

**בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים**

**עע"מ 1895/09
עע"מ 1966/09**

מדינת ישראל - משרד הפנים
באמצעות פרקליטות המדינה
טל: 02-6466590; פקס: 02-6466655

המערערים בעע"מ 1895/09

- נגד -

_____ חמאדה ואח'

ע"י ב"כ עו"ד עדי לוסטיגמן ואח'
מטעם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל: 02-6222808; פקס: 03-5214947

המשיבים בעע"מ 1895/09

_____ עטון, ואח'

ע"י ב"כ עדי לוסטיגמן ואח'
מטעם המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

המערערים בעע"מ 1966/09

- נגד -

מדינת ישראל - משרד הפנים
באמצעות פרקליטות המדינה

המשיבים בעע"מ 1966/09

תגובת המשפחות ובקשה למסירת נתונים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מתכבדים המשיבים בעע"מ 1895/09 (להלן – **משפחת חמאדה**) והמערערים בעע"מ 1966/09 (להלן – **משפחת עטון**), המיוצגים בשני המקרים על ידי ב"כ מטעם המוקד להגנת הפרט, להגיש תגובתם, כדלקמן:

רקע

1. עניינם של ההליכים נשוא הערעורים שבנדון הינו במעמד המשפחתי של תושבי הכפר הירושלמי צור באהר, אשר השכונה, בה הם גרים, חרגה במטרים ספורים מתחום השיפוט של ירושלים. הכפר כולו נמצא בצידה המערבי של חומת הפרדה, מוקף בחומה, ואין ממנו מעבר המוביל לשטחי הגדה המערבית.
2. בני המשפחות נשוא הערעורים, המתגוררים בשכונת ואדי חומוס, מנהלים את מרכז חייהם בישראל – ילדיהם נולדו וחוסנו בירושלים, הם עובדים בישראל, משלמים מיסים למדינה, מקבלים שירותי בריאות בעיר, מוכרים על ידי המוסד לביטוח לאומי כתושבי ישראל וזכאים לקצבאות, משתמשים בקו בזק ובחשמל דרך חברת החשמל הישראלית. גם המשיב מוסיף להכיר בהם כתושבי ישראל על פי חוק הכניסה לישראל ומאפשר להם להחזיק ברישיון לישיבת קבע בישראל.
3. עם זאת, המשיב ממאן להסדיר את מעמד שניים מתוך אחד עשר ילדי משפחת עטון כתושבי ישראל ומבקש ליתן לילדים היתרי שהייה צבאיים, הכפופים לעוצרים, סגרים, כתרים, מחסומים, השבתות של המת"ק וכיוצא בזה. היתרים שאינם מקנים כל זכויות סוציאליות, ובכלל זה ביטוח בריאות. היתרים אשר יוצרים

מגבלות תנועה משמעותיות, איסור על נהיגה (כשיגדלו) ואיסור על עבודה (כשיגדלו) ללא אישור מיוחד, אשר תלוי במכסות ובקשת מעסיק.

4. פרט למשפחת עטון, מצויים במצב זה אנשים ספורים – **רק מי מתושבי ואדי חומוס שהוא ישראלי ונישא לאזרחית זרה. המשיב מסדיר מעמד ילדיהם של זוגות שהאם והאב שניהם ישראלים, למרות המגורים בואדי חומוס.** ככל הידוע למשפחות, אין עתירות דומות נוספות של תושבי הכפר או תושבי ישראל אחרים במצב דומה. ישנם מקרים אחרים: תושבי שטחים המבקשים היתרים כדי להגיע לאדמותיהם או ביתם המצויים במקומות שונים ביחס לחומת ההפרדה. ישנם תושבים ישראלים שבינם המצוי בישראל, בשונה מהמקרה כאן, נמצא בצד 'הפלסטיני' של החומה ועל כן הם נתקלים בבעיות בניהול חיי יום היום. אולם, אין תושבים נוספים, אשר מעמדם וזכויותיהם אינם נתונים בספק – אשר נמנע מהם להסדיר את מעמד ילדיהם בארצם.
5. בשונה מתושבי השכונות האחרות שבאזור הגובל בשטח המוניציפאלי כגון, עזרייה, ארם, אל בירה, וקלנדיה – אשר אינם זכאים להכרה מצד המוסד לביטוח לאומי. בשל המצב הכה ייחודי של תושבי ואדי חומוס, נקבע במסגרת תביעה בבית הדין לעבודה ובעקבות החלטת היועץ המשפטי לממשלה, כי תושבי ואדי חומוס יוכרו כתושבי ישראל על ידי המוסד לביטוח לאומי חרף העובדה כי אינם מתגוררים "בתחום". ככל הידוע למשפחות, **המדובר בהסדר ייחודי רק לתושבי ואדי חומוס.** לא מדובר רק באי ביטול מעמד שכבר קיים, אלא באפשרות לכל תושב ואדי חומוס שהינו תושב ישראלי לפתוח תיק במוסד לביטוח לאומי בהגיעו לגיל 18 ולהיות מוכר לצורך מלוא זכויותיו הסוציאליות.
6. עניין לנו, במצב ייחודי ביותר של שכונה **בתוך כפר ישראלי** החורגת משטחה המוניציפאלי של ירושלים במטרים ספורים, אולם מצויה במתחם גיאוגרפי אחד, עוד מבחינה היסטורית עם כפר האב, צור באהר, שלאחר שנחסם על ידי שכונות ישראליות שנבנו על אדמתו מכל הכיוונים וללא תוכניות מתאר להתפתחות אורבאנית טבעית, התפתח בכיוון היחיד שנותר לו, על אדמותיו החקלאיות – השכונה ואדי חומוס.
7. משפחת חמאדה, המשיבים בע"מ 1895/09, חזרה לגור בירושלים ועל כן עניינה התייטר. נותר לדון בעניינם של שני ילדי משפחת עטון – שניים מתוך 11 ילדי המשפחה, אשר רק להם, בשונה מאחיהם ואחיותיהם האחרים, אין מעמד בישראל.
8. עניינו של ערעור זה, הינו, האם בנסיבות הייחודיות שנוצרו, זכאי מר עטון, תושב מדינת ישראל, המתגורר בואדי חומוס למימוש זכותו החוקתית לחיי משפחה, במדינתו? נכון, ילדי משפחת עטון לא יגורשו מביתם המצוי פורמאלית מחוץ לתחום המוניציפאלי – אולם, אין בכך כדי להביא למימוש חיי המשפחה, אשר אינם מתקיימים רק בדלת אמות הבית, אלא באופן טבעי בכל שעות היום – כשהולכים לבית הספר, לחברים, למשפחה, לרופא. במצב הנוכחי, על ילדי משפחת עטון נאסר לחיות חיים רגילים, ככל הילדים, עם משפחתם בירושלים. זאת, כאשר אין הם יכולים לנהל את חייהם במקום אחר – שהרי, ביתם מופרד מהגדה המערבית בחומה ללא פתח או שער לגדה. תשעת אחיהם ואחיותיהם מנהלים את חייהם בירושלים וכך גם אביהם. מתן היתר צבאי לשהייתם, לא יוביל לפתרון מצב זה – שכן, הילדים הצעירים זקוקים וזכאים למעמד שיבטיח את זכויותיהם ויאפשר להם לחיות חיים כילדים נורמאליים.
9. ונזכיר, תושבי ישראל רבים המתגוררים הרחק מהקו הירוק – ישובים ואף ערים שלמות כגון אריאל ומעלה אדומים, מקבלים את כל זכויותיהם כתושבי המדינה מבלי שמקום מגוריהם עומד בעוכריהם. במקרה שלפנינו – סטייה קלה של הכפר מתחום השיפוט, מובילה לסירוב להסדרת מעמדם של ילדי תושב מדינת ישראל ולפגיעה בטובתם של הילדים ובזכותו החוקתית של התושב לחיי משפחה וזאת למרות שאין כל ספק

בדבר ניהול מרכז החיים וקיום מירב בזיקות בירושלים. ודוקו, אם תושב מעלה אדומים, ניל"י או אריאל ינשא לזר, יוסדר מעמד בן הזוג על יסוד מרכז חיים בישראל, הגם שבני הזוג אינם מתגוררים בשטחי מדינת ישראל. כך גם באשר להסדרת מעמדו של מי שאינו אזרח אלא תושב קבע.

עע"מ 1895/09 – משפחת חמאדה

10. מאז הדין בעתירה, עברו בני משפחת חמאדה להתגורר בירושלים, בתוככי הכפר צור באהר. הנה כי כן, הודיע המשיב על הסכמתו לבחון את בקשת בני הזוג לאיחוד משפחות וכי עד לאישור הבקשה יוסדר מעמדה של הגב' _____ חמאדה בישראל מכח רישיון ביקור מסוג ב/2. יצוין, כי הבקשה לאיחוד משפחות הוגשה כבר ביום 17.12.2009, אולם **עד היום, במשך שמונה חודשים, לא הוכרעה.**

11. בני משפחת חמאדה מסכימים להצעת המדינה ומבקשים כי יובהר למען הסדר הטוב, את שהוסכם על הצדדים, כי המשיב יטפל בבקשת איחוד המשפחות על פי ההליך שהתווה לאזרחים זרים ובכלל זה אזרחי ירדן, דהיינו, הגב' חמאדה תקבל רישיונות ביקור מסוג ב/1 למשך 27 חודשים ולאחר מכן רישיונות לשיבה ארעי למשך שלוש שנים נוספות, שלאחריהם בכפוף לעמידה במלוא תנאי ההליך, כפי שייבדק מדי שנה, תוכל הגב' חמאדה לקבל מעמד של קבע. בני הזוג חמאדה יוכלו לפנות למשיב בבקשה לקיצור הליך איחוד המשפחות.

12. הואיל ומשפחת חמאדה מתגוררת בירושלים, בהתאם להסדר שהציעה המדינה, התייתר הצורך להוסיף לדון בערעור בעניינם ומתבקש למוחקו. כעת נותר עניינם של ילדי משפחת עטון.

עע"מ 1966/09 - משפחת עטון

13. המשיב מציע, כי הורי הילדים, המערערים יסדירו מעמדם כתושבי הגדה המערבית, כאשר לאחר מכן יוכלו להנפיק היתרי שהייה צבאיים על מנת לחיות בישראל. הורי הילדים אינם מעוניינים להסדיר את מעמד ילדיהם בגדה המערבית. הילדים נולדו בירושלים ומנהלים את מרכז חייהם בעיר מכל בחינה מיום לידתם ועד היום כשהם קטינים בני 14. לעומת זאת, בשטחי הגדה המערבית אין הם מבקרים. בינם לבין שטחים אלו מפרידה חומה, ללא פתח גישה למעבר.

14. אמם של הילדים אמנם במקור מהגדה המערבית, אולם גם היא ניתקה את קשריה לשטחי הגדה לפני שנים רבות כשנישאה לאבי הילדים, תושב ישראל. מאידך, אביהם של הילדים, ותשעת אחיהם ואחיותיהם, הינם תושבי ישראל. כמו הילדים המערערים, נולדו גם תשעת אחיהם בירושלים, ומתגוררים עמם בבית אחד בואדי חומוס מאז שנולדו. עם זאת, בעוד אחיהם תושבי קבע, רק לאחים המערערים אין מעמד בעולם כולו.

15. ילדי משפחת עטון, תאומים, ילידי 8.4.1996, נולדו בירושלים, חוסנו בירושלים, קיבלו טיפולים רפואיים אצל רופא הכפר בצור באהר. הילדים גדלים בכפר צור באהר הנמצא בתוך ירושלים. הם למדו מהגן ובכל שנות בית הספר בכפר הישראלי. ביתם מצוי בשכונה בתוך כפר ירושלמי, אשר הגישה ממנו לשטחים חסומה. עוד קודם להצבת החומה, היה הכפר צור באהר, כפר הומוגני אחד, אשר חלקו הארי והוותיק, על כל מוסדותיו – בתי ספר, גנים, מוסדות דת, חנויות, קופת חולים – מצוי בירושלים. רק שכונת ואדי חומוס בחלקה, גלשה אל מחוץ לתחום המוניציפאלי. בהתחשב במצב זה אף נקבע כי יש להכליל את הכפר צור באהר כולו בתוך החומה ויש להכיר בתושבי צור באהר, לרבות בשכונת ואדי חומוס, כתושבים מבחינת משרד הפנים ולא רק המוסד לביטוח לאומי.

16. המדינה הכירה, במסגרת ההליכים שהתנהלו בבג"ץ ובבית הדין לעבודה, כי שכונת ואדי חומוס מהווה חלק בלתי נפרד מהכפר צור באהר, וכי מדובר בקהילה הומוגנית אחת, אשר זיקותיה לירושלים. שלילת זכויות חוקתיות של שניים מילדי משפחת עטון, בשונה מתשעת אחיהם ואחיותיהם האחרים, החיים עמם, כאשר חומה פיזית מפרידה בין בני המשפחות לשטחי הגדה, הינה שרירותית, ופוגעת קשות בחייהם.

17. טענת המשפחות איננה אפוא, כי כל תושבי השכונה ואדי חומוס, זכאים לקבל מעמד של תושבות ישראלית, אלא שמי מבין התושבים אשר הינו תושב קבע ישראלי זכאי למלוא זכויותיו, הן בתחום הסוציאלי, והן ומקל וחומר לזכויותיו החוקתיות לחיי משפחה. המשפחות כלל לא טענו כי הקביעה, שיש לראות בתובעים בעניין ועד הכפר צור באהר תושבי ישראל, לצורך חוק הביטוח הלאומי, משמעה, כשלעצמה, שיש לאפשר למר עטון לממש את זכויותיו לחיי משפחה. טענת המשפחות היא, שהעקרונות שנקבעו באותו הליך וכן בהליך שנוהל בבג"ץ 9156/03 ג'בור נ' מנהלת קו התפר, בעקבותיו הוסט מיקום החומה, כך שלא תחצוץ את הכפר - יפים גם לענייננו. דהיינו, אותה הכרה בהומוגניות של הכפר ובסיטואציה המיוחדת שיצרה חומת ההפרדה – רלוונטית גם לשאלת קביעת מרכז החיים של המערערים. לעניין זה התייחס גם בית המשפט קמא בנושא ע"מ 1895/09, עת"מ 8568/08 חמאדה נ' שר הפנים (26.1.2009), בסעיף 15 לפסק דינו:

הקביעה של היועץ המשפטי לממשלה המתייחסת לחוק הביטוח הלאומי, ראויה להחלה גם בכל הנוגע לחוק הכניסה לישראל. ראשית, המשיב לא העלה כל טעם ענייני לאבחנה בין שני החוקים ולא הראה מדוע החלטתו של היועץ המשפטי לממשלה לראות גם את תושבי שכונת ואדי חומוס כמי שמקום מגוריהם בתחומי מדינת ישראל לצורך החלת חוק הביטוח הלאומי, אינה צריכה לחול גם ביחס לחוק הכניסה לישראל. ואמנם נראה, כי אין כל הצדקה עניינית לקבוע כי לעניין הענקת זכויות כלכליות וסוציאליות הניתנות מכוח חוק הביטוח הלאומי יש לראות בתושבי האזור כמי שמתגוררים בתחומי מדינת ישראל, בעוד שלעניין הענקת הזכות לחיי משפחה יש לראות אותם ככאלה המתגוררים מחוץ לשטח המדינה. שנית, המשיב עצמו נוהג לפנות אל המל"ל כדי לברר את שאלת מרכז החיים של המבקשים, והוא מסתמך בהחלטותיו על חקירות המל"ל וחוות דעתו (ראו למשל את החלטת המשיב לדחות את הערר שהגישו העותרים מושא עתירה זו, נספח מ/ש 30 לכתב התשובה). גם במקרה שלפנינו פנה המשיב אל המל"ל לא פחות משלוש פעמים לבדיקת שאלה זו, וקיבל את סיכומיהן של ארבע חקירות שונות שערך המל"ל ביחס למקום מגוריהם ומרכז חייהם של העותרים. אין זה מוצדק שהמשיב יסתמך על קביעות עובדתיות העולות מחקירת המל"ל, אך יתנער כליל מהמשמעות המשפטית הנובעת מהן לעניין החוק עליו הוא מופקד. משעה שהמשיב בחר להסתמך עובדתית על קביעות המל"ל, עליו להתחשב גם בתוצאות המשפטיות הנובעות מקביעות אלה, ובמקרה זה בתוצאה שיש לראות בתושבי ואדי חומוס שהם תושבי קבע בישראל כמי שמתגוררים בתחומי מדינת ישראל. (ההדגשה הוספה - ע.ל).

18. אכן, אם יש לראות בתושבי ואדי חומוס שהם תושבי ישראל כמי שמתגוררים בישראל, אזי על פי תקנה 12, עומדת להם זכותם להסדיר את מעמדם ילדיהם, שנולדו בישראל. ודוק, בני המשפחות מעולם לא ביקשו לטעון כי אין לייחס, במסגרת קביעת מרכז חייו של אדם, משמעות לשאלת מיקומו הגיאוגרפי של ביתו של אותו אדם. יחד עם זאת, בענייננו המיוחד, בהתחשב בכך שמשפחת עטון גרה בשכונה של הכפר צור באהר, שהינו חלק מירושלים, בנסיבות ההיסטוריות שתוארו, אשר הובילו לבניית "ההרחבה" ואדי חומוס, במצב שנוצר בשטח בעקבות הקמת חומת ההפרדה, הרי שהענקת משקל מרכזי למיקומו המדויק של הבית, הסוטה מטרים ספורים מהתחום, הינה סמנטית אל מול המציאות, כאשר מרכז חיי בני המשפחות נמצא, מכל בחינה אחרת, בירושלים, באין אפשרות לנהלו במקום אחר. יש להעניק משמעות גם לעובדה שקו תחום השיפוט, עד להקמתה של החומה, היה וירטואלי בלבד. למשפחות, שעברו להתגורר על אדמותיו של הכפר הנמצאות בסמוך לקו, אך מעברו המזרחי, לא היה כל יסוד להניח כי ביתם נמצא "מחוץ לירושלים", ובוודאי לא שיערו כי במגוריהם שם הם מסכנים את זכויותיהם האזרחיות.

הסדרת מעמדם של ילדי תושבי מדינת ישראל

19. אישור בקשה להסדרת מעמד של ילדים שנולדו לתושב מדינת ישראל, המנהל מרכז חייו בישראל, אפילו הוא גר מחוץ לתחום המוניציפאלי, איננה הטבה הניתנת בחסד לזר – כי אם עיקרה בזכותו החוקתית של התושב הישראלי לקיים חיי משפחה עם ילדיו בארצו. לתושב יש רישיון ישיבה בישראל, אשר הוכרז ע"י המדינה, כי יוכל לשמור עליו גם אם הוא גר מחוץ לתחום המוניציפאלי וכל עוד שומר על זיקותיו לישראל. גם לילד שנולד לו, ילדו הקטין יש ליתן מעמד בישראל הזהה למעמד של הורהו.

... יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורהו המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. (בג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו (קטין) נ' שר הפנים (ניתן ביום 23.11.1999)).

20. לעניין זה, ראו דבריו של הנשיא (כתוארו אז) ברק בבבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים (14.5.2006), סעיף 28 לפסק דינו:

הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו. המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (א4(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (א4(2)). בדומה, תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, קובעת כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"א-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו.

21. כידוע, תקנה 12 מסדירה את האופן בו יירשמו ילדים שנולדו בישראל לתושבי ישראל:

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

22. הפסיקה קבעה, כי התכלית העומדת בבסיס תקנה 12, היא למנוע יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה, במעמד של תושב קבע בישראל, לבין מעמדו של ילדו שנולד בישראל. ביסודה של תקנה 12 עומדים הערכים של שלמות התא המשפחתי והשמירה על שלום הילד. אין לרדד את תכלית היסוד של שלמות התא המשפחתי לנושא לינת הלילה בלבד. כך גם קבע בית המשפט קמא עצמו, בסעיף 8 לפסק הדין בעניין עטון:

התקנה הזו חלה אפוא על ילד שנולד בישראל, והיא קובעת כי מעמדו של ילד כזה יהיה כמעמד הוריו. תכליתה, כפי שנפסק, היא למנוע "יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, לבין מעמדו של ילדו אשר נולד בישראל, ואשר עצם לידתו בארץ איננה מעניקה לו מעמד חוקי בה" (דברי כבי השופט ד' ביניש (כתארה אז) בבג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו (קטין) נ' שר הפנים (ניתן ביום 23.11.1999)). כפי שנפסק שם עוד, "שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרסים של שמירה על שלום הילד". התקנה באה להעמיד ילד שנולד להורים תושבי ישראל במעמד זהה לשל הוריו, כדי שיוכל לחיות את חייו עם הוריו, בלי שייאלצו להעתיק את מקום מגוריהם. זו אפוא תקנה מעשית, שנועדה ליתן מענה הולם ומייד ל צורך משפחתי טבעי. בבסיסה עומדת זכותו הטבעית של אדם להביא צאצאים, בד בבד עם "זכויותיו העצמאיות של כל קטין להתפתח ולהתבגר במסגרת משפחתית תומכת ואוהבת" (ע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' דלאל עויסאת (פיסקה 21; ניתן ביום 10.8.08)). התקנה הזו היא אחד מן הביטויים המעשיים המובהקים של הזכויות הללו, קרי, מתן אפשרות חוקית לקיום משפחתי בצוותא. התקנה מבקשת לחסוך מן ההורים את הנטל לבקש ולקבל מעמד לצאצאיהם, על מנת שיוכלו לגדלם במקום שבו הם חיים. (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

23. ולאחר כל זאת, קובע בית המשפט קמא כי "אין הצדקה, מן הבחינה המשפחתית, ובהתחשב בטעמים העומדים בבסיס התקנה, ליתן להם מעמד בישראל" (ראו סעיף 10 לפסק הדין). את קביעתו זו מבסס בית המשפט קמא על פסק הדין בעניין **קרלו** (ראו לעיל), בו נקבע בנסיבות שונות:

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

24. יוער, כי התכלית בגינה נקבע כי מעמדו של האב מכח חוק הכניסה לישראל יוותר על כנו ולא ישלל חלה גם בנוגע לבנו, שנולד לו בישראל ומקיים עמו ועם יתר תשעת אחיו ואחיותיו מרכז חיים בישראל בלבד. האם במקרה דנן חלות התכליות העומדות בבסיס תקנה 12? בסעיף 10 לפסק הדין בעניין **עטון** קבע בית המשפט קמא:

נסיבות העניין דנן אינן מעוררות אפוא את הטעמים שמצדיקים את מתן המעמד, הטעמים העומדים בבסיס תקנה 12 כנ"ל. הילדים גדלים עם הוריהם, חיים במחיצתם חיי משפחה שלמים, והתא המשפחתי מאוחד. אין הצדקה, מן הבחינה המשפחתית, ובהתחשב בטעמים העומדים בבסיס התקנה, ליתן להם מעמד בישראל. (ההדגשה הוספה – ע.ל).

25. בעניין **קרלו** קבע בית המשפט העליון כי אין די בעובדה שהילד מתגורר עם הורה התושב בתא משפחתי מאוחד, אלא יש לפעול למען מניעת יצירתו של פער בין מעמדו של הקטין למעמד ההורה שברשותו נמצא אותו קטין. זאת נעשה, בהקשר של תקנה 12, על ידי הענקת מעמדו של ההורה, קרי – תושבות קבע בישראל – לילדו הקטין. אכן, בפסק הדין בעניין **קרלו** נקבע כי אין תחולה לתקנה 12, אולם זאת לאחר שהובהר כי הקטין איננו נמצא במשמורתו של האב התושב, והאחרון איננו מעוניין בכל סוג של קשר עימו. ולא היא במקרה שלפנינו, בו המערער מחזיק בילדיו, כדת וכדין, ומקיים איתם תא משפחתי מאוחד. דווקא במקרה זה, מורה לנו פסק הדין בעניין **קרלו**, יש לפעול להשוואת המעמד בין התושב לבין ילדו הקטין. דווקא במקרה זה יש להעניק לילדים מעמד של תושבי קבע בישראל.

26. בית המשפט קמא ציטט בפסק דינו גם את פסק הדין בע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' דלאל עויסאת** (10.8.08) (להלן: **עניין עויסאת**). בסעיף 20 לאותו פסק דין עסק בית המשפט העליון בשאלה: כיצד אמור להיות מופעל שיקול דעתו של המשיב בעת טיפול בבקשה שהוגשה לפי תקנה 12. בית המשפט העליון קבע כי:

אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטין לקשר רציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך שמרכז חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד.

27. תקנה 12 איננה מציינת את מרכז החיים כתנאי לקבלת מעמד בישראל. עם זאת, כמצוין לעיל, המשיב הוסיף לתקנה 12 תנאי לפיו יש לרשום את ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין רק אם ההורה התושב וילדו מקיימים מרכז חיים בישראל. בהתאם לכך, יש להעניק למונח "מרכז חיים בישראל" בהקשר זה, את הפרשנות ההולמת את התכלית העומדת בבסיסה של תקנה 12. יש לפרש את המונח "מרכז חיים" בעניינם של המערערים באופן שימנע פער בין מעמדו של אבי המשפחה, תושב ישראל, למעמדו של ילדו ותוך מתן "משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי", כפי שקבע בית המשפט הנכבד בעניין **עויסאת** (פסקה 20 לפסה"ד, ההדגשה שלי – ע.ל).

28. בית המשפט קמא לא נתן את המשקל הראוי לטובת הילד ולשלמות התא המשפחתי, כמתחייב מהאמור לעיל. לא די בכך ש"הילדים גדלים עם הוריהם, חיים במחיצתם חיי משפחה שלמים, והתא המשפחתי מאוחד" (ראו דברי בית המשפט קמא בסעיף 10 לפסק דינו). על מנת שהערך של שלמות התא המשפחתי יכובד, יש להשוות את מעמד הילד למעמד הורהו התושב. על המשיב לראות לנגד עיניו את הילד ואת התושב, האם הללו נפגעים באורחות חייהם מהחלטתו? האם האב זכאי להקנות מעמד לילדיו בארצו, בה הם מנהלים את חייהם בהיעדר מקום אחר בו יוכלו לקיים חיי אנוש?
29. ברי, כי השוואת מעמדו של ילד למעמד הורהו תושב המדינה באה לשרת עקרון 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 הורהו מתפקד כראוי, טובתו מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו.
- ראו לעניין זה, למשל: ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221; בג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול, תק-על 98(3), 443; האמנה בדבר זכויות הילד (המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה).
30. סירוב לרשום ילד, המתגורר עם הורהו התושב, כתושב ישראל, משמעו – פגיעה אפשרית בהתפתחותו והתערבות בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. כך גם בענייננו. סירובו של המשיב לרשום במרשם האוכלוסין שניים מבין 11 ילדי משפחת עטון, וסירובו של בית המשפט קמא להתערב בעניין זה, משמעם שהילדים ייאלצו להמשיך ולהתגורר עם אביהם, כשהם כלואים במספר בודד של דונמים שבין חומת ההפרדה לבין הקו המוניציפאלי הווירטואלי. יתכן ויורשו להיכנס לתחום ירושלים באמצעות היתרים צבאיים, המוגבלים לזמן ומקום וכפופים לגזרות משתנות. אין חולק כי מדובר במעשה המנוגד לטובת הילד. ודוקו, המערער לא יכול לקחת את משפחתו הגדולה, המונה 11 ילדים ולעבור לתוככי הגדה המערבית. כל תשעת ילדיו האחרים הינם תושבי מדינת ישראל, אשר נאסר עליהם לשהות בגדה.
31. ההחלטה לסרב לבקשת המערער לרישום ילדיו, חושפת את הילדים לעיכובים בידי כוחות הביטחון, ברחוב ובמחסומים. בנוסף, העובדה שהילדים אינם רשומים מסכלת את אפשרותם לקבל זכויות סוציאליות, ובראשן הזכות לביטוח בריאות ממלכתי. זכויות אלה אינן מוענקות למי שאיננו רשום במרשם האוכלוסין. לא ניתן להתעלם גם מההיבט הנפשי שנלווה לעניין. סירובו של המשיב לרשום את ילדי המערער גורם למתח וחוסר יציבות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים החשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים. בנוסף, מופלים המערערים 2 ו-3 ביחס לאחיהם הגדולים, אשר אותם רשם המשיב במרשם האוכלוסין. גם לאפליה נטולת סיבה זו – תרומה למתחים וחוסר היציבות בתוך המשפחה. זאת ועוד, החלטת המשיב מסכלת תכלית נוספת של תקנה 12 – לאפשר למערער, תושב ישראל, להעניק לילדיו את צרכיהם הבסיסיים, כפי שהוא מחויב על פי חוק. חובת ההורה כלפי ילדיו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. (ראו לעניין זה: סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962; סעיפים 323 ו-373 לחוק העונשין, תשל"ז-1977).
32. החלטת המשיב, ופסק הדין של בית המשפט קמא – בעקבותיה, לא זו בלבד שאינם תואמים את תכליתה של תקנה 12, אלא הם חותרים תחתיה ממש. מדובר בהחלטות המנוגדות לטובת ילדיו של המערער (בכך שהיא מונעת מהם, למשל, זכויות סוציאליות, ביטוח בריאות, חופש תנועה בסיסי), פוגעת בזכותם של המערערים כולם לחיי משפחה, ואף פוגעת באפשרותו של המערער להעניק לילדיו את צרכיהם הבסיסיים, כפי שהוא מחויב לעשות על פי הדין בישראל.

עניינה של משפחת עטון שונה ממקרי מרחב התפר, אשר הובאו עד כה בפני ביהמ"ש

33. סוגיית מרחב התפר המובאת תכופות לבית המשפט, עוסקת בתושבי שטחים, אשר ביתם או אדמתם נכללו בצד הישראלי של החומה, והם מבקשים היתרים לשם כניסה לביתם או אדמתם. במקרים אחרים, הוצאו שכונות ירושלמיות בהם גרים תושבי ישראל (לדוגמא, כפר עקב) אל מחוץ לחומה, באופן המקשה על ניהול חיים וכניסה לירושלים.
34. עד כה, לא נדונה בקשת תושבי ישראל המבקשים לשמר את מעמדם ובכלל זה את יכולתם להסדיר את מעמד ילדיהם. זאת, כאשר התושב גר מחוץ לתחום ירושלים, אבל מעברה המערבי של החומה, בהפרדה פיזית משטחי הגדה המערבית. במיוחד, חריג המקרה שלנו, בשל נסיבות מיקום הרחבת הכפר צור באהר והיות ההרחבה חלק הומוגני מהכפר שהינו ישראלי ומצוי בירושלים.
35. טוען המשיב כי לא ניתן ליתן רישיון ישיבה למי שלא יושב בישראל. אולם, אבי הילדים מחזיק ברישיון ישיבה למרות שאינו יושב בישראל – והרי, למרות שהבית נמצא פיזית בשטחים, לא ניתן לומר שהאב הינו תושב שטחים – שהרי בינו לבין הגדה המערבית מפרידה חומה. בשעה שהמשיב שולל מעמדם של תושבי קבע, אשר לא מתגוררים דרך קבע בישראל מעל ל-7 שנים – לא חולק המשיב על כך כי מר עטון זכאי לשמירה על מעמדו, חרף מגוריו מחוץ לתחום המוניציפאלי מאז שנות ה-80 – היות ושמר על מכלול זיקותיו לעיר, לא ניתן לומר כי הוא אינו תושב:

אכן, רישיון לישיבת קבע - להבדיל ממעשה התאזרחות - הוא יצור כלאיים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטרוטיבי, המעמיד את הזכות לישיבת הקבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע. כאשר מציאות זו נעלמת, אין עוד לרישיון במה שיתפוס, והריהו מתבטל מעצמו, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי (השווה בג"צ 81/62 [6]). אכן, "ישיבת קבע", מעצם מהותה, משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו. אך משנעלמה המציאות, אין עוד לרישיון כל משמעות, והריהו מתבטל מעצמו. (מתוך בג"ץ 828/88 מובארק עווד נ' ראש הממשלה ואח', פ"ד מב(2) 424)

36. מציאות החיים של משפחת עטון מתרחשת בישראל. דרכם לשטחים חסומה. המשיב מכיר בכך ואינו טוען כי אין לרישיון הישיבה של האב מר עטון במה שיתפוס – נהפוך הוא, המשיב מכיר באב כתושב להסדיר מעמדם של תשעת ילדיו ואף מעניק לו את מלוא זכויותיו הסוציאליות. זאת על שום קיום מרכז חייו בישראל. אולם, מה המשמעות של היות אדם תושב של מדינה, אם אין לו את הזכות להסדיר בה את מעמדם של ילדיו הקטנים, אשר מנהלים בה את חייהם? ללא כל אפשרות חלופית ריאלית לנהל את חייהם במקום אחר. אין מקום להכפיף ילדים קטנים אלו למשטר היתרים. הם נולדו בירושלים. אביהם תושב ישראל. תשעת אחיהם תושבי ישראל. מרכז חייהם בישראל. אין להם גישה לשטחי הגדה המערבית.

בקשה לנתונים

37. בדיון שהתקיים בבית המשפט הנכבד ביום 29.6.2009, נשאלה המדינה על מקרים נוספים בנושא זה, אשר תלויים ועומדים בפני המשיב ובפני בית המשפט. ב"כ המשיב ציינה כי אין מקרים נוספים בהם הסוגיה שעל הפרק היא הסדרת מעמדם של ילדי תושבי המדינה. וכך הסבירה ב"כ המשיב לשאלת בית המשפט הנכבד, האם יש מקרים נוספים מסוג זה בהם מטפל המשיב:

לא, יש אנשים שהם איו"שים שנמצאים במרחב התפר. המשפחות מבקשות תושבות ורשיון ישיבה בישראל. השאלה הזו לא מתעוררת כרגע בבית המשפט בעתירות אחרות. (עמ' 2, שורות

10 ו-11 לפרוטוקול הדיון מיום 29.6.09)

38. עם זאת, ציינה ב"כ המדינה כי למקרה זה יש ודאי השלכות רוחב, מבלי להסביר מהן אותן השלכות. נבקש כי המדינה תמסור את הנותנים הבאים:

א. האם תלויים ועומדים בפני המשיב או בפני ביהמ"ש מקרים נוספים בהם מתבקש מעמד בישראל עבור ילדיו של תושב קבע של ישראל, המתגורר במרחב התפר. ככל שקיימים מקרים אלו, נבקש נתונים מספריים אודותם, נבקש לציין מס' הליך ואת האזור בו גר התושב.

ב. האם תלויות ועומדות עתירות נוספות בהן מתבקש מעמד עבור בני משפחתו של תושב אזור ואדי חומוס. נבקש לציין בכמה מקרים מדובר.

סיכום

39. ההחלטה **בעניין ועד הכפר צור באהר**, ניתנה בדיוק בשל המאפיינים המיוחדים של שכונת ואדי חומוס, שהינה חלק הומוגני מהכפר צור באהר, אשר התפתחה באופן טבעי על שטחיה שלה לכיוון מזרח, מבלי שגבול יחצוץ בין שטחיה לבין שטחי יתר חלקי ישראל. המדינה הכירה בכך שבנסיבות מיוחדות אלה, אשר בגינן שונה תוואי חומת הפרדה ואשר בגינן נכללת היום השכונה בחלקה המערבי של החומה – יש להוסיף ולראות בתושבים כמי שחוק הכניסה לישראל חל עליהם, אף כי ביתם פורמלית מצוי מחוץ לישראל, על גבולה, וכמי שזכאים למלוא הזכויות הסוציאליות. משפחת עטון אינן מבקשות להרחיב קביעות אלו על מי שאינם תושבים, אלא על התושבים עצמם, המבקשים לממש את זכותם החוקתית לחיי משפחה, המנהלת את מרכז חייה על רבדיו השונים, בירושלים.

40. משפחת עטון מנהלת מרכז חיים רציף, מלא ובפועל בירושלים. כל אחד עשר ילדי המשפחה נולדו בירושלים, לומדים, כל השנים, בגנים ובבתי ספר של עיריית ירושלים, המצויים במרכז כפר מגוריהם, שטח ירושלים. מר עטון עובד לאורך השנים בירושלים ובמקומות נוספים ברחבי מדינת ישראל. הוא משלם מיסים למדינת ישראל. מקום הקניות והבילוי של בני המשפחה הינו בירושלים, בעוד כניסתם לשטחי הגדה חסומה בחומה, ללא פתח מעבר. בית המשפחה מחובר לקו בזק ישראלי ולחברת החשמל.

41. מר עטון וילדיו שהינם תושבים ישראלים ופרט לילדים המערערים דגן מוכרים ע"י המוסד לביטוח לאומי ומקבלי שירותים רפואיים בירושלים. ההכרה בבני המשפחות על ידי המוסד לביטוח לאומי, נעשתה לאור ההבנה כי מרכז חיי המשפחה מצוי בירושלים, אף שפורמלית אין הם גרים בשטחה. זאת לא עשתה המדינה, למיטב ידיעת המערערים, עבור אף אחד מתושבי מרחב התפר, בשל העובדה הפשוטה כי שום מקום אינו עונה לתבחינים המיוחדים של מקרה זה.

42. בעולמו של המשיב, הגבול הפיזי – חומה - אינו גבול והגבול הבלתי נראה, ישתית את גורל בני המשפחות. משמעות התייחסות זו היא כליאת הילדים במעין כלא בואדי חומוס, נטולי זכויות בישראל אליה יוכלו להיכנס במקרה הטוב כעובדים פלסטיניים עם היתרים צבאיים וללא כל אפשרות מעבר לשטחי הגדה המערבית.

43. מבחני מרכז החיים קמים ובטלים על פי צרכי המשיב. על מנת לקבל מעמד בישראל יש להערים אצל המשיב הררי מסמכים והוכחות ואילו על מנת לסרב ליתן מעמד די בפרט מיקומו הגבולי של בית המגורים ואף שהשכונה בה מתגוררות המשפחות הינה חלק מכפר ישראלי, המופרד משטחי הגדה המערבית בחומה. יפים לעניין זה דברי כב' השופט סובל בו"ע (ירושלים) 138/05 **סלוק נ' ועדת הזכאות לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות** (28.8.06):

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

44. משפחת חמאדה שבה להתגורר בירושלים ובכך התייחר הדין בעניינם, אולם משפחת עטון, שהינה משפחה גדולה בת 14 נפשות, אינה יכולה לעזוב את ביתה ולמצוא דיור חלופי. אין להפלות שניים מבין הילדים, אשר עודם קטינים ולהותיר רק אותם לעומת אחיהם ואחיותיהם נטולי מעמד.
45. הנה כי כן, שלילה מתושבי הקבע של המדינה את זכותם החוקתית לחיי משפחה, בהתעלם ממכלול נסיבותיו של המקרה, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני וחוטאת לדין בנושא מרכז החיים, חשיבות התא המשפחתי וטובתם של ילדים. עמדה צרה לפיה יבודדו את המציאות המורכבת למיקום הפיזי הגבולי של בית המשפחה, הינה שגיאה משפטית ואנושית זועקת.
46. מכל הנימוקים שפורטו, מתבקש בית המשפט למחוק את הערעור בעניין חמאדה, לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא בעניין עטון.

היום : 2 אוגוסט 2010

עדי לוסיגמן, עו"ד
 ב"כ המשפחות והמוקד להגנת
 הפרט