

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

עת"ם

בעניין:

1. _____ סכאפי, ת"ז _____
2. _____ סכאפי, ת"ז _____
3. _____ סכאפי, ת"ז _____
4. _____ סכאפי, ת"ז _____
5. _____ סכאפי, ת"ז _____
6. _____ סכאפי, ת"ז _____
7. _____ סכאפי, ת"ז _____
8. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר**

ע"י ב"כ עוה"ד ליאורה בכור (מ"ר 50217) ו/או יותם בן הלל (מ"ר 35418) 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) 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**

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיבים

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבים:

- א. לחזור בהם מהחלטתם שלא להעניק לעותרים 3-5 מעמד של תושבי קבע בישראל.
- ב. לקבוע כי ההחלטה על מתן מעמד לקטינים מנישואים קודמים של מוזמנים בבקשות לאיחוד משפחות, שמגישים תושבי קבע עבור בני זוגם וילדיהם, לא תושפע מהקביעה כי על הוריהם חל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), וכי לאותם קטינים מנישואים קודמים יינתן מעמד של קבע.

מבוא

אישה ואיש, תושבת ישראל ותושב השטחים לשעבר, נישאים זו לזה. באשר לאיש, מדובר בנישואיו השניים. מנישואיו הראשונים נולדו לו שלושה ילדים, שנותרו בחזקתו לאחר שאשתו לשעבר נישאה מחדש ועברה להתגורר בירדן. בני הזוג מתחילים פרק חדש בחייהם. בונים בית בישראל, חובקים בת משותפת ראשונה, ומתכננים את עתידם המשותף.

מצפים הם כי המשיבים יכירו בזכותם לחיי משפחה וכי ילדיהם יגדלו כמו שאר הילדים בישראל בגילם – בחיים של יציבות, תמיכה, אהבה ובריאות.

ואז נמסר להם כי ילדיו של הבעל מנישואיו הראשונים – שגילאיהם 5, 8 ו-10 – יבלו את שנות ילדותם, ואולי אף את כל חייהם, בישראל בהיתרי שהייה, ללא זכות לקבל מעמד של קבע. משמעות הדבר, כי ילדים אלה יהיו כבולים במעמד של תיירים – ללא זכויות סוציאליות, ובכללן הזכות לביטוח בריאות, ותוך פגיעה ממשית בזכות לחירות, חופש תנועה והתפתחות אישית.

לשיטת המשיבים, חטא המשפחה ברור. הרי מכל המועמדים הפוטנציאליים, בחרה האישה התושבת בן זוג, תושב השטחים במקור, אשר כבר היה אב לשלושה ילדים מנישואים קודמים.

המשיבים קבעו, כי מאחר שכיום, בהתאם להוראת השעה, יכול האב לקבל לכל היותר היתרי שהייה – כך יקבלו גם ילדיו. גילם של הילדים לא נלקח בחשבון. השיקול היחיד היה נוהל פנימי של המשיבים, לפיו במסגרת בקשה לאיחוד משפחות, יוענק לקטין מנישואים קודמים "מעמד זהה" להורה המוזמן. לשיטת המשיבים, נוהל זה קובע כי בשום אופן לא ניתן להעניק לילדים במצב זה מעמד בישראל. זאת, למרות שהוראת השעה עצמה קובעת שלילדים מתחת לגיל 14 יש להעניק מעמד בישראל ולא היתרי שהייה, ולמרות שהנוהל הנזכר גובש על מנת להעניק מעמד של קבע לילדים מנישואים קודמים.

הנה כי כן, זהו זרע המחלוקת בענייננו. משכך, תדון העתירה, בין היתר, בשאלות הבאות: האם יישומו של הנוהל על ידי המשיבים במקרה דנן אכן עונה על התכלית שבבסיס הנוהל? האם הוראת השעה אכן אמורה למנוע מתן מעמד בישראל לעותרים 3-5? האם יישומו של הנוהל על ידי המשיבים עומד בחובת המדינה כלפי הילדים והוריהם? האם הזכות לחיי משפחה וטובת הילד נשקלו בכלל על ידי המשיבים, טרם הוכרע כי ילדים אלה יבלו את ילדותם במעמד של תייר?

התשתית העובדתית

הצדדים לעתירה

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת קבע בישראל, המתגוררת בירושלים עם בן זוגה, העותר 2 (להלן: **העותר**), במקור תושב חברון, ועם ילדיהם. בני הזוג (להלן גם: **העותרים**) באו בברית הנישואין באוגוסט 2005 ומאז הם מתגוררים יחד בירושלים. מנישואיהם נולדו לבני הזוג בנותיהם, העותרות 6 ו-7, שנרשמו כתושבות קבע בישראל.
2. עם העותרים מתגוררים גם שלושת ילדיו של העותר מנישואיו הקודמים, העותרים 3-5 (להלן גם: **הילדים**). העותרת 3, _____, נולדה ביום 14.8.1998 בירושלים. העותר 4,

- _____, נולד ביום 11.8.2000 בחברון. העותר 5, _____, נולד ביום 20.8.2003 בחברון. העותרים 3-5 נרשמו לאחר לידתם במרשם האוכלוסין בשטחים.
3. 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.
4. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
5. 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.
6. המשיבה 3 מנהלת את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות לאיחוד משפחות ולהסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.
7. לצורך נוחות, ייקראו המשיבים 1-3 להלן: **המשיב**.

עניינם של העותרים 1-7

8. באוגוסט 1996 נישא העותר לאשתו הראשונה, הגב' ראניה סכאפי, בעלת דרכון ירדני. מנישואים אלה נולדו להם העותרים 3-5. ביום 17.5.2005 התגרש העותר מאשתו הראשונה. לאחר הגירושין, עבר העותר להתגורר עם ילדיו, העותרים 3-5, במחנה הפליטים שועפאט. אשתו הראשונה של העותר עברה לאחר הגירושין לירדן ונישאה בשנית. הקשר שלה עם ילדיה, העותרים 3-5, רופף ביותר, ומתמצה בשיחת טלפון, אחת למספר חודשים לכל היותר.
9. העותרת, תושבת קבע בישראל, מתגוררת כל חייה בירושלים. בטרם נישאה, התגוררה בבית הוריה בראס אל עמוד. באוגוסט 2005 באו העותרים בברית הנישואין ומאז הם מתגוררים יחד עם העותרים 3-5 בירושלים. תחילה התגוררו מספר חודשים במחנה הפליטים שועפאט והחל מתחילת שנת 2006 ועד היום הם מתגוררים בדירה שכורה בראס אל עמוד. כאמור, מנישואיהם נולדו לבני הזוג בנותיהם, העותרות 6 ו-7, שנרשמו כתושבות קבע בישראל.

10. אין מחלוקת כי מרכז חיי המשפחה בישראל. על סמך זאת נרשמו העותרות 6 ו-7 במרשם האוכלוסין בישראל, ועל סמך זאת קיבלו העותרים 2-5 הפניות לקבלת היתרי שהייה בישראל.

בקשת העותרת לאיחוד משפחות עם העותר ולהסדרת מעמדם של העותרים 3-5

11. ביום 22.2.2007 הגישה העותרת בלשכת המשיב בקשה ליתן מעמד לבן זוגה, העותר, ולהסדרת מעמדם של העותרים 3-5 (להלן גם: **הבקשה**). יצוין, כי עוד באוגוסט 2006 פנו העותרים למשיב בבקשה לאיחוד משפחות. אולם, מאחר שהעותר מוגדר על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (להלן: **הוראת השעה**) כ"תושב אזורי", ומאחר שבאותה עת טרם הגיע לגיל 35 – נדחתה הבקשה על הסף.

העתק הקבלה עבור הגשת הבקשה מצ"ב, מסומן **ע/1**.

12. ביום הגשת הבקשה מסר המשיב לעותרים, כי על מנת להמשיך ולטפל בבקשתם על העותרים לקבל פסק דין של בית הדין השרעי. העותרת עשתה כן וביום 21.10.2007 ניתן פסק דינו של בית הדין השרעי. פסק הדין קובע כי לעותרת יש חזקה על הילדים, והם נמצאים תחת חסותה, יחד עם אביהם, העותר.

פסק הדין של בית הדין השרעי ותרגום חופשי של פסק הדין מצ"ב, מסומנים **ע/2**.

13. ביום 20.2.2008 החליט המשיב ליתן לעותר ולשלושת הילדים, העותרים 3-5, הפניות לקבלת היתרי שהייה בישראל. בהמשך הווארד תוקפן של הפניות אלה, עד ליום 30.11.2010.

מצ"ב ההפניות מיום 20.2.2008, מסומנות **ע/3-6**.

14. החל מקבלת ההפניה הראשונה למת"ק, ועד לאחרונה, הגיעו העותרים למפקדת התיאום והקישור קלנדיה (להלן: **מת"ק קלנדיה**) בכל שנה, על מנת לקבל היתריהם עבור העותרים 3-5. בכל פעם נמסר להם על ידי פקידי המת"ק בקלנדיה כי לא ניתן להנפיק לעותרים 3-5 היתרים נוכח גילם הצעיר, ועקב כך, שהו העותרים 3-5 בישראל ללא היתר שהייה בתוקף. רק לאחרונה, ביום 17.2.2010, הונפקו היתרי שהייה לעותרים 3-5 על ידי פקידי המת"ק בקלנדיה.

15. כפי שיפורט להלן, מוטל היה על המשיב להעניק לעותרים 3-5 – ילדים בני 3, 6, ו-8 בעת הגשת הבקשה – מעמד בישראל, ולא היתרי שהייה. לאור זאת, פנו העותרים למוקד להגנת הפרט, העותרת 8. ביום 23.9.2008 פנתה העותרת 8 למשיב, בבקשה ליתן מעמד של תושבות קבע לעותרים 3-5.

מכתבם של העותרים מצ"ב, מסומן **ע/7**.

16. ביום 2.11.2008 התקבל אצל העותרת 8 מכתבו של המשיב, לפיו הוא עומד בסירובו ליתן לעותרים 3-5 מעמד בישראל. כנימוק לסירובו ציין המשיב כי על פי נהליו, ילדיו של

המוזמן מנישואים קודמים נרשמים באשרה זהה לאשרת אביהם. במקרה שלנו, מדובר במתן הפניה למת"ק לקבלת היתרי שהייה.

מכתבו של המשיב מצ"ב, מסומן ע/8.

העתירה הראשונה בעניין הסדרת מעמדם של העותרים 5-3

17. לאור העובדה שהמשיב סירב להעניק לעותרים 5-3 מעמד של תושבי קבע בישראל – הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה ביום 15.1.2009 (עת"ם 1062/09) (להלן: **העתירה הראשונה**).

18. ביום 31.3.2009 הגישו העותרים בקשה למחיקת העתירה. זאת, לאחר שהמשיב הודיע כי יהיה נכון להעביר את עניינם של העותרים לדיון בפני ועדת השגה לזרים. בהתאם, התקבל פסק דין שהחליט למחוק את העתירה.

פסק הדין בעתירה הראשונה מצ"ב, מסומן ע/9.

ההלך בפני ועדת ההשגה לזרים בעניינם של העותרים 5-3

19. לאור פסק הדין, הגישו העותרים השגה ביום 7.4.2009, בה ביקשו לראות בעתירה הראשונה כהשגה. כסעד המבוקש, ביקשו כי נציב ועדת ההשגה לזרים יורה למשרד הפנים לרשום את העותרים 5-3 במעמד של תושבי קבע בישראל.

השגה מס' 324/09 מצ"ב ללא נספחיה, מסומנת ע/10.

20. ביום 16.6.2009 הגיש המשיב את תשובתו.

תשובת המשיב ללא נספחיה מצ"ב, מסומנת ע/11.

21. ביום 5.7.2009 הגישו העותרים תגובה לתשובת המשיב.

תגובה לתשובת המשיב מצ"ב, מסומנת ע/12.

22. ביום 12.8.2009 הגיש המשיב תגובה לתגובת העותרים.

תגובה לתגובת המשיגים מצ"ב, מסומנת ע/13.

23. ביום 23.8.2009 הגישו העותרים תגובה לתגובת המשיב לתגובת המשיגים.

תגובה זו מצ"ב, מסומנת ע/14.

24. ביום 29.11.2009 ניתנה החלטה על ידי הנציבה לוועדת ההשגה לזרים, אשר דחתה את השגת העותרים (להלן: **החלטת הנציבה**).

ההחלטה מצ"ב, מסומנת ע/15.

25. הנה כי כן, לאור העובדה שסירוב המשיב להעניק לעותרים 5-3 מעמד של תושבות קבע עומד בעינו – מוגשת היום עתירה זו.

המסגרת המשפטית

להלן יטענו העותרים, כי החלטת המשיב להעניק לעותרים 3-5 היתרי שהייה בלבד איננה כדין. זאת מהטעמים שלהלן:

- א. נוהלו של המשיב – עליו מבוססת, לכאורה, עמדת המשיב – איננו מונע מתן מעמד של קבע לעותרים 3-5. נוהל זה מסדיר, בין היתר, את מתן מעמד הקבע לילדיו של המוזמן מנישואים קודמים, הנלווים אליו. המשיב גורס, כי מכיוון שההורה במקרה דנן מנוע מלקבל מעמד של קבע בהתאם להוראת השעה, כך גם מנועים ילדיו – וזאת על פי דרישת הנוהל. העותרים יטענו, כי מסקנת המשיב מנוגדת לתכליתה של הוראת השעה, עליה היא מבוססת לכאורה. תכליתה (לפחות זו המוצהרת) של הוראת השעה היא ביטחונות. הוראת השעה קובעת מפורשות, שהיא איננה חלה על ילדים בגילם של העותרים 3-5. ולכן, למרות המניעה בעניין האב, אין כל סיבה לסטות מהנוהל בעניינם של העותרים 3-5, כלומר, להימנע מלהעניק להם מעמד של תושבות קבע.
- ב. יישום הנוהל על ידי המשיב מהווה סטייה ממדיניות, שלא להשאיר ילדים מנישואים קודמים נטולי מעמד.
- ג. כבילת העותרים 3-5 בהיתרי שהייה הינה ביטול בוטה של זכויותיהם וזכויות הוריהם ואחיותיהם לחיי משפחה. היא מונעת מהוריהם לפעול בהתאם לחובותיהם כמשמורנים, פוגעת אנושות בזכויות היסוד שלהם ומפלה אותם ללא סיבה מקטינים-נלווים אחרים. חובת המשיב לשמור על זכויות אלו היא חד-משמעית ועוגנה במשפט הישראלי, ובהתחייבויות הבינלאומיות של המדינה.

סטייה מנוהל לקטינים-נלווים ללא כל עילה

מתן מעמד לקטינים-נלווים – נוהלו של המשיב

26. המשיב מסתמך בהחלטתו על נוהל פנימי שקיים אצלו, לפיו ילדיו של המוזמן מנישואים קודמים ("קטינים-נלווים") מקבלים אשרה זהה לאשרת אביהם. במקרה שלנו, טוען המשיב, כי מאחר שבאפשרותו של העותר, בהתאם להוראת השעה, לקבל היתרי שהייה בלבד – כך יקבלו גם ילדיו. העותרים יטענו, כי יישום זה של הנוהל על ידי המשיב סוטה מרוח הנוהל וממטרתו. לפי הנוהל, זכאים הילדים לקבל **מעמד של קבע**, והעובדה שאביהם יקבל היתרי שהייה בלבד, על פי הוראת השעה, אין בה כדי לפגוע בזכות זו.
27. המחלוקת בין הצדדים נסובה סביב יישומו של "נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לתושב קבע" (להלן: **הנוהל**), אשר קובע את שיטת המשיב לטיפול במתן מעמד לבני זוג זרים הנשואים לתושבי קבע. מדובר בהליך של איחוד משפחות, אשר מקנה בסופו מעמד של תושבות קבע לבן הזוג הזר. בנוסף, הנוהל מאפשר למבקש הזר לצרף לבקשתו את ילדו, מנישואים קודמים, בתנאים מסוימים. כאשר לבקשה מצורפים קטינים עד גיל 15, קובע הנוהל, כי: "אין לדרוש הוכחות להימצאות הקטינים בחזקת בן הזוג המוזמן לפחות שנתיים קודם להגשת הבקשה **ויש להעניק מעמד זהה למעמד ההורה המוזמן**".

נוהל מס' 5.2.0011 מצ"ב, מסומן ע/16.

28. בהליך איחוד המשפחות בין תושבי הקבע לבני זוגם מוענק לבן הזוג המוזמן מעמד של תושב קבע. הנוהל בעניין זה מתייחס, כאמור, גם לקטין הנלווה לבקשת הורה המוזמן וקובע כי הקטין יקבל מעמד זהה להורה – כלומר, תושבות קבע. יצוין, כי העותר בענייננו – ההורה המוזמן – אמור היה לקבל מעמד של קבע אילולא חלה עליו הוראת השעה.
29. בהקשר זה, טענתם של העותרים היא אפוא כי הוראת השעה אמנם חוסמת את ההורה מלקבל מעמד של תושבות קבע, אולם אין כל סיבה שילדו יקבל פחות ממעמד של תושבות קבע.
30. נציין, כי במכתב מיום 13.2.2007 מאת ששי קציר, מנהל מינהל האוכלוסין לשעבר, התווה משרד הפנים את מדיניותו "לפיה יש לנהוג כיום, בבקשות של קטינים נלווים". עולה מהמכתב כי הנוהל לקטינים-נלווים חל באותו אופן על ילדים מנישואים קודמים הנלווים לבן זוג של תושב, של אזרח, וילדים של בן זוג לא יהודי הנשוי לזכאי לשבות. בכל אחד מאלו, קטין מתחת לגיל 15, הנלווה לבקשת הורה למתן מעמד, יקבל "מעמד זהה למעמד ההורה" – דהיינו, מעמד של תושב או מעמד של אזרח, לפי המקרה.
- מכתב מיום 13.2.2007 מצ"ב, מסומן ע/17.
31. הנה כי כן, על פי מכתב זה, כלל לא קיימת אופציה נוספת, דהיינו הענקת היתרים לקטין-נלווה במקום הענקת מעמד. על אף שמכתב זה נכתב למעלה משלוש שנים לאחר חקיקת הוראת השעה, הוראת השעה לא נזכרת בו. משמע, גם המשיב לא חשב – כך, לפחות, נכון ליום כתיבת המכתב – שיש בהוראת השעה כדי לסכל מתן מעמד לקטינים-נלווים.
32. על אף כל זאת, טוען המשיב כיום, כי הפירוש הבלעדי של קבלת "מעמד זהה", במקרה של ילד הנלווה להורה תושב השטחים, אשר חלה עליו הוראת השעה, הינו קבלת היתר מת"ק בלבד. הסיבה הניתנת היא כי "זה הנוהל". ולכן, בניגוד לקטינים-נלווים אחרים, ילדיו של מי שחלה עליו הוראת השעה לא יקבלו מעמד של תושב קבע או אזרח, אלא מעמדם יהיה "זהה" ל"מעמד" אביהם, ושהייתם בישראל תוסדר ע"י היתרי שהייה בלבד. משמעות הדבר הינה שלפי אותו נוהל, קטינים-נלווים אחרים יהיו זכאים לשירותי בריאות אלמנטאריים ולשירותים סוציאליים אחרים, כאשר ילדים אלו, שגם הם חיים בישראל כדין, ייוותרו ללא מעמד לאורך ילדותם.

תכלית הוראת השעה

33. מסקנת המשיב מנוגדת לתכליתה של הוראת השעה, עליה היא מבוססת לכאורה. כידוע, עמדת המשיב היא, שתכליתה של הוראת השעה היא ביטחוניית. הוראת החוק, המאפשרת להעניק לבן זוגה של תושבת ישראל, שגילו מעל 35, היתר שהייה בלבד, נעוצה, כך על פי המשיב, בטעמים ביטחוניים. עם זאת, במקרה דנן עסקינן בילדים אשר היו בני 5, 8 ו-10

בעת החלטתו של המשיב. בעניינם של ילדים בגילאים אלה, קובע סעיף 3א להוראת השעה כי:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו –

(1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווה כדין בישראל;

34. המחוקק קבע אפוא במפורש, שהגיונה של הוראת השעה **איננו חל על ילדים בגילאים אלה**. המחוקק קבע כי יש להעניק לילדים אלה מעמד בישראל, וזאת מהטעם (הברור מאליו) שאינם מהווים סיכון ביטחוני. דוגמא נוספת לעמדה זו של המחוקק היא סעיף 3ד להוראת השעה, העוסק במניעה ביטחונית:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 2א3, 2ב3 (2) ו-3 (3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם...

סעיף זה קובע, כי טענה בדבר סיכון ביטחוני, ישיר או עקיף, לא תהווה עילה למניעת מעמד בישראל מילדים בגילאים 0-14. סעיף 3ד הוציא מתחולתו במכוון את סעיף 3א(1), העוסק בילדים בגילאים אלה. זאת, בשונה, למשל, מילדים בגילאים 14-18, עליהם חל סעיף 3א(2).

35. הנה כי כן, הרציונאל הביטחוני של הוראת השעה (כך לפחות, על פי עמדת המשיב), איננו חל על ילדים בגילם של העותרים 3-5. על אף זאת, ועל אף שניתן להעניק לילדים בגילאים אלה מעמד של קבע בישראל, החליט המשיב לפעול ישירות לסיכול תכלית החוק ולהעניק לעותרים 3-5 היתרי שהייה בלבד, כאשר העילה לכך היא העובדה שגם אביהם קיבל היתר שהייה.

36. טענה זו משקפת עזות מצח לא מעטה מטעם המשיב. מאחר שעל פי הוראת השעה, לא ניתן להעניק לעותר מעמד בישראל – נגזרים על הילדים חיים שלמים ב"מעמד" של תיירים, וזאת כאשר המקור למניעת המעמד הוא חוק, ממנו הם כלל לא אמורים להיפגע.

37. תשובתו של המשיב - "כי זה הנוהל" - הגיעה לאחרונה עד כדי אבסורד. במסגרת תשובתו להשגת העותרים מיום 12.8.2009, הודה המשיב בכך כי סעיף 3א(1) להוראת השעה אכן "מאפשר" הענקת מעמד לקטינים עד גיל 14, אך טען בכל זאת, כי הסעיף הנ"ל ניתן בכפוף לנוהל. (ראו תגובה לתגובת המשיגים מצ"ב, מסומנת ע/13). הנה כי כן, על פי עמדת

המשיב, **חוק הכנסת כפוף לנהליו שלו**. בהקשר זה יטענו העותרים, כי יש להצטער על כך שמושכלות יסוד בשלטון החוק טרם עשו דרכן ללשכת המשיב.

38. עוד יש להצטער על כך שטענה זו אומצה על ידי נציבת ועדת השגה לזרים, ללא הפעלת שיקול דעת מטעמה. מחד גיסא, הודתה הנציבה בכך ש"הרציונל הביטחוני של חוק הוראת השעה אינו חל על המשיגים 2-4" (ראו סעיף 41 להחלטת הנציבה). מאידך גיסא, הכרה זו **לא הובילה את הנציבה למסקנה הנגזרת ממנה** – כי אין להפעיל את ההגבלות הביטחונית של הוראת השעה על העותרים 3-5. תחת זאת, בחרה הנציבה לחזור על המנטרה של המשיב כי "זה הנוהל", וקבעה כי מכיוון שחלה על אביהם של העותרים הוראת השעה, והם נלווים לבקשתו, זכאים הם, בדומה לאביהם, להיתרי שהייה בלבד. ההסבר הלקוני שנתנה היה **כי אין לוועדת ההשגה לזרים כל סמכות לדון בשאלת פרשנות הנוהל**. (ראו סעיף 34 להחלטת הנציבה).

39. לאור סירובה של ועדת ההשגה לזרים לדון בשאלת יישומו של הנוהל, מתגבר הצורך להכרעת בית משפט נכבד זה בדבר זכותם של העותרים 3-5 לקבל מעמד של קבע. משכך, נבקש להזכיר מהי תכלית הנוהל ומהי משמעותה של החלטת המשיב, להסדיר את שהייתם בישראל של ילדים כה קטנים באמצעות היתרי שהייה.

תכליתו של "נוהל קטינים-נלווים"

40. תכליתו של נוהל קטינים-נלווים הייתה ונשארה - **לא להשאיר ילדים-נלווים נטולי מעמד**. פרשנותו של המשיב מרוקנת את הנוהל מתוכנו וסותרת את מדיניותו רבת השנים של משרד הפנים בעניינם של קטינים-נלווים.

41. הנוהל של קטינים-נלווים נבחן בעבר על ידי בית המשפט בעת"ם (ת"א) 1195/06 **קספ נ. שר הפנים** תק-מח 2006(3), 7671 (להלן: **עניין קספ**).¹ השופט ד"ר מודריק קבע בפסק הדין, כי הנוהל של קטיני-נלווה "הולך אחר טובת הילד" וכי הנוהל "התכוון למנוע ניתוק של ילד מהורה המקיים עמו קשר רגשי, תמיכה כלכלית ונפשית ומקיים בידו את החזקה המשפטית על הקטין".

42. בהמשך, הוסיף השופט ד"ר מודריק, כי "מחשבת המשיב בהתוותו את הנוהל הודרכה בין היתר **מן התפיסה הנטועה במשפטנו שהגנת התא המשפחתי מקבלת ביטוי מיוחד ומוגבר** בכל הקשור לשמירת הזיקה שבין הורה לילדו הקטין". שם. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

43. המשיב אף תיקן את הנוהל בשנת 2007, על מנת לשקף טוב יותר עקרונות אלו ועל מנת שילדים-נלווים נוספים יוכלו לחסות תחת כנפיו. עד לשנת 2007, הורה הנוהל כי אחד הקריטריונים לקבלת מעמד על פיו, הוא שהייה בישראל בחזקת ההורה המוזמן **שנתיים קודם להגשת הבקשה**. כך, נמנע מילדים רבים, אשר נותרו בחו"ל וביקשו להילוות להורה

¹ הנוהל הוזכר עוד בעבר, כך למשל בבג"ץ 3403/97 **אנקין נ' משרד הפנים** פ"ד נא(4), 522, אולם לא נערך בו דיון לגופו של הנוהל.

הנמצא כבר בישראל, לקבל מעמד. עם תיקון הנוהל, קבע המשיב כי בנוגע לבקשות המוגשות עבור קטין-נלווה שהוא בן פחות מ-15 שנים – כבר לא ידרוש המשיב הוכחות להימצאות הקטין בחזקת ההורה המבקש שנתיים קודם להגשת הבקשה. כתוצאה מכך, ילדים רבים מצאו ישועה וקיבלו לבסוף מעמד בישראל.

44. תכליתו של הנוהל היא אפוא לשמור על התא המשפחתי ועל טובת הילד. העותרים יטענו, כי פרשנותו החדשנית של המשיב, באשר לעותרים 3-5, מהוות סטייה גורפת מעקרונות אלו. במקום להגן על התא המשפחתי, גורם המשיב למצב בלתי אנושי. באופן דרקוני ביותר, חוסם המשיב בפני העותרים 3-5, ובפני כל קטין במקרה דומה, את הדרך לקבלת מעמד של קבע, בשל "חטאיי" אביהם. אין חולק, כי מדובר במקרה דנן בתא משפחתי אחד ומלוכד – בו האם והאב הם המשמורנים – והגנה עליו, משמעותה, הגנה על כל בני המשפחה, העותרים 1 עד 7.

45. העותרים יטענו, כי הענקת היתרים אינה עומדת בדרישת הנוהל להעניק לקטין-נלווה "מעמד". יש להדגיש: ילד המצויד בהיתרי שהייה זמניים איננו רוכש "מעמד" בישראל. הוא נשאר נטול מעמד, ובינו לבין ילד המשתקע בישראל כתושב קבע, קיים פער תהומי.

46. נפרט מעט את המשמעות של חיים בהיתרי שהייה:

א. בשונה ממעמד של תושבות קבע, או אף תושבות ארעית, היתר שהייה אינו מקנה כל זכויות סוציאליות. כך, למשל, קטינים הנלווים להורה תושב השטחים, לא יהיו זכאים לקבל קצבאות ילדים או קצבאות נכות, אם חלילה יזדקקו לכך. בנוסף, אותם ילדים לא יהיו זכאים לביטוח בריאות ממלכתי.

ב. בשל עיכובים רבים אצל המשיב באישור בקשות להארכת היתרים, נשארים ילדים ללא היתרים בתוקף, לעיתים תקופות של חודשים ארוכים. במצב זה, ילדים אינם יכולים לצאת את דלת ביתם, ללכת לבית הספר וכיו"ב.

ג. ילדים אשר להם היתרי שהייה בלבד – בדומה לכל מי שנחשבים "תושבי השטחים" – אינם יכולים לעבור בכל מחסום בירושלים וסביב לה. מעברם מוגבל למספר מצומצם מאוד של מחסומים (המכונים "מעברים"). עובדה זו מגבילה – ובמקרים רבים, גם מייקרת – את אפשרות התנועה של כל בני המשפחה, אשר נאלצים לעבור יחד עם אחיותיהם/אחיהם/ילדיהם באותו מעבר.

47. לאור האמור, יטענו העותרים, כי מתן היתרים לעותרים 3-5 מהווה פגיעה קשה בזכויותיהם היסוד שלהם - לחירות, חופש תנועה והתפתחות האישית. מדובר בהפליה, ללא סיבה, מקטנים-נלווים אחרים, אשר נהנים מכל אלה.

48. עוד יטענו העותרים, כי יישומו של הנוהל על ידי המשיב מעמיד את הוריהם של הילדים האלה בפני ברירות קשות. פרשנותו של המשיב גורמת לכך כי העותרת, כמוה תושבים ואזרחים רבים, תיאלץ לשקול מחדש האם לממש את זכותה החוקתית לקיים תא משפחתי בישראל עם תושב השטחים, לו ילדים מנישואים קודמים. אין חולק כי יישומו

של הנוהל על ידי המשיב מפלה ללא כל הצדקה. במקום להגן על התא המשפחתי, אי הענקת מעמד של קבע לעותרים 3-5, משמעו, הצבת אילוץ חד משמעי ובלתי סביר לפני העותרים 1-2: לשקול עזיבת ישראל לטובת הילדים או להיפרד זה מזו.

49. התנהלות המשיב ביישומו של הנוהל הינה שערורייתית, ותגובתו הלקונית של המשיב "כי זה הנוהל" נגועה בחוסר תום לב. יישומו של המשיב את הנוהל הוא יישום ציני, הנגוע בשיקולים זרים, ומנוגד, כפי שראינו, לתכליתו של הנוהל עצמו ושל הוראת השעה.

הפרת הזכות לחיי משפחה והתעלמות מטובת הילד

הזכות לחיי משפחה

50. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. המשפט הישראלי מכיר בערך של חיי משפחה תקינים כערך מרכזי ויסודי הראוי להגנת החברה:

[...] שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו 'התא הראשוני ... של החברה האנושית' (השופט חשין בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלת ישראל); הוא 'מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה' (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל.

כבי' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 783.

לעניין זה ראו עוד:

בע"א 238/53 כהן נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח(4) 35; בג"ץ 488/77 פלוני 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, פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108.

51. כחלק מהזכות לחיי משפחה, מכיר המשפט הישראלי בזכותו של אזרח או תושב "לבור בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל." בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 787 (להלן: עניין סטמקה).

52. הזכות לחיי משפחה נתפסת כזכות חוקתית טבעית. בפסק הדין בעניין סטמקה, דן כבוד השופט חשין בחשיבות התא המשפחתי העולה כדי זכות-יסוד, כמו גם במחויבות ישראל לזכות זו, בין השאר, מתוקף חתימתה על אמנות בינלאומיות המכירות בחשיבות הזכות לחיי משפחה:

ענייננו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד -
לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה
באמנות בינלאומיות המקובלות על הכל ...

עניין סטמקה, 782.

53. 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,
אשר אושרה ע"י ישראל ביום 3.10.91, כי:

יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת
היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא
נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם...

ראו עוד: ההכרזה האוניברסאלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ביום
10.12.48, ס' 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.

54. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754 (להלן: פסק דין **עדאלה**) נקבע
כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם.
עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב.
הנשיא (בדימוי) א' ברק, סיכם, בפסקה 34 לפסק דינו, 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 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.

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

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

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

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

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

עניין **עדאלה**, סעיף 28 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) אי ברק.

57. השופט חשין קבע כי:

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

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

עיקרון טובת הילד

58. הקביעה כי יש לאפשר לילדים לגדול בתא משפחתי יציב ואוהב, באה לשרת עיקרון רחב יותר, המוכר במשפט הישראלי והבינלאומי – עקרון טובת הילד. על פי עקרון זה, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. כל עוד הילד הוא קטין וכל עוד הורהו מתפקד כראוי, טובתו מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו.

59. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.
60. מעבר לכך, עקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1), 459, עמ' 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי."
61. גם במשפט הבינלאומי נהנה עקרון טובת הילד ממעמד של עקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של האמנה בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221). האמנה, אותה אישרה מדינת ישראל ביום 4.8.1991, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. (ראו: המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה). בפרט, קובע סעיף 3 של האמנה כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.

זכות הילד להתפתחות

62. הסירוב ליתן מעמד בישראל איננו מונע אפוא מהילדים רק זכויות אזרחיות. מדובר גם בפגיעה בזכותם של הילדים לשמירה על בריאותם, להתפתחות יכולות וכישורים שיאפשרו להם לחיות בכבוד, ובזכותם לחיות ברמת חיים מינימאלית, שתאפשר את מימושן של זכויות אלה. זכויות אלה כלולות ב**זכות להתפתחות**,² אשר מצאה את ביטוייה ב**סעיף 6 לאמנה בדבר זכויות הילד**, ולפיו:

1. המדינות החברות מכירות בזכותו הטבעית של כל ילד לחיים.

2. המדינות החברות יבטיחו עד מירב המידה האפשרית את הישרדות הילד והתפתחותו.

זכות זו מהווה את הבסיס להתפתחותם התקינה של ילדים, והיא מכוונת לספק את כל צרכיהם, הפיזיים, הנפשיים, החברתיים, הכלכליים והתרבותיים. **הזכות להתפתחות היא זכות ייחודית לילדים, בשל היותם קבוצת אוכלוסייה שמתפתחת בכל שלבי הילדות עד לבגרות.** ילד שאין לו תנאים נאותים להתפתח, הוא ילד שלא יינה מהזכות לכבוד ולשוויון.³ יצוין, כי סעיף 6 האמור מהווה אך את המסגרת הכללית לזכות זו באמנה. סעיפים רבים אחרים מתייחסים באופן ספציפי לזכויות הקשורות בזכות להתפתחות. (כך

² ראו: א' בן אריה ואח', "זכות הילדים להתפתחות – תפיסות ועמדות של ילדים ישראלים ופולסטינים בנוגע לזכויות הילד", המשפט 22 (2006) 52-62, בעמוד 53. את המאמר ניתן למצוא בקישור: http://www2.colman.ac.il/law/hamishpat_j/22/Ben%20Arye.pdf

³ ראו: ס' רוטלוי, "אחריות המדינה בקיום זכויות ילדים", המשפט 22 (2006) 3-11, בעמוד 10. את המאמר ניתן למצוא בקישור: http://www2.colman.ac.il/law/hamishpat_j/22/Rotlevi.pdf

למשל, הזכות להתפתחות פיזית – הזכות לבריאות – עוגנה בסעיף 24 לאמנה. הזכות להתפתחות נפשית עוגנה, בין היתר, בסעיפים 28 ו-29 לאמנה, העוסקים בחינוך, וכו').

63. הזכות להתפתחות זכותה למעמד של זכות יסוד בפסיקת בית המשפט העליון. כך, קבעה השופטת דורנר באחת הפרשיות:

זכותו של כל ילד - ואף היא זכות יסוד - כי צרכיו הפיזיים והנפשיים יסופקו ברמה הדרושה להתפתחותו התקינה, לזכות זו של ילד, שהוא חסר ישע התלוי באחרים, מעמד בכורה.

דנ"א 7015/04 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66.

ראו גם (בהקשר של זכותו של קטין בעל מוגבלות), פסק דינו של השופט א' לוי בבג"ץ 7974/04 **פלוני נ' שר הבריאות**, תק-על 2005 (2) 1376.

להשלמת התמונה בהקשר של זכות זו, ראו התייחסות נרחבת לעניין בדו"ח **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה**, בראשות השופטת ס' רוטלוי, שפורסם בדצמבר 2003 (עמודים 167-206 לדו"ח). בחלק הכללי של דו"ח רוטלוי ניתן לצפות באתר משרד המשפטים בקישור:

http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/658D27AD-F09E-4E67-A7F6-29971ADBFB0BF/0/DOH_HAVEADA_11.pdf

חובת המשמורן

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

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

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

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

וראו עוד סעיף 373 לחוק.

היישום לעניינים של העותרים

65. לאור כל האמור, יטענו העותרים, כי פרשנותו של הנוהל על ידי המשיב, לפיה נשארים העותרים 3-5 בהיתרי שהייה לאורך ילדותם, פוגעת אנושות בזכות החוקתית של העותרים לחיי משפחה – גם של ההורה וגם של הילד, בעיקרון טובת הילד, בזכותם של העותרים הקטינים להתפתחות, ובחובות העותרים 1-2 כלפי ילדיהם.
66. אין חולק, כי העותרים בענייננו מהווים תא משפחתי מלוכד ומתפקד. כך התרשם בית הדין השרעי בירושלים, כאשר העניק גם לעותרת חזקה על העותרים 3-5, וקבע כי שני בני הזוג אחראים על ענייניהם ועל גידולם של הילדים. כך התרשם גם המשיב עצמו, כאשר אישר את הבקשה לאיחוד משפחות עבור העותר ועבור העותרים 3-5.
67. דא עקא, שעל אף הכרתו של המשיב באמור לעיל, הוא מסרב להעניק לעותרים 3-5 מעמד בישראל. נטען על ידי המשיב, כי מכיוון שמתאפשרת שהייתם של העותרים 3-5 לצד הוריהם בישראל, אין המדובר בפגיעה בשלמות התא המשפחתי. ועוד נטען על ידיו, כי פרשנותו היא "סבירה ונופלת בגדר מתחם שיקול הדעת המוענק למשיב בבואו לשקול בקשות לאיחוד משפחות." ראו תשובת המשיב, אשר צורפה לעיל כנספח ע/11.
68. תגובות אלו של המשיב – מוטב היה שלא היו נטענות. הרי ברור הוא, כי יש הבדל תהומי בין שהייה בישראל באמצעות היתרים לבין קבלת מעמד בישראל. כאשר ילד בן 5 מסתובב ברחבי המדינה כ"תייר", שנה לאחר שנה, בחוסר ודאות לגבי המחר, ונשללים ממנו הזכות לביטוח רפואי וקצבאות - ברי כי טובתו של אותו ילד לא נלקחה בחשבון. כאשר נמנע מהורה לעמוד בחובותיו על פי חוק ואין ביכולתו לספק את צרכיהם הפיזיים והנפשיים של ילדיו, בשל כך שהם שוהים בישראל בלי מעמד - ברי כי הזכות לחיי משפחה במקרה זה לא עמדה לנגד עיניו של המשיב.
69. המחוקק הכיר בסיכונים אלה, ולכן קבע בסעיף 3ג להוראת השעה כי יש להעניק לילדים עד גיל 14 מעמד של קבע. מבחינת המחוקק, רק הענקת מעמד של קבע תמנע פגיעה בזכותם של הורים וילדיהם. לא כך גורס המשיב בענייננו. ולכן, מתעוררת שאלה אחת בלבד: איך החובות המפורטות לעיל **לא נלקחו בחשבון** על ידי המשיב ביישומו של הנוהל?
70. בנוסף, האופן שבו מסדיר המשיב את עניינם של העותרים 3-5 מפלה את אותם ילדים ביחס ל"קטנים-נלווים" אחרים. למעשה, העותרים 3-5 מוצאים עצמם במצב גרוע יותר מכל "קטין-נלווה" אחר. בשעה שקטינים-נלווים אחרים יזכו למעמד של תושבי קבע או אזרחים, העותרים 3-5, וקטינים הנמצאים במצב דומה, יבלו את שנות ילדותם כבולים בהיתרי שהייה בלבד.
71. לפי החלטת הממשלה 156, אפילו ילדי עובדים זרים יהיו זכאים לקבל מעמד של קבע לפני העותרים.
72. מן המקובץ עולה, שכאשר מדובר בקטינים הנלווים לתושב השטחים, עמדת המשיב הינה שראוי לוותר על חובותיו הרבים בעניין מימוש הזכות לחיי משפחה ועיקרון טובת הילד.

העובדה שמדובר בהענקת היתרי שהייה לילדים צעירים, כולם מתחת לגיל 12, אשר חיים בישראל תחת המשמורת החוקית של העותרים 1-2, ששוהים בישראל כדין, כנראה איננה מטרידה את המשיב.

73. לאור כל האמור, יטענו העותרים, כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, המשפט הישראלי וההתחייבויות הבינלאומיות של המדינה, **מחייבים כי המשיב יעניק לעותרים 3-5 מעמד של תושבי קבע.**

עניינה המיוחד של המדינה

74. אף אם נניח בצד לרגע את טענותינו הקודמות, הרי שסעיף 3ג להוראת השעה מאפשר למשיב להעניק לעותרים 3-5 מעמד בישראל, כאשר מתן המעמד הוא "מעניינה המיוחד של המדינה."

75. קובע סעיף 3ג להוראת השעה:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל, אם שוכנעו כי התושב או האזרח כאמור מזדהה עם מדינת ישראל ויעדיה וכי הוא או בן משפחתו פעלו פעולה של ממש לקידום הביטחון, הכלכלה או ענין חשוב אחר של המדינה, או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי העניין, הם מעניינה המיוחד של המדינה; בפסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד. (ההדגשה הוספה – ל.ב.).

76. בענייננו, מדובר בילדים, שמרכז חייהם בישראל ומרכזי חיי התא המשפחתי אליו הם שייכים נמצא בישראל, ושבודאי אינם מהווים סיכון ביטחוני. האין מתן מעמד לילדים אלה מעניינה המיוחד של המדינה? האם מניעת פגיעה בזכויותיהם האזרחיות והחברתיות של ילדים איננו אינטרס מובהק של המדינה?

הבחנות בעייתיות של נציבת ההשגות לזרים

77. העלינו עד כה את הבעיות המהותיות העולות מעמדת המשיב. בעיות אלה הן גם נחלתה של החלטת הנציבה ועל כן דנו בהן עד כה כמקשה אחת. עם זאת, החלטת הנציבה נגועה במספר הבחנות בעייתיות נוספות, אשר לא ניתן להתעלם מהן. נפרט להלן הבחנות אלה.

78. **חוסר הבנת הליך איחוד המשפחות וכוונת הנוהל:** כאמור בסעיף 27 לעיל, כוונת הנוהל הינה הסדרת מעמד של בן זוג זר הנשוי לתושב קבע והסדרת מעמדם של ילדיו מנישואים קודמים. מעמד ההורה המוזמן, אותו מסדיר הנוהל, הוא מעמד של תושב קבע, וזהו גם המעמד אותו יקבלו ילדיו. הנציבה טוענת, בסעיף 41 להחלטה, כי העותרים 3-5 נמצאים

בישראל "אך ורק מכח מעמדו" של אביהם. כן היא טוענת, בסעיף 37 להחלטה, כי בן הזוג המוזמן מקבל מעמד רק "מטעמים הומניטאריים" וכי ילדיו הינם "מוזמנים של מוזמן". בכך טועה הנציבה. העותרים 3-5 נמצאים בישראל מכח בקשה לאיחוד משפחות – בקשה אשר כוללת את העותר וכוללת גם אותם. קבלת מעמד במסגרת בקשה זו נובעת **מכוח זכותו של בן הזוג התושב לחיי משפחה** ולא מ"טעמים הומניטאריים." (ראו בעניין זה פסק הדין בעניין **עדאלה**, בין היתר, סעיפים 25, 27, 30-36 לפסק דינו של הנשיא ברק וסעיפים 6-7 לפסק דינה של השופטת בניש). אמנם, נמנע מהעותר לקבל מעמד של תושב קבע, בשל הוראת השעה, אולם אין כל מניעה להעניק מעמד של קבע לילדיו, על פי זכותם, במסגרת הבקשה לאיחוד משפחות.

79. **חוסר הבנה של המונח "מעמד"**: בסעיף 42 להחלטתה, טוענת הנציבה כי העותרים 3-5 אינם "מחוסרי מעמד בארץ", מכיוון שזכאים הם לקבל היתרי שהייה. כאמור בסעיף 45 לעיל, ילד המצויד בהיתרי שהייה זמניים לא רכש "מעמד" בישראל. ולכן, החלטה להעניק לקטין-נלווה היתרים בלבד, אינה עומדת בדרישת הנוהל להעניק לו מעמד.

80. **חוסר הבנה של טענת העותרים**: כאמור, טוענים העותרים, כי זכותם של העותרים 3-5 לקבל מעמד של קבע מעוגנת בנוהל, אשר מורה להעניק מעמד של קבע לילד הנלווה לבקשת ההורה לאיחוד משפחות. אך בסעיף 38 להחלטתה, מפרשת הנציבה שלא כהלכה עמדה זו. לפי הבנתה, טוענים העותרים, כי "זכאים המשיגים 2-4 למעמד בפני עצמם, בנייתוק ממעמדו של אביהם, האפוטרופוס הטבעי שלהם, **ומכח זכות עצמאית שקמה להם, בהיותם קטינים המתגוררים בתחומי ישראל**". ויודגש: העותרים מעולם לא טענו זאת. העותרים 3-5 הם חלק בלתי נפרד מתא משפחתי אחד, בצוותא עם העותרת 1, תושבת ישראל, העותרות 6 ו-7, אחיותיהם, שגם להן מעמד של תושבת קבע והעותר – אביהם, השוהה בישראל בהיתר. מכח עובדות אלה פנו העותרים בבקשה ליתן מעמד לעותרים 3-5. העותרים 3-5 אינם אך קטינים המתגוררים בישראל, ללא כל קשר – משפחתי או אחר – למדינה. יש להצטער אפוא כי הנציבה החליטה לדחות את ההשגה על בסיס חוסר הבנה זה. (ראו סעיף 43 להחלטה).

81. **התכחשות לעיקרון טובת הילד**: הנציבה טוענת, כי במקרה של העותרים 3-5 לא קיימת שום חובה לשקל את טובת הילד ולהעניק לילדים מעמד של קבע, בהתאם לכך. לשיטתה, העיקרון של טובת הילד מגן על קטינים שהם תושבים או אזרחים, ולא על קטינים הגדלים בישראל ללא זכות שהייה ושהם "רק נמצאים כאן." (ראו סעיף 32 להחלטת הנציבה). בעניין ילדים אלה, לא מצאה הנציבה, כי למדינה ישנה חובה כלשהי לדאוג למעמדם. דא עקא, וכפי שהוזכר לעיל, במקרה דנן, לא מדובר בילדים "שרק נמצאים כאן", אלא בילדים השוהים בישראל כדין. מדובר בילדים השייכים לתא משפחתי אחד עם תושבת ישראל, והמשיב עצמו הכיר בכך בנוהל נשוא העתירה.

82. **אי רלוונטיות של הדיון בעניין פסק דינו של בית הדין השרעי**: הנציבה הקדישה פרק שלם לשאלת "מעמדו של צו בית הדין השרעי" (סעיפים 35-36 להחלטה). בית הדין השרעי קבע, כי יש לעותרת חזקה על העותרים 3-5. הנציבה טענה בסעיף 36, כי היא אינה רואה בפסק

הדין תימוכין לכך שהאב אינו מסוגל להחזיק בילדיו. אולם העותרים מעולם לא טענו כי העותרת ממלאת את מקומו של העותר. טענת העותרים תמיד היתה, כי מדובר בתא משפחתי מלוכד, וכי העותרת היא המשמורנית של העותרים 3-5 **יחד עם העותר**. כך גם נאמר בהחלטת בית הדין השרעי עצמה. פסק הדין המורה על חזקה בידי העותרת אין בו כדי להפחית מזכותו וחובתו של העותר כאפוטרופוס הטבעי של העותרים 3-5. המשיב קיבל את קביעתו של פסק הדין של בית הדין השרעי, ואישר את הבקשה לאיחוד משפחות, אולם כיום הוא נמנע מלקיים את הנוהל ומסרב להעניק לעותרים 3-5 מעמד בישראל.

סיכום

לאור כל האמור, יטענו העותרים, כי אין לאמץ את מסקנותיה של הנציבה ואת עמדתו של המשיב. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב להעניק מעמד של קבע לעותרים 3-5, אשר נדרש על פי דין. כן מתבקש בית המשפט לחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

ירושלים, 25 בפברואר, 2010.

ליאורה בכור, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 55783)