

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 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

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים להגיש את עיקרי הטיעון בעתירה, לקראת הדיון הקבוע ליום 24.5.11.

עניינה של עתירה זו במעגלים השוטמים, אשר המשיב חג כמעגל חנק סביב העותרים. מחד, דורש המשיב כי ילדי העותרת ינהלו מרכז חיים בישראל, טרם רישומם במדינתה של אמם; מאידך, הוא אינו מאפשר לילדים לשהות בארץ באופן חוקי בזמן שיוכיחו היכן מרכז חייהם. המשיב דורש מהעותרת דרישה בלתי אפשרית: להוכיח כוונת השתקעות בישראל (אף על פי שהכוונה ברורה לכל), אך לא מאפשר לה בפועל להוכיח כוונה זו. המשיב, בהיצמדותו הנוקשה לנהליו הפנימיים, אינו מספק תשובה לשאלה: **מה תעשה אישה, אמא, אלמנה, המבקשת לשוב לארצה עם ילדיה לאחר מות בעלה? כיצד תשהה בארצה באופן חוקי עם ילדיה? מהמשיב, אין קול ואין עונה לשאלה פשוטה זו.**

עיקרי העובדות בתמצית

1. העותרת היא תושבת ירושלים, תושבת קבע במדינת ישראל. נישואיה לתושב רצועת עזה הביאו אותה להתגורר שם. לבני הזוג נולדו ילדים. העותרת התאלמנה בנסיבות טראגיות וכעת, כאשר הקשר שלה לעזה ניתק באחת עם מות בעלה, היא מבקשת לחזור לעירה, לירושלים – מטבע הדברים עם ילדיה.
2. 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.
3. 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 המשיב, כאמור, 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.
4. נוהל פנימי זה הולם אולי מצבים, בהם על המשפחה לבחור אם לחיות במקום המגורים של הבעל או של האישה – אך הוא אינו הולם מצב בו הבעל נפטר, מקום מגוריו חדל להיות רלוונטי, והאישה המטפלת בילדים והנושאת באחריות להם צריכה באחת לשוב ולחיות בארץ.
5. המשיב מסרב להפעיל שיקול דעת בעניינה של העותרת. בטענה אכזרית כי "כך הנוהל", מונע משרד הפנים מתושבת ישראל להיכנס לארצה ולהקים את ביתה בעיר מולדתה.
6. המשיב טוען, כי באפשרותם של העותרים לפנות לוועדה ההומניטארית על פי החוק (להלן: **הוועדה ההומניטארית**) וכי "בחרו" לא לעשות כן.
7. לבסוף, המשיב טוען, כי סירובו מעוגן גם בהחלטת הממשלה 3598 מיום 15.6.2008, בה הוכרזה רצועת עזה כאזור בו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.
8. נתייחס לטענות אחת-אחת.

נוהל רישום ומתן מעמד לילד שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל: דרישת מרכז חיים

9. המשיב טוען, וחוזר וטוען, כי הדרישה לשנתיים של מרכז חיים המופיעה בנוהל, זכתה לאישורו של בית המשפט כדרישה סבירה וראויה, ולכן סורבה בקשת העותרים כדן, בהיעדר מרכז חיים. עיון בכתב התשובה מלמד, שהמשיב כלל לא הפנים עד עצם היום הזה

את עובדות המקרה: **אין מדובר בעניינו במקרה, בו יש שני הורים משמורנים, חיים, אשר רק אחד מהם תושב קבע. במקרה כזה, אכן נדרשים בני הזוג להוכיח, היכן החליטו לנהל את מרכז חייהם – בישראל או מחוצה לה. בענייננו, מדובר באם משמורנית יחידה, תושבת קבע של מדינת ישראל, אשר מבקשת לשוב לארצה יחד עם ילדיה.**

10. הנוהל עוסק באופן ברור במקרה של שני הורים משמורנים. עובדה זו עולה בבירור מהכותרת של הנוהל, וכן מתוכנו: הנוהל מתייחס לטיפול בבקשת הרישום, המוגשת יחד עם בקשה לאיחוד משפחות עם ההורה הזר (סעיף ג.2.7 לנהל, צורף לכתב התשובה כנספח מש1).

11. המשיב מתייחס באריכות לדרישה להוכיח קיומו של מרכז חיים בישראל במשך שנתיים, אשר אושרה, לדבריו, בפסק הדין בעניין **אבו קווידר** (סעיף 43 לכתב התשובה). ואולם, בה בעת, מתעלם המשיב מהרציונאל שבבסיס הדרישה ובבסיס הנוהל, כפי שהוא פורט בפסק דין **אבו קווידר**: בבסיס הנוהל עומד הרציונאל של הגנה על התא המשפחתי, והרצון לאפשר לבני המשפחה לחיות יחדיו תוך המשך המגורים בארץ. אולם המשיב אינו מתמודד עם הטענה, כי גם בעת בה ההורה הזר נפטר, הגיונו של הנוהל חל. **הנוהל הוא צופה פני עתיד, ומרכז החיים בעבר הוא רק בבחינת חזקה הניתנת לסתירה לגבי העתיד. כאשר מנותק הקשר עם מקום המגורים הנוכחי, בשל פטירת בן הזוג הזר, ברי כי אין למשפחה מקום אחר – חוץ ממדינתה של האם. רק כך, בהסתכלות כזו, יוגשם הרציונאל ההומניטארי: הגשמת הזכות החוקתית לחיי משפחה של האמא בארצה, יחד עם ילדיה. רק כך תוכל למלא האם את חובותיה כמשמורן. רק כך תובטח טובת הילדים.**

12. המשיב טוען בתשובתו, כי אין להסיק מעניין **אבו גית** (עת"ם 8340/08) לעניין שבנדון (פסקה 47 לכתב התשובה). המשיב מבסס טענה זו על העובדה, כי בעניין אבו גית לא ניתן צו אופרטיבי, וכן שהמשיב הסכים שם לתת לעותרים היתרי מת"ק, לפנים משורת הדין. עם כל הכבוד, טענה זו של המשיב אין לקבל. לשאלת מתן צו אופרטיבי אין דבר או חצי דבר עם נכונות אמירותיו של בית המשפט לענייננו. זאת ועוד: בית המשפט מבקר את משרד הפנים, על עמדתו כי היתרי המת"ק ניתנו "לפנים משורת הדין". נשוב אל דבריו של בית המשפט בעניין אבו גית:

סבורני כי עמדתו העקרונית של המשיב, לפיה הילדים אינם זכאים למעמד כלשהו עד למילוי הדרישה של מרכז חיים במשך שנתיים, חורגת ממתחם הסבירות. כל כך, משום שהיא עלולה לחשוף אותם למציאות חיים בלתי תקינה של שהייה בלתי חוקית בישראל למשך תקופה ניכרת (כשנתיים), ללא מסגרת לימודית (חרף היותם בגיל חינוך חובה). תוצאה זו, אינה עולה בקנה אחד עם ההכרה בצורך לכבד את "האינטרס של השמירה על שלום הילד" (עניין קרלו, פסקה 2), כמו גם עם אופיה המיוחד של תקנה 12, כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם בשני ההיבטים המרכזיים שעליהם עמדה הנשיאה ביניש: "הראשון, הוא ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו, כלומר בזכותו

החוקתית של ההורה לחיי משפחה. ההיבט השני נוגע לזכויות העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו" (עניין עויסאת, פסקה 20). ואכן, כפי שראינו, גם המשיב עצמו, לאחר ששקל את עניינם של הילדים פעם נוספת, החליט, "לפנים משורת הדין" וכדי לאפשר לילדים להירשם בצורה מסודרת לבתי ספר בישראל, כי יינתנו להם היתרי מת"ק לשהייה בישראל, אך זאת מבלי לחזור בו מעמדתו העקרונית, לפיה הילדים אינם זכאים בשלב הזה למעמד חוקי כלשהו בישראל. **דא עקא, שעמדה עקרונית זו של המשיב אינה מתיישבת עם מטרתה של תקנה 12 וטעמיה.** דעתי היא, על כן, כי ככלל, ובהיעדר טעמים מיוחדים שלא לנהוג כן, על המשיב להעניק לילד, בתקופת הביניים שעד למילוי הדרישה לקיום מרכז חיים, היתר לשהייה זמנית בישראל אשר יאפשר לילד לחיות בה כחוק לצד הורהו, ולהירשם גם לבית ספר בישראל.

13. הנה כי כן, מעניין אבו גית אפשר להסיק דווקא רבות לענייננו. מדוע מסרב המשיב להעניק מעמד לילדי העותרת, ולו מעמד זמני עד שיקיימו את מרכז החיים הנדרש בישראל? לכך לא ניתנת תשובה.
14. יוער, כי אין זו הפעם הראשונה, שמשרד הפנים שותק כאשר מופנית אליו השאלה, מהי ההתנהלות המצופה מתושב קבע ומשפחתו, בזמן השנתיים בהם נדרשת הוכחת מרכז חיים. בעת"ס 1140/06 **זעתרה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו), התבקש המשיב במהלך הדיון בעתירה להבהיר "האם טענתו היא שהעותרת הייתה מחוייבת, לנוכח כוונתה לבקש איחוד משפחות עבור בעלה תושב השטחים, להמשיך ולהתגורר בירושלים בנפרד מבעלה אף לאחר שנישאה לו (שכן כניסת הבעל לישראל אסורה כל עוד הבקשה לא אושרה)". כעבור מספר ימים, הודיע שם המשיב לבית המשפט כי הבקשה לאיחוד משפחות מאושרת, ולא השיב על השאלה שהופנתה אליו בדבר ההתנהלות המצופה מהתושבת באותו עניין.
15. זאת ועוד. גם אם נתעלם מאמירותיו הברורות של בית המשפט בעניין אבו גית, **המשיב מתעלם מחובתו לחרוג מדרישות נוהלו הפנימי**, כאשר דרישות אלו מונעות מהפונה עליו לממש את הזכויות הבסיסיות שלו.
16. 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.
17. כאמור בעתירה, הנחיות ונהלים, בשונה מחוקים או תקנות, הם גמישים. מהמבואות הברורות אשר הובאו בעתירה (סעיפים 61-63 לעתירה) עולה, כי **התבססות עיוורת של רשות מינהלית על נוהל פנימי, מבלי להתחשב בנסיבות המקרה, איננה סבירה.**
18. לסיכום: בנסיבות החריגות והמיוחדות של העותרת, **כוונת ההשתקעות בישראל ברורה 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.

19. כמתואר בעתירה (סעיפים 69-75) 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.

20. 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.

21. יפים לעניין זה דברי בית המשפט בעת"ם (י-ם) 8033/08 בושנאק נ' שר הפנים (פורסם בנבו):

המבחן לקיומה של הדרישה לניהול מרכז חיים רציף בישראל במשך השנתיים שקדמו לבקשה לרישום ילד, אינו יכול להצטמצם אך לפרק הזמן שבו שהה ההורה (המבקש) מחוץ לישראל, אלא נדרשת גם בחינה של מכלול הנסיבות והמטרות שליוו את צאתו מהארץ ושהייתו בחו"ל עד לשובו ארצה. בחינה זו דרושה כתשתית לקביעת מכלול הזיקות וההקשרים של המבקש וילדו לישראל.

(ההדגשה הוספה, נ.ד.).

22. ואילו עמדת המשיב היא שיש לסרב לבקשת העותרים באופן אוטומטי, "כי כך הנוהל". מעמדת המשיב עולה, שכאשר יש שני הורים משמורנים ואחד מהם אינו תושב קבע, הסדרת מעמד הילדים בארץ תתאפשר על פי דין, ואילו כאשר אין בנמצא "הורה שאינו תושב" – אין דרך להסדרת מעמד הילדים בשורת הדין, והדרך היחידה לקבלת מעמד הינה פנייה לוועדה ההומניטארית. אל התוצאה האבסורדית הזו שנובעת מגישתו של המשיב נפנה כעת.

העותרים אינם פונים לוועדה ההומניטארית משום שעומדת להם זכות על פי דין

23. המשיב, בתשובתו, מציג את העותרים כעקשנים, המסרבים לעזור לעצמם משיקוליהם הפרטיים, כאשר הם עומדים על סירובם לפנות אל הוועדה ההומניטארית בבקשה למתן מעמד בישראל עבור העותרים 2-5. זאת, בעוד המצב בפועל הוא כי העותרים דורשים את שמגיע להם על פי דין, דרישה אשר הוועדה ההומניטארית אינה יכולה לספק. נסביר.

24. 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.

25. הוועדה הוקמה לפי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה, וניתנה לה הסמכות להמליץ לשר הפנים לתת **רישיון לישיבת 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".

26. 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.

27. 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".

28. יתרה מכך. המשיב מפנה את העותרים להליך ארוך ומתיש, שסופו אינו ברור. הוועדה ההומניטארית אינה עומדת בכללים אשר הותוו לה בנוהל עבודתה (אותו צירף המשיב לכתב התשובה כנספח מש/2). בקשות רבות שמוגשות לה אינן זוכות למענה במשך זמן רב. ליקויים אלו בעבודת הוועדה הועלו לסדר היום (בדיון מהיר) בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת ביום 25.10.2010. בדיון בוועדה, בו השתתף מר עמוס ארבל, מנהל אגף מרשם ומעמד במשרד המשיב 1, לא הוכחש קיומה של סחבת והתמשכות הליכים בוועדה:

היו"ר דוד אזולאי:

אדם פונה לוועדה ההומניטארית, מתקיים דיון. כמה זמן יכול לעבור מרגע שהוא פנה ועד שהוא מקבל תשובה חיובית או שלילית?

עמוס ארבל:

אם התיק הוא פשוט יכולים לעבור 3 - 4 חודשים ואז אנחנו גומרים את העניין, והוא מקבל תשובה שלילית, כי יש רק זוגיות ואין שום דבר הומניטארי. במקרים היותר מסובכים אנחנו גם גולשים ל- 9 חודשים ול- 10 חודשים.

היו"ר דוד אזולאי:

עמוס, האם זה נראה לך פרק זמן סביר? כל כך הרבה זמן על מנת לקבל תשובה? ואני כרגע לא מתייחס לתוכן התשובה, אלא אני מדבר על תשובה.

עמוס ארבל:

הוועדה עובדת בעומסים גדולים. יושבת ראש הוועדה בקושי מגיעה לפעמיים בשבוע של הוועדה, של עבודה בזמנה החופשי, בזמנה האישי. צריך לזכור שכל חברי הוועדה הם בנוסף על תפקידם ממלאים את חברותם בוועדה. **ביום כזה לרכז את כל חמשת חברי הוועדה מבחינת תיאום לוחות הזמנים, להתפנות מתפקידם ולהגיע**

אנחנו יודעים שאנחנו בעומס. אנחנו נמצאים בפיגור כלשהו.

(...)

עמוס ארבל:

אגב, הצגנו את כל הנתונים בכל פורום שנתבקשנו. נתנו את כל הנתונים לעוזר היועץ המשפטי לממשלה, וגם לפרקליטות המדינה לקראת ההארכה של הוראת השעה, כולל לקראת הדיון הנוכחי בכנסת של הארכת הוראת השעה, וגם לפני שנה, וכן הלאה. הצגנו כל נתון לכל גורם רשמי במדינת ישראל שביקש את הנתונים.

נכון לשבוע שעבר הנתונים הם כדלקמן, ואם תרצה אחרי זה אתן לך את הנייר עם כל המספרים. **בסך הכול הוגשו 770 בקשות מאז תחילת עבודת הוועדה. 290 בקשות נדונו, 157 בקשות נדחו, 45 אושרו למעמד כזה או אחר בהתאם, וחלק נוסף – 72 בקשות נמצאות בהליך טיפול.** בהליך טיפול סביר מאוד להניח שהבקשה אושרה, אבל היא עדיין נמצאת באישור שב"כ. בדרך כלל זה אישורי שב"כ של אבחון ביטחוני. אגב, גם כאן זה חלק שהוא לא פשוט שמעכב את מתן ההחלטה ואת היציאה החוצה לתשובה פורמאלית לאדם, כי מקבל התשובה החיובית צריך למלא טופס קורות חיים שהוא טופס ארוך, ואפשר לומר שהוא גם מייגע. מדובר בטופס של משהו כמו 30 עמודים שבו צריך לפרט את כל הפרטים של בני משפחתו ושל המוזמן והמזמין. זה עובר לאבחון שב"כ רציני, ביטחוני כנדרש על פי עבודתם, ובהתאם לכך זה גם לוקח הרבה זמן עד לקבלת התשובה.

(...)

טלב אלסאנע:

אתה רואה שמתוך 770 בקשות, נדונו 290 בלבד. זה פחות מ-50%. האם זה סביר?

עמוס ארבל:

מה זה "סביר"? אף אחד לא עושה שם כי זה ועדת חריגים הומניטארית וכי (כך במקור, נ.ד.).

(מתוך פרוטוקול הדיון. ההדגשות הוספו, נ.ד.).

29. בהמשך הדיון, פנתה עו"ד בכור מן העותרת 6 אל מר ארבל, בשאלה לעניין המעמד הניתן במסגרת בקשות המוגשות לוועדה:

ליאורה בכור:

סליחה, יש לי שאלה מאוד חשובה לגבי היתרים. לפי החוק שר הפנים רשאי להעניק או היתר או א/5, **ויש הבדל עמוק בין היתר ל-א/5. היתר זה אומר שיש לאדם זכות לחופש התנועה, ולא מעבר. תעודת תושבות ארעית במעמד א/5 זה אומר שיש לאדם**

זכויות סוציאליות. אם יש לך תיק, אתה מגיש בקשה לוועדה הומניטארית מטעמים רפואיים חזקים. אם אתה מקבל היתר זה לא יעזור לך, אין לך ביטוח בריאות, אין לך קופת חולים וכו'. מתוך המספר של 45 (מספר הבקשות שאושרו, לדברי מר ארבל – נ.ד.), רציתי לדעת כמה מתוכם קיבלו היתרים, וכמה מתוכם קיבלו א/5.

עמוס ארבל:

ארבעה קיבלו א/5.

ליאורה בכור:

ארבעה מתוך 45. זה אומר שהיתר לא מקבלים שום זכויות.

עמוס ארבל:

הוועדה לא דנה במתן זכויות.

(שם, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

30. הנה כי כן, מהו הפתרון המוצע לעותרים? פנייה לוועדה בה הסחבת היא נוראית, אשר מאז הקמתה העניקה מעמד של תושבות ארעית לפונים אליה רק במקרים ספורים ביותר. המשיב חוזר משתמש במילים "ועדה הומניטארית" כמעין מנטרה, ומפנה את העותרים אליה שוב ושוב. אולם הפניה זו היא לעג לרש. **לצידם של העותרים עומדת זכות שבדין ולא בחסד, והפתרון שמוצע להם – ה"הומניטארי" כביכול – אינו מהווה פתרון אמיתי לעניינם בשום צורה ואופן.**

31. המשיב מסרב בתוקף לגלות גמישות בכל הקשור להחלת נהליו הפנימיים. **ודוק: סירובו זה לא הופך את המקרה המונח בפניו ל"הומניטארי". הוא הופך את התנהלות המשיב לבלתי סבירה – ותו לא.**

אי-החלת החלטת הממשלה 3598 בענייננו

32. כנימוק השני להחלטת הסירוב נטען, כי בהתאם להחלטת ממשלה 3598 מיום 15.6.2008 (להלן: **החלטת הממשלה**), 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.

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

34. בכתב התשובה שב וטוען המשיב, כי לא ניתן לאשר מתן רישיונות ישיבה או היתרי ישיבה לעותרים, וזאת, בהתבסס על החלטת הממשלה. המשיב גם שם דברים בפי העותרים ומציג את טיעוני העותרים כתיקיפת החלטת הממשלה עצמה – ולא כך הוא.

35. לצד כל זאת, המשיב אינו מתמודד כלל עם הטענה הבסיסית של העותרים: האיסור על מתן רישיונות ישיבה, המופיע בהחלטת הממשלה, כלל אינו חל על קטינים מתחת לגיל 14.

36. נראה, שיש צורך להבהיר שוב את טענת העותרים: החלטת הממשלה 3598 מורה באופן חד משמעי כי האיסור בעניין הענקת מעמד כלשהו לתושבי הרצועה, חל אך ורק על מי שנופלים בגדר סעיפים 3-1א3(2) של הוראת השעה.

37. 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 3-1א3(2) לחוק**, למי שרשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה, וכן למי שמתגורר ברצועת עזה אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין כתושב רצועת עזה.

(ההדגשה הוספה, נ.ד.).

38. נלמד מכך, כי האיסור אינו חל בענייננו. נוסח האיסור כלל לא מתייחס לתושבי הרצועה הבאים בגדר סעיף 3א1(1) של הוראת השעה, קרי **קטינים שגילם עד 14**. נזכיר, כי מלבד בנה הבכור של גב' גזאל, _____, כל ילדיה של העותרת היו מתחת לגיל 14 בעת הגשת הבקשה לרישום.

39. מעבר לכך, כפי שנטען בעתירה, **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.

40. 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.

41. 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".

42. כאמור בעתירה, לאחרונה, נבחן סעיף 3 ד 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.

43. נקבע כי לצורך יישומה של הוראת סעיף 3 ד 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.

(שם, סעיף 38. ההדגשה הוספה – נ.ד.).

44. 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).

45. הנה כי כן: **מפסק הדין בעניין דקה עולה כי השימוש בסמכות לפי סעיף 3 ד, בעניין של מניעה ביטחונית הנובעת מתושב או בן משפחתו, כרוך בשיקול דעת.** טענת העותרים היא, כי קביעה זו בעניין דקה יפה גם לעניין מניעה ביטחונית הנובעת ממדינת מושבו או אזור מגוריו של תושב אזור. קרי, גם במקרה כזה, כרוך השימוש בסמכות בהפעלת שיקול דעת.

46. המשיב טוען, כי "עניין דקה לא התייחס להחלטת ממשלה 3598, ונסיבות העניין שם כלל אינן רלוונטיות לעניין הנדון" (סעיף 36 לכתב התשובה). טוען – ולא מסביר. עמדת העותרים היא, כי הקביעה בעניין דקה היא קביעה עקרונית, והיא: **יש לאזן בין הסיכון הנשקף ממבקש המעמד, לבין מידת הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה, הטמונה בסירוב למתן ההיתר.** אין זה משנה, אם הסיכון-לכאורה נובע ממניעה ביטחונית הקשורה לאדם, או אם הוא נובע ממקום מושבו של תושב האזור. **מעמדתו של המשיב, לא ברור כלל מה הבסיס לאבחנה בין שני מקרים אלו של "מניעה ביטחונית".** להיפך: טענת העותרים היא כי אם בית המשפט קבע כי במקרים של מניעה ביטחונית פרטנית, הקשורה לאדם מסוים, יש לאזן בין אינטרסים, הדבר יפה ונכון על אחת כמה וכמה כאשר מדובר במניעה ביטחונית "כללית", שעוסקת במקום מושבו או מגוריו של אדם.

47. אם כן, 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.
48. בנוסף, באשר לקטינים מעל גיל 14, ניתן להעניק מעמד לילדים אלו אם מתן המעמד הינו "מעניינה המיוחד של המדינה", כאמור בסעיף 33 להוראת השעה. בעניינינו, מאחר שאין כל מניעה להסדיר את מעמדם 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.
49. **לאור כל האמור, אין כל יסוד לקבוע כי החלטת הממשלה 3598 אוסרת על הסדרת מעמדם של ילדי משפחת גזאל.**

טענת שיהוי

50. עמדת המשיב הינה, כי דין העתירה לדחות על הסף מחמת שיהוי בהגשת העתירה. מדובר בטענה שמוטב היה שלא תיטען, כמאמר "מי שגר בבית זכוכית – שלא יזרוק אבנים". נדירים מאוד המקרים, בהם המשיב עונה לפניות הפונים אליו תוך 45 ימים, כפי שהוא מחויב על פי חוק (ר' חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, וכן הנחיה 3.1004 של היועץ המשפטי לממשלה, העוסקת ביישום חוק זה).
51. כך, למשל, הסירוב לבקשתה של העותרת להסדרת מעמד ילדיה התקבל רק 60 יום אחרי הגשת הבקשה, ותשובת המשיב להשגה התקבלה רק 4 חודשים וחצי לאחר הגשת ההשגה (זאת בניגוד לנוהל המשיב המסדיר את עבודת ועדת ההשגה, לפיו תשובת המשיב תינתן תוך 30 יום מהגשת ההשגה).
52. יוער, כי פסקי הדין אליו מפנה המשיב, אשר עוסקים בדחייה על הסף בעילת שיהוי, דנו במקרים של שיהוי ארוך וניכר, של חודשים ואף שנים, ולא ב-30 יום כמו במקרה דנן.
53. זאת ועוד. לפי ההלכה הפסוקה, כאשר מדובר בזכויות-יסוד, לא מקפידים על שיהוי, בוודאי ובוודאי לא כאשר מדובר בשיהוי של 30 יום.
54. נקבע על ידי בית המשפט העליון, כי בחינת טענת שיהוי נעשית על-פי שלושה יסודות: שיהוי סובייקטיבי; שיהוי אובייקטיבי ומידת הפגיעה בעקרון שלטון החוק ובאינטרס הציבורי אם טענת השיהוי תתקבל (ע"מ 3189/09 החברה להגנת הטבע נ' המועצה הארצית לתכנון ובנייה¹). אין לקבל טענת שיהוי, כאשר קבלתו מכשירה דה-פקטו מציאות של פגיעה חמורה

¹ "השיהוי הסובייקטיבי בוחן את התנהגותו של העותר והאם ניתן ללמוד ממנה כי ויתר על פנייה לערכאות. השיהוי האובייקטיבי בוחן את השינוי שחל במצב בשטח ואת הפגיעה הצפויה באינטרסים של הצדדים הנוגעים בדבר, נוכח הגשת העתירה באיחור. שני תנאים אלו הם מצטברים לצורך קבלת טענת שיהוי במשפט הציבורי. מנגד עומד מבחן הפגיעה בשלטון החוק, אשר ביכולתו לשלול טענת שיהוי. על-פי מבחן זה, לא ידחה בית המשפט עתירה מחמת שיהוי אם עקב כך תיגרם פגיעה חמורה בשלטון החוק או באינטרס ציבורי חשוב."

בחוק ובאינטרסים ציבוריים חיוניים (ע"מ 2273/03 אי התכלת שותפות כללית נ' החברה להגנת הטבע). ר' לעניין זה גם בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קרית גת.

55. יש להזכיר, כי בעתירה דנן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב לחזור בו מהחלטתו שלא לאשר את בקשת העותרת להסדרת מעמדם של ילדיה בישראל.

56. לאור זאת, אין לקבל את טענת המשיב בעניין השיהוי, במיוחד כאשר מדובר בשיהוי של כחודש בלבד.

סיכומם של דברים

57. החלטת המשיב בעניינם של העותרים גורמת 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 ילדיה בעיר מולדתה.

58. לא ניתן להטיל ספק בזכותה של העותרת להיכנס לארצה, זכות המעוגנת בחוק הכניסה לישראל, בהיותה תושבת ישראל, וכן במשפט הבינלאומי. לעומת זאת, רצועת עזה היא מהמקומות הבודדים בעולם, שחוק ישראלי מפורש אוסר על העותרת לשהות בו, אלא בכפוף לקבלת היתרים מאלוף פיקוד הדרום.

59. 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 לישראל 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.

60. השאלה המרכזית של העתירה היא זו: **האם החלטתו של המשיב, המתבססת כל כולה על שאלת קיום מרכז חיים של שנתיים, יכולה להוות כלל משקל מול הזכות לחיי משפחה ומול התוצאה הקשה של הפרתה במקרה דנן?**

61. חובה על המשיב 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, כמשמורת יחידה של ילדיה, על מנת לעמוד בתנאי נוהל פנימי של המשיב. לא יעלה על הדעת כי המשיב ייצור מצב, לפיו **אין כל דרך לתושבת ישראל לקיים תא משפחתי בישראל**.

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

63. לעותרים עומדת זכות שבדין להסדרת מעמדם בישראל. סירובו של המשיב לחרוג מדרישות הנוהל, במקרה בו ההצדקה לכך כה מובהקת, אינו יכול להוות "נסיבה הומניטארית" בגינה מופנים העותרים לוועדה המטפלת בעניינים הומניטאריים. על המשיב לעמוד בחובותיו כרשות מנהלית, במקום להפנות את העותרים להליך חסר תוחלת בוועדה בה הטיפול הלקוי והסרבול הפכו לשם דבר.

64. 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, 19 מאי, 2011.

נועה דיאמונד, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 62647)