

- בעניין: _____
1. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 2. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 3. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 4. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 5. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 6. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 7. _____ חלבייה, ת.ז. _____
 8. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.**
כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרח' שמואל הנגיד 27, ירושלים 94269
טל: 02-6222808; פקס: 03-5214947
- העותרים**

- נגד -

- מדינת ישראל – משרד הפנים:**
1. שר הפנים
 2. מנהל מינהל האוכלוסין
 3. מנהל לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית
- באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' המח"ל 7, מעלה דפנה, ירושלים
טל: 02-5419512; פקס: 02-5419582
- המשיבים**

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיבים לאשר את בקשת העותרת 1 להסדרת מעמדם ושהייתם בישראל של ילדיה, העותרים 2 ו-3.

פתח דבר

1. לעותרת 1, תושבת מדינת ישראל מירושלים המזרחית (להלן – **העותרת**) שישה ילדים. ארבעה ילדים הינם בעלי מעמד בישראל ושניים נדונים לגירוש. זאת למרות שבקשה עבור התאומים הוגשה כבר בשנת 2003, עת היו קטינים כבני 16 שנה. עניינם של שני ילדים אלו – העותרים 2 ו-3 (להלן – **העותרים**) מובא לפיתחו של בית המשפט הנכבד כעת.
2. העותרים, התאומים, נולדו בסעודיה בנובמבר 1986 תקופה בה התגוררו שם בני המשפחה מפאת לימודי האב. מאחר והעותרת לא התגוררה באותה תקופה בישראל, סרבו המשיבים לאפשר לה לרשום בה את ילדיה. בהיעדר מעמד בסעודיה, לא ניתן היה לרשום את התאומים גם שם. בלית ברירה, ועל מנת שהילדים יוכלו להתלוות לאמם בעת ביקורי המשפחה השנתיים בירושלים, נרשמו התאומים (כמו גם שני אחים קטנים הנוספים) במרשם הפלסטיני, בו רשום אביהם. יצוין, כי עד לשנת 1994, לא יכלו בני המשפחה לגור בישראל, שכן המשיב אסר על נשים ממוצא ערבי להתאחד עם בני זוגן בישראל. בשנת 1995 לאחר פסילת המדיניות המפלה על ידי בית המשפט העליון (בג"ץ 2797/93) שבו בני המשפחה לירושלים. בשנים הראשונות חילקו בני המשפחה את חייהם בין ירושלים לאבו דיס ומאז שנת 2001 מתגוררים כל בני המשפחה בירושלים באופן בלעדי.
3. העותרת פנתה להסדיר את מעמדם של העותרים ושני אחים נוספים בשנת 2003, מייד לאחר שהושב לה מעמדה בישראל, אשר נשלל שלא כדין. המעמד הושב על יסוד הוכחות למרכז חיים בישראל לאורך שנתיים. הנה כי כן, רק בשנה זו יכולה היתה העותרת להסדיר את מעמדם של ילדיה והיא הגישה את הבקשה נשוא העתירה. היום,

כשבע שנים מאוחר יותר, ממשיכה העותרת להתמודד מול מסלול המכשולים הבירוקראטי שמציב המשיב. זאת על מנת לממש את זכותה כתושבת ישראל להקנות מעמדה לילדיה.

4. בעת הגשת הבקשה עבורם, היו העותרים קטינים בני כ-16 שנה. המשיב סרב לבקשה, ללא הפעלת שיקול דעת, בשל החלטת הממשלה 1813. בהמשך, כשעוגן חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן – **חוק הוראת השעה**) באופן שאיפשר להסדיר מעמדו של מי שהגיש בקשתו בעודו קטין, סרב המשיב לקבל את הבקשה, בטענה כי הבקשה סורבה לראשונה כדין. בנושא זה נפסק ע"י בית המשפט העליון ובית המשפט לעניינים מינהליים – ר' למשל, בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים**, עת"מ (י-ם) 771/06 **אבו גווילה נ' שר הפנים**.

5. יתר על כן, בפסק דין מיום 10.10.07, בעת"מ 182/07 **חלבייה נ' שר הפנים** תק-מח 2007(4), 799, בעניין אחיהם של העותרים, אשר קיבלו שניהם מעמד בישראל – נקבע כי מי שהגיש בקשתו לאחר החלטת הממשלה, אולם לפני חיקוק החוק על תיקונו, יחול בעניינו החוק, בגרסתו המתוקנת, המידתית. המשיב אינו רואה עצמו מחויב להלכה זו.

6. על המשיבים להכריע בבקשה על פי גיל העותרים במועד הגשת הבקשה הראשונה בעניינם, עת היו קטינים. על המשיבים להחיל את החוק בנוסחו העדכני והמידתי יותר בעניינם של העותרים. זאת, באשר אישור החוק כחוקתי במסגרת בג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, נבע מהתיקונים שנעשו על מנת להפכו למידתי ומהודעת המדינה, כי בהיעדר מניעה ביטחונית קונקרטי לא יימנע החוק מתן מעמד או היתר שהייה לכל קטין, ילדו של תושב ישראל.

7. המשיבים בוחרים בפרשנות מצמצמת וקיצונית לחוק, אשר פוגעת בטובת הילד ובטובת התא המשפחתי ואינה מתיישבת עם תכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה. בעוד הוחלט בחוק ובעקבות הערות בית המשפט העליון כי יש להפעיל שיקול דעת לשם הסדרת שהייתו או מעמדו של כל ילד אשר היה קטין בעת הגשת הבקשה בעניינו ואשר מתגורר בישראל עם הורהו התושב – מסרב המשיב לבחון את הבקשה ולבדוק אם קיימת מניעה ביטחונית או פלילית קונקרטי כשהוא נשען על נוסח החוק הקודם והבלתי מידתי. מילדיה של העותרת, תושבת ישראל, אשר התגוררו כאן מאז היו קטינים – נמנעת האפשרות לחיות עם הוריהם וארבעת אחיהם התושבים. על כן, מהווה פרשנות המשיבים בחירה באמצעי בלתי מידתי – הפוגעני ביותר האפשרי (אפשרי לדידם של המשיבים). בכך, פועלים המשיבים בחוסר סבירות קיצונית, בניגוד לכללי המינהל התקין ובניגוד לדיון, בדבר טובת הילד.

העובדות

וזוהי התשתית העובדתית המהווה בסיס לטענות העותרים:

הצדדים לעתירה

8. העותרת 1, היא תושבת מדינת ישראל, המתגוררת בירושלים. היא אם לשישה ילדים – ארבעה מתוכם תושבי קבע, ולשניים מבין הילדים – העותרים 2 ו-3 אין מעמד בישראל כלל.

9. העותרים 2 ו-3, ילדיה של העותרת, הם תאומים ילידי 7.11.1986. התאומים נולדו בסעודיה, בתקופה בה התגוררו שם בני המשפחה ונרשמו בשטחים, בהיעדר מקום אחר בו ניתן היה להסדיר את מעמדם. העותר 2 רווק, מתגורר בירושלים עם הוריו. העותר 3, _____, נסע לפני כשנתיים לעבוד באיחוד הנסיכויות, כדי לחסוך מעט כסף, שכן בביתו שבירושלים נאסר עליו לעבוד ואף לנוע. כיום מתגורר _____ בארצות הברית לשם השלמת לימודיו וקבלת רשיון בינלאומי לעסוק בניהול חשבונות. הוא מבקש לשוב לירושלים ולחיות כדין עם משפחתו.

10. העותרים 4-7 הם אחיהם של העותרים 2 ו-3. ארבעת האחים הינם תושבי קבע של מדינת ישראל.
11. העותרת 8 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.
12. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לקבלת מעמד בישראל, לרבות בקשות לאיחוד משפחות ולרישום ילדים. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. 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. כמו כן, המשיב 2 משתתף בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.
13. המשיב 3 (להלן – **המשיב**) מנהל 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.

עניינם של העותרים 7-1

14. העותרת, תושבת קבע בישראל, נישאה בשנת 1980 למר _____ חלביה, נושא תעודת זהות של השטחים. העותרים לא יכלו להתגורר יחד כחוק בישראל ולהקים בה את משפחתם בשל מדיניותו המפלה של המשיב, אשר אסרה על איחוד משפחות של נשים ממוצא ערבי עם בני זוגן. בשנת 1981 עברו בני הזוג להתגורר בסעודיה, למטרת לימודיו של בן הזוג. באותה תקופה היתה העותרת מבקרת בישראל כמעט בכל שנה, ואף, ילדה בירושלים את שני בניה הגדולים, _____ ו_____, העותרים 4 ו-5. פרט, לעותרים 4 ו-5 שנולדו בישראל ונרשמו כתושבי קבע במרשם האוכלוסין בסמוך ללידתם, נולדו לעותרת ובן זוגה בסעודיה ארבעה ילדים נוספים, ובהם העותרים 2 ו-3, התאומים. היות ולעותרת ולבעלה אין מעמד בסעודיה, לא יכלו בני הזוג להסדיר שם את מעמד ילדיהם. גם בישראל סרבו לרשום את ילדי העותרת, שכן הילדים לא נולדו בישראל והעותרת לא התגוררה בישראל בתקופה בה נולדו. על מנת שלא להותיר את הילדים חסרי מעמד וכדי שיוכלו הילדים להתלוות להוריהם בעת ביקוריהם בישראל באותן שנים – רשם אותם אביהם במרשם האוכלוסין בשטחים, שם ביצע הרישום היה פשוט ומייד.
15. בשנת 1995 חזרו בני הזוג עם ששת ילדיהם לירושלים. במהלך שנת 1995, כחודשיים לאחר שובה ארצה, פנתה העותרת ללשכת המשיב על מנת לחדש את תעודת הזהות ולרשום בה את בתה הצעירה. בעת הגעתה ללשכה, נודע לעותרת כי על אף שהקפידה, בתקופה בה התגוררה בסעודיה, לשוב לישראל בתקופת תוקפו של כרטיס היוצא שברשותה, כפי שנדרש על פי מדיניותם דאז של המשיבים לשם שמירה על מעמד התושבות – הוחלט לשלול את מעמדה כתושבת קבע. העותרת ניסתה לשנות את רוע הגזרה בדבר ביטול מעמדה. היא פנתה באותה תקופה לעו"ד אנדרה רוזנטל ובהמשך לעו"ד נסרי עאמר, אולם פניות באי כוח העותרת למשיבים העלו חרס.
16. משנודע לעותרת כי היא אינה תושבת ישראל, כי למרות השינוי במדיניות לפיו נשים יכולות להגיש בקשה לאיחוד משפחות, אין היא יכולה להתאחד עם בעלה ויתרה מכך נאסר גם עליה לחיות בישראל, שכן מעמדה נשלל, אין היא יכולה לחדש את תוקף תעודת הזהות שלה, וכי היא אינה יכולה להסדיר מעמדם של ילדיה – נאלצו בני המשפחה לחלק את חייהם בין בית אמה של העותרת שבשכונת וואדי ג'וז, בירושלים (אביה נפטר

בשנת 1987) לבין בית הוריה בן הזוג שבאבו דיס. את מרכז חייהם ניהלו כל אותה העת העותרת והילדים בירושלים. העותרת עובדת מאז שנת 1995 כמנהלת בית ספר בירושלים.

17. עד לשנת 2000 כלל לא ניתן היה להשיב מעמד של תושבים אשר בוטל. רק בעקבות עתירה שהגישה העותרת 8, עמותת המוקד להגנת הפרט בנושא – בג"ץ 2227/98 **המוקד להגנת הפרט ואח' נ' שר הפנים ואח'**, ניתן "תצהיר שרנסקי", אשר איפשר החזרת מעמדם של תושבים, אשר הופקע מהם שלא כדין, תוך יישומה של מדיניות חדשה, שכונתה הטרנספר השקט. מדיניות זו לא פורסמה עובר ליישומה.

העתירה הראשונה – עת"מ 580/02

18. בשנת 2001 לאחר פרסום המדיניות החדשה, אשר איפשרה בתנאים מסוימים להשיב את מעמד התושבות, פנתה העותרת למשיבים בבקשה להשיב לה את מעמדה. משלא נענו פניות העותרת באמצעות עורכי הדין מונדר אבו ליל וגיוני שחאדה, הגישה העותרת בשנת 2002 עתירה לביהמ"ש לעניינים מינהליים, עת"מ 580/02, בה ביקשה להשיב לה את מעמדה (להלן – **העתירה הראשונה**). בעקבות הגשת העתירה – ולאור הכרה כי העותרת ובני משפחתה מקיימים מרכז חיים בלעדי בישראל לפחות מאז שנת 2001, הוחלט ביום 17.1.2003 להשיב לעותרת ולשני בניה הגדולים, העותרים 4 ו-5 את מעמדם.

אישור על השבת המעמד לעותרת מצ"ב ומסומן ע/1.

המגעים עם המשיב

19. ביום 2.2.2003, מייד לאחר השבת מעמדה, פנתה העותרת למשיב והגישה בקשה להסדרת מעמדם של ארבעה ילדים – העותרים 2 ו-3 והעותרים 6 ו-7. בעת הגשת הבקשה היו העותרים 6 ו-7 בני 16 ושלושה חודשים.

20. ביום 17.3.2003 דחה המשיב את הבקשה, בהסתמך על החלטת הממשלה 1813 מיום 12 במאי 2002. לטענת המשיב, מנעה החלטת הממשלה, מתן מעמד לילדיה של העותרת. יוער, כי בהחלטת הממשלה 1813 מדובר על איחוד משפחות עם בני זוג ולכן, בניגוד לעמדת המשיב, אין כל תימוכין בלשון ההחלטה לעמדתו, כי על פיה לא ניתן להסדיר מעמדו בישראל של אף ילד, ילדו של תושב ישראל.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/2.

החלטת הממשלה 1813 מצ"ב ומסומנת ע/3.

העתירה השנייה – עת"מ 971/03

21. הנה כי כן, הגישה העותרת ביום 24.6.2003 עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, עת"מ 971/03, בה ביקשה להעניק מעמד לארבעת ילדיה, העותרים 2 ו-3 והעותרים 6 ו-7 (להלן – **העתירה השנייה**). במהלך הדיון בעתירה הודיע המשיב, כי הוא מוכן לאפשר לעותרת להגיש בקשה עבור העותרים 6 ו-7, שגילם היה נמוך מ-12 שנה, עת הוגשה הבקשה הראשונה בעניינם.

22. באשר לעותרים 2 ו-3, התחייב המשיב שלא לגרשם מישראל עד ל-30 יום ממועד מתן פסה"ד בעתירות שהוגשו כנגד חוק הוראת השעה. זאת מתוך ציפייה, כי פסה"ד יתייחס מפורשות לנושא תחולת החלטת הממשלה, שבאותה עת עדיין לא עוגנה לחוק, על עניינם של ילדי תושבי מדינת ישראל. לימים, לא התייחס פסק הדין מפורשות לעניין זה, אשר עודו ממתין להכרעת בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 5030/07 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים ואח'**.

העתירה השלישית – עת"מ 136/06

23. בספטמבר 2003 חוקק חוק הוראת השעה, אשר עיגן את החלטת הממשלה, בשינויים שונים, ובאוגוסט 2005 תוקן החוק, באופן שהתיר מעתה למשיב מפורשות להסדיר שהייתם של ילדי תושבי המדינה בכל הגילאים. על פי החוק המתוקן, עד גיל 14 יהיה ילד זכאי לקבלת מעמד בישראל ולאחר גיל 14, ניתן יהיה להסדיר את שהיית הילד שגילו **בעת הגשת הבקשה** נמוך מ-18 שנה, באמצעות היתר שהייה בישראל.

24. בהתאם לתיקון בחוק, פנתה העותרת למשיב שוב, בנובמבר 2005 על מנת להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור העותרים 2 ו-3. פנייתה של העותרת היוותה למעשה חידוש בקשתה הקודמת, משנת 2003. עקב חלוף הזמן וברוח הדברים שנקבעו בעבר לגבי ילדיה, העותרים 6 ו-7, בעניינם התבקשה לחדש את הטיפול באמצעות בקשה חדשה, שתלווה במסמכים חדשים, פנתה העותרת למשיב בבקשה זו. במועד הגשת הבקשה הנוספת היו ילדיה התאומים בני 19. הבקשה הוגשה לאור העובדה כי הבקשה המקורית הוגשה כששני הילדים היו עדיין קטינים. לשכת המשיב סירבה לקבל את הבקשה.

25. נגד הסירוב לקבל את הבקשה הוגשה עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים, עת"מ 136/06. (להלן – **העתירה השלישית**). במהלך הדיון בעתירה הוחלט כי העתירה תמחק, תוך שמירת טענות הצדדים והותרת צו הביניים, המונע גירוש העותרים 2 ו-3 על כנו, עד ל-30 יום לאחר מתן פסה"ד בעתירות כנגד חוק הוראת השעה.

פרוטוקול והחלטת בית המשפט בעתירה מצ"ב ומסומנים ע/5.

העתירה הרביעית – עת"מ 182/07

26. בינתיים, פנתה העותרת למשיב לשם הגשת בקשה חדשה עבור שני ילדיה העותרים 6 ו-7, כפי שהוסכם בדיון בעתירה השניה. אולם, בניגוד לקבוע בעתירה השנייה, סרב המשיב לקבל מהעותרת את הבקשה עבור בנה, העותר 6, אלא רק את הבקשה עבור בתה העותרת 7. הנה כי כן, הוגש עת"מ 182/07, **חלביה נ' שר הפנים**, עתירה רביעית במספר (להלן – **העתירה הרביעית**), בה ביקשה העותרת כי המשיב יעמוד בהתחייבותו.

27. בית המשפט הנכבד קבל את העתירה וקבע, כי על המשיב להסדיר את מעמדו של העותר 6. כמו כן, בעקבות עתירה זו אושרה שהייתו בישראל של בן זוגה של העותרת, אבי המשפחה. בית המשפט קבע כי אף שהוגשה בקשה בעניינם של הילדים על מנת שיהיו בפני המשיב כל הפרטים העדכניים, הרי שהמועד הקובע לעניין גילם של הילדים הוא מועד הגשת הבקשה המקורית:

ודוק, יש להניח כי כוונת העותרים, שממילא יכולים היו לעמוד על עתירתם, שכן בהתאם לדין דינה היה להתקבל, היתה כי העתירה תמחק בתנאי שבקשתם תטופל ותתקבל בהתאם לגילו של העותר במועד המקורי שבו ביקשו לראשונה להגישה (פברואר 2003), ולא כי תטופל על פי גילו במועד שבו הוגשה הבקשה החדשה. בנסיבות אלו, מקום בו היה על המשיב לבחון את הבקשה המקורית שהוגשה עבור העותר בהתאם לגילו בעת הגשת הבקשה, אין בעובדה כי הוסכם על הגשת בקשה חדשה, אקט שהינו פרוצדוראלי בלבד, כדי לומר שאת גילו של העותר יש לבחון נכון למועד הגשת הבקשה החדשה ולא בהתאם למועד הגשת הבקשה המקורית. המסקנה המתבקשת היא כי היה על המשיב להיענות לבקשה שהוגשה עבור העותר וליתן לו רישיון לישיבה בישראל. (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

פסה"ד מצ"ב ומסומן ע/6.

לעניין מועד הגשת הבקשה התייחס לאחרונה בית המשפט הנכבד בפסק דינו בעת"מ (י-ם) 8386/08, עזיז ערב אלסוחרה נ' שר הפנים, וקבע כי גם מי שהגיש את בקשת בעודו קטין, אך מעל לגיל 12, לפני התיקון לחוק משנת 2005, שהרחיב את סמכות המשיב ליתן היתר/מעמד לילד בכל גיל, זכאי ליהנות מהתיקון וכך נפסק:

גם בענייננו הודיע המשיב לעותרים כי לא ניתן להגיש בקשה עבור עותרת 6 בהיותה באותה עת בת 12 ו-11 חודשים. בפסק דין ג'ובראן קבע בית המשפט כי יש להחיל על עניינה של העותרת את התיקון לחוק שצמצם את הפגיעה בעניינם של ילדים ולקבוע שהיא זכאית לרישיון מסוג א/5 ולשדרוגו לרישיון לישיבת קבע בישראל. בענייננו, כמו גם בפסק דין ג'ובראן, העיקר הוא כי נוכח תכלית התיקון להוראת השעה שהיא לצמצם את הפגיעה בזכות לחיי משפחה בכלל ושל ילדים בפרט ולהרחיב את מעגל הזכאים למעמד, יש מקום להחיל גם על הבקשה שלפנינו את הוראות התיקון לחוק. לפיכך, ונוכח העובדה שבעת המועד הקובע היתה עותרת 6 בת פחות מ-14 שנים ושהיא שהתה כבר כשנתיים במעמד זמני, הרי שעל המשיב להעניק לה מעמד של קבע, בכפוף לבדיקה בדבר מניעה פלילית או ביטחונית.

ור' גם עת"מ (י-ם) 1238/04 ג'ובראן נ' שר הפנים ואח'.

אף כי הציטוט בעניין ערב אל סוחרה מתייחס לילדה שגילה מתחת לגיל 14 – העקרון הקבוע בו יפה במידה זהה באשר לילדים קטינים באשר הם והוא, כי יש להחיל על קטינים בעת הגשת הבקשה את החוק במתכונתו המידתית.

מיצוי הליכים העותרים 2 ו-3

28. בתאריך 26.5.2008 פנתה למשיב העותרת באמצעות העותרת 8, וביקשה להסדיר את מעמדם של שני בניה התאומים, העותרים 2 ו-3. בפנייתה טענה העותרת, כי העניין הפרשני הנוגע לעותרים לא הוכרע לבסוף בפסה"ד בנושא חוק הוראת השעה, אלא במסגרת בג"ץ 4022/02 האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים (להלן – בג"ץ האגודה לזכויות האזרח) ועת"מ 771/06 אבו גווילה נ' שר הפנים, פס"ד אשר נסמך, בין השאר, על בג"ץ האגודה לזכויות האזרח לעיל. על הקביעות של פסה"ד בעניין אבו גווילה הוגש ערעור על ידי המדינה, אשר נמחק בשנת 2008. כן, נדון נושא זה בעתירת בני משפחת העותרים עצמם, עת"מ 182/07 חלבייה נ' שר הפנים תק-מח 2007(4), 799, בנוגע לאחי העותרים, העותר 6, הילד מוג'הד, בו נקבע ספציפית כי הבקשה הרלוונטית של האם עבור ילדיה, היא בקשת העותרת מפברואר 2003, אשר הוגשה גם עבור העותרים 2 ו-3. לפניית העותרים צורפו גם הוכחות המעידות על מרכז חיי העותרים בשנתיים האחרונות. הואיל והתאומים היו קטינים עת פנתה עבורם אמם, יש להסדיר את שהייתם בישראל, כפי שמורה החוק במתכונתו העדכנית והמידתית. עוד ציינו העותרים, כי חרף רישומם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, העותרים אינם תושבי שטחים – שהרי, העותרים לא קיבלו את מעמדם בשטחים, מפאת מגוריהם שם, אלא בזמן שהות בני המשפחה בסעודיה, ובהיעדר מקום אחר בו ניתן היה לרשום את הילדים. ללא מעמד, לא ניתן היה לצאת עם הילדים מסעודיה לביקורים בישראל ולבסוף לחזור ולחיות בירושלים. לאור העובדה כי לא מדובר בתושבי שטחים, על המשיב היה להסדיר את מעמד העותרים על פי הנוהל שנקבע בעת"מ 402/03 ג'ודה ואח' נ' משרד הפנים ואח' (להלן – נוהל ג'ודה). היות והעותרת הגישה בקשתה עבור הבנים עת היו בני 16 ושלושה חודשים, היה על המשיב להעניק להם רישיון לישיבת ארעי משך שנתיים, ולאחר מכן להסדיר את מעמדם הקבוע. בפניית העותרים צוין, כי לאחרונה ניתן פסק דין בעת"מ 817/07 חטיב ואח' נ' משרד הפנים, ת-ק מח 2008 (1), 2177, עמ' 2180, בו נקבע, כי "עולה בבירור כי ההגדרה בסעיף נועדה לחול על הרשומים במרשם האוכלוסין שהם תושבי אזור". העותרת ביקשה כי מעמדם של בניה יוסדר.

פניית העותרים מצ"ב ומסומנת ע/7.

נוהל ג'ודה מצ"ב ומסומן ע/8.

29. במכתב מיום 17.8.08, שהתקבל במשרד העותרת 8 ביום 20.8.08, הודיע המשיב כי הוא רואה בעותרים תושבי אזור, בעניינם חל חוק הוראת שעה וכי הסירוב לפנייתם כשהיו קטינים והסירוב לאפשר להם להגיש בקשה בהמשך היו כדין.

מכתב המשיב מצ"ב ומסומן ע/9.

30. ביום 28.9.2008 הגישו העותרים ערר בגין הסירוב לבחון את בקשת העותרים 2 ו-3. בערר הודגש כי העותרים היו קטינים עת הוגשה הבקשה שנקבעה כרלוונטית בעניינם (עת"מ 182/07) וכי העותרים אינם תושבי אזור, כך שלא היה מקום להחיל בעניינם מלכתחילה את החלטת הממשלה.

הערר מצ"ב ומסומן ע/10.

31. יצוין, כי _____ התיימש ממצבו, בו הוא כבר בשנות ה-20 לחייו, ושוהה בלתי חוקי בארצו, נתון במעין מעצר בית תמידי, כאשר כל יציאה לרחוב חושפת אותו למעצר ולגירוש מביתו, כאשר נאסר עליו לעבוד ולהתפרנס, ואף להתגורר בביתו, שבירושלים. באוקטובר 2008 נסע העותר 3, _____, לאיחוד הנסיכויות על מנת לעבוד ולחסוך מעט כסף. בימים אלו עדין נמצא _____ בחו"ל - הוא ממתין להכרעה בעניינו, אשר תתיר את הסדרת מעמדו - ניהול חייו בירושלים כחוק.

32. ביום 3.11.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.

מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/11.

33. ביום 7.12.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.

מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/12.

34. גם ביום 13.1.2009 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.

מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/13.

35. במכתב מיום 2.3.2009, שהתקבל אצל המוקד להגנת הפרט ביום 5.3.2009, הודיע המשיב כי אין שינוי בהחלטתו לדחות את הבקשה. המשיב חזר על הנמקת סירובו, לפיה בפברואר 2003 היו העותרים בני למעלה מ-12 שנה ועל כן לא ניתן היה במועד זה לאשר את בקשתם. עוד הוסיף המשיב כי הוא רואה בילדים תושבי אזור, בשל התקופה בה חילקו בני המשפחה את חייהם בין ירושלים לאבו דיס, שעל קו התפר.

מכתב המשיב, מצ"ב ומסומן ע/14.

עתירה חמישית – עת"מ 1266/09

36. נוכח תשובת המשיב, הגישו העותרים ביום 7.4.2009 את עתירתם החמישית, עת"מ 1266/09 **חלבייה נגד מדינת ישראל** (להלן – **העתירה החמישית**). בעתירה ביקשה העותרת כי בקשתה להסדרת מעמדם של ילדיה, העותרים 2 ו-3 דכאן, תאושר. העתירה הוגשה לבית המשפט הנכבד ולא לוועדת ההשגה, שכן על פי ילקוט הפרסומים ונוהל הוועדה, הסמכויות שהועברו אליה הינן בנושא איחוד משפחות בין בני זוג ורישום ילדים שנולדו בישראל, אשר מעמדם מוסדר מכוח תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974. ר' סעיף 3.1 לנוהל.

העתירה מצ"ב ומסומנת ע/15.

הנוהל מצ"ב ומסומן ע/16.

37. ביום 4.6.2009 ביקש המשיב לסלק העתירה על הסף, מחמת אי מיצוי הליך ההשגה.

הבקשה מצ"ב ומסומנת ע/17.

38. ביום 8.6.2009 הגישו העותרים תגובתם לבקשת המשיב לסילוק העתירה והסבירו מדוע על פי הדין מקומה של העתירה בבית המשפט.

תגובת העותרים מצ"ב ומסומנת ע/18.

39. ביום 18.6.2009 הגיב המשיב על תגובת העותרים ומסר כי יש לדון בנושא בוועדת ההשגה, כי "אין זה נכון לפצל לעניין מיצוי ההליכים בוועדת ההשגה, בין אחמ"ש בין בני זוג לבין מתן מעמד לילדים בדרך של אחמ"ש או מכוח תקנה 12 לתקנות". בתגובתו זו הודיע המשיב כי הוא ראה לנכון זה מכבר "לשם זירוז הטיפול, להעביר העתירה דנא אל הגורמים בוועדת ההשגה. זאת על פני ניתובה לטיפול המחלקה המשפטית במשיב". (ר' סעיף 7 לתגובה). כלומר, עוד בעת ההתדיינות בעתירה וטרם החלטת בית המשפט הנכבד, החליט המשיב שלא לבחון את העתירה לגופה אלא להעבירה לטיפול הוועדה – זאת, לטענת המשיב, במהלך חודש יוני 2009 – "לשם זירוז הטיפול". ביום 18.6.2009 הבהירו העותרים בתגובה נוספת שהוגשה לבית המשפט הנכבד כי פסיקה אליה התייחס המשיב בתגובתו ניתנה לאחר הגשת העתירה לבית המשפט.

תגובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/19.

הבהרת העותרים מצ"ב ומסומנת ע/20.

40. לאור החלטת בית המשפט, כי נושא הסמכות יידון בפתח הדיון, התייצבו הצדדים ביום 2.7.09 בבית המשפט, אשר הציע לעותרים למחוק את העתירה לשם העברתה לוועדת ההשגה. בעקבות היערות בית המשפט, ולאחר שנמסר כי העתירה כבר הועברה לוועדת ההשגה, שתדון בה על פי המועדים שנקבעו בנוהל (30 יום לתשובת המשיב, ו-60 יום נוספים להכרעת הוועדה), הסכימו העותרים למחיקת העתירה, מבלי לוותר על טענותיהם ועמדתם.

פרוטוקול הדיון וההחלטה מצ"ב כנספח ע/21.

ההשגה

41. על פי הנוהל היה על המשיב להשיב להשגה בתוך 30 יום, כלומר עד אמצע חודש יולי 2009, ועוד לפני פגרת בית המשפט. בהיעדר תשובת המשיב, פנו העותרים לוועדה ביום 29.9.09 וביקשו כי יו"ר הוועדה ייתן החלטתו בהשגה.

פניית העותרים מצ"ב ומסומנת ע/22.

העתירה השישית – עת"מ 1979/09.

42. לאחר שהמשיב לא השיב להשגה במועד שנקבע בנוהל ועל ידי הוועדה וכן לאחר אורכות שניתנו לו הגישו העותרים, ביום 27.12.2009 את עתירתם השישית במספר – עת"מ 1979/09.

43. ביום 8.2.2010, לאחר הגשת העתירה, ענו המשיבים להשגה.

תשובת המשיבים להשגה מצ"ב ומסומנת ע/23.

44. ביום 14.3.2010 התקיים דיון בעתירה, והוחלט כי לאור תשובת המשיב וחובת הוועדה להכריע בעניין בתוך 60 יום, היא תמחק. על המשיב הושתו הוצאות משפט על סך 2500 ₪ והשלמת האגרה שלא הושבה לעותרים.

פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/24.

החלטת וועדת ההשגה

45. ביום 16.6.2010 ניתנה החלטת הוועדה. בהחלטה קובעת הוועדה כי תקנה 12 אינה חלה על העותרים – אשר כלל לא ביקשו לקבל מעמד על פי תקנה 12, שכן הם נולדו בסעודיה. הוועדה קבעה כי העותרים הינם תושבי אזור על שם רישומם באזור וחייהם באזור, על פי ההחלטה משך 5 שנים. למרות הכרת המשיב בעותרת בשנת 2003, כמי שמתגוררת שנתיים בישראל – בהתאם לכך, התקבלה בקשתה להסדרת מעמדם של ילדיה הקטינים, שגילם נמוך מ-12, שהוגשה בשנת 2003 ובהתאם לכך, הושב לעותרת מעמדה כתושבת קבע - בכל זאת, מחליטה הוועדה לאמץ דווקא את החלטת המוסד לביטוח לאומי, לפיה העותרת תושבת לעניין חוק הביטוח הלאומי מינואר 2002. ויודגש, כי ההסכמה בנושא הביטוח לאומי התקבלה לצורך קבלת קצבאות ועל כן העותרת ובא כוחה לא היו ערים באותה העת להשלכות פסק הדין לעניין משרד הפנים. מכל מקום, גם על פי חקירת המוסד לביטוח לאומי, כי שהובאה ע"י המשיב בתשובתו – גרו העותרים בירושלים במשך כשנתיים בעת ביצוע החקירה בנובמבר 2003. מחומר חקירה זה, לא ניתן לקבוע בדיעבד כי העותרת התגוררה בישראל משנת 2002 דווקא ולא משנת 2001 – באופן הפוגע בזכותה החוקתית כתושבת המדינה, לחיי משפחה.

46. עוד נקבע בהחלטת הוועדה כי ההלכה שנקבעה בסוגיה זו, על פיה יש להחיל על מבקשים את החוק בגרסתו המיידית, אינה ברת תחולה על העותרים דכאן, שכן בעת התיקון לחוק, הם היו בגירים. הוועדה לא ייחסה חשיבות לעובדה שבמועד הקובע - מועד הגשת הבקשה – היו האחים קטינים. כן, לא ייחסה הוועדה משקל לכך, שהחוק תוקן באופן שכל ילד, אשר בקשה עבורו הוגשה כשהיה קטין יהיה זכאי לבחינת הסדרת מעמדו או שהייתו בישראל, באופן פרטני. כן, התעלמה הוועדה מקביעת הפסיקה לפיה, במקרה בו היו הליכים מתנהלים כנגד הסירוב בעת תיקון החוק, יראו בהם כבקשה מתנהלת שלא הוכרעה בעת התיקון. העותרים לא השלימו עם הסירוב לבקשתם ועניינם של העותרים היה תלוי ועומד לאורך השנים במסגרת עתירות ועדיין לא הוכרע במועד התיקון לחוק. כך למשל, לאחר התיקון לחוק הוגשה בקשה חדשה להסדרת מעמדם של העותרים, בה ביקשה אמם בעקבות התיקון בחוק לחדש את הטיפול בבקשה שסורבה בשל הוראותיו הגורפות של החוק בנוסחו הלא מיידתי. בעקבות סירוב המשיב הוגשו שתי עתירות עת"מ 971/03 ועת"מ 136/06, בהן נקבע כי העניין יידון לאחר מתן פסה"ד בעתירות החוקתיות בעניין החוק, אולם לבסוף לא כלל פסה"ד התייחסויות ספציפיות לעניין זה ועל כן המתינו העותרים להתבהרות הסוגייה במסגרת עתירות תלויות ועומדות נוספות.

החלטת הוועדה מצ"ב ומסומנת ע/25.

המסגרת המשפטית

47. החלטת המשיב להתעלם ממועד הגשת הבקשה של העותרים 2 ו-3, בו היו שניהם מתחת לגיל 18 ולהבדילם מאמם וארבעת אחיהם האחרים, תושבי מדינת ישראל ואף מאביהם שלוקח חלק בהליך איחוד משפחות וגר בירושלים כחוק – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני, ומנוגדת לרציונל חוק הוראת השעה, על תיקונו, שתכליתם להפוך את החוק למיידתי יותר. זאת באופן, שילדי תושבים שבעניינם הוגשה בקשה בעודם קטינים, לא יופרדו

מבני משפחתם האחרים. כן עומדת גישת המשיב בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולדין בדבר טובת הילד והתא המשפחתי. המדובר במדיניות המרחיבה את תחולת חוק הוראת השעה, על גזרותיו הקשות, באופן פרוץ ובלתי מידתי, החוטאת לדין שגובש בנושא ולתכלית החוק.

הסדרת מעמד הילדים – העיקרון הכללי בהסדרת מעמד ילדי תושבים

48. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבעי, בדבר החובות והזכויות של הורה משמורן ביחס לילדו הקטין, ובדבר ההגנה שעל החברה לפרוש על מערך היחסים שביניהם.

בהתאם לכך, נפסק כי:

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... כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. (הדגשה שלי – ע.ל.) בג"ץ 979/99 - פבאלואיה קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים, תק-על 99(3), 108.

49. כפי שגם עולה בציטוט לעיל מדברי כב' השופטת ביניש, התשתית החקיקתית, במסגרתה צריכה מדיניות זו להיות מיושמת, בנויה טלאים-טלאים. עם זאת, היישום של כל הוראת חוק צריך להיות בהתאם לאותו עיקרון כללי. ברור לכן, כי התייחסות הוגנת וסבירה מצד הרשות תעדיף את האמצעי, אשר יתאים לעקרונות לעיל ופוגע בטובת הילד, באופן הפחות האפשרי. אמת הדבר, וזאת אף מתרחש במסגרת חוק הוראת השעה בו מבקש המשיב לעסוק, כי יתכן שחוק יגביל את המשיב באופן שיפגע בטובתם של ילדים. אולם, ככל שיש פרשנות מצמצמת לפגיעה וכן ככל שבמסגרת בחינת נתונים והפעלת שיקול דעת ניתן להפחית את הפגיעה, הרי שעל הרשות החובה להפעיל את האמצעים אשר יאפשרו זאת. לשון אחר, ככל שהחוק מאפשר זאת וניתן למצוא פתרון פרטני, אשר איננו מתנגש עם תכלית החוק ומעדיף את טובת הילד על פני הפגיעה בו, מן הראוי כי המשיב לפחות ישקול בחירה בפתרון זה.

50. גם אם יקבל בית המשפט הנכבד את עמדת המשיב לפיה, חל חוק הוראת השעה על העותרים, הרי שבעקבות היעדרות בית המשפט העליון בעניין עדאלה תיקן המשיב את החוק על מנת להפכו למידתי, בהתאם לרציונל המובא בבג"ץ קרלו, באופן שכל ילד שהגיש בקשתו עד גיל 18 יוכל לקבל אפשרות לחיות בישראל עם בני משפחתו. אפשרות זו איננה מתפוגגת עת הופך הילד לבגיר ונקבעת על פי גילו של הילד, עת הוגשה הבקשה בעניינו. במקרה שבפנינו היו העותרים בני 16 שנים ושלושה חודשים בעת הגשת הבקשה עבורם על ידי אמם. על כן, על פי חוק הוראת השעה, יש לאשר את בקשתם.

היישום לגבי ילדים שנרשמו במרשם הפלסטיני

51. בנוגע לילד שנולד בישראל חלה באופן ישיר תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן - התקנות), לפיה ילד שנולד בישראל יקבל את מעמד הורה המשמורן. בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל, כמו העותרים דנן, אין תחולה ישירה לתקנה 12 (שהרי לפי לשונה היא חלה על "ילד שנולד בישראל"). עם זאת, במשך שנים ארוכות ועד לאמצע שנת 2002 נהגו המשיבים בילדים שנולדו בישראל ומחוצה לה על-פי אותם כללים ונהלים ממש. מעמדם נדון במסגרת הליך של "בקשה לרישום ילדים" ועל-פי הקריטריון של מרכז חיים. שינויים תכופים במדיניות המשיבים חלו הן באשר לילדים שנולדו בישראל והן כלפי אלו שנולדו מחוצה לה. מדיניות זו

התאימה לפסיקה בעניין קרלו, לפיה אין להפריד קטין מהורהו המשמורן וכן לדין הפנימי והבינלאומי בעניין טובת הילד.

52. בתאריך 12.5.2002 ניתנה החלטת הממשלה 1813 בעניין הפסקת הליך איחוד המשפחות עם תושבי שטחים. המשיבים החליטו כי ההחלטה תחול גם על נושא הסדרת מעמדם של ילדי תושבי המדינה מירושלים המזרחית, שנרשמו במרשם הפלסטיני או התגוררו בשטחים, אף אם לא נרשמו שם. בהתאם למדיניותם זו, החליטו המשיבים כי הליך הסדרת מעמדם של ילדים יכונה הליך איחוד משפחות (ולא רישום ילדים). בדרך זו החילו המשיבים את החלטת הממשלה ובהמשך את החוק שעיגן אותה, על ילדי התושבים מירושלים המזרחית, שגרו או נרשמו בשטחים.

53. יוער, כי לאחר החלטת הממשלה שינו המשיבים את הפרוצדורות להגשת בקשות להסדרת מעמדם של ילדים שנולדו מחוץ לישראל. דא עקא, כי המשיבים לא טרחו להודיע על מדיניות זו לציבור, לפרסמה בכל דרך או לקבוע נוהל מסודר לעניין. פונים בהליך רישום ילדים המשיכו לפנות על פי ההליכים הקודמים, כאשר בתשובות המשיב, אשר לרוב ניתנו רק כעבור זמן ממושך, נמסר להם כי על בקשתם לידון במסגרת איחוד משפחות, מבלי להנחותם כיצד ניתן להגיש את הבקשה מה משמעותה ועלותה או כי בקשתם נפסלת על הסף. יצוין עוד, כי מדיניות המשיב לפיה נבחן מרכז החיים בכל בקשה, בשנתיים הקודמות להגשתה, לא פורסמה בשנים בהן הוגשו הבקשות עבור הילדים 02003 ו-2005) ולא הועלתה על הכתב בכל מקום הנגיש לציבור.

ר' על כך דו"ח "משפחות אסורות" מאת בצלם והמוקד להגנת הפרט.

<http://www.hamoked.org.il/items/12600.pdf>

54. נכון להיום, ולאחר תיקון החוק בספטמבר 2005, על פי חוק הוראת השעה, ילדים שנרשמו בשטחים ו/או התגוררו בשטחים, "תושבי אזור", לפי המשיבים, שגילם מעל 14 שנה, אינם זכאים למעמד בישראל, כי אם להיתר שהייה בלבד. היום אנחנו רואים שעל פי המשיב ובניגוד למצג שהוצג לשופטי בג"ץ עדאללה, על מנת למכור את מידתיות תיקוני החוק – על פי המשיב, לא כל קטין זכאי לקבל ולו היתר שהייה בישראל. הנה, העותרים היו קטינים עת הגישו בקשתם כבר בשנת 2003, אולם, לדברי המשיב הם הגישו את הבקשה מוקדם מדי, לפני התיקונים שנועדו להפוך את החוק למידתי. משום כך, חרף היותם קטינים בעת הגשת הבקשה, וחרף הבטחת המדינה לבג"ץ כי תיקון החוק נועד לאפשר לכל קטין לקבל רישיון ישיבה או היתר שהייה בישראל – נדונים העותרים להיות מופרדים מיתר בני משפחתם, אמש וארבעת אחיהם, תושבי מדינת ישראל ואביהם, שמקבל אף הוא היתרי שהייה בישראל לשם שהייה לצד משפחתו.

על תחולת חוק הוראת השעה בראי מועד הגשת הבקשה

55. כבר נפסק מפורשות בסוגייה שבפנינו ע"י בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (להלן – בג"ץ 4022/02). בית המשפט הנכבד קבע בבג"ץ 4022/02, כי הוראות חוק הוראת השעה יחולו על מי שניסה להגיש בקשה לאחר החלטת הממשלה 1813, אך לפני כניסת החוק לתוקף. בית המשפט הנכבד מוסיף כי התיקון לחוק משנת 2005 שיפר את מצבם של אלו שניסו להגיש בקשות לאחר החלטת הממשלה, אך לפני החוק משנת 2003. וכך נפסק:

[...] ואולם מה בנוגע למי שביקש להגיש בקשתו לאחר מתן החלטת הממשלה (12.5.2002) אך טרם נכנס החוק לתוקפו (להלן תקופת הביניים)? כפי שצוין לעיל, החלטת הממשלה "הקפיאה" ללא סייג את הטיפול בבקשות אלה, בקובעה כי "לא תתקבלנה בקשות חדשות של תושבי הרשות הפלסטינית לקבלת מעמד...; בקשה שהוגשה לא תאושר...". עיון בסעיף 4 לחוק מלמד כי הוראות המעבר אינן

מתייחסות לבקשות כאמור ואינן חלות לגביהן. הטעם לכך נעוץ בגישת המחוקק לפיה על עניינם של מי שביקשו להגיש בקשה בתקופת הביניים, קרי - בזמן שבין מתן החלטת הממשלה לבין כניסת החוק לתוקפו - חלות הוראות החוק במישרין. בנוסחה המקורי (משנת 2003 – ע.ל.), עיגנה הוראת השעה את החלטת הממשלה בחקיקה וקבעה מניעה כמעט מוחלטת על קבלת מעמד בישראל של תושבי האזור. התיקון להוראת השעה (התיקון מאוג' 2005 – ע.ל.) כרסם בשלילה המוחלטת שנקבעה בהחלטת הממשלה ואיפשר חריגים מסויימים כפי שפורט לעיל. בכך (תיקון 2005 – ע.ל.) נקבע הסדר המשפר במידת-מה את מצבם של מי שביקשו להגיש בקשות כאמור (אלו שביקשו לאחר החלטת הממשלה אך לפני החוק בנוסחו הראשון – ע.ל.): בעוד שלפי החלטת הממשלה לא היתה פתוחה בפניהם כל אפשרות לקבלת מעמד, הרי שלפי חוק האזרחות והכניסה לישראל קבלת המעמד אפשרית אם מתקיים אחד הסייגים הקבועים במסגרתו. (ההדגשות אינן במקור – ע.ל.)

56. מהתייחסות בית המשפט בהקשר זה, להקלות שלא היו בחוק המקורי, אך קיימות כעת, ברור באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי פסיקתו מתייחסת לחוק העדכני, אשר חל על מי שהגיש בקשתו לפני התיקון ואף יחול על מי שהגיש בקשתו לפני החלטת הממשלה. נזכיר כי החוק תוקן על מנת להפכו למידתי, לאור היערות והנחיות בג"ץ, לפיהן החוק במתכונתו הראשונה לא היה מידתי ולכן בלתי חוקתי. פסק הדין בבג"ץ 4022/02 ניתן על רקע אותם תיקונים לחוק. הנה כי כן, פסק הדין בבג"ץ 4022/02 אינו מכוון לחוק במתכונתו הקודמת, הבלתי מידתית, אלא לחוק העדכני.

57. עמדו על כך גם כבי' השופטים עדיאל וחשין, בעת"מ (י-ם) 8295/08 משאהרה נ' שר הפנים, פס"ד מיום 24.11.08 ובעת"מ (י-ם) 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים, פס"ד מיום 2.12.08:

המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד תום השנתיים של רישיון א/5. כך קבע גם סגן הנשיא עדיאל בעת"מ (י-ם) 8295/08 מייסר אברהים נ' שר הפנים (ניתן ביום 24.11.08), באומרו, כי אחרת תסוכל מטרת התיקון שבאה להרחיב את מעגל הנהגים (שם, בפסקאות 12-15). (הדגשה שלי – ע.ל.)

ורי' עוד עת"מ 1238/04 ג'ובראן נ' משרד הפנים, פסק דינה של כבי' הנשיאה, השופטת מי' ארד מיום 19.8.09, עת"מ 890/08 סרור נ' משרד הפנים, פסק דינה של סגנית הנשיאה כבי' השופטת י' צור מיום 8.6.2009, בעניינו הגיש המשיב ערעור שעודו תלוי ועומד, פסק הדין בעת"מ 8386/08 ערב אל סוחרה נ' מדינת ישראל- משה"פ, פסק דינה של כבי' השופטת סגנית הנשיאה מיום 14.12.09.

58. עוד נפסק, כי יש להחיל את התיקון לחוק, גם במקרים בהם הוגשה הבקשה עבור הילדים קודם לתיקון, שכן החוק תוקן על מנת להפוך את הפגיעה למידתית יותר "להרחיב את מעגל הזכאים למעמד". באשר לגילאי ילדים ותחולת החוק, נפסק לאחרונה בעניין ערב אל סוחרה לעיל:

לפיכך יש להחיל את התיקון לחוק הוראת השעה גם על בקשת העותר אשר הוגשה לפני התיקון, כפי שנקבע בפסק דין זחאייקה.

אמנם, פסק דין זחאייקה התייחס לבקשות שניתנה בהן החלטה על ידי המשיב רק לאחר התיקון לחוק, בעוד שבענייננו ההחלטה בבקשה ניתנה יום לאחר שהוגשה, כלומר בזמן שהתיקון לחוק (שהעלה את הגיל הקובע ל-14) טרם הותקן. אולם נראה כי נוכח התכלית המהותית של התיקון לחוק שנועדה להפוך את חוק הוראת השעה למידתי יותר ולהרחיב את מעגל הזכאים למעמד, יש להחיל בענייננו את התיקון לחוק גם על בקשתו של עותר 3, למרות שהחלטה בה ניתנה לפני התיקון לחוק. (שם סעפים 23 ו-24).

על פסק דינו של ביהמ"ש בעניין ערב אל סוחרה לא הוגש ערעור והוא חלוט.

59. חרף ההיגיון הבריא עליו מושתת מינהל תקין, לפיו הפנייה המוקדמת של העותרת תעמוד לזכותה, טוענים המשיבים כי דווקא פנייתה המוקדמת, לפני השינויים משנת 2005, שנועדו להפוך את החוק למידתי יותר, אינה מאפשרת לה "להנות" מהשינוי. ונדגיש, כי אין המדובר בתיקון סמנטי, כגון קביעת מועד כזה או אחר לזכאות כספית. הטעם לתיקון הינו מהותי: הוחלט ע"י המשיבים וגורמי הביטחון כי ילדים שפנו בעניינם עד גיל 18, אינם מסוכנים ביטחוני באופן המצדיק איסור גורף על הפעלת שיקול דעת וכי ממילא יש לאפשר קבלת מעמד או היתר שהייה לילדים קטינים, שהוריהם פנו בעניינם טרם מלאו להם 18 שנה. בדברי ההסבר לתיקון לחוק הוראת השעה משנת 2005, נקבע כי עקב מופחתות הסיכון הבטחוני תוסדר שהייתו או מעמדו בישראל של ילדים מעל גיל 12 ועד גיל 18. עקב הרחבת הסייגים, בין השאר, בעניינם של ילדים נכתב בדברי ההסבר לתיקון:

מהנתונים לשנת 2001 (טרם החלטת הממשלה 1813 מיום 12 במאי 2002), עולה כי הוספת הסייגים המוצעים להגבלות שבהוראת השעה יכול שתשיב לטיפול כ- 28.5% מסך הפניות לאיחוד משפחות של תושבי האזור, לרבות חלק מהפניות, אשר הוגשו לאחר החלטת הממשלה האמורה ולא טופלו עד כה. (הדגשה שלי – ע.ל.)

60. העותרת, אמם של העותרים 2-7, פנתה למשיבים בעניינם של ילדיה בבקשה כבר בשנת 2003, עוד לפני שחוקק חוק הוראת השעה וכשהמצב המשפטי היה נוקשה יותר ובלתי מידתי. הבקשה הוגשה לאחר שהמשיב עצמו בדק ואישר כי העותרת וילדיה התגוררו בישראל לפחות בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה. בהתאם לכך, אישר המשיב את בקשת העותרת להשבת מעמדה, כן השיב המשיב על פי רציונל זה, את מעמדם של שני בניה הגדולים, אחיהם של העותרים, העותרים 4 ו-5. בהמשך נטען על ידי המשיב על יסוד חקירת המוסד לביטוח לאומי כי העותרת שבה להתגורר בישראל בספטמבר 2001 ולא בתחילת שנת 2001. ראשית, אין לראות בחקירה של המוסד לביטוח לאומי שנעשתה בסוף שנת 2003 בה נקבע באופן כללי שהעותרת חזרה לפני כשנתיים כמידע הגובר על בחינה מקיפה במסגרת הגשת עתירה, עת"מ 580/02, אשר נעשתה ע"י המשיב, שהחליט להשיב מעמדה על יסוד מרכז חיים של שנתיים משנת 2003. כן אין לראות את ההסכמה בביה"ד האזורי לעבודה לצורך הביטוח הלאומי, לפיה העותרת תושבת מינואר שנת 2002 כגוברת על החלטת המשיב. הסכמה זו ניתנה לצרכי ביטוחה של עותרת במוסד לביטוח לאומי, על מנת לסיים את ההליך במהירות ותוך חסכון בעלויות. מטבע הדברים, העותרת לא היתה מודעת להשלכות שיש לכך על עניינה זכויותיה חוקתיות לחיי משפחה ולהסדרת מעמדם של ילדיה הקטינים. מכל מקום, גם על פי חקירת המוסד לביטוח לאומי התגוררה העותרת בישראל כבר משנת 2001.

61. ודוקו, הגם אם יקבע כי העותרת שבה להתגורר בישראל במהלך שנת 2001 ולא בתחילת השנה, הרי שבעת הגשת הבקשה היה מרכז חייה בישראל ועד להכרעה בה, שאורכת זמן מה ממילא היתה מתגוררת כאן שנתיים. בעת"מ 8340/08 **אבו גית נ' שר הפנים**, נדון סירובו של המשיב לדון בבקשה לרישום ילדים שהוגשה טרם חלוף שנתיים מיום המעבר לירושלים. ביהמ"ש קבע כי הגם שעמדת המשיב, לפיה על מנת לאשר בקשה לרישום ילדים יש להוכיח מרכז חיים של שנתיים, סבירה, הרי שעצם הדרישה למרכז חיים של שנתיים רק לשם הגשת בקשה אינה סבירה. דברי כב' השופט חשין, שהתייחסו למקרה בו נולדו הילדים בישראל, יפים מבחינת הרציונל שלהם גם לעניינו:

סבורני כי עמדתו העקרונית של המשיב, לפיה הילדים אינם זכאים למעמד כלשהו עד למילוי הדרישה של מרכז חיים במשך שנתיים, חורגת ממתחם הסבירות. כל 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 היבטים 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 לזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו" (עניין עויסאט, פיסקה 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. (שם סעיף 12)

62. עניינו הרואות, החלטת המשיב נעדרת כל היגיון פנימי ומאפשרת הפלייה בין אחים, מעבר להפלייתם ממילא בעקבות החוק. המשיב נאות להעניק מעמד לארבעת אחיהם של העותרים, על אף שהבקשה עבור שני האחים הוגשה במשותף לבקשת שני אחיהם הקטנים, כאשר ארבעתם קטינים (לשני האחים הגדולים יותר ניתן מעמד בילדותם).

63. עסקין בקטגוריה מצומצמת של ילדים שהגישו בקשתם בין מאי 2002 ל-אוגוסט 2003, כשהם קטינים. אין כל קושי משפטי במצב בו מקבל ילד מעמד בהתחשב בגילו בעת הגשת הבקשה. במצב דברים ראוי ומידתי, ילד שפנה בשנת 2003 כשהוא קטין, בקשתו אושרה/נדחתה לפני התיקון לחוק משנת 2005, יוכל לאחר התיקון לחוק, שנועד להפכו למידתי, לפנות למשיב ולבקש לקבל מעמד, על פי רציונל התיקון. בין השאר, על בסיס מצג זה שתואר לבג"ץ לאחר התיקון בחוק, לאמור כל קטין שהגיש בקשתו עד גיל 18, כאשר מרכז חייו עם הורהו המשמורן בישראל, יוכל לשהות בישראל עם משפחתו - פסק בג"ץ בעתירות שהוגשו כנגד חוקתיות החוק - בג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים - על כך ר' פיסקה 65 לפסק דינו של המשנה לנשיא ביהמ"ש, השופט מ' חשין.

64. ונפסק: "לחוק תהא אותה תחולה בזמן הנדרשת לשם הגשמת תכליתו" (פרשת ארביב, עמ' 776-775; השוו: פרשנות במשפט, עמ' 617-616). תכליתו המוצהרת של החוק, אשר התקבלה גם ע"י בית המשפט העליון הינה ביטחונית. כנגד העותרים 2 ו-3, אין ולא היתה מעולם כל מניעה ביטחונית. ניסיון המשיבים להקנות לחוק את הפרשנות המרחיבה ביותר האפשרית, כאשר מדובר בהחלטה בעניינם של ילדיהם של תושבי מדינת ישראל, שאין כנגדם כל מניעה ביטחונית, מעלה חשש כי התכלית העומדת לנגד עיניהם שונה מהתכלית המוצהרת. כך או כך, אין חשיבות לתכלית, כאשר אין כל קשר בינה לבין היישום הנבחר לשרתה. כעת, מנסה המשיב להמשיך ולנקוט במדיניותו הקשה, בחוסר סמכות, תוך התעלמות מפסיקה מפורשת של בג"ץ. הנה כי כן, עושה רושם כי ניסיון המשיבים לפרש את החוק ואת הפסיקה שניתנה בבג"ץ 4022/02, על פי נוסח החוק הקודם והבלתי מידתי, נובע מתכלית זרה ולוקה בחוסר תום לב.

65. החלטת המשיבים בעניינם של העותרים, ילדיה של תושבת מדינת ישראל, אינה נובעת מחוק הוראת השעה. היא מנוגדת לחוק במתכונתו העדכנית ומנוגדת לפסיקה בבג"ץ 4022/02 ובבג"ץ 7052/03. החלטת המשיבים בעניינם של העותרים עומדת גם בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולמושכלות יסוד אנושית:

"כחוט השני עוברת בפסיקה הגישה, כי חוק הפוגע בזכויות האדם צריך להתפרש באופן מצמצם: "כלל ידוע הוא שחוק השולל מהאזרח זכויות או מצמצמן צריך לפרשו פירוש דווקני". עמד על כך השופט עציוני, בציינו: "כשהמדובר בסמכות שיש בה פגיעה ממשית בזכות יסודית של אזרח בחברה חופשית, לא נהסס להכריע לטובת הפירוש אשר מצמצם את הפגיעה בזכויות האזרח, שכן חזקה היא שהמחוקק מכבד זכויות אלה". ועל גישה דומה חזר השופט אלון בקובעו: "כל הוראה שבאה לפגוע בחירותו וזכויותיו האישיות של האדם יש לפרשה בדרך דווקנית ומצמצמת". (אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שני: פרשנות החקיקה, עמ' 556-555). (שם סעיפים 20 ו-21).

הפרת זכויות יסוד של האדם

66. החלטת המשיב מפירה את זכות היסוד של העותרים לכבוד, בה נשזרת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהגנה על טובת הילד. למרות שחוק הוראת השעה נקבע על ידי בית המשפט העליון כמידתי רק לאחר תיקונו כך שכל ילד עד גיל 18 יוכל לקבל מעמד בישראל, ולמעלה מהצורך נציין כי הגיל הרלוונטי של הילד הוא בעת הגשת הבקשה ולא בעת סיום הדיון בעניינו – מתעקש המשיב לפגוע בזכויות העותרים שהיו קטינים בני 16 עת הוגשה הבקשה בעניינם, אשר התגוררו עם אמם, תושבת מדינת ישראל בירושלים.

67. הקביעה כי תושבת מדינת ישראל, אשר משפחתה מתגוררת בירושלים מימים ימימה, ואשר נאלצה מלכתחילה לעזוב את העיר עקב מדיניותו המפלה של המשיב אשר לא התירה לה להתאחד עם בן זוגה, לא תוכל להסדיר את מעמדם של ילדיה הקטינים יחד איתה, באופן גורף ללא בדיקה פרטנית, בשל מצב חוקי שהיה קיים בעבר ואשר תוקן, בדיוק כדי למנוע מצבים כמו המקרה דנן – הינה בלתי אנושית.

הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

68. התנהגות המשיב פוגעת בזכותם של העותרים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שבחרו. זכותו של כל אדם להקים תא משפחתי הינה זכות יסוד חוקתית בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. מדינת ישראל אומרת לעותרת כי היא תושבת מדינת ישראל, אך לילדיה הסמוכים על שולחנה, אסור לגור כאן – אמירה זו היא בבחינת צו גירוש.

69. בפסק הדין עדאלה לעיל, בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדיון, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לעניין זה ראו עוד: בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח, 4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלוני נ' מ"י, פ"ד מ"ט(1) 330, 337; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד (4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פבאלויה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108; בג"ץ 3648/97 ביג'לבהן פטל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, עמ' 784-785.

70. המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להינשא ולהקים משפחה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, 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 ב-10.12.48, ס' 8(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

71. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו בבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה באופן יעיל, על פי הנהלים שנקבעו, וללא נקיטת סחבת.

זכותם של ילדים להגנת החברה

72. לעותרת, תושבת מדינת ישראל, זכות לחיות בבטחה עם ילדיה בישראל, כאשר מעמד המשפטי מוסדר. זכות זו נובעת מזכותה של העותרת, בהיותה תושבת קבע של מדינת ישראל, כמו גם מזכות היסוד שלה כאם, כי לא יימנע ממנה ע"י מדינתה להגן על ילדיה ולהעניק להם את המרב שביכולתה. על המדינה מוטלת החובה הברורה והטבעית לא רק שלא למנוע פגיעה שכזו, כי אם להגן באופן אקטיבי על האדם מפני פגיעה ביכולתו להעניק לילדיו את ההגנה להם זקוקים.

73. המשיבים מתעלמים מעקרון טובת הילד, הוא עקרון יסוד בהפעלתו של כל שיקול דעת מינהלי או שיפוטי בנוגע לקטינים. כל עוד הוא קטין וכל עוד הורהו מתפקד כראוי, טובת הילד מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו. הסירוב לרשום את הילד כתושב ישראל, כאשר הורהו תושב ישראלי שמקום מגוריו בישראל, משמעו – העמדת הילד בסכנת פירוד מהורהו, (ההיתרים זמניים, לא תמיד חופפים ולא ניתנים בתקופות סגר ואחרות) לפגוע בהתפתחותו ולהתערב בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. לחלופין, יישאר הילד בלידת ברירה עם הורהו בישראל, אך ללא מעמד יציב וברור, כל עוד קשיי החיים ללא מעמד לא יכניעו את המשפחה.

74. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בעניין חשיבות התא המשפחתי וגבולות חוקתיים על התערבות המדינה בקיומו, ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235-236:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקית טבעית וראשונית, בבחינת הקשר 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 (ראו ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית'. (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (3) 421, בעמ' 434).

הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הורי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

75. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221), אותה אישררה מדינת ישראל עם כמעט כל אומות העולם, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד.

כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...].

ר' עוד סעיפים 1, 3(1), 4, 5, 7, 9(1), סעיף 10(1) לאמנה. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא שמגר); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר). מן הדין שהמשיבים יפעילו את סמכויותיהם בהתאם לטובת הילד כפירושה בהוראות האמנה. ר' עוד סעיפים 24 (1) ו-2(2), 17, 23, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

76. במיוחד צורמת התנהלות המשיב כלפי תושבת המדינה כשהיא ננקטת בה בעת בה מוסדר מעמדם של ילדי מהגרי עבודה בלתי חוקיים, להם ניתן מעמד של קבע בעוד ילדי העותרת נדונים לגירוש. כבר יאמר כי העותרים מברכים על החלטת המשיב כלפי מהגרי עבודה שהינה החלטה מוצדקת והומאנית – אולם, מדיניות זו ממחישה בבחינת מקל וחומר את חוסר הסבירות הזועק בעניינה של העותרת.

חוסר סבירות וחוסר הוגנות

77. מדוע, אפוא מבקשת מדינת ישראל להבחין בין העותרים 2 ו-3 לבין אמם, וארבעת אחיהם, תושבי מדינת ישראל? לטענת המדינה, הגם שהעותרים היו קטינים בני 16 שנה בעת הגשת הבקשה להסדרת מעמדם – אין להחיל בעניינם את התיקון לחוק שנועד להפכו למידתי יותר – לפיו, ניתן להסדיר שהייתו של ילד בישראל, אם הבקשה עבורו הוגשה טרם הגיע לגיל 18. גישת המדינה למנוע שהיית העותרים בישראל בכלל הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

למה הדבר דומה? טלו מקרה בו נגזר דינו של אדם להורג בשנת 2000. בשנת 2003, נפסל סעיף החוק המאפשר להוציא להורג, על שום היותו בלתי חוקתי. בשנת 2003 עדיין לא בוצע גזר הדין ולא הוצא אותו אדם להורג. על פי פרשנות המשיבים, הרי שאין להתחשב ברציונל החוק, ובתכלית התיקון לו, כי אם יש להוציא את האדם להורג בכל מקרה. סעיף 5 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, נדרש לסוגייה מעין זו וקובע:

5. (א) נעברה עבירה ובטרם ניתן פסק-דין חלוט לגביה, חל שינוי בנוגע להגדרתה או לאחריות לה, או בנוגע לעונש שנקבע לה, יחול על הענין החיקוק המקל עם העושה; "אחריות לה" – לרבות תחולת סייגים לאחריות הפלילית למעשה.

שינוי חיקוק
לאחר עשיית
העבירה
[תיקון: תשנ"ד]

(ב) הורשע אדם בעבירה בפסק דין חלוט ולאחר מכן נקבע לאותה עבירה בחיקוק עונש, שלפי מידתו או סוגו הוא קל מזה שהוטל עליו – יהיה עונשו העונש המרבי שנקבע בחיקוק, כאילו הוטל מלכתחילה.

אף כי עניין זה אינו נוגע לדין הפלילי, הרי שבשל השלכותיו הקשות על זכויות חוקתיות של תושבי המדינה וילדיהם, יש להקיש מלוגיקת הדין הפלילי לענייננו.

78. על פי עמדת המשיב משפחות המתגוררות בישראל שנים רבות ועל כן הגישו בקשותיהן לפני התיקון לחוק משנת 2005, כשלילדיהם לא מלאו 18 שנה, לפני התיקון – לא ייהנו ממנו. בעוד משפחות שיכול שעברו להתגורר

בישראל מאוחר יותר, ועל כן הגישו בקשתן לאחר התיקון – ילדיהן יוכלו לקבל מעמד. באבחנה זו יש משום פרדוקס ביחס לתכלית החוק, לתכלית התיקון ולשיטת המשפט שלנו.

79. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיבים. החלטת המשיב לדחות את הבקשה להסדיר את מעמדם של העותרים 2 ו-3, ואי הכרעה בערר שהוגש כנגד החלטה זו, מהווה התנהלות הלוקה בחוסר סבירות קיצוני. ראו לעניין זה: בג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1), 15 ובג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 745-746, דברי כבוד הנשיא ברק לאמור:

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

עקרון המידתיות - החובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד

80. המשיב קובע באופן גורף כי אמא לילדים שהיו קטינים בעת הגשת הבקשה בעניינם והתגוררו בירושלים לא תוכל בשום מקרה להסדיר את מעמד ילדיה, וזאת משום שפנתה מוקדם מדי – לפני שתוקן חוק הוראת השעה. פרשנות זו אינה הולמת את התכלית הבטחונית של הוראת השעה וודאי שאינה עומדת במבחני המידתיות, אשר יש להפעיל מקום בו נפגעות זכויות יסוד בענייני הזכות לחיי משפחה, הזכות להורות, ועקרון בדבר ההגנה על טובת הילד. החוק תוקן משום שנמצא כי אין הצדקה ביטחונית למנוע באופן קולקטיבי, ללא בדיקה, הסדרת מעמדם של ילדי תושבי מדינת ישראל. ואם כך, אין כל טעם מהותי להיאחז בנוסח הלא מידתי של החוק מטעמים טכניים ולמנוע מכוחו הסדרת מעמדם של ילדיה של תושבת המדינה. על המשיב חלה חובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד, ובמקרה זה בטובתם של ילדים:

זאת ועוד, בבחירה בין שתי האפשרויות הפרשניות למונח "תושב אזור" בחוק הוראת השעה, יש ליתן משקל להנחה הכללית לפיה תכליתו של כל דבר חקיקה היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה ולא לנגוד להם (ראו, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 329-331 (1988)). מהנחת מוצא זו נגזרת התפיסה כי יש לנקוט "פרשנות מצמצמת ודוקנית של הוראת דין השוללת או מגבילה זכויות אדם" (ראו ברק – פרשנות החקיקה, בעמ' 558). במקרה שלפנינו פרשנות המונח "תושב אזור", כך שהוא לא יחול בהכרח על כל מי שרשום במרשם האזור אלא רק על מי שאכן מתגורר באזור, היא הפרשנות שפוגעת פחות בזכותו של בן המשפחה תושב ישראל לחיות בישראל חיי משפחה בצוותא עם ילדיו הקטינים. זכות זו הוכרה על ידי מרבית שופטי ההרכב בעניין עדאלה, כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. (עניין עוויסאת סעיף 14. ההדגשה הוספה – ע.ל.).

81. אכן נקבע במבוא לדברי ההסבר לתיקון החוק משנת 2005, כי התיקון נובע מהיערות ביהמ"ש במסגרת העתירות כנגד החוק ונועד להפכו למידתי יותר:

...לאור הערות בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שהוגשו בעניין הוראת השעה...מוצע כי בד בבד עם הארכת תוקפה תתוקן הוראת השעה כך שיורחבו הסייגים לתחולת ההגבלות הקבועות בה. הרחבה זו תעשה ביחס לאוכלוסיות אשר על פי הערכת גורמי הבטחון הן בעלות פוטנציאל לסיכון ביטחוני מופחת, וזאת כדי להשיג את מטרתה של הוראת השעה, מחד גיסא, ולהבטיח כי מטרה זו תושג באופן מידתי יותר, מאידך גיסא.

82. בבג"ץ 7444/04 דקה נ' שר הפנים (22.2.10), אשר ניתן בהתייחס לבת זוג בגירה, אשר נטען כי עומדת כנגדה מניעה ביטחונית נקבע:

הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניוזנים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה.

אכן, "פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה החוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (פרשת עדאלה, פסק דיני, פסקה 4). (סעיף 13 לפסק הדין בעניין דקה)

קביעות אלו יפות ביתר שאת כאשר עסקינן בילדים נטולי כל רקע ביטחוני.

83. כן, יפים דברי כבוד השופטת א. פרוקצ'יה בעניין דקה:

בהינתן מציאות הדברים, שבה נפגעה זכות יסוד של בני זוג אזרחי ותושבי ישראל להתאחד עם בני זוגם מהאזור מתבקשת פרשנות תכליתית של חוק הוראת השעה, המצמצמת את היקפה של פגיעה זו אך למידה ההכרחית לצורך הגשמת אינטרס הביטחון. נוכח עוצמתה של זכות היסוד למשפחה, כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה הנתונה לפרט, רק אינטרס ביטחון בעל עוצמה של ממש עשוי להצדיק פגיעה בה. אינטרס ביטחון ערטילאי ומרוחק לא יצדיק פגיעה כזו. (שם, בסעיף 20).

84. בענייננו אין כל קשר סיבתי בין תכליתו הבטחונית של החוק לבין החלתו על ילדיה של העותרת – קטינים בני 16 בעת הגשת הבקשה, המתגוררים בישראל עם כל בני משפחתם גם על פי המשיב, לפחות מאז היו בן 14 וחצי. והרי במסגרת התיקון לחוק קבע המשיב כי ניתן יהיה לאפשר שהייתם בישראל של ילדים קטינים עד גיל 18. ודאי שהחלטת המשיב וקבלתה ע"י וועדת ההשגה אינן מהוות בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה, ואף אין מדובר במצב בו אין חלופה פרשנית אשר תצמצם את הפגיעה בילד ובהורה התושב. התייחסות הוגנת וסבירה מצד הרשות לעולם תבחר באמצעי, התואם את עקרונות המצוטטים לעיל ופוגע בטובת הילד, באופן הפחות האפשרי. ככל שניתן לנקוט בפרשנות חוק מצמצמת לפגיעה בילדים וכן ככל שבמסגרת בחינת נתונים והפעלת שיקול דעת ניתן להפחית את הפגיעה, הרי שעל הרשות, כמוה על בית המשפט, מוטלת החובה להעדיף את טובת הילד על פני הפגיעה בו.

הפגיעה בעותרים

85. העותרת וילדיה העותרים 2 ו-3 נפגעים פגיעה חמורה מהחלטת המשיב שלא להעניק לילדים מעמד.

86. כתוצאה מהחלטה זו גדלו העותרים בביתם שבירושלים, ללא מעמד, וללא תיעוד ישראלי. במצב זה חיים העותרים 2 ו-3, בחורים צעירים, ללא כל זכות אנושית: הם אינם יכולים להתפרנס, כשוהים בלתי חוקיים בביתם, הם חשופים לקשיי תנועה הנובעים מעיכובים תכופים מצד כוחות הביטחון, בבחינת מעצר בית, אין להם ביטוח בריאות או כל זכות סוציאלית אחרת. חירותם נשללת וכבודם נרמס עד עפר. העותר 2, רווק, ועדיין סמוך על שולחן הוריו. לאחר שנים של שהייה בלתי חוקית התיאש העותר 3 ובאוקטובר 2008 יצא מישראל על מנת לעבוד וללמוד. אמנם גם מחוץ לישראל אין לעותר 3 מעמד אזרחי, אולם לפחות הוא יכול לעבוד ולהתפרנס ללא מורה ממעצר וגירוש. עם זאת, חיי העותר, בחור צעיר, בן 24, רווק, בגלות, במנותק מביתו ומבני משפחתו קשים ביותר. אי לכך, מבקש העותר לשוב לישראל, לחיק משפחתו, ולהיות בה בעל זכויות. העותר ממתין זמן רב להכרעה בבקשתו שהוגשה בשנת 2003, כשהוא בן 16 שנים, על מנת לדעת אם יזכה לזכויות כלשהן בביתו. אם יורשה לו להתגורר, להתפרנס, לנוע בארצו.

87. יש לשים לב לכך, כי לעותרים אין מקום אחר בו יוכלו לבנות את חייהם. העותרים לא ביקרו בסעודיה מאז היו בני 9 שנים. כל בני משפחתם מתגוררים בירושלים: אמם ישראלית, אחיהם הבוגרים והצעירים הם בעלי מעמד בישראל וגם בקשת אביהם לחיות בישראל אושרה. העותר 3 נמצא בגלות. גם שם אין לו מעמד.

88. אין צורך להרחיב במילים, עד כמה נפגעת היציבות והוודאות לה זקוקים העותרים ואמם, בנוגע ליכולתם לחיות כמשפחה מאוחדת. החשש הכבד ממעצר וגירוש, חוסר היכולת להתפרנס והיעדר זכויות כמו הזכות לחופש לתנועה ולבריאות, פוגע קשות בנפשם של העותרים וחושף אותם לחרדה תמידית. האבחנה בין התאומים לשאר בני המשפחה המורשים לחיות בישראל - שני אחיהם הגדולים ושני אחיהם הצעירים והוריהם - קורעת את המשפחה פיזית ונפשית.

סיכום

89. יפים ומדויקים דברי בית המשפט הנכבד בעת"מ (י-ם) 411/05:

לא יעברו שנים רבות ונשפסף את עינינו סביב השאלה איך השלמנו עם מה שברור כבר עתה. הערמת המכשולים הבירוקרטים היא דרך אחרת לומר את מה שברור מאילו, והוא שבקשות אלה אינן רצויות למשיב. לא ניתן שלא לתמוה בכמה "כלפי חוץ" בירוקרטי ובכמה "טיעונים" לגליסטיים אנו מוכנים להתעטף ואלו להטים מינהליים ניתן לעשות – כדי למנוע טיפול ענייני בבקשות מסוג זה – החל מהתור הפיזי מול הלשכות וכלה במסמכים אותם יש להערים אצל המשיב. קיומו של חוק ראוי, מחייב מנגנון מתקבל על הדעת, אשר יאפשר להגשימו. קיומו של חוק ראוי עם אמצעים בלתי מתקבלים על הדעת אינו רעה פחותה מאיסור גורף. על מנת שלא נראה בעינינו כרוכלים העוסקים בענייני רישוי כמו בפרקמטיה זולה, מוטב שהחוק יכובד, וטענות של היעדר קשר נישואין תקף ואמיתי בין בני זוג הורים לשבעה ילדים, כאשר האחרון שבהם הוא בן שלוש, יהיו מבוססות על טענות של ממש, ולא על שיחת טלפון שלא נענתה בנוסף למגורים נפרדים לצרכי פרנסה.

90. העולה מן המקובץ היא חובת המשיבים לאשר את בקשת העותרת להסדיר את מעמדם של שני ילדיה, העותרים 2 ו 3. זאת מאחר ואמם, תושבת מדינת ישראל הגישה בקשה להסדרת מעמדם בהיותם קטינים.

בית המשפט מתבקש לחייב את המשיבים לנהוג על פי שלטון החוק ועל פי אמות מידה של סבירות והגינות ולהבטיח את טובתם וזכויותיהם של תושבי המדינה ושל ילדיהם.

מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 16 ספטמבר 2010

עדי לוסיטיגמן, עו"ד
ב"כ העותרים