותרת עצמה, כתושבת ישראל, רשאית מבחינה פורמלית להיכנס לארץ ולהתגורר בה, הרי שמבחינה מעשית חזרתה לא תתאפשר כל עוד לא מאשרים את רישום ילדיה, שהם חסרי מעמד במדינה.
4. הסירוב להסדיר את מעמד ילדיה מבוסס על נוהל פנימי של משרד הפנים. על פי נוהל מס' 2.2.0010, שכותרתו "נוהל רישום ומתן מעמד לילד שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל" (להלן: **הנוהל**), אחד התנאים לאישורה של בקשה לרישום ילד שנולד בישראל, או מחוצה לה, הוא קיומו של מרכז חיים של שנתיים בישראל, להורה ולילדו.
- בנוגע למעמד הילדים, מציב משרד הפנים מעגל שוטה: כל עוד לא תציג העותרת שנתיים של מרכז חיים בירושלים, לא יורשו הילדים לקבל מעמד. אולם כל עוד לא יורשו הילדים להיכנס לישראל, לא תוכל גם העותרת להיכנס לארץ, שלא לומר: ליצור מרכז חיים של שנתיים בארץ, שכן משמעות הדבר היא הזנחת הילדים – בניגוד לצו האמהות ובניגוד לחוק.
5. נוהל פנימי זה הולם אולי מצבים, בהם המשפחה בוחרת אם לחיות במקום המגורים של הבעל או של האישה – לא מצב בו הבעל נפטר, מקום מגוריו חדל להיות רלוונטי, והאישה המטפלת בילדים והנושאת באחריות להם צריכה באחת לשוב ולחיות בארץ.
6. משרד הפנים מסרב להפעיל שיקול דעת בעניינה של העותרת. בטענה אכזרית כי "כך הנוהל", מונע משרד הפנים מתושבת ישראל להיכנס לארצה ולהקים את ביתה בעיר מולדתה.

### הצדדים לעתירה

7. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), היא תושבת ישראל ואלמנתו של מר חאתם גזאל, ת"ז 911871242, תושב העיר עזה.
8. מנישואיהם נולדו לבני הזוג ארבעה ילדים: \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ו-2, העותרים 5-2 (או להלן: **הילדים**). העותר 2 נולד באבו דאבי ביום 13.11.1991. העותרת 3 נולדה בירושלים ביום 24.11.1995. העותרת 4 נולד בעזה ביום 4.11.2000 והעותר 5 נולד בעזה ביום 14.1.2004.
9. העותרת 6 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 1 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.
11. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכיותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה,

המתגוררים בירושלים המזרחית. כמו כן, משתתף המשיב 2 בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל, מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.

12. המשיבה 3 מנהלת את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה, המתגוררים בירושלים המזרחית.

13. המשיבה 4 (להלן: **הנציבה**), דנה 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 1 למשיבה את סמכויותיו לפי סעיפים 2 (א) ו-3, 3 (א)א, (ב) ו-4, 5, 6 – לעניין מקרים פרטניים, ולפי סעיף 11 לחוק האמור. סמכותה של המשיבה להיעתר לבקשה לסעד ביניים או סעד זמני נמצאת בנוהל פנימי של משרד הפנים, נוהל מס' 1.5.0001, "נוהל ועדת השגה לזרים".

14. לצורך נוחות, ייקראו המשיבים 1-4 להלן: **המשיב**.

### ענינים של העותרים 5-1

15. העותרים \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ גזאל, הם ילדיהם של העותרת, \_\_\_\_\_ גזאל ושל המנוח, מר \_\_\_\_\_ גזאל. המשפחה מתגוררת ברצועת עזה החל משנת 1994.

16. במהלכה של המלחמה ברצועת עזה בינואר 2009, פקד אסון את המשפחה. בעלה של גב' גזאל נהרג, וגב' גזאל הפכה באחת לאלמנה ואם לארבעה יתומים. העתקי תעודת פטירה והודעת פטירה מצ"ב, מסומנים **ע/1 א ו-ב**.

17. מותו הפתאומי של מר גזאל קטע באחת את הקשר היחידי שהיה לגב' גזאל לרצועה. בשביל גב' גזאל, ובמיוחד בשביל ילדיה, לאחר פטירתו של מר גזאל, הפך ביתם למקום של עימות, אי-בטיחות והרס.

18. חייה של העותרת ברצועה מתנהלים בצל רודנותה של חמותה. החמות מנסה תכופות להפריד בין העותרת לבין ילדיה ומאיימת כי על העותרת לחזור לירושלים או להתחתן ולהשאיר את הילדים איתה ברצועה. זאת, כאשר היא נוהגת כלפיה וכלפיה הילדים באלמות. היא מכה את הילדים בצינורות גומי ומקלות ומגרשת אותם מהבית בהתאם לגחמותיה. היא גירשה את הבן \_\_\_\_\_ מהבית בינואר 2010, גירשה את כל המשפחה מהבית לזמן מה בקיץ 2009 וגירשה את העותרת ושני הילדים הקטנים, העותרים 4-5, בספטמבר 2009 ובנובמבר 2010 בחג הקורבן. במילותיה של העותרת, החמות "עושה להם את המוות".

19. גיסיה של העותרת אף מוסיפים לאיומיה של אמם. מבחינתם, העותרים 2-5 הם ילדי משפחת גזאל, אשר חייבים להישאר בחזקת המשפחה ברצועה. לאחרונה התקשרו הגיסים לאחיה של העותרת, המתגוררים בירושלים, ומסרו שבכוונתם "לקחת" את הילדים הגדולים ו"לתת לגב' גזאל" את הילדים הקטנים (העותרים 4-5) וכן הודיעו שעל אחיה של העותרת "להחזיר אותה" לירושלים.

20. לאור האמור, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ו\_\_\_\_\_ סובלים מפחד מתמיד – מהסבתא שמכה אותם, מגירוש אמם, מפירוק המשפחה ומהטראומה, כי הם חיים באותו בית בו נהרג אביהם.
21. וכל עוד נשארת גבי גזאל ברצועה, נתקלת היא בבעיה קיומית ממשית. בעלה לשעבר עבד ופרנס את המשפחה כולה (כולל הוריו ואחיו), וכיום מתקיימים העותרים מתמיכתם של ארגוני צדקה. קרובי המשפחה של בעלה מסרבים לעזור לה כלכלית. לאחרונה אף גנב חמיה חלק מהסיוע הכספי שהיא מקבלת, באמתלה שהוא קונה עבורה אדמה.
22. בכל יום נוסף בעזה, מתגבר סבלם של גבי גזאל וילדיה, ועימו ההרגשות של בידוד, טראומה וחוסר אונים.
23. לאור האמור לעיל, ובמיוחד לאור העובדה שהזיקה של גבי גזאל ושל ילדיה לרצועה נותקה עם מותו של בעלה, הגישה הגבי גזאל ביום 29.9.2009 בקשה להסדיר את מעמדם של העותרים בישראל.
- העתק הבקשה מצ"ב, מסומן ע/2.
24. בנסיבות אלה, בהן העוגן היחידי שקשר את גבי גזאל לרצועה איננו קיים עוד, מבקשת גבי גזאל לחזור לביתה בירושלים. דא עקא, שלילדיה אין מעמד בישראל, וכיום מונעות מהם רשויות המדינה להיכנס לישראל אף לביקורים קצרים. בהמשך נתייחס לנסיונותיה של העותרת להשיג היתרים לביקורים קצרים עבור ילדיה.
25. ביום 9.12.2009 התקבל במשרדי העותרת 6 מכתב הסיור לבקשה. על פי האמור במכתב, הבקשה נדחתה בנימוקים הבאים:
1. המשפחה מנהלת מרכז חיים ברצועה;
  2. בהתאם להחלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008, ולהנחיית שר הפנים שניתנה בעקבותיה, לפי סעיף 3(ד) להוראת השעה, הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.
- העתק מכתב הסיור מצ"ב, מסומן ע/3.
26. הסיור הנ"ל מבוסס על נוהל פנימי של משרד הפנים. על פי נוהל מס' 2.2.0010, שכותרתו "נוהל רישום ומתן מעמד לילד שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל" (להלן: **הנוהל**), אחד התנאים לאישורה של בקשה לרישום ילד שנולד בישראל, או מחוצה לה, היא קיומו של מרכז חיים של שנתיים בישראל, להורה ולילדו. טוען המשיב, כי כל עוד אין מרכז חיים של שנתיים בירושלים, אין לאשר את הבקשה לרישום.
27. ביום 2.1.2010 הוגש מכתב ערר על ההחלטה שלא לאשר את הבקשה לרישום ילדים והסדרת מעמד. במסגרת הערר נטען, בין היתר, כי למרות שהמשפחה עדיין מתגוררת רוב הזמן ברצועה, לאור נסיבותיה המיוחדות, נדרש לאשר את הבקשה בהיעדר הוכחת מרכז חיים בישראל. עוד הועלו טענות נגד החלטת החלטת הממשלה 3598 בעניינם.
- העתק מכתב הערר מצ"ב, מסומן ע/4.

28. ביום 18.2.2010 התקבל במשרדי העותרת 6 מכתב סירוב לערר, בנימוק כי הגב' גזאל מתגוררת דרך קבע עם ילדיה ברצועה.

העתק מכתב הסירוב לערר מצ"ב, מסומן ע/5.

#### **מיצוי הליכים – ההליך בוועדת ההשגה לזרים**

29. בשל סירובו של המשיב להסדיר את מעמדם של העותרים הוגשה השגה ביום 12.4.2010.

העתק ההשגה ללא נספחיה מצ"ב, מסומן ע/6.

30. במסגרת ההשגה, נטען, בין היתר, כי הנסיבות המיוחדות של משפחת העותרים מצדיקות כי המשיב יחרוג מהנוהל ויסדיר את מעמדם של העותרים ללא דיחוי. המצב הנוכחי של המשפחה ברצועה הוא קטסטרופלי, ויש לאשר את הבקשה להסדרת מעמד באופן מיידי. במקרה דנן, מדובר באלמנה – הורה יחידה עם זיקות עצמאיות אך ורק לירושלים. עם מות בעלה, עולמה קרס והובהר ההכרח לעזוב את עזה ולשוב למקום היחיד בו יש לה מעמד ועתיד - ירושלים. צוין במסגרת ההשגה, כי בקשת העותרת אינה עניין של בחירה בין שני מקומות מגורים, השווים לכל דבר. **מדובר בבקשת חירום של תושבת ישראל, להציל את משפחתה - לחזור הביתה, לחיקה של משפחתה בירושלים ולהשתקע בישראל עם ילדיה, טרם ייגרם נזק נוסף לילדיה.**

31. ההליך בפני ועדת ההשגה לזרים התעכב בשל סחבת נמשכת של המשיב. בתאריכים 10.5.2010 ו-4.7.2010 ביקש המשיב ואכן קיבל ארכות להגיש את תגובתו.

32. ביום 29.8.2010 הגיש המשיב תשובה להשגה.

העתק התשובה להשגה מצ"ב, מסומן ע/7.

33. במסגרת תשובתו טען המשיב, כי הסירוב לבקשה ניתן כדו"ח, בהיעדר מרכז חיים בארץ, וככל שישנם טעמים הומניטאריים לבקשה, באפשרות העותרים לפנות לוועדה ההומניטארית אשר הוקמה לפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) (להלן: **הוראת השעה**). המשיב הוסיף כי העותרים כבר הופנו לוועדה הנ"ל במכתב הסירוב לערר מיום 2.12.2009.

34. המשיב טען, כי הרציונל העומד ביסוד הנכונות להעניק מעמד בישראל לילדים הקטינים הסמוכים על שולחן ההורה התושב הינו:

רציונאל הומניטארי שעיקרו הגנה על התא המשפחתי והרצון לאפשר לבני הזוג ולילדיהם לחיות יחדיו, תוך המשך מגורים בישראל עם בן הזוג הישראלי ... רציונאל זה אינו עומד במקרה דנן ועמדת המשיב הינה בגדר מתחם הסבירות שעל החלטה של רשות מנהלית לעמוד בה. (ס' 4 לתשובת המשיב).

כלומר, כל עוד לא קיים תא משפחתי המתגורר בישראל, אין טעם הומניטארי לאשר את הבקשה.

35. המשיב טען, כי הדרישה לשנתיים של מרכז חיים זכתה לאישורו של בית המשפט כדרישה סבירה וראויה, ולכן סורבה בקשת העותרים כדין, בהיעדר מרכז חיים. (ס' 8 לתשובת המשיב). כפי שנראה להלן, בית-משפט נכבד זה דווקא מתח ביקורת על הדרישה למרכז חיים של שנתיים, במהלכן לא ניתן לילדים שום מעמד.

36. ביום 26.9.2010 הגישו העותרים תגובה לתשובת המשיב.

העתק תגובת העותרים לתשובת המשיב מצ"ב, מסומן ע/8.

37. העותרים טענו, כי תשובת המשיב היא בעיקרה התגדרות מאחורי טענות כוללניות ללא שום התייחסות למקרה הספציפי ולדינים אליהם התייחסו העותרים.

38. בנוסף לכך, טענו העותרים, כי המשיב מתכחש לעובדה שמדובר כאן **בתושבת ישראל**, אשר מנסה לממש את **הזכות הטבעית** שלה ולילדיה לחיי משפחה בעיר מולדתה. (ס' 9-12 לתשובת העותרים).

39. בעניין טענת המשיב, כי כבר במכתב לערר הופנו העותרים לוועדה ההומניטארית על פי החוק (להלן: **הוועדה ההומניטארית**) וכי "בחרו" לא לעשות כן, טענו העותרים, כי מבחינה משפטית גרידא, הוועדה ההומניטארית אינה אפיק חלופי. (ס' 13-17 לתשובת העותרים).

40. ביום 1.12.2010 נתנה הנציבה את החלטתה.

את השאלה שמעוררת ההשגה ניסחה הנציבה במלים אלו:

האם קיימת למשיגה זכות בדין לפנות אל המשיב בדרישה למתן מעמד לילדיה, בעודה מתגוררת מחוץ לישראל, לאחר שמאסה במגוריה במקום בו קבעה את מרכז חייה במשך שנים רבות, והאם זכותה זו, בהנחה שהיא קיימת, גוברת על נהלי המשיב.

דומה שמבחינת הנציבה, רצונה של העותרת לשוב למקום היחיד בעולם בו יש לה מעמד אינה אלא סוג של גחמה. יום אחד בוחרת היא לגור בעזה ובמשנהו היא נתפסת לרעיון לעבור לישראל, ועוד מרהיבה עוז לדרוש שייתנו גם לילדיה לעבור עמה, ושישנו למענה סדרי עולם המעוגנים בנהלים!

לאחר שניסחה כך את השאלה, תשובתה השלילית של הנציבה איננה מפתיעה.

העתק החלטת הנציבה מצ"ב, מסומן ע/9.

41. לפי פרשנותה של הנציבה, הנוהל אינו שורת הדין אלא משקף תכלית הומניטארית שהיא:

**למנוע ממי שמתגורר בישראל מכוח היותו מחזיק במעמד של תושב קבע בישראל, את הצורך לבחור בין חיים עם משפחתו ובין חיים בתחומי מדינת ישראל.** ברור אפוא גם כאן, כי כאשר דילמה כזו אינו קיימת, משום שבני המשפחה חיים בצוותא בביתם, אין הצדקה להחלת הנוהל. (ההדגשה במקור – ל.ב.). (ס' 26 להחלטת הנציבה).

בכל הכבוד, דומה שהנציבה נתפסה לטעות. תכלית הנוהל היא לאפשר להורה המשמורן לגדל את הילד התלוי בו, בהתאם לחובתו ההורית ולעקרון טובת הילד. תכלית זו אכן אינה רלוונטית למצב בו אין למשפחה כוונה לגדל את הילדים בישראל. אולם כאשר הנסיבות משתנות, ההורה הזר נפטר, והמקום הסביר היחיד לגידול הילדים הוא בישראל, הגיונו של הנוהל חל. שימור מרכז החיים בעבר אינו תכלית הנוהל, כפי שנובע מפרשנות הנציבה. הנוהל הוא נוהל צופה פני עתיד, ומרכז החיים בעבר הוא רק בבחינת חזקה ניתנת לסתירה לגבי העתיד.

42. העותרים טענו כבר במסגרת ההשגה, כי התבססות עיוורת על נוהל פנימי והסירוב לאשר את הבקשה בשל היעדר מרכז חיים, פוגעת אנושות בזכות החוקתית של גבי גזאל וילדיה לחיי משפחה ובעיקרון טובת הילד. נטען, כי חובה על המשיב לחרוג מדרישת הנוהל, כאשר דרישה זו מונעת מפונה לממש את הזכויות הבסיסיות שלו.

43. הנציבה קבעה אחרת – כי טענת העותרים לחרוג מהנוהל "מגובה בטענות מטעמים הומניטריים" (ס' 29 להחלטת הנציבה), ולא התייחסה כלל לטענות המשפטיות של העותרים. הדבר הבלעדי אשר עניין את הנציבה היה: האם העותרת התגוררה בישראל משך שנתיים?

44. הנציבה קבעה, כי עצם העובדה שהעותרת הינה תושבת ישראל אינה מעניקה לה את "הזכות" לדרוש את רישום ילדיה. (ס' 32 להחלטת הנציבה). ההיפך:

המשיגה בחרה להתגורר מחוץ לתחומי מדינת ישראל, משך שנים רבות, ולולי מות בעלה ואבי ילדיה, סביר להניח שלא הייתה משנה מדעתה. פנייתה של המשיגה, בבקשה לחזור אל משפחתה הגרעינית, נובעת ממצבה הסובייקטיבי הקשה, עליו נוספת הכרזת הממשלה, שאינה מאפשרת לה להיכנס לארץ עם ילדיה (שאחד מהם, המשיג 2, הוא בגיר בן למעלה מ-18, ועליו, אין חולק, חלה הכרזת הממשלה). (ס' 31 להחלטת הנציבה).

יצוין כבר עתה, כי טענת הנציבה כי "הכרזת הממשלה" לא מאפשרת את כניסת הילדים לארץ הינה טענה שגויה. (ס' 29 להחלטת הנציבה). כוונת הנציבה היא להחלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008, לפיה הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה. משמעותה האופרטיבית של ההכרזה נובעת מסעיף 33(3) להוראת השעה, שיש בצדו שיקול דעת. נתייחס בהרחבה גם למניעת כניסתם של העותרים לישראל וגם להחלטת הממשלה 3598.

45. לבסוף, ציינה הנציבה, כי סעיף 1א3 להוראת השעה מאפשר לשר הפנים לתת רישיון ארעי או היתר שהייה לתושב אזור שבן משפחתו שוהה כדין בישראל, וכי העותרים מופנים לוועדה ההומניטארית בהתאם.

46. בשל דחיית בקשת העותרים על ידי הנציבה, מוגשת העתירה דנן.

**פניה לבית משפט נכבד זה ולא לוועדה ההומניטארית**

47. בטרם נתייחס לטענות המשפטיות לגופו של דבר, יצוין, כי העותרים סבורים, כי הוועדה ההומניטארית אינה אפיק חלופי לרכישת מעמד בישראל. לפי נוסחה של הוראת השעה כיום, אין באפשרות הוועדה להעניק לילדים \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ מעמד של תושבות קבע, בהתאם לזכותם לקבל מעמד על פי סעיף 3א להוראת השעה.

48. הוועדה הוקמה לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה, וניתנה לה הסמכות להמליץ לשר הפנים לתת רישיון לשיבת ארעי בישראל או היתר שהייה לתושבי השטחים "מטעמים הומניטאריים מיוחדים". הובהר ב"נוהל עבודה של הוועדה הציבורית לבחינת בקשות לקבלת היתר/רישיון לשהייה ארעית מטעמים הומניטאריים" (נוהל מס' 5.2.0039), כי לוועדה הוקנתה הסמכות לעסוק "במקרים הומניטאריים מיוחדים שאינם זכאים לקבל היתרי שהייה ובקשות לתושבות ארעית לפי סעיף 3 ו-3א לחוק".

49. טוב ויפה שהמשיב מפנה את העותרים לוועדה, אבל במקרה דנן, מבקשים העותרים להסדיר את מעמדם לפי סעיף 3א לחוק. מכיוון שהמקרה אינו נחשב כ"לא קריטריוני", אין כל סמכות לוועדה ההומניטארית לעסוק בו.

50. מעבר לכך, בסמכותה של הוועדה להעניק למבקש לכל היותר מעמד של תושבות ארעית (מסוג א/5). עד שהמשיב יתחייב, כי באפשרות הוועדה להעניק לילדים \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ ו \_\_\_\_\_ מעמד של תושבות קבע, בהתאם לזכותם לקבל מעמד על פי סעיף 3א לחוק, אין בהפניה לוועדה ההומניטארית משום סעד "חלופי".

**עתירה ראשונה בעניין העותרים – בקשה להיכנס לישראל עד להחלטה בהשגה**

51. כמתואר לעיל בסעיפים 17-22, בכל יום נוסף בעזה, מתגבר סבלם של העותרת וילדיה, ועימו ההרגשות של בידוד, טראומה וחוסר אונים. מדובר בנזק פסיכולוגי ובנזק קיומי חמורים. בקשתה של העותרת לעבור לירושלים אינה עניין של בחירה בין שני מקומות מגורים, השווים לכל דבר. מדובר בבקשת חירום של תושבת ישראל, להציל את משפחתה – לחזור הביתה, לחיקה של משפחתה בירושלים ולהשתקע בישראל עם ילדיה, טרם ייגרם נזק נוסף לילדיה.

52. לכן, על מנת להציל את המשפחה ולאפשר לעותרים לשהות בישראל באופן חוקי, כל עוד שהשגה בעניינם תלויה ועומדת, הוגשה בקשה לסעד זמני לוועדה להשגה לזרים. העותרים ביקשו צו, אשר יורה למשיב לאשר כניסת הילדים לישראל והענקת היתרי שהייה, עד למתן החלטה בהשגה.

העתק הבקשה למתן סעד זמני מצ"ב, מסומן ע/10.

53. המשיב לא התייחס לבקשה לסעד זמני ולכן, דחתה הנציבה את הבקשה בהיעדר תגובה.

העתק החלטת הנציבה, מיום 16.5.2010, מצ"ב, מסומן ע/11.

54. בה בעת היא העניקה למשיב תקופה של חודשיים להגיב להשגה, ולאחר מכן האריכה את התקופה בחודשיים נוספים. בעקבות הארכה אחרונה זו, שגדשה את הסאה, הגישו העותרים עתירה בעניין בקשתם לסעד זמני.



העתק העתירה ללא נספחיה מצ"ב, מסומן ע/12.

55. בעתירה נטען, כי דחיית הבקשה לסעד זמני גרמה לעינוי דין נוסף, בו המשיב לא התאמץ לעמוד במועדים הנקובים להגשת תשובתו לסעד העיקרי. ההשגה הוגשה ביום 11.4.2010 ולאחר שלושה וחצי חודשים, טרם זכתה למענה על ידי המשיב. נוצר מצב, שהעותרים נאלצו לחכות בקוצר נשימה עד שהמשיב יואיל בחסדו להשיב להשגתם.

56. כתב תשובה לעתירה הוגש ביום 26.8.2010. שלושה ימים לאחר מכן, באה לידי סיום הסחבת שנקט המשיב, והוא הגיש, סוף-סוף, את תגובתו להשגה. בנסיבות אלו נדחתה העתירה, ביום 15.9.2010.

העתק כתב התשובה מצ"ב, מסומן ע/13.

העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב, מסומן ע/14.

העתק פסק הדין מצ"ב, מסומן ע/15.

57. מצבם של העותרים רק הידרדר מאז הכרעתו של בית משפט נכבד זה ולכן, מוגשת היום בקשה מחודשת לסעד זמני, אשר מצורפת לעתירה דן.

### המסגרת המשפטית

58. סירובו של המשיב, עליו משיגים העותרים, מבוסס על נוהל פנימי, אשר מסדיר את ההליך לרישום ילד כאשר רק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל. נוהל זה דורש הוכחת מרכז חיים של שנתיים בישראל, טרם הגשת בקשה לרישום ילד.

59. מבחינת המשיב, כל עוד אין הוכחת מרכז חיים של שנתיים, הסירוב הוא "כדין". עצם העובדה שנבצר מהעותרים להיכנס לישראל מלכתחילה ולכן, לעמוד בדרישת הנוהל, אינו שיקול רלוונטי למשיב.

60. העותרים מתנגדים בתוקף להחלה העיוורת של הנוהל על ידי המשיב. לטענת העותרים, מדובר בנוהל פנימי, אשר אינו יכול לגבור על חובותיו של המשיב להתנהל בהגינות, סבירות ובתום לב.

החלת דרישת מרכז חיים של שנתיים על תושב ישראל, שהוא האפוטרופוס הבלעדי, היא שערורייתית ואינה רלוונטית. בהחלת הנוהל ללא הפעלת שיקול דעת, מונע המשיב מהעותרים לקבל מעמד בישראל, וזאת בניגוד לסעיף 3א להוראת השעה. המשיב יוצר מצב, בו תושבת ישראל מנועה מלממש את הזכות הטבעית שלה ושל ילדיה לחיי משפחה בעיר מולדתה. בכך מפר המשיב את חובותיו להגן על טובת הילד. בה בעת, פוגע המשיב בזכותה העצמאית של תושבת ישראל להיכנס לארצה.

### סבירות הנוהל ואי-יישומו בענייננו

61. על-פי הנוהל, אחד התנאים לאישורה של בקשה לרישום ילד שנולד בישראל או מחוצה לה היא קיומו מרכז חיים של שנתיים בישראל להורה ולילדו. הוראה זו עשויה אולי להתאים כאשר מדובר בשני הורים, שמחליטים בינם לבין עצמם איפה להקים את ביתם המשותף, כאשר רק אחד מהם רשום כתושב קבע. לא כך כאשר מדובר באפוטרופסית בלעדית ובמצב

משפחתי אשר השתנה באופן פתאומי בשל פטירתו של האב. כפי שנפרט בהמשך, דרישה זו יוצרת תוצאות קשות ובלתי נסבלות.

62. הנחיות ונהלים, בשונה מחוקים או תקנות, הם גמישים. בעניין זה, מציין הפרופ' י' זמיר כי:

החוק מחייב אותה (את הרשות – ל.ב.) להפעיל את סמכותה בכל מקרה לפי השיקולים הענייניים החלים באותו מקרה. מכאן שאין היא רשאית להסתמך על ההנחיות, שהותאמו למקרה הרגיל, כדי להחליט במקרה המיוחד, בלי לקחת בחשבון את השיקולים המיוחדים לאותו מקרה. לכן אין היא רשאית, למשל, לדחות בקשה לרישיון על הסף רק משום שהמבקש אינו מקיים את התנאים שקבעה בהנחיות. **התנאים שנקבעו על-ידי הרשות בהנחיות, אינם יכולים להגביל את הסמכות שנקבעה על ידי המחוקק בחוק, והרי החוק לא קבע כי רק מי שקיים אותם תנאים יקבל רישיון. לפיכך חובה על הרשות לשקול כל מקרה שבפניה, על יסוד הנסיבות המיוחדות של המקרה, ולא להסתפק בבדיקת המקרה לאור ההנחיות.** (י' זמיר, **הסמכות המינהלית**, כרך ב', 785). (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

בג"ץ ציין בהקשר זה כי:

כשמסורה לרשות ציבורית הסמכות להחליט כיצד לפעול בעניין פלוני, חובה עליה לשקול במסגרת הסמכות המוקנית לה את כל העובדות והשיקולים הנוגעים לענין ולאורם של אלה לקבוע את עמדתה. כשדרושה החלטה על פי עובדותיו ונסיבותיו של המקרה, ולנסיבות אלה עלולה להיות השפעה על ההחלטה, קביעת "מדיניות", לפיה תפעל הרשות בדרך פלונית, תהיינה הנסיבות אשר תהיינה, כמוה כהחלטה שלא להפעיל את שיקול הדעת, וכהחלטה תוך התעלמות מעובדות החשובות לענין, והיא עלולה להיפסל. (בג"ץ 2709/91 חפציבה חברה לבניין עבודות נ' מינהל מקרקעי ישראל פ"ד מה(4), 428, עמוד 436-437). (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

ולאחרונה נפסק בעניין דומה:

... גם הנהלים המנחים את המשיבים יש בהם מקום לשיקול דעת ומעל לכל, חשוב שתישמר מידה - גם אם מצומצמת - של גמישות (ראו, הגם שהדברים נאמרו בהקשר אחר, את פסק דינו של בית הלורדים באגליה - *N v. Secretary of State for the Home Department* [2005] 2 AC 296 para.70 וכן את פסק דינו של בית הדין האירופי לזכויות אדם - *D v. the United Kingdom* [1997]

24 EHR 425). גם בגדרה של המדיניות הברורה לפיה פועלים המשיבים, חייב להישמר מקום לעריכת האיזונים הנדרשים בין האינטרסים והזכויות הנוגעים לעניין, גם בגדרה יש לאפשר התחשבות בנסיבות מיוחדות ולשיקולים שבאנושיות (הדרישה כי ההחלטה תיעשה מתוך איזון בין האינטרסים המתחרים, יש לציין, מקובלת במקרים דומים גם במשפט הזר. ראו למשל באנגליה את פסק דינו של בית הלורדים - Huang v. Secretary of State for the Home Department [2006] 1 QB 1 (ע"ם 1347/07 סוק מאיה גורונג נ' משרד הפנים, תק-על 2007(2), 4901, עמ' 4906). (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

63. עולה מהמקובץ, כי התבססות עיוורת של רשות מינהלית על נוהל פנימי, מבלי להתחשב בנסיבות המקרה, איננה סבירה.
64. בחינת השנתיים של מרכז חיים נוצרה על מנת "לוודא כי בכוונת מגיש הבקשה להשתקע בישראל". עת"ם 742/06 אבו קוויזר נ' משרד הפנים ([פורסם בנבו], ניתן ביום 15.4.2007). כלומר, מדובר בחזקה המעידה על כוונה להשתקע. לפי עמדת המשיב, הדרישה למרכז חיים של שנתיים, מסירה את הספק שמא בכוונתו של התושב לנצל את שהותו בישראל למטרה של הסדרת מעמד ילדו בלבד, ומיד עם הרישום לעזוב את הארץ.
65. במקרה דנן, אין הצדקה לבחינה מלאכותית זאת. בנסיבות החריגות והמיוחדות של העותרת, כוונת ההשתקעות בישראל לכל – ואין לשחק בחישובים מיותרים לצורך קביעה אשר לא ניתנת למחלוקת. מעבר לכך, הסתמכות על הנוהל לרישום ומתן מעמד למי "שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל" בעייתית מלכתחילה, כאשר אנו מדברים על מקרה של אלמנה, אם חד-הורית והאפוטרופסית הבלעדית של ילדיה. לא מדובר כאן בשני הורים, אחד תושב ואחד לא, אשר מחליטים יחד איפה לבנות את ביתם המשותף. מדובר באלמנה – הורה יחידה עם זיקות עצמאיות אך ורק לירושלים. עם פטירת בעלה, נחתם גורלה של העותרת ונשארה אופציה אחת בלבד, לחזור הביתה. ולכן, נדרש לאשר את בקשתה של העותרת ולתת לה הזדמנות ראויה לבנות את מרכז חייה מחדש, בישראל, יחד עם ילדיה.
66. כפי שהוזכר לעיל, במהלך המלחמה בעזה, נהרג בעלה של הגב' גזאל. לאחר פטירתו, החליטה העותרת כי ברצונה לחזור לירושלים ולגדל שם את ארבעת ילדיה. עולמה של העותרת חרב עם פטירת בעלה. הקשר הזוגי נגדע באחת. יחד איתו נגדע גם מקור פרנסתה. כך, למעשה, נותקו כל זיקותיה של גב' גזאל לרצועה, מקום בו אין לה שום עתיד.
67. כיום, ברצועה, אין לעותרת רשת תמיכה נפשית או כלכלית. על אף שמצופה היה כי משפחתו של בן זוגה תסייע לה, גב' גזאל וילדיה נתקלים באכזריות ואלימות מצד חמותה. העותרת חיה כל העת בפחד, כי חמותה תממש את איומיה להפריד בינה לבין ילדיה ותסלק אותה מהבית המשפחתי.

68. בשביל העותרת, ובמיוחד בשביל ילדיה, ביתה הפך למקום של עימות, אי-בטיחות והרס. לכן טבעי הדבר, שגב' גזאל מבקשת לחזור לחיקה של משפחתה בירושלים ולהשתקע בישראל עם ילדיה, ללא דיחוי.

69. דא עקא, נבצר ממנה לחזור להתגורר בירושלים כל עוד לא יינתן מעמד לילדיה בישראל. אשר על כן, קיימות בפני גב' גזאל שתי אופציות, שתיהן אכזריות ובלתי נסבלות: להישאר ברצועה או לעבור לישראל בגפה.

**להישאר ברצועה:** ראשית, אופציה זאת מונעת מגב' גזאל לממש את זכותה כתושבת ישראל לגור בירושלים ולגדל את בניה בעיר מולדתה. שנית, **צו יישום תכנית ההתנתקות** (חבל עזה) (הגבלת כניסה), תשס"ה-2005, מונע מישראלים להתגורר בעזה, אלא על פי היתרי שהייה. ולכן, אם תישאר ברצועה, תידרש העותרת להמשיך לחיות בלי מעמד קבוע. שלישית, המשפחה סובלת ברצועה. כפי שנזכר לעיל, עם פטירת מר גזאל, קרס עולמה של המשפחה ברצועה. אין לה רשת תמיכה, וכל שנשאר בעזה הוא עימות, הרס, ואיומי הוריו של מר גזאל.

**לעבור לישראל בגפה:** בשביל העותרת, אופציה זאת היא בלתי אפשרית מבחינה אנושית. אין ביכולתה לנטוש את ילדיה, אשר כבר התייתמו מהורה אחד. אין ביכולתה להשאיר את ילדיה תחת השגחת חמות אלימה, המצפה ליום שייקרע סופית הקשר בין גב' גזאל לילדיה. בנוסף, השארת ילדיה ברצועה מהווה עבירה על החוק - הפרת חובותיה לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות ועבירה על פי חוק העונשין.

70. **אופציה אשר אינה קיימת היום הינה לעבור לישראל עם ילדיה ולעמוד בדרישת מרכז חיים:** המשיב אוסר על העותרת לעבור לישראל עם ילדיה. על פי סעיף 3ב(3) להוראת השעה, מפקד האיזור רשאי להכניס את תושבי הרצועה לישראל "למטרה זמנית", ובלבד שהיתר השהייה יינתן לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חדשים. ולכן, אם ברצונה של העותרת לעמוד בדרישת מרכז חיים של שנתיים, הדרך היחידה היתה (עד להתחלת 2010) בדרך של עבירה מתמשכת על החוק. בביקור של המשפחה בישראל בספטמבר 2009, הונפקו לילדים היתרים זמניים לתקופה בת שבועיים בלבד. וזאת, רק לאחר שהובהר על ידי מחלקת הדין הבין-לאומי של הצבא, במענה לבקשה, כי "ככל שהבקשה הינה למטרות הנפקת היתרי שהייה קבועים בישראל לפונים שמענם הרשום הינו ברצועת עזה, הרי שהסמכות להנפקתם של היתרים כאמור, כלל אינה מצויה בידי מתפ"ש".

העתק מכתב מיום 13.7.2009 מצ"ב, מסומן ע/16.

71. באותה עת, היתה העותרת יכולה להפר את תנאי ההיתרים ולהישאר בישראל. אך בתום השבועיים, עמדה העותרת בהתחייבותה וחזרה לעזה. מדובר באישה השומרת על החוק, אשר אינה מוכנה, מבחינה מוסרית, לסכן את משפחתה ולגדל ארבעה יתומים בישראל, ללא מעמד כלשהו.

72. לא רק שגב' גזאל לא מוכנה להפר את תנאי ההיתרים, אלא שלאחרונה ירדה כנראה דילמה זאת מן הפרק. **אפילו האופציה של שהייה קצרה בישראל אינה עומדת בפני העותרת כעת.** כעולה ממכתב הסירוב מהמוקד ההומניטארי של מת"ק עזה מיום 24.3.2010, החליט הצבא

למנוע מגב' גזאל להכניס את בנה הקטן לישראל, אף לביקור קצר, בטענה כי הבקשה "אינה קריטריונית", למרות שהילד היה בן חמש בלבד! **משמעות הדבר היא כי כיום אטום כל פתח שיאפשר לעמוד בדרישת מרכז חיים של שנתיים בישראל.**

העתק מכתב סירוב מהמוקד ההומניטארי של מת"ק עזה מצ"ב, מסומן ע/17.

73. כיום מסרב המוקד ההומניטארי של מת"ק עזה, **באופן כללי**, לאפשר לנשים ישראליות, השוהות ברצועה בהתאם לנוהל "משפחות חצויות" ומבקשות להיכנס כעת לארצן לביקור משפחתן, לקחת עמן את ילדיהן למשך הביקור. העמדה החדשה הינה כי הילדים "אינם קריטריוניים".

העתק פנייה עקרונית של העותרת 6 מצ"ב, מסומן ע/18.

74. העמדה הנוכחית הינה, כי רק "בנסיבות הומניטאריות חריגות" יאפשרו את כניסתם של ילדים אלה לישראל לביקורים קצרים - כגון, "תינוק בגיל ינקות שלא ניתן להפרידו מאמו".

75. ביום 13.10.2010 אכן הצליחה העותרת לקבל היתרי ביקור לשני ילדיה הקטנים, העותרים 4 ו-5. היא נכנסה לירושלים עם \_\_\_\_\_ בלבד ובתום תקופת ההיתר, חזרה לעזה. הילדים הגדולים מנועים לחלוטין מלהיכנס לישראל.

76. אשר על כן, כיום אין כל דרך למשפחת גזאל לעמוד בדרישת הנוהל. העותרת נמצאת בין הפטיש לבין הסדן – נואשת לחזור לירושלים עם ילדיה וללא כל דרך להכניס אותם לישראל באופן חוקי.

77. משכך, טוענים העותרים, כי הנסיבות המיוחדות של משפחתה מצדיקות כי המשיב יחרוג ממדיניותו, יכיר בכוונתם המוחלטת להשתקע בישראל, ויסדיר את מעמדם של ילדיה בישראל וללא דיחוי.

#### **ביקורת שיפוטית בעניין סבירות הנוהל**

78. בית משפט נכבד זה כבר מתח ביקורת על הדרישה למרכז חיים של שנתיים, כאשר דרישה זו כרוכה בקריעת משפחה וגוזרת על משפחה לשהות בישראל באופן בלתי חוקי.

79. בעת"ם (י-ם) 8339/08 **אבו גית נ' שר הפנים** ([פורסם בנבו], 16.11.2008) נפסק, כי הדרישה לקיומו של מרכז חיים בירושלים משך שנתיים :

**מעוררת קושי אם יש בה כדי למנוע את המשך החיים המשותפים של המשפחה תחת קורת גג אחת.**

כפי שפורט לעיל, זהו בדיוק המצב בענייננו.

80. עוד נפסק, בעת"ם 8340/08 (י-ם) **אבו גית נ' שר הפנים**, ס' 12 ([פורסם בנבו], 10.12.2008), כי עמדתו העקרונית של משרד הפנים :

**לפיה הילדים אינם זכאים למעמד כלשהו עד למילוי הדרישה של מרכז חיים במשך שנתיים, חורגת ממתחם הסבירות.**

81. בית המשפט ציין, כי הדרישה עלולה לחשוף את ילדי התושב למציאות חיים בלתי תקינה של שהייה בלתי חוקית בישראל למשך תקופה ניכרת. ולכן, "אינה עולה בקנה אחד עם ההכרה בצורך לכבד את 'האינטרס של שמירה על שלום הילד' (אזכור במקור), כמו גם עם אופיה המיוחד של תקנה 12, כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם בשני היבטים [ מרכזיים" – זכותו של ההורה לחיי משפחה וזכותו של הקטין לחיות את חייו לצד הורה. שם.

82. לאור אי-הסבירות של דרישת מרכז חיים של שנתיים, כבר נקבע על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, **כי אין להשאיר ילדים נטולי מעמד חוקי בישראל ב"תקופת הביניים" שבין כניסתם לישראל ועד לקיום מרכז חיים משך שנתיים**. מוטלת על משרד הפנים חובה להבטיח כי בתקופה זו יונפקו לילדים היתרי שהייה בישראל.

83. בעת"ם 8340/08 (י-ם) **אבו גית נ' שר הפנים**, ס' 12, נפסק כי:

... ככלל, ובהיעדר טעמים מיוחדים שלא לנהוג כן, על המשיב להעניק לילד, בתקופת הביניים שעד למילוי הדרישה לקיום מרכז חיים, היתר לשהייה בישראל.

84. בהתייחס למתן היתרי שהייה זמניים לבן זוג זר בשנתיים עובר להגשת בקשה לאיחוד משפחות, כבר נטען על ידי משרד הפנים עצמו בעת"ם (י-ם) 8339/08 **אבו גית נ' שר הפנים**:

פתרון לבעיה זו עשוי להימצא במתן היתרי מת"ק מתחדשים לפי סעיף 3ב לחוק הוראת השעה או בעשיית שימוש בסעיף 3 לחוק זה, אשר מאפשר לשר הפנים לאשר בקשת תושב האזור (שגילו מעל 35 שנים) למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לשם מניעת הפרדתו מבת זוגו השווה כדין בישראל. עשיית שימוש בסעיף זה אפשרית, לפי גישה זו, **גם לשם מתן היתרי שהייה זמניים משך תקופת השנתיים בהן על בן הזוג הישראלי להתגורר בישראל קודם להגשת הבקשה**. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

85. משתמע מכך, כי לפי עמדת המשיב, גם במקרה של ילדים, ניתן להנפיק עבורם היתרי שהייה זמניים עובר לאישור הבקשה, גם מכוח סעיף 3ב (הנזכר בסעיף 70 לעיל) וגם מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה, המתייחס להסדרת מעמדם של קטינים. דהיינו, ההגבלה של סעיף 3ב להעניק היתרים לשישה חודשים בלבד היא רק הגבלה לכאורה, ואין כל מניעה להעניק היתרים מתחדשים לתקופה בת שנתיים, גם לפי הוראת השעה.

86. ואם נקבע כי דרישת מרכז חיים של שנתיים חורגת ממתחם הסבירות כאשר המשפחה שווה בישראל, קל וחומר במצב הקיים, לפיו לא ניתן לעותרים להיכנס לישראל כלל.

#### הנחת היסוד – זכותה של העותרת להיכנס לארצה

87. החלטת המשיב בעניינם של העותרים גורמת גם לפגיעה בלתי הפיכה בעותרת **כתושבת ישראל**. ממניעת כניסת ילדיה לישראל נגזרת מניעת כניסתה של תושבת ישראל עצמה לארצה. העותרת אינה יכולה ואינה רשאית לעזוב את ילדיה ללא השגחתה ברצועה. לכן, על מנת לשמור על ילדיה, היא נאלצת להישאר שם. כל עוד לא ניתן לאשר את בקשתה לרישום

ילדיה, נבצר ממנה לממש את זכותה כתושבת ישראל לגור בירושלים ולגדל את בניה בעיר מולדתה.

88. לא ניתן להטיל ספק בזכותה של העותרת להיכנס לארצה, זכות המעוגנת בחוק הכניסה לישראל, בהיותה תושבת ישראל. זכות זאת מעוגנת גם במשפט הבינלאומי. סעיף 12(ד) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) (אושררה על ידי ישראל ב-18.8.1991, נכנסה לתוקף ב-3.1.1992), קובע, כי "לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא". יחד עם זאת, ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (התקבלה באו"ם ב-10.12.1948) קובעת, בסעיף 13, כי "כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו, ולחזור אל ארצו".

89. לעומת זאת, רצועת עזה היא מהמקומות הבודדים בעולם, שחוק ישראלי מפורש אוסר על העותרת לשהות בו, אלא בכפוף לקבלת היתרים מאלוף פיקוד הדרום. הכוונה לצו **יישום תכנית ההתנתקות** (חבל עזה) (הגבלת כניסה), תשס"ה-2005,

90. לצד זכות הכניסה עומדת לעותרת זכות נוספת, הזכות לחיי משפחה, כחלק מכבוד האדם המוגן בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בפועל, דורס המשיב את זכויותיה של העותרת בכך שהוא מתנה את כניסתה בהשארת ילדיה הקטינים, התלויים בה, מאחור. אף זו פגיעה קשה בזכותה של העותרת לחיי משפחה, זכות הנובעת בין היתר מהחובות המוסריות והמשפטיות שבין הורה לילדו, ובשים לב לקשר המיוחד שבין אם לילדיה הקטינים.

#### הזכות לחיי משפחה

91. המשפט הבינלאומי מקנה חשיבות רבה למשפחה, ומטיל על המדינות חובה להגן עליה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אשר אושררה 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...

ראו עוד: ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ביום 10.12.48, ס' 18(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

92. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754 (להלן: פסק דין **עדאלה**) 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.

93. פסיקת בתי המשפט הציבה גבולות חוקתיים באשר להתערבות המדינה בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם.

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין

הורים לילדיהם (ע"א 577/83 **היועץ המשפטי נ' פלוני**, פ"ד לח(1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראה ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא "התא החברתי היסודי והקדום ביותר \_\_\_\_\_ דות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית" (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, בעמ' 434). (ע"א 2266/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מט(1), 221 עמ' 237-238).

94. בפסק דין **עדאלה** נקבע, באשר לזכותו של הילד לחיי משפחה, כי זו מתבססת:

... על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 **פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים** (טרם פורסם)). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב.

עניין **עדאלה**, סעיף 28 לפסק דינו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

95. השופט חשין קבע כי:

משפט הטבע הוא, שאם ואב מן הטבע יחזיקו בבנם, יגדלו אותו, יאהבו אותו וידאגו למחסורו עד אם גדל והיה לאיש ... קשר זה חזק הוא מכל חזק, והוא מעבר לחברה, לדת ולמדינה ... משפט המדינה לא יצר את זכויות ההורים כלפי ילדיהם וכלפי העולם כולו. משפט המדינה בא אל המוכן, אומר הוא להגן על אינסטינקט מולד שבנו, והופך הוא "אינטרס" של הורים ל"זכות" על-פי דין, לזכויות של הורים להחזיק בילדיהם.

דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 102.

96. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו ולסרב לבקשה לרישום ילדים שמגיש תושב המדינה עבור ילדיו. 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.



עיקרון טובת הילד

97. הקביעה כי יש לאפשר לילדים לגדול בתא משפחתי יציב ואוהב, באה לשרת עיקרון רחב יותר, המוכר במשפט הישראלי והבינלאומי – עקרון טובת הילד. על פי עקרון זה, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. כל עוד הילד הוא קטין וכל עוד הורה מתפקד כראוי, טובתו מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו.
98. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.
99. מעבר לכך, עקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1), 459, עמ' 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".
100. גם במשפט הבינלאומי נהנה עקרון טובת הילד ממעמד של עקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של האמנה בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221). האמנה, אותה אישרה מדינת ישראל ביום 4.8.1991, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. (ראו: המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה). בפרט, קובע סעיף 3 של האמנה כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

חובת המשמורן

101. חובת המשמורן כלפי הילדים שתחת משמורתו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל, סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שכותרתו תפקידי ההורים, קובע:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין... וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

102. סעיף 323 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע:

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלומו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

וראו עוד סעיף 373 לחוק.

103. המשפט הבינלאומי גם מכיר בחובת המשמורן (31 כ"א, 221). סעיף 5 לאמנה בדבר זכויות הילד קובע, כי על המדינה לכבד את חובת המשמורן:

המדינות החברות יכבדו את אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים, או, במידה והן חלות, של בני המשפחה המורחבת או הקהילה כנהוג על-פי המסורת המקומית, של אפוטרופוסים חוקיים או אנשים אחרים האחראים משפטית לילד, לספק, באופן המתאים לצרכיו המתפתחים של הילד, הכוונה והדרכה מתאימות בהפעלה על-ידי הילד של הזכויות המוכרות באמנה זו.

### היישום בענייננו

104. האם החלטתו של המשיב, המתבססת כל כולה על קיום מרכז חיים של שנתיים, יכולה להיות כלל משקל מול הזכות לחיי משפחה ומול התוצאה הקשה של הפרתה במקרה דנן?

105. חובה לחרוג מדרישת הנוהל, כאשר דרישה זו מונעת מפונה לממש את הזכויות הבסיסיות שלו. כך גם כאשר הדרישה כופה על הורה להפר חובותיו כלפי ילדיו. לא יעלה על הדעת כי העותרת תידרש להפר את חובותיה על פי דין, על מנת לעמוד בתנאי נוהל פנימי של המשיב. ולא יעלה על הדעת כי המשיב ייצור מצב, לפיו **אין כל דרך לתושבת ישראל לקיים תא משפחתי בישראל**.

106. לאור האמור, אין להכביר מילים על הפגיעה הבוטה בזכותה החוקתית של העותרת לגדל את ילדיה בארץ מולדתה, אשר נובעת מסירובו של המשיב.

### אי-החלת החלטת הממשלה 3598 בענייננו

107. כנימוק השני להחלטת הסירוב נטען, כי בהתאם להחלטת ממשלה 3598 מיום 15.6.2008, ולהנחיית שר הפנים שניתנה בעקבותיה, לפי סעיף 3(ד) להוראת השעה, הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

108. למרות אי-בהירותו של נוסח הסירוב, משמעותו ברורה היא. עמדת המשיב היתה כי עצם מגורי המשפחה ברצועה מונע מהילדים לקבל מעמד כלשהו בישראל, וזאת, כפי שנטען, לפי החלטת הממשלה 3598 והנחיית משרד הפנים שניתנה בעקבותיה.

109. המסקנה כי לא ניתן לאשר את הבקשה בשל מגורים ברצועה הינה חסרת כל בסיס ומנוגדת להוראת החלטת הממשלה 3598. החלטת הממשלה 3598 מורה באופן חד משמעי כי האיסור בעניין הענקת מעמד כלשהו לתושבי הרצועה, חל אך ורק על מי שנופלים בגדר סעיפים 3 ו-3א(2) של הוראת השעה.

110. סעיף ג' של החלטת הממשלה קובע, כי:

בהתאם לסעיף 3ד לחוק, ועל בסיס חוות דעת גורמי הביטחון המוסמכים לקבוע כי רצועת עזה הינה אזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל ואזרחיה, ולפיכך מנחה הממשלה את שר הפנים או מי שהסמך לכך שלא לאשר מתן

רישיונות לישיבה בישראל או היתרים לשהייה בישראל לפי סעיפים 3 ו-3א(2) לחוק, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה.

111. נלמד מכך, כי האיסור אינו חל בענייננו. ראשית, נוסח האיסור כלל לא מתייחס לתושבי הרצועה הבאים בגדר סעיף 3א(1) של הוראת השעה, קרי קטינים שגילם עד 14. נזכיר, כי מלבד בנה הבכור של גב' גזאל, \_\_\_\_\_, כל ילדיה של מרשתי היו מתחת לגיל 14 בעת הגשת הבקשה לרישום.

112. מעבר לכך, האיסור הנזכר בהחלטת הממשלה 3598 אינו איסור גורף ודורש את שיקול דעתו של שר הפנים בבחינת כל מקרה ומקרה. במקרה דנן, שיקול דעתו של שר הפנים לא הופעל כלל, ולכן אין לקבל את הטענה כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת על אישור הבקשה.

113. החלטת הממשלה 3598 נשענת על סעיף 3ד של הוראת השעה, לפיו:

רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר, מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

114. הדרישה לשיקול דעתו של שר הפנים בענייננו נלמדת מסעיף 3ד רישא, אשר קובע כי "לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור" אם קבע שר הפנים או מפקד האזור "כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל".

115. לאחרונה, נבחן סעיף 3ד רישא על ידי בית המשפט העליון בבג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, ס' 31 (פסק הדין ניתן ביום 22.2.2010) (להלן: **עניין דקה**), אשר קבע במפורש כי למרות שהחוק קובע קטגורית כי "לא יינתן היתר" במקרה של מניעה ביטחונית, "השימוש בסמכות זו כרוך בשיקול דעת, אך באיזון השיקולים ניתן משקל רב במיוחד להיבט הביטחוני". שם, ס' 31.

116. נקבע כי לצורך יישומה של הוראת סעיף 3ד לחוק הוראת השעה:

אין דומה סיכון ביטחוני ישיר הנשקף מתושב אזור, שיש בו כדי להצדיק סירוב בקשה לרישיון ישיבה בישראל בשל מניעה ביטחונית ישירה, למניעה ביטחונית עקיפה שעניינה בסיכון הנשקף מהשפעה פוטנציאלית אפשרית של בן משפחה על בן הזוג הזר ... [ ] הפער בעוצמות אלה בשני המצבים צריך להישקל לגופו בבוא הרשות המוסמכת לאזן בין הסיכון הביטחוני הנשקף מבן הזוג תושב האזור

ביחס למידת הפגיעה בזכות למשפחה הטמונה בסירוב למתן ההיתר. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

שם, ס' 38.

117. ועוד:

אשר לבקשת איחוד שטרם אושרה, יש לשקול את עוצמת הפגיעה בעצם המניעה מלכתחילה מבני הזוג להקים תא משפחתי שלם, ובהשלכותיה של פגיעה זו עליהם ועל ילדיהם.

שם, ס' 40.

118. מפסק הדין בעניין **דקה** עולה כי השימוש בסמכות לפי סעיף 3D, גם בעניין של מניעה ביטחונית הנובעת מתושב או בן משפחתו, וגם בעניין של מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב אזור, כרוך בשיקול דעת.

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

120. לפי פסק הדין, לא די בכך שמתבצעת בעיר כלשהי, באזור כלשהו או במדינה כלשהי "פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה" – על מנת להביא לסירוב אוטומטי של כל בקשה לאיחוד משפחות.

121. לאור כך שרק לפני שנה ומעלה, ניתן לבן הבכור, \_\_\_\_\_, להיכנס לישראל יחד עם בני משפחתו, אין כל יסוד לטענה כי כיום הפך \_\_\_\_\_ לסיכון ביטחוני למדינה מעצם מגוריו ברצועה.

122. בנוסף, באשר לקטינים מעל גיל 14, ניתן להעניק מעמד לילדים אלו אם מתן המעמד הינו "מעניינה המיוחד של המדינה", כאמור בסעיף 3G להוראת השעה. בענייננו, מאחר שאין כל מניעה להסדיר את מעמדו בישראל של שלושת ילדיה הקטנים של העותרת, הרי שהותרתו של \_\_\_\_\_ לבדו ברצועה, מנותק לחלוטין מאימו ומאחיו, איננה סבירה. זאת, במיוחד כאשר \_\_\_\_\_, כבן הבכור, הינו היחיד אשר מסייע לאמו בגידול אחיו, ובוודאי לאור התנהלותה של משפחתו של בן זוגה המנוח של העותרת. משכך, לא יהיה חולק שהסדרת מעמדו הינה מעניינה המיוחד של המדינה.

123. לאור כל האמור, אין כל יסוד לקבוע כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת על הסדרת מעמדו של ילדי משפחת גזאל.

**סיכום**

124. לאור כל האמור, יטענו העותרים, כי אין לאמץ את מסקנות המשיב. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב לאשר את בקשת העותרת להסדרת מעמד ילדיה בישראל.

ירושלים, 13 פברואר, 2011.

---

ליאורה בכור, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 62647)