

עת"מ 52454-12-10
מוגש בהמשך לעת"מ 311/06 מוראר נ'
משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט
משה סובל מיום 21.8.2008.

- בעניין:
1. ע' מוראר, ת.ז. 023238009, מירושלים
 2. ה' מוראר, ת.ז. 850416769, יליד 2.9.1988
 3. מ' מוראר, ת.ז. 852739739, יליד 31.1.1991
 4. י' מוראר, ת.ז. 086952769, ילידת 23.5.1993
 5. ד' מוראר, ת.ז. 850982315, ילידת 30.11.1986
 6. ח' מוראר, ת.ז. 086952777, יליד 26.6.1997
 7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.
כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
טל: 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

מדינת ישראל – שר הפנים.
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' המח"ל 7, מעלה דפנה, ירושלים
טל: 02-5419512; פקס: 02-5419582

המשיבים

עתירה מינהלית

מוגשת בזאת עתירה המבקשת מבית המשפט הנכבד להורות למשיב, להסדיר את מעמדם בישראל של ילדיה של העותרת 1, העותרים 2-4, כתושבי קבע של מדינת ישראל.

פתח דבר

1. לעותרת 1, תושבת קבע של מדינת ישראל, חמישה ילדים. לשניים מבין הילדים אושר מעמד של תושבות קבע (העותרים 5 ו-6), ילדה אחת, הינה תושבת ארעית (העותרת 4), ושני ילדים נוספים אווזים בהיתרי שהייה צבאיים (העותרים 2 ו-3).
2. עניינה של העתירה בהסדרת מעמדם הקבוע של העותרים 2-4, כך שלכל ילדיה של העותרת יהיה מעמד יציב וקבוע השווה למעמדה שלה. בהתאם לכך, עוסקת העתירה בהחלטתו הבלתי סבירה של המשיב, בין היתר באמצעות וועדת ההשגה, לראות בעותרים 2-4, תושבי שטחים, בעניינם יש להחיל את חוק הוראת השעה – וזאת במקביל לקביעה באשר לבת הבכורה, העותרת 5 – כי היא איננה תושבת שטחים. הבקשה עבור כל האחים הוגשה ביום 31.10.2004 במאוחד, כאשר הילדים, קטינים, היתומים מאביהם, סמוכים על שולחן האם חולקים מרכז חיים משותף בירושלים. הבקשה עבור כל הילדים הוגשה טרם שינוי הגדרת המונח "תושב אזור" בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן – **חוק הוראת השעה**).
3. ויובהר כבר כעת, אמנם האחות הבכורה, העותרת 5, נולדה בישראל, בשונה מחמשת אחיה הקטנים, אשר נולדו בשטחים – אולם, חוק הוראת השעה אינו מבחין בין ילדים על בסיס מקום לידתם, אלא אך ורק בהתייחס לרישום במרשם הפלסטיני ולמרכז החיים בשטחים או בישראל. רציונל הקביעות בעע"מ 5569/05 מ"י נ' **עוויסאת** (להלן – **פרשת עוויסאת**) אשר נסובו על עניינם של ילדים שנולדו בישראל, יפה גם באשר לילדים שנולדו מחוץ לישראל – ובלבד שהילדים, הינם קטינים, המקיימים מרכז חייהם בירושלים עם ההורה התושב, וכאשר הבקשה עבורם הוגשה בתקופת ההגדרה המוקדמת בחוק למונח תושב שטחים.

4. משנקבע במסגרת פרשת עוויסאת, כי יש לייחס לעקרון טובת הילד "משקל משמעותי וניכר" כאשר "פרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהעדר מניעה ביטחונית או פלילית קונקרטי, יהיה על שר הפנים ליתן לקטין מעמד זהה לזה של אמו [] של אביו בעלי מעמד בישראל" (שם, פסקה 20) ומשיושמו עקרונות פרשת עוויסאת בעת"מ (י-ם) 311/06 מוראר נ' משרד הפנים (פסק דינו של כב' השופט משה סובל מיום 21.8.2008) בעניינה של אחות העותרים דכאן, ביחס למרכז החיים של בני המשפחה עצמם, ומשקבעה וועדת ההשגה כי על פי קביעות פסק הדין יש ליתן לעותרת 5, אחותם של העותרים, שהיתה בת 17 ו-11 חודשים בעת הגשת הבקשה בעניינה, מעמד של קבע – ברי, כי קביעות אלה ולצדן עקרון העל בדבר טובת הילד – חלים גם על אחיה של העותרת 5 – הילדים, העותרים 2-4, אשר ניהלו מרכז חיים בירושלים יחד עם אחותם ובקשתם הוגשה במאוחד עמה.

פסק הדין בעת"מ 311/06 מצ"ב ומסומן ע/1.

הצדדים

5. **העותרת 1**, תושבת מדינת ישראל, היא אמם של העותרים 2-6. העותרת התאלמנה מבעלה, שהיה תושב שטחים ושבה להתגורר בקרב משפחתה בירושלים.

6. **הסעדים המבוקשים בעתירה נסובים על הסדרת מעמדם של העותרים 2-4**, הילדים ה', מ' ו-י', אשר נולדו בשטחים ואשר לאחר מות אביהם שבו לחיות עם אמם בירושלים, בה הם גרים עד היום, מזה שנים ארוכות. המשיב מסרב ליתן לעותרים 2 ו-3 מעמד בישראל, ומאשר את שהייתם באמצעות היתרי מת"ק בלבד. לעותרת 4, תושבות ארעית, המשיב מסרב ליתן לה מעמד של קבע ומבקש להמתין עם הכרעה בעניינה עד למתן פס"ד בעע"מ 5718/09 שר הפנים ואח' נ' סרור.

7. **העותרת 5**, נולדה ביום 30.11.1986, בירושלים. היא מתגוררת בירושלים עם אמה, אחיה ואחיותיה. המשיב סרב להקנות לעותרת 5 מעמד בישראל – אולם ביהמ"ש בעת"מ 311/06 וועדת ההשגה קבעו כי העותרת 5 איננה תושבת שטחים על שום מגוריה בירושלים בתקופה הסמוכה למועד הגשת הבקשה להסדרת מעמדה. בהתאם לכך נקבע, כי יש להסדיר את מעמדה כתושבת קבע. חרף קביעת ביהמ"ש וועדת ההשגה, עד היום לא הסדיר המשיב בפועל את מעמדה.

8. **העותר 6**, הילד ח', גר עם אמו ואחיו בירושלים. לח' שהיה בן שנתיים כששב עם אמו לישראל, ניתן מעמד של קבע.

9. **העותרת 7**, עמותה רשומה שמשרדיה בירושלים המזרחית, שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.

10. **המשיב** הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לקבלת מעמד בישראל, לרבות בקשות להסדרת מעמדם של ילדים

רקע עובדתי

11. ביום 31.10.2004 הגישה העותרת, תושבת ישראל, אלמנה, המתגוררת בירושלים, בקשה להסדרת מעמדם של חמשת ילדיה הקטינים. באותו מועד היה העותר 2, הבן ה', יליד 2.9.1988, בן 16 שנה, הבן מ', יליד 13.1.1991, היה בן 13 + והעותרת 4, הבת י', ילידת 23.5.1993, היתה בת 11 +. אחותם הבכורה שלך הילדים, ד', ילידת 86, היתה בת 17 ו-11 חודשים. לאחרונה נקבע כי על המשיב להעניק לה מעמד של קבע, משום שהיא איננה תושבת

שטחים. משום מה החליט המשיב הוא עצמו ובאמצעות וועדת ההשגה, שלא להחיל את אותה קביעת תושבות בדבר העותרת 5 על שני אחיה ועל אחותה.

בקשת העותרת מצ"ב ומסומנת ע/2.

12. הבקשה להסדרת מעמדם של כל הילדים הוגשה שנים אחדות לאחר שהעותרת התאלמנה מבעלה, אבי הילדים ושבה להשתקע באופן בלעדי בירושלים. העותרת ביססה את מרכז חייה בירושלים, אולם גילתה כי המשיב ביטל את מעמדה בישראל ללא התרעה והודעה על כך. אי לכך, ביקשה העותרת לבטל את ההחלטה על שלילת המעמד ולהסדיר מעמדם של ילדיה. מרכז חייה של העותרת בירושלים הוכר ע"י המוסד לביטוח לאומי, וכעבור זמן מה גם ע"י המשיב, אשר קיבל את בקשתה לבטל את ההחלטה על שלילת מעמדה וקבע כי הינה תושבת קבע בישראל. יצוין, כי בהיות הילדים יתומים מאב – אין לילדים כל אפשרות לחיות בשטחים, במנותק מאמם. לא רק זאת, דודיהם של הילדים שבשטחים, להוציא דוד אחד, נפטרו אף הם ממחלה קשה, בדומה למחלת האב. לילדים אין סבא וסבתא מצד אביהם.

החלטה על השבת המעמד מצ"ב ומסומנת ע/3.

13. בעת"מ 311/06 שהוגש בעניינה של המשפחה, נקבע באשר לשלילת התושבות וזכותה של העותרת לבקש הסדרת מעמדם של ילדיה:

במצב דברים זה יש מקום לפרש את ההחלטה באופן המיטיב עם העותרת, ולראות בהחלטה מיום 31.1.05 לא רק השבה של רישיון ישיבת הקבע מכאן ואילך אלא הכרה של משרד הפנים בכך שלא היה מקום להודעה מיום 8.9.04 על פקיעת הרישיון. ביטול ההודעה מעיקרה גורם לכך שהאם יכולה הייתה להגיש ביום 31.10.04 בקשה לרישום בתה-העותרת במרשם האוכלוסין הישראלי. מאחר שביום זה העותרת עדיין הייתה קטינה, אין מקום לסירוב לדון בבקשה. (שם, סעיף 4).

פסק הדין אמנם ניסוב על עניינה של העותרת 5 ועל כן מתייחס אליה בלשונו – ואולם, ברי, כי הקביעה בו יפה לכל ילדיה של העותרת, אשר הבקשה האמורה הוגשה עבורם במאוחד עם אחותם, כקטינים המתגוררים יחד עם אמם בירושלים.

14. ביום 15.12.2005, כמעט שנה לאחר השבת המעמד, הוכרעה הבקשה להסדרת מעמד ילדיה הקטינים של העותרת, באופן שהעותרים 4 ו-6 קבלו מעמד, ארעי וקבוע בהתאמה. הבקשה עבור שלושת הילדים הגדולים יותר סורבה.

החלטת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/4.

15. העותרים לא השלימו עם ההחלטה בעניינם והגישו עתירה - עת"מ 311/06. במסגרת העתירה הוסדרה שה' בישראל של העותרים 2 ו-3 באמצעות היתרים, ונקבע כי העתירה לגביהם נמחקת – וזאת מבלי שעניינם נדון. ביהמ"ש פסק אפוא רק בעניינה של הבת הבכורה, העותרת 5, אשר המשיב דחה כליל את בקשתה למעמד, באופן שהותיר אותה יחידה מבין חמשת האחים ללא מעמד וללא היתר שהייה בישראל. ביהמ"ש ביטל את החלטת המשיב לסרב לבקשה עבור העותרת 5 וקבע, כי האם היתה רשאית לבקש את השבת מעמדה בכפיפה אחת עם הבקשה להשבת תושבותה. (רי' סעיף 4 לפסה"ד). לאחר שהגיע בית המשפט הנכבד למסקנה זו, הוסיף וקבע, כי ככל שיימצא, כי במועד הגשת הבקשה – 31.10.2004 ובסמוך לכך, התגוררו בני המשפחה בישראל, אזי אין לראות בעותרת 5 תושבת שטחים. באם ייווכח המשיב כי העותרת איננה תושבת שטחים, כי אז, בהיותה ילידת ישראל, יוענק לה מעמד של קבע מכח תקנה 12, לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974:

ככל שהבדיקה שתיערך תעלה כי מרכז החיים של העותרת בתקופה הסמוכה להגשת הבקשה בעניינה ביום 31.10.04 היה מצוי בישראל, כי אז עשויה להיות מוסרת גם המניעה בה נתלה משרד הפנים בהסתמך על חוק הוראת השעה. אמנם העותרת הגיעה לגיל בגירות לפני התיקון של חוק הוראת השעה המאפשר הגשת בקשה לאיחוד משפחות עבור ילד מעל גיל 12. אלא שנתון זה עשוי להשפיע על העותרת רק כל עוד היא באה בגדר ההגדרה של "תושב אזור" בסעיף 1 לחוק. בעע"מ 5569/05 הנ"ל נפסק כי אותן בקשות לקבלת מעמד בישראל בהן טיפולו של משרד הפנים הסתיים לפני תיקון ההגדרה בחודש אוגוסט 2005, נשלטות על ידי ההגדרה המקורית ולא על ידי ההגדרה המתוקנת. כזו היא הבקשה הנוגעת לעותרת שלפנינו, שטיפולו של משרד הפנים בה הסתיים עם דחיית הבקשה ביום 24.2.05. ההגדרה המקורית בסעיף 1 לחוק הוראת השעה הייתה: "תושב אזור" – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". הגדרה זו פורשה על ידי בית המשפט העליון כ"ש"תושב אזור" מכון "לכל מי שמתגורר בפועל באזור (אף אם אינו רשום במרשם האזור) ולא לכל מי שרשום במרשם האזור (אף אם אינו מתגורר באזור)... זאת, משום שהתכלית הבטחונית של חוק הוראת השעה תושג גם אם הצליח המבקש מעמד בישראל להוכיח, כי על אף רישומו באזור הוא מנותק ממנו, כיוון שאין הוא מתגורר באזור ואין לו זיקות לאזור מלבד 'זיקת הרישום'" (שם, פסקה 13). בהתאם לכך נקבע (שם, בפסקה 15) כי כאשר משרד הפנים מטפל בבקשה לרישום קטין, ואותה בקשה כפופה לנוסח המקורי של הגדרת "תושב אזור", אין מקום להחיל על הקטין באופן אוטומטי את חוק הוראת השעה רק בשל עצם רישומו במרשם האזור, אלא יש לאפשר לקטין להוכיח כי פרט לאותו רישום אין לו זיקה נוספת לאזור. הלכה זו, הישימה כאמור גם לגבי העותרת, מאפשרת לה לנסות ולהוכיח כי בעת הגשת הבקשה לרישומה בישראל ביום 31.10.04 לא הייתה לה כל זיקה נוספת לאזור פרט לרישומה בו. (שם, סעיף 7. ההדגשה שלי – ע.ל.).

יישום המתווה לעיל, בעניינם של אחיה הצעירים של העותרת 5, מוביל למסקנה הברורה כי בשלב ראשון היה על המשיב לבחון גם ביחס לאחים - האם הם תושבי שטחים וזאת על פי מרכז חייהם וזיקותיהם בעת הגשת הבקשה. עניין זה נבדק והוכח למשיב, ביחס למשפחה כולה, במסגרת בחינת עניינה של העותרת 5, באשר האחים התגוררו וחיו בירושלים יחד עם אחותם הבכורה. משהוכח למשיב על פי מבחן הפסיקה המתואר לעיל, כי ילדי המשפחה אינם תושבי שטחים, היה עליו להעניק להם מעמד על פי המדיניות שעוגנה בעת"מ 402/03 ג'ודה נ' משה"פ (להלן – נוהל ג'ודה). בנוהל זה נקבע כי ילדים שלא נולדו בישראל, ושחוק הוראת השעה לא חל בעניינם, יקבלו מעמד ארעי לשנתיים, שלאחריו אם הם מוסיפים לחיות עם ההורה הישראלי המשמורן בישראל ישודרג מעמדם למעמד של קבע. הוא הדין בעניינם של העותרים 4-2.

לסיכום ולשם הפישוט:

לאחר בדיקות נקבע ע"י וועדת ההשגה, בעקבות עת"מ 311/06, כי לאחות הגדולה אין זיקות לשטחים והיא איננה תושבת שטחים לעניין תחולת חוק הוראת השעה.

הילדים כולם גרו יחד עם אמם בירושלים במועד הגשת הבקשה ובשנים שקדמו לכך ועודם גרים עם אמם בירושלים עד היום.

הנה כי כן, הקביעות לגבי אחותם של העותרים, העותרת 5, צריכות לחול גם בעניינם של אחיה הקטנים, שהתגוררו עמה וזאת מקל וחומר.

האחות הגדולה – נולדה בישראל ועל כן יש להסדיר את מעמדה מכח תקנה 12 – וליתן לה תושבות קבע.

האחים הצעירים, העותרים 4-2 – נולדו מחוץ לישראל ועל כן יש להחיל בעניינם את נוהל ג'ודה – להסדיר מעמדם כתושבים ארעיים בהליך מבחן למשך שנתיים, שלאחריהם ישודרג מעמדם לקבוע. הואיל והעותרים 4-2 מצויים בישראל בהליך מבחן מזה שנים ארוכות מאז אושרה בקשתם – הרי שהיום יש לשדרג את מעמדם למעמד קבוע.

המגעים עם המשיב

16. במסגרת המגעים בעתירה 311/06 הונחו העותרים 2 ו-3 לעדכן את בקשתם משנת 2004. בהתאם לכך, הוזמנו העותרים ללשכת המשיב ליום 9.7.06 לשם הגשת בקשה עם מסמכים עדכניים.
הבקשה מצ"ב ומסומנת ע/5.
17. הבקשה עבור העותרים 2 ו-3 אושרה ביום 15.2.07, באופן שהעותרים קבלו הפניות לקבלת היתרים צבאיים ממפקדת התיאום והקישור (מת"ק). כזכור ביום 15.12.2005 הודיע המשיב כי אחותם של העותרים, העותרת 4 תקבל מעמד ארעי – אשר מאז מתחדש מדי שנה ואינו משודרג לקבוע.
אישור הבקשה מצ"ב ומסומן ע/6.
18. ביום 21.8.08, ניתן, כאמור, פסה"ד בעת"מ 311/06. המשיב, ככל הנראה, התקשה לקבל הוראתו החד משמעית של בית המשפט באשר לבחינת מרכז חיי המשפחה, כפי שניתנו בפסק הדין בעת"מ 311/06 ונמנע לאורך זמן מקביעת תור להגשת מסמכים עדכניים.
ר' לעניין זה פנייתו של עו"ד אוסמה חלבי לפרקליטות, לאחר שניסיונות לקבוע תור דרך לשכת המשיב העלו חרס – מצ"ב ומסומנת ע/7.
- ר' עוד מכתבה של עו"ד עמליה לב ללשכת המשיב, מצ"ב ומסומנת ע/8.
19. לבסוף, קבע המשיב לעותרת מועד להגשת מסמכים ליום 25.12.2008 - ארבעה חודשים מיום מתן פסה"ד. עד אז נמנע המשיב מכל טיפול והתייחסות להוראת ביהמ"ש. ביום 25.12.2008 הגישה העותרת את המסמכים הנדרשים בלשכת המשיב ועמם מכתב נלווה המתוארך ליום 23.12.08, בו ביקשה העותרת את שדרוג מעמד ילדיה. המשיב סרב לערוך לעותרת שימוע במועד מסירת המסמכים.
בקשת המוקד מיום 10.12.2008 להכריע בבקשה במועד התור, מצ"ב ומסומנת ע/9.
מכתב העותרים מיום 23.12.08, אילו צורפו מסמכים עדכניים, מצ"ב ומסומן ע/10.
20. ביום 27.1.09 ביקשה העותרת להאריך את אשרות השהייה של העותרים 2 ו-3. באותה הזדמנות ביקשה העותרת לשדרג מעמדו של העותר 3.
מכתב העותרת מצ"ב ומסומן ע/11.
21. במכתב מיום 19.3.2009 הזמין המשיב את העותרים לשימוע שיערך ביום 25.3.2009 – שבעה חודשים לאחר מתן פסה"ד. בניגוד לקבוע בפסה"ד, ביקש המשיב מהעותרת להביא ראיות למגוריה של העותרת 5 בירושלים מיום לידתה – כגון, פנקסי חיסונים, תעודות ב"ס מגיל 6 – ולא ממועד הגשת הבקשה ובסמוך לו.
מכתב המשיב מצ"ב ומסומן ע/12.
22. ביום 29.3.2009 נערך לעותרות 1 ו-5 שימוע, ממנו עלה כי העותרת, האם, שבה להתגורר בירושלים בשנת 1999. עלה כי משנת 1999 חיו ילדי העותרת (פרט לעותר 6 שהיה תינוק צמוד לעמו) לסירוגין בין ירושלים והגדה והצטרפו לאמם באופן מלא רציף ובלעדי בשנת 2002, לאחר שהעותרת התארגנה למעבר מבית הוריה לדירה שכורה. לידי המשיב נמסרו כל ההוכחות המעידות על מגורי העותרת, האם, בירושלים משנת 1999, וכן על מגורי

כל הילדים בירושלים, לרבות תעודות לימודים בבית הספר, הכרת המוסד לביטוח לאומי וכיוצא בכך – כאמור, על בסיס הוכחות אלה, החליט המשיב כבר בשנת 2004 להשיב לעותרת את מעמדה כתושבת קבע וכן החליט בשנת 2005 לאשר את הבקשה להסדרת מעמדם של שניים מילדיה הקטינים. באשר לעותרת 5, טען המשיב, שהבקשה מסורבת משום שבעת השבת התושבות כבר היתה בגירה. עמדה זו של המשיב נדחתה באופן חד משמעי ע"י בית המשפט. אם כך, גם המשיב לא חלק על כך שהמשפחה מנהלת מרכז חיים בירושלים במועד הרלוונטי לבקשה להסדרת מעמדם של ילדי העותרת, הוא שנת 2004. למעשה, אין כל ספק כי העותרת מתגוררת בירושלים עם ילדיה באופן רציף ובלעדי לפחות משנת 2002. יצוין, כי לאחר פטירת אביהם וכן דודיהם של הילדים, לילדים דוד אחד בלבד המתגורר בגדה.

23. במכתב מסוף אפריל 2009 ביקש המשיב מהעותרות לשלוח תצהירים בדבר מצבה האישי של העותרת 5 ומעשיה נכון לאותו מועד. בהתאם לכך, ביום 7.5.2009 נשלחו התצהירים המבוקשים.

מכתב לוואי מהעותרות והתצהירים מצ"ב ומסומנים ע/13.

24. בינתיים, ביום 10.6.09, הגישו העותרים ערר כנגד החלטת המשיב שלא לשדרג את מעמדם של העותרים 3 ו-4 וזאת נוכח פסיקה ענפה בנושא פרשנות חוק הוראת השעה ותחולתו על ילדים.

הערר מצ"ב ומסומן ע/14.

25. ביום 12.8.2009 התקבלה תשובת המשיב לפיה, לעותרת 5 זיקות לאזור ולכן בקשתה מסורבת. המשיב נימק החלטתו בכך שלעותרת 5 דודים בגדה המערבית ובשל דבריה בשימוע, כי היא **לא מבקרת** את דודיה בגדה כלל על שום החשש כי לא תוכל לשוב לירושלים. מכאן, מסיק המשיב כי לעותרת 5 זיקות לגדה המערבית, העולות כדי טעם מספק שלא להעניק לה מעמד. מהחלטת המשיב עולה, כי די ברצון של אדם לבקר דודים בשטחים, גם אם הוא לא מממשו ודי בקרובי משפחה שלא מדרגה ראשונה בשטחים, כדי למנוע מתן מעמד למי שהינו ילדו של תושב מדינת ישראל, שבקשה להסדרת מעמדו הוגשה בעודו קטין ובעת שמרכז חייו היה בישראל. מעמדת המשיב עולה כי שום ילד במצבם של הילדים שעניינם נדון במסגרת פרשת עוויסאת, לא יוכל לקבל מעמד בישראל. יצוין, כי המשיב בתשובתו התעלם מפסק דינו של בית המשפט הנכבד, כמובא בנספח ע/1.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/15.

26. ביום 17.8.09 התקבלה תשובת המשיב לערר, ובה עמד המשיב על עמדתו שלא לשדרג את מעמד הילדים.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/16.

מיצוי הליכים

27. ביום 14.9.09, הגישו העותרים השגה בעניין הסדרת מעמדם של העותרים 3-5.

ההשגה מצ"ב ומסומנת ע/17.

28. באותו היום, ניתנה החלטת יו"ר הוועדה לפיה, על המשיב להגיש עמדתו לעניין הסעד הזמני בתוך 14 יום ולעניין גוף ההשגה בתוך 30 יום. המועדים נקבעו בהתאם לנוהל 1.5.0001, בו נקבע סד זמנים להגשת עמדת המשיב ולהכרעה בהשגה.

החלטת הוועדה מצ"ב ומסומנת ע/18.

29. משלא ניתנה עמדת המשיב והחלטת הוועדה משך למעלה מחודשיים ביקשו העותרים ביום 19.11.2009, מהוועדה להכריע בהשגה ללא עמדת המשיב.

בקשת העותרים מצ"ב ומסומנת ע/19.

30. וועדת ההשגה מיוזמתה החליטה ליתן למשיב אורכה, אולם העיכוב בטיפול בהשגה על פי הדין, נמשך גם לאחר מתן האורכה, בניגוד לדין ולנוהל שקבע המשיב עצמו. בקשות ארכה חוזרות ונשנות, לעיתים לאחר חלוף המועד האחרון שכבר נקבע הוגשו לוועדת ההשגה ולמרות התנגדות העותרים – ניתנו למשיב עוד ועוד אורכות.

בקשות אורכה, התנגדות העותרים והחלטות הוועדה ליתן אורכה, מצ"ב ומסומנות ע/20.

31. במקביל, ביום 17.3.10 פנו העותרים למשיב בעניינו של העותר 2, אשר לא נכלל בהשגה, וביקשו מהמשיב לבחון מחדש את טיב המעמד שניתן לו, וזאת הן לאור החלטת ביהמ"ש בעניינה של אחותו, והן לאור התפתחויות הפסיקטיות לאחר פרשת עוויסאת, בהן התבקש לפרש את חוק הוראת השעה, באופן הפוגע בטובת הילד במידה הפחותה האפשרית.

פניית העותרים מצ"ב ומסומנת ע/21.

32. ביום 23.6.2010, השיב המשיב לפניית העותרים באשר לעותר 2, מבלי להתייחס לטענותיהם ובכלל זה לפסיקה אליה הפנו.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/22.

33. לאור תשובתו הבלתי מנומקת של המשיב, פנו העותרים למשיב פעם נוספת ביום 4.7.10, וביקשו התייחסות לטענותיהם בעניינו של העותר 2.

פניית העותרים מצ"ב ומסומנת ע/23.

34. ביום 15.8.10, דחה המשיב את הבקשה עבור העותר 2.

החלטת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/24.

35. העותרים המתינו להכרעת וועדת ההשגה בעניינה של המשפחה. בחלוף כשבעה חודשים מיום הגשת ההשגה ללא מענה, פנו העותרים ביום 28.4.10 לבימ"ש בעת"מ 40986-04-10 מוראר נ' שר הפנים, וביקשו כי בקשתם תוכרע באופן שילדי העותרת יקבלו מעמד.

העתירה ללא הנספחים, מצ"ב ומסומנת ע/25.

36. ביהמ"ש הורה למשיב להגיש תשובתו לעתירה עד ליום 2.9.10. ביום 18.8.10, בסמוך למועד שנקבע לתשובת המשיב לעתירה ובחלוף כמעט שנה מיום הגשת ההשגה, מסר המשיב את תשובתו להשגה, במסגרתה התנגד למתן מעמד לילדים העותרים והודיע לראשונה כי ייאות ליתן לעותרת 5 היתר מת"ק, כי לדידו העותרת 4 צריכה להמתין להכרעת ביהמ"ש העליון בעע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור ובאשר לעותר 3 דבק המשיב בסירובו לשדרג את המעמד.

תשובת המשיב להשגה מצ"ב ומסומנת ע/26.

החלטת וועדת ההשגה

37. ביום 31.10.10 ניתנה החלטת וועדת ההשגה. באשר לעותרת 5, קבעה וועדת ההשגה כי לאור קביעת פסה"ד בעת"מ 311/06, העותרת 5 איננה תושבת שטחים באשר היא נעדרה זיקות לשטחים בעת הגשת הבקשה עבורה באוקטובר 2004 ובסמוך לכך. משכך, נקבע, כי היא זכאית למעמד של קבע, על פי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974. ברם, משום מה, לגבי אחיה של העותרת 5, אשר בקשה עבורם הוגשה באותו מועד כאשר מרכז חייהם משותף לאם ולעותרת 5, החליטה וועדה ההשגה, כי הם דווקא הינם תושבי שטחים, לעניין תחולת חוק הוראת השעה. עוד קובעת הוועדה, כי המועד הקובע להגשת בקשה – אוקטובר 2004 – הינו המועד הרלוונטי רק עבור אחות אחת מחמשת הילדים שנכללו בבקשה, היא העותרת 5. קביעה זו אף היא איננה מתיישבת עם ההגיון הבריא או אף עם פרשנות סבירה של פסה"ד – אשר מתייחס לעותרת 5, אשר בעניינה עסק – אולם, ברי שקביעותיו בנושאים אלו ובשינויים המחוייבים – יפים בהכרח – גם בעניינם של אחיה.

38. באשר לעותר 3, קובעת וועדת ההשגה, כי ההחלטה לגבי אי תושבות בשטחים של אחותו הבכורה אינה חלה עליו, משום שהוא לעומתה לא נולד בישראל. וועדת ההשגה אינה מסבירה מדוע יש במקום הלידה כשלעצמו כדי לקבוע את הגדרת התושבות או לאיין את קביעת ביהמ"ש בעניין **מוראר** בדבר מקום המגורים בתקופת הגשת הבקשה.

39. באשר לעותרת 4, החליטה הוועדה להמתין לפסה"ד בעע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור, וזאת מבלי להתייחס לטענת העותרים, לפיה העותרת 4 כלל איננה תושבת שטחים. וזכור, כי בעניין סרור, בשונה מענייננו, חלקה המדינה על הנסיבות בגינם נקבע כי הילד אינו תושב שטחים. במקרה דכאן, לא ערערה המדינה על פסק הדין בעניינה של המשפחה, אשר הפך חלוט, ואף זכה לגיבוי וועדת ההשגה, לאחר שזו התעמקה בהוכחות שסופקו למשיב בדבר מרכז חיי המשפחה. והרי, משנקבע לגבי ילדת המשפחה, בפסק דין חלוט ובהחלטה של וועדת ההשגה כי היא איננה תושבת שטחים על שום מרכז חייה ובאין חולק כי האחים האחרים התגוררו עם אחותם וחלקו עמה את מרכז חייהם – הרי שיש בקביעה זו השלכה ישירה על האחים, אותה לא אבחנו באופן ענייני וועדת ההשגה.

40. וועדת ההשגה קוראת מפסה"ד בעת"מ 311/06 את שלא נקבע בו, משל כל ניתוח נושא התושבות בשטחים או היעדרה נובע מעצם הולדת הילד בשטחים כרכיב עיקרי וזאת בשונה מרציונל מונח התושבות הנוגע למקום מושב בפועל. וועדת ההשגה לא ביססה ניתוח זה על כל מקור משפטי.

41. משמעות החלטת וועדת ההשגה, אשר נובעת מפסה"ד החלוט בעת"מ 311/06, הינה בהכרח, כי משהוכח מרכז חיים משותף לעותרת 5 ולאחיה הצעירים, העותרים 2-4 – הרי שגם הם אינם תושבי שטחים. היות והאחים נולדו בשטחים, חל בעניינם נוהל גיודה המוזכר לעיל ולא תקנה 12.

החלטת וועדת ההשגה, מצ"ב ומסומנת ע/27.

42. בעקבות החלטת וועדת ההשגה ביקשו העותרים למחוק את העתירה, תוך השתת הוצאות משפט על המשיב. ביום 7.11.10, העתירה נמחקה. עניין ההוצאות ממתין לתשובת המשיב, אשר מתעכבת בשל השביתה.

החלטת ביהמ"ש על מחיקת העתירה, מצ"ב ומסומנת ע/28.

המשך מיצוי הליכים

43. לקראת תום תוקף אישורי השהייה השנתיים של הילדים, פנתה העותרת למשיב ביום 29.11.10, בעניינם של ילדיה העותרים 2-4, וביקשה להסדיר את מעמדם הקבוע. בקשת השדרוג הוגשה בעקבות החלטת וועדת

ההשגה, לפיה על המשיב להסדיר את מעמדה של העותרת 5, באשר היא איננה תושבת שטחים ובהתאם למרכז החיים המשותף לכל האחים.

פניית העותרת מצ"ב ומסומנת ע/29.

44. ביום 1.12.10 הודיע המשיב כי הוא מסרב לבקשה, תוך הפנייה לנימוקיו הקודמים.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/30.

45. נכון להיום מצויים, שלושת הילדים מזה שנים ללא מעמד קבוע: י' במעמד ארעי וה' ומ', ללא מעמד אזרחי כלל, מתגוררים בירושלים מכוח היתרי מת"ק. **העותרים סבורים כי החלטות וועדת ההשגה והמשיב שגויות וכי מפסה"ד בעת"מ 311/06 ומהחלטת וועדת ההשגה נלמד כי ילדי המשפחה כולם אינם תושבי שטחים וחוק הוראת השעה אינו בר תחולה בעניינם.**

המסגרת המשפטית

46. בשנת 2004 ושוב בשנים 2009 ו-2010 בחן המשיב את מקום מרכזי חיי בני המשפחה, וקבע כי הם מתגוררים בישראל. בפסק הדין בעת"מ מוראר שניתן בעניינה של העותרת 5, האחות הבכורה מבין הילדים, נקבע מפורשות כי ככל שהתגוררה בישראל במועד הגשת הבקשה (שנת 2004) ובסמוך לכך, היא איננה תושבת שטחים. לאחר בחינת הנושא ע"י המשיב וביקורת וועדת ההשגה, נקבע כי על פי מרכז חייה ובהתאם לפסה"ד בעניין מוראר העותרת 5, אחותם של הילדים, איננה תושבת שטחים ועל כן היות ונולדה בישראל יש להחיל בעניינה את תקנה 12 וליתן לה מעמד של קבע.

47. קביעה זו יפה בבחינת מקל וחומר בעניינם של העותרים 2-4, אחיה הצעירים של העותרת 5, אשר אף הם אינם תושבי שטחים ומשום כך יש ליתן להם מעמד של קבע על פי המתווה שנקבע בנוהל גיודה.

48. באשר לעותרים 3 ו-4, אף אם חלילה לא תתקבל טענתם וייקבע כי הם, בשונה מאחותם, דווקא כן תושבי שטחים, אשר חוק הוראת השעה חל בעניינם, גם במקרה זה זכאים הילדים למעמד של קבע. גילם של הילדים היה נמוך מ-14 עת הוגשה הבקשה בעניינם. חוק הוראת השעה אינו מונע מתן מעמד של קבע לילדים מתחת לגיל 14, והמשיב לא הציג כל טעם ממשי בעטיו יש למנוע שדרוג מעמדם. ודאי שהמשיב אינו יכול להישען על כלל שהמציא הוא עצמו, המונע באופן גורף שדרוג מעמדם של ילדים, אשר עברו את גיל 14 בעודם מצויים בהליך מבחן שנקבע על ידיו.

49. עקרונות חוקתיים בדבר הזכות לחיי משפחה וטובת הילד, פסיקת בתי המשפט ואף חוק הוראת השעה – מורים על מתן מעמד של קבע לעותרים 2-4.

50. על שדרוג מעמדם של שלושת האחים לבית מוראר למעמד של קבע מורה גם חובת המשיב ליישם חוק הפוגע בזכויות יסוד חוקתיות באופן מצמצם.

העיקרון הכללי

51. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי בעת הגשת הבקשה עם הורה זה בתחומי המדינה. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבע, בדבר החובות והזכויות של הורה 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 108, (3)99.

52. כפי שגם עולה בציטוט לעיל מדברי כב' השופט, היום נשיאת בית המשפט העליון, בייניש, התשתית החקיקתית, במסגרתה צריכה מדיניות זו להיות מיושמת, בנויה טלאים-טלאים. עם זאת, היישום של כל הוראת חוק צריך להיות בהתאם לאותו עיקרון כללי.

היישום בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל

53. בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל אין תחולה ישירה לתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, המורה על השוואת מעמדו של הילד למעמד הורה. עם זאת, במשך שנים ארוכות 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.

54. בשנת 2001 החלו המשיבים לגבות אגרה עבור מתן תושבות לילדים שלא נולדו בישראל: קו המחשבה היה שילדים שנולדו בישראל מקבלים את מעמדם מכוח הדין, כששר הפנים הוא רק מעין "בורר" שמקבל החלטה אם המעמד הנכון הוא מעמד האם או מעמד האב. ילדים שנולדו מחוץ לישראל, לעומת זאת, מקבלים את מעמדם בדרך של הענקה, לפי סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל. הליך זה (להבדיל מההכרעה על-פי הסיפא לתקנה 12) כרוך באגרה.

האבחנה בין שני ההליכים לעניין האגרה הוליקה לשינויי מדיניות נוספים, חוזרים ונשנים, באותה גישה הפכפכת המאפיינת לעתים כה קרובות את מדיניות המשיבים – דווקא בנושאים המחייבים מידה גבוהה של יציבות וודאות.

55. בשנת 2003, התייצבה מדיניות המשיבים בנוגע לילדי התושבים שנולדו מחוץ לישראל, ואף קיבלה במסגרת עת"מ 402/03 ג'ודה ואח' נ' שר הפנים ואח' תוקף של פסק-דין (להלן: פס"ד ג'ודה):

הצדדים הגיעו ביניהם להסדר הבא:

1. המשיב מודיע כי מדיניותו במקרים בהם נולד ילד של תושב קבע מחוץ לישראל תיושם באופן הבא:

א. מתן מעמד של קבע בישראל לילד של תושב קבע שנולד מחוצה לה יהא בדרך של בקשה לאיחוד משפחות.

ב. התקופה לצורך ה"הליך המדורג" במקרים אלה תארך שנתיים.

ג. במהלך תקופה זו, ישהה הילד בישראל במעמד ארעי (רשיון מסוג א/5). הרשיון יינתן לתקופה של שנתיים רצופות, במהלכן לא יהיה צורך להגיש בקשה להארכתו.

ד. בתום שנתיים יוכל הילד לקבל מעמד של תושב קבע, בכפוף להוכחת מרכז חיים ובהעדר מניעה פרטנית של גורמי הביטחון.

ה. אין באמור לעיל כדי לגרוע מהוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.

[...]

ניתן תוקף של פסק דין להסכמתם...

פסה"ד בעת"מ 402/03 ג'ודה ואח' נ' שר הפנים ואח' – מצ"ב כנספח ע/31.

56. חוק הוראת השעה הגביל מטעמים ביטחוניים מתן מעמד לילדים של תושבי ירושלים, אשר נמצא כי הינם תושבי שטחים. תחילה נקבע בחוק כי רק ילדים עד גיל 12 יוכלו לקבל מעמד בישראל ואילו בתיקון לחוק משנת 2005, נקבע כי ילדים עד גיל 14 יוכלו לקבל מעמד של קבע, כאשר מגיל 14 עד 18 ניתן יהיה ליתן לילדי התושבים היתרי שהייה בלבד.

57. בפרשת עוויסאת נקבע באשר לילדים שבקשה עבורם הוגשה בעת תוקפו של החוק בנוסחו המקורי משנת 2003, כי לא יהא די ברישומם כדי לראותם כתושבי שטחים, כי אם יש לבדוק את זיקותיהם לשטחים בפועל.

58. בעקבות עתירה שהגישה העותרת 7 – עת"מ 727/06 נופל ואח' נ' שר הפנים ואח' – הוציא המשיב נוהל שכותרתו "הטיפול בבקשות לגבי מתן מעמד בישראל לקטין שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל" (להלן: הנוהל או נוהל רישום ילדים). נציין, כי עתירה זו עדיין תלויה ועומדת, ולעותרת 7 השגות רבות באשר לנוהל. עם זאת, מדובר בנוהל שהמשיב פועל כיום לפיו. בהתאם לנוהל, ילד שנולד ונרשם מחוץ לישראל – מעמדו יוסדר באמצעות בקשה לרישיון ישיבת קבע. על פי הטבלה המופיעה בתחילת הנוהל, אותו ילד אמור לקבל מעמד של א/5 לשנתיים ואח"כ מעמד של קבע, וזאת אם ייקבע כי מרכז חייו בישראל. לגבי ילדים שנרשמו בשטחים, נקבע כי לאחר גיל 14 לא ישודרג מעמדם לקבע. אם הבקשה הוגשה עבורם לראשונה לאחר גיל 14 – לא יקבלו מעמד כלל, אלא היתר צבאי לשהייה. בהתייחס לנוהל זה, קבעו בתי המשפט פעם אחר פעם כי יש ליתן מעמד לילד עד גיל 14, כאשר גיל הילד בעת הגשת הבקשה, הוא הגיל הקובע לעניין סוג המעמד. בית המשפט הסביר כי לא יתכן שגורלו של הילד יושפע מנתונים שאינם נוגעים לו כמו קצב עבודתו של המשיב. הנה כי כן, קבע בית המשפט שהוראת נוהל המשיב המגבילה מתן מעמד לילד שבקשה עבורו הוגשה לפני גיל 14 בטלה.

ר' לעניין זה, למשל, עת"מ 8295/08 משאהרה ואח' נ' שר הפנים, (פס"ד מיום 24.11.2008); עת"מ 8336/08 זחאייקה ואח' נ' שר הפנים, (פס"ד מיום 2.12.2008); עת"מ 8890/08 סרור נ' שר הפנים ואח' (פס"ד מיום 8.6.2009) בעניינו הוגש ערעור ע"י המדינה; עת"מ 8386/08 ערב אל סוחרה נ' משרד הפנים, (פס"ד מיום 14.12.2009); עת"מ 1238/04 ג'ובראן נ' משרד הפנים (פס"ד מיום 19.8.2009)

נוהל נופל מצ"ב, מסומן ע/32.

59. הנה כי כן, להוציא הגבלות מסוימות בחוק הוראת השעה, נקבע כי ילדים שנולדו מחוץ לישראל, יהיו זכאים למעמד של קבע, ובלבד שהוכח מרכז חיים בישראל. האבחנות היחידות ביניהם לבין חבריהם שנולדו בישראל הן שבעניינם הוחלט לאחרונה כי מדובר ב"איחוד משפחות" (כלומר בהליך לפי סעיף 2 לחוק ולא לפי תקנה 12), ושתושבות הקבע מוענקת לאחר שנתיים, במהלכן ניתן מעמד של תושבות ארעית. גם מי שחל בעניינו חוק הוראת השעה מוגבל לעניין קבלת מעמד של קבע בישראל רק באם עבר את גיל 14 במועד הגשת הבקשה בעניינו.

ה', מ', ו-י' אינם תושבי שטחים

60. בפרשת עוויסאת, בה נדון עניינם של ילדים שבקשה להסדרת מעמדם הוגשה לפני התיקון בהגדרת המונח תושב אזור בחוק הוראת השעה, קבע בית המשפט כי עצם הרישום בשטחים, אינו מחייב ראיית הילד כתושב שטחים, בכל מקרה, והדבר ייקבע על פי זיקותיו של הילד. הבקשה עבור ה', מ' ו' הוגשה לפני תיקון הגדרת החוק, כאשר ההגדרה הרלוונטית קבעה כי תושב אזור הוא מי שמתגורר בשטחים, אף אם אינו רשום שם. ה', מ', י' לא התגוררו בשטחים בעת הגשת הבקשה בעניינם ובשנים שקדמו לכך. הם אינם כלל בבחינת "תושבי אזור". אכן, וועדת ההשגה קבעה בעקבות פסק הדין בעניין מוראר, כי אחותם הבכורה של העותרים 2-4, אשר התגוררה איתם יחד, איננה תושבת שטחים. וכך נקבע בפרשת עוויסאת, אותה מיישם ביהמ"ש בעניין מוראר:

מלשונה של הגדרה זו עולה בבירור כי הוראותיו של החוק חלות על כל מי שמקום מגוריו הינו באזור, אף אם לא נרשם במרשם האזור. עם זאת, מן ההגדרה לא עולה התייחסות מפורשת לסיטואציה העובדתית ה"הפוכה", בה נטען על ידי מבקש המעמד בישראל כי פרט לרישומו במרשם האזור אין לו זיקות אחרות לאזור. (ס' 12 לפסק הדין).

...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. פרשנות זו להגדרת "תושב אזור" מאפשרת למבקש המעמד בישראל לשכנע את משרד הפנים כי פרט לרישומו במרשם האזור אין לו זיקות נוספות לאזור. בכך עשויה להימנע פגיעה בזכותו החוקתית של תושב ישראל לחיי משפחה... יש להעדיף את הפרשנות המתמקדת במגורים באזור, על פני הפרשנות המרחיבה יותר שמשמעותה החלה גורפת של הוראות החוק לא רק על מי שמתגורר באזור אלא גם על כל מי שנכלל במרשם האזור, גם אם אין לו זיקה לאזור ואינו מתגורר בו כלל. (ס' 14 לפסק הדין. הדגשה שלי – ע.ל.).

61. ודוקו, אמנם עניין עוויסאת נסוב על ילדים שנולדו בישראל. אולם, הקביעות בו המצוטטות לעיל, אינן נוגעות למרכיב הלידה אלא ללשון החוק בנוסח המקורי ששרר בעת הגשת הבקשה בעניין עוויסאת ובעת הגשת הבקשה בענייננו, לפיו אין ברישום בשטחים כדי להוות חזקה חלוטה לתושבות. ואכן, בעניין מוראר אשר עסק במעמדה של אחות העותרים, העותרת 5, בהתאם למרכז החיים שקיימה המשפחה כולה, יושמו קביעות בית המשפט העליון בפרשת עוויסאת, כדלקמן:

ככל שהבדיקה שתיערך תעלה כי מרכז החיים של העותרת בתקופה הסמוכה להגשת הבקשה בעניינה ביום 31.10.04 היה מצוי בישראל, כי אז עשויה להיות מוסרת גם המניעה בה נתלה משרד הפנים בהסתמך על חוק הוראת השעה. אמנם העותרת הגיעה לגיל בגירות לפני התיקון של חוק הוראת השעה המאפשר הגשת בקשה לאיחוד משפחות עבור ילד מעל גיל 12. אלא שנתון זה עשוי להשפיע על העותרת רק כל עוד היא באה בגדר ההגדרה של "תושב אזור" בסעיף 1 לחוק. בעע"מ 5569/05 הנ"ל נפסק כי אותן בקשות לקבלת מעמד בישראל בהן טיפולו של משרד הפנים הסתיים לפני תיקון ההגדרה בחודש אוגוסט 2005, נשלטות על ידי ההגדרה המקורית ולא על ידי ההגדרה המתוקנת. כזו היא הבקשה הנוגעת לעותרת שלפנינו, שטיפולו של משרד הפנים בה הסתיים עם דחיית הבקשה ביום 24.2.05. ההגדרה המקורית בסעיף 1 לחוק הוראת השעה הייתה: "תושב אזור" – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". הגדרה זו פורשה על ידי בית המשפט העליון כך ש"תושב אזור" מכוון "לכל מי שמתגורר בפועל באזור (אף אם אינו רשום במרשם האזור) ולא לכל מי שרשום במרשם האזור (אף אם אינו מתגורר באזור)... זאת, משום שהתכלית הבטחונית של חוק הוראת השעה תושג גם אם הצליח המבקש מעמד בישראל להוכיח, כי על אף רישומו באזור הוא מנותק ממנו, כיוון שאין הוא מתגורר באזור ואין לו זיקות לאזור מלבד 'זיקת הרישום' (שם, פסקה 13). בהתאם לכך נקבע (שם, בפסקה 15) כי כאשר משרד הפנים מטפל בבקשה לרישום קטין, ואותה בקשה כפופה לנוסח המקורי של הגדרת "תושב אזור", אין מקום להחיל על הקטין באופן אוטומטי את חוק הוראת השעה רק בשל עצם רישומו במרשם האזור, אלא יש לאפשר לקטין להוכיח כי

פרט לאותו רישום אין לו זיקה נוספת לאזור. הלכה זו, הישימה כאמור גם לגבי העותרת, **מאפשרת לה לנסות ולהוכיח כי בעת הגשת הבקשה לרישומה בישראל ביום 31.10.04 לא הייתה לה כל זיקה נוספת לאזור פרט לרישומה בו.** (שם, סעיף 7. ההדגשות הראשונות במקור; ההדגשה האחרונה שלי – ע.ל.).

62. הלכה זו ישימה לגבי אחיה של העותרת בעניין **מוראר**, העותרים 2-4 דכאן, אשר הגישו בקשתם למעמד במאוחד איתה כאשר מרכז חייהם משותף. וועדת ההשגה מצאה כי אחותם של העותרים עמדה בנטל הוכחת אי תושבותה בשטחים ועל כן יש להסדיר את מעמדה כתושבת קבע בהתאם לתקנה 12. מכאן הממצא, כי גם אחיה של העותרת 5 אינם תושבי שטחים – שכן, הוכח כי ילדי המשפחה לא קיימו זיקות לשטחים בתקופה הקובעת. משכך, והיות ונולדו מחוץ לישראל יש ליתן להם מעמד בישראל על פי הנוהל שנקבע בעת"ם 402/03 **ג'ודה ואח' נ' שר הפנים ואח'** לעיל, המורה על מתן מעמד קבוע לאחר תקופת מבחן בת שנתיים.

גם אם יוגדרו כתושבי שטחים, עדיין זכאים העותרים 3 ו-4 למעמד של קבע

63. מבלי לוותר על הטענות שפורטו לעיל, נוסף, כי אף לו ניתן היה לראות במ' ו-י' תושבי שטחים, הרי שיש ליתן להם מעמד של קבע. כאמור, ביום הגשת הבקשה טרם מלאו למ' 14 שנה וי' טרם הגיעה לגיל 12. משכך על פי סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, ניתן היה להעניק להם מעמד של קבע בישראל. על פי הסעיף בנוסח החוק שתוקן על מנת להפכו למידתי, כל ילד עד גיל 14 זכאי למעמד. חוק הוראת השעה אושר על ידי בג"ץ, בין היתר בשל תיקון המצב הקודם ביחס לילדים אשר לא היה מידתי. וכך דברי המשנה לנשיא (כתפקידו אז) כב' השופט מ' חשין:

נודה ונסכים: חוק האזרחות והכניסה לישראל במקורו פגע לא-במעט בילדים שנמנע מהם להתגורר עם ההורה המשמורן בישראל. ואולם לאחר תיקונו של החוק - בהוספת ההסדר שבסעיף 3א - נשתפר המצב במאוד: כך באשר לקטינים מתחת לגיל 14 וכך באשר לקטינים מעל גיל 14. על-פי החוק כניסוחו כיום, לא נמצא לי הצדק ראוי להורות על ביטולו מכיוון זה. (סעיף 65 לפסק דינו של השופט חשין בבג"ץ 7052/03 **עדאלה ואח' נ' שר הפנים**).

64. הנוהל שקיים בלשכת המשיב, לפיו לא ישודרג מעמדו של ילד העובר את גיל 14, בעודו מחזיק במעמד של א/5 – איננו חוקי ונפסל לעניין היבט זה ע"י בית המשפט במספר פסקי דין, שניתנו לאחרונה, המתייחסים ישירות לעניין זה. כך למשל בעת"ם 8295/08 **משאהרה ואח' נ' שר הפנים**, שניתן ביום 24.11.2008, נקבע בנוגע לעמדה זו של המשיב:

עמדה זו של המשיב אינה מקובלת עלי. כפי שנאמר לעיל, חוק הוראת השעה מאפשר לשר הפנים לתת לקטין עד לגיל 12 (בעת הגשת הבקשה) או עד לגיל 14 (לפי הנוסח הנוכחי של החוק) אשרת ישיבה בישראל, לרבות אשרת לישיבת קבע, בעוד שלקטין שגילו עולה על 12 (בעבר) או – 14 (כיום), הוא מאפשר לתת היתר שהייה בישראל בלבד (ואף לא אשרת מסוג א/5).

מקובלת עלי טענת המשיב, שעדיין מסור לו לפי החוק שיקול דעת אם לתת רישיון ישיבה בישראל אם לאו, כמו גם שיקול דעת לתת תחילה היתר שהייה זמני או אשרת ישיבה זמנית כדי לבחון את השאלה האם הקטין מקיים בפועל מרכז חיים בישראל. עם זאת, כתוצאה מהנוהל שהמשיב קבע, לפיו בשלב ראשון לא יינתנו, בכל מקרה, רישיונות לישיבת קבע, אלא רישיונות ארעיים לשהייה בישראל לתקופה של שנתיים, ולאור פרשנותו של המשיב את הוראת סעיף 3א הנ"ל לחוק הוראת השעה, נמצא שבפועל המשיב מונע מתן רישיון לישיבת קבע מכל מי שבעת הגשת הבקשה הראשונה היה בן למעלה מגיל 12. תוצאה זו משיג המשיב בכך שהוא נותן תחילה רישיונות ארעיים לישיבה בישראל לתקופה של שנתיים, דבר שמביא לכך שבחלוף תקופה זו יהא המבקש בהכרח בן למעלה מגיל 14, שאז לפי פרשנותו של המשיב את סעיף 3א לחוק הוראת השעה, אין בידו לתת לו עוד רישיון לישיבת קבע בישראל. תוצאה זו אינה סבירה בעיני, ויש בה כדי לסכל את תכלית החקיקה שנועדה לאפשר מתן רישיונות לישיבת קבע לקטינים בני פחות מגיל 14. (הדגשה שלי – ע.ל.).

בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים חזר על עמדה בעת"מ 8336/08 **זחאייקה ואח' נ' שר הפנים**, שניתן ביום 2.12.2008, באותו עניין דובר על קטין שגילו היה מעל 12 שנה, בעת הגשת הבקשה. כן לאחרונה, נפסק כאמור במסגרת עת"מ 8890/08 **סרור נ' שר הפנים ואח' (פסק דינה של ב' השופטת, סגנית הנשיאה, י' צור מיום 8.6.2009)** בעניינו הוגש ערעור ע"י המדינה ולאחריו בעת"מ 8386/08 **ערב אל סוחרה נ' משרד הפנים**, פסק דינה של כב' השופטת, ס' הנשיאה י' צור, מיום 14.12.2009 ובעת"מ 1238/04 **גיבראן נ' משרד הפנים** (פסק דינה של כב' השופטת, הנשיאה מוסייה ארד מיום 19.8.2009):

את הסירוב לשדרג את רשיונה של עותרת 4 לשיבת קבע, חרף האמור בהודעת המשיבים מיום 20.4.05, תלו המשיבים בנוהל רישום ילדים. אלן הן הוראות הנוהל הנוגעות לענייננו:

7. כשמדובר בקטין שנרשם באזור, או שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור... והקטין מתחת לגיל 14 (גיל הקטין יבחן לאור גילו במועד הפניה להגשת בקשה), במידה ובבדיקה נמצא מרכז חיים בישראל, יקבל הקטין א/5 לשנתיים ואחר כך קבע.

8. במידה והקטין עבר את גיל 14 כשהוא עדיין במעמד א/5, הוא יישאר במעמד זה ולא ישודרג..

לטענת המשיבים, סעיף 8 לנוהל רישום ילדים אינו מאפשר שדרוג רשיון א/5 שניתן לקטין תושב אזור, אם במהלך התקופה בת השנתיים עבר הקטין את גיל 14. טענה זו דינה להידחות. **המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד התקופה בת השנתיים שנדרשה כדי לבחון את הבקשה ולהחליט בה** (ר' עת"מ 8295/08 **משאהרה נ' שר הפנים**, פס"ד מיום 24.11.08; עת"מ 8336 **זחאייקה נ' שר הפנים**, פס"ד מיום 2.12.08). (ההדגשה שלי – ע.ל.).

65. ביחס למועד הגשת הבקשה כמועד הקובע יפים דברי כב' השופט עדיאל, בעת"מ 8295/08 **משאהרה** לעיל:

אכן, הדין מכיר בחשיבותו של המועד בו הוגשה בקשה למתן רישיון ישיבה בישראל, להבדיל ממועד מתן ההחלטה בבקשה, וזאת, בין היתר, בהתחשב בהתמשכותם של הליכי הטיפול בבקשות מסוג זה. כך, קובע סעיף 4(2) להוראת השעה הוראת מעבר שחלה על בקשות שהוגשו קודם ליום 12.5.02, ומאפשרת להעניק היתרי שהייה בישראל גם באותם מקרים שבמצב הרגיל אינם מאפשרים לתושב האזור לשהות בישראל כדין על פי הוראת השעה. כך, נקבע גם בעע"מ 5569/05 הנ"ל. **ברוח זו, הכירה הפסיקה זה מכבר בכך שבכל הנוגע לבחינת גילו של מבקש רישיון הישיבה בישראל, ההכרעה בבקשה תיפול בהתאם למצב העובדתי שהתקיים במועד הגשת הבקשה, וזאת גם אם בינתיים, לאור גילו של המבקש במועד מתן ההחלטה, התעורר טעם אחר לדחותה (עת"מ (י-ם) 128/05 ראזם נ' משרד הפנים, לא פורסם, 13.11.05; עת"מ (י-ם) 142/07 אבו חרוב נ' משרד הפנים, לא פורסם, 26.3.07; עת"מ (י-ם) 1092/07 אבו רומי נ' משרד הפנים, לא פורסם, 10.6.08).** (שם, סעיף 13, וכן ר' סעיף 12 לפסה"ד). (ההדגשה שלי – ע.ל.).

ור' עוד עת"מ 182/07 **חלביה וא' נ' שר הפנים**, ת-ק מח 2007(4), 799; עת"מ 771/06 **אבו גווילה ואח' נ' שר הפנים ואח'**, ת-ק מח 2007(3), 582.

66. בענייננו, בקשת הילדים התנהלה, תוך כדי השינוי בחוק הוראת השעה מספטמבר 2005, המעניק סמכות לשר ליתן מעמד של קבע למי שטרם מלאו לו 14 שנה. למי ולי טרם מלאו 14 שנה, במועד הקובע, בו הוגשה הבקשה, ל"י אף טרם מלאו 12 שנה. כשבקשתם אושרה, בימים 15.12.05 (עבור העותרת 4) ו-15.2.07 (עבור העותרת 3), חלו כבר השינויים בחוק המאפשרים ליתן להם מעמד ועל כן ניתן היה להעניק להן מעמד קבוע. כפי שנקבע לעיל, גם אם החליטה לשכת המשיב לקבוע תקופת מבחן טרם אישור הבקשה, לא ניתן לטעון כי קיימת מניעה על פי חוק ליתן למי ולי מעמד של קבע, שהחוק איפשר להסדירו, אך בשל מדיניות זו, של המתנה בת שנתיים. ר' למשל, לעניין זה עת"מ 1238/04 **גיבראן** לעיל בסעיף 31.

67. כך בייחוד, כשמדובר בטובתם של קטינים, בזכות החוקתית לחיי משפחה, ובחוק שנקבע כי הוא פוגע בזכויות אדם, מוצדק אך מבחינה ביטחונית, וזאת, לאחר התיקונים שנעשו בו ובהם העלאת גיל הילדים הזכאים למעמד

ל-14 שנה. במיוחד בהחלת חוק מסוג זה וכשעסקינן בקטינים, ילדי תושבי המדינה, להם, נמצא בבדיקות אינדיבידואליות, כי אין כל מניעה ביטחונית, יש להחיל את החוק באופן שיפגע בזכויות במידה הפחותה האפשרית. המשיב לא הראה כל טעם ליתן לחוק פרשנות מרחיבה הפוגעת בילדים למעלה מן האמור בו.

68. החלטתו של המשיב בעניינם של העותרים מנוגדת לפסיקותיו המפורשות של בית המשפט הנכבד בנושא זה ממש. בכך מתעלם המשיב משלטון החוק - למעשה, מודיע כי לדידו, אין כל משמעות לקביעות בית המשפט, אשר אינן מחייבות אותו.

69. בסעיף 3א(1) לחוק מעוגנת בפירוש סמכות השר להעניק לילדים מתחת לגיל 14 מעמד קבע בישראל. גילם של העותרים 3 ו-4 היה נמוך מ-14 עת הוגשה הבקשה בעניינם. על המשיב להפעיל את סמכותו, באופן המונע פגיעה בילדים ומתחשב בטובתם. מכאן, שגם בהיתן חוק הוראת השעה למשיב סמכות להעניק לעותרים 3 ו-4, מעמד של קבע בישראל, שכן גילם היה נמוך מ-14 עת הוגשה הבקשה בעניינם. המשיב לא נתן טעם מדוע הוא נמנע משימוש בסמכותו. בכל הכבוד, המצאת כלל על ידי המשיב, לפיו יימנע מתן המעמד איננו טעם לאי מתן המעמד.

70. יפים לענייננו ביתר שאת, דברי כב' השופט מלצר, בהקשר אחר בו נדונו קיומם של מחסומי גביית חובות בירושלים המזרחית:

בעיני פשוט הדבר שאין לפגוע בזכויות היסוד של האדם ללא הסמכה מפורשת לכך בחיקוק, העומד – במקרים הנדרשים – גם בתנאי פסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנה כי כן כל ניסיון ללמוד כאן על הסמכה שכזו בדרך של פרשנות, או לפלול – בדין לא צלח. (בג"ץ 6824/07 מנאע ואח' נ' רשות המיסים ואח', פס"ד מיום 20.12.10)

ילדי משפחת מוראר זכאים למעמד ללא תלות בתוצאות הערעור בעניין סרור

71. וועדת ההשגה שגתה בקבלה עמדת המדינה, שהועלתה כשנה לאחר הגשת ההשגה, בדבר הצורך להקפיד את ההליכים בעניינה של העותרת 4, הילדה י', עד למתן פס"ד בעניין סרור. ראשית, ההשגה הוגשה בספטמבר 2009, כחודשיים לאחר הגשת הערעור בעניין סרור, אולם המשיב בחר להעלות את טענת הסף בדבר הצורך להמתין לפסה"ד בערעור רק באוגוסט 2010, שנה וחודש לאחר הגשת הערעור וקרוב לשנה מאז הוגשה ההשגה. אין לקבל התנהלות זו של המשיב בנושאים כה הרי גורל הנוגעים לטובתם של ילדים, ילדיהם של תושבי מדינת ישראל.

72. לגופו של עניין ובכך העיקר, ערעור המדינה בעניין סרור נסוב על שלושה אדנים מרכזיים. הראשון הוא הקביעה כי הילד דשם איננו תושב שטחים. השני, הקביעה כי בהיותו יליד ישראל, אשר מקבל מעמדו מכח תקנה 12 זכאי הילד באופן מיידי למעמד של קבע, והשלישי עצם ההתערבות בית המשפט המחוזי בהחלטת המשיב, אשר לדידו של המשיב העניק לילד העותר באותו עניין מעמד ארעי לפני משורת הדין.

לנוחות ביהמ"ש מצ"ב כתב הערעור ומסומן ע/33.

73. נהיר, כי שני הנושאים האחרונים בהם ביקשה המדינה את התערבות בית המשפט העליון אינם נוגעים לענייננו: שלושת הילדים, העותרים 2-4 לא נולדו בישראל, לא מתעוררת בעניינם שאלה לגבי יישום תקנה 12 וכן לא נטען כלל כי ההחלטה בעניינם ניתנה בבחינת לפני משורת הדין. נשאלת השאלה אם כן, בדבר הרלוונטיות של ראשו הראשון של הערעור, באשר לעצם התושבות בשטחים. אם כן, גם התשובה על כך ברורה ומוטב היה שלא תעלה בהקשר שלנו. בעניינה של משפחת מוראר ניתן פסק דין חלוט, עליו לא הוגש ערעור של המדינה, הנוגע למרכז חיי האם עם כל ילדיה. פסק הדין, ובו קביעות עובדתיות מתייחס למשפחה כולה, אף כי המסקנות

האופרטיביות שבו מתייחסות לעותרת 5 בלבד, אשר רק היבט מעמדה נדון במסגרת פסה"ד. על פי ביהמ"ש הנכבד בעניין מוראר, ככל שיוכח כי ילד שבקשתו הוגשה לפני התיקון לחוק, קיים מרכז חיים במועד הגשת הבקשה בעניינו ובתקופה הסמוכה לכך, אין הוא תושב שטחים (ר' סעיף 7 לפסה"ד). במסגרת הדיון בוועדת ההשגה ופניות למשיב נבדק עניינם הפרטני של בני המשפחה לאור הקביעות החלוטות של פסה"ד בעניין **מוראר** ונמצא כי האם וילדי המשפחה קיימו מרכז חיים בישראל, ללא זיקות לשטחים, במועד הגשת הבקשה ובשנים הסמוכות לכך. כתוצאה מכך, נקבע כי אחותם הבכורה של הילדים שהיתה בת 17 ו-11 חודשים במועד הגשת הבקשה בעניינה, שהוגשה במשותף לבקשת ארבעת האחים האחרים – איננה תושבת שטחים. לא ברור ואף לא הוסבר ע"י המשיב או ע"י הוועדה כיצד ניתן להתנער מקביעות אלה, ביחס לארבעת האחים האחרים וכיצד ניתן לגלגל את עניינה החלוט של המשפחה, לגביו בחרה המדינה שלא לערער, לערער אחר – זה בעניין סרור.

74. נראה כי המשיב עושה ככל אשר לאל ידו כדי להתנער מקביעות בית המשפט הנכבד בעניין **מוראר**, עליהם לא ערער. כך עד כדי הרחקת לכת בניסיון לאחד עניין זה, שכבר נפסק, עם ערעור אחר שהוגש. ודוקו, כי הרכיב הראשון עליו ערער המשיב בעניין סרור, הנוגע למבחן הדרוש לעצם הקביעה עם הילד הוא תושב שטחים – נפסק בעניין **מוראר**, מבלי שהמשיב ערער על קביעות ביהמ"ש. משכך, אין לאפשר למשיב לפתוח רכיב זה מחדש, ביחס לאותה משפחה עצמה, בדלת האחורית על ידי סיפוחו תקופה ארוכה מאוחר יותר לערעור בעע"מ סרור.

75. המשיב עושה מאמצים ניכרים להרחיב את חוק הוראת השעה, מעבר לקבוע בו. בכלל זה, מנסה המשיב לעמעם תיקונים בחוק, הם אשר שכנעו את ביהמ"ש הנכבד לאשר את תוקפו, על אף הפגיעות החוקתיות הטמונות בו ולהוסיף לחוק מרכיבים שלא ידעו. אין לקבל התנהלות זו של המשיב. אין להוסיף ולעכב את עניינם של מי מהילדים, תוך הישענות על נושאים שכבר נפסקו ונבחנו ביחס למשפחת מוראר לפני ומלפנים.

הפרת הזכות החוקתית לחיי משפחה והתעלמות מטובת הילד

76. החלטת המשיב פוגעת בזכות העומדת לעותרת, תושבת מדינת ישראל, להסדיר את מעמדם הקבוע והיציב של כל ילדיה, בארצה, מולדתה. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. 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. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 **הררי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב. תפקידה של המדינה, אפוא, איננו רק למנוע פגיעה בעותרים, אלא גם להגן באופן אקטיבי על נתיניה, מפני פגיעה ביכולתם להעניק לילדיהם את ההגנה לה הם זקוקים. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה לאחרונה לתמיכה גורפת של שופטי בית המשפט העליון בפרשת עדאלה. פסיקת בתי המשפט הציבה גבולות חוקתיים באשר להתערבות המדינה בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים.

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 אוטונומים 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 ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, בעמ' 434).

77. הזכות לחיי משפחה כוללת גם את זכותו של הילד לגדול במדינה יחד עם הוריו. אולם המשפט הישראלי לא הסתפק בכך, ואימץ את העיקרון לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד

שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה. לעניין זה, ראו דבריו של הנשיא (כתוארו אז) א' ברק בפרשת **עדאלה** (בסעיף 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.

78. אף שתקנה זו לא חלה, על פי לשונה, על ילדי תושבים שלא נולדו בארץ נפסק כי התכלית לשמה נועדה תקנה 12 חלה גם על ילדיהם של תושבי קבע אשר נולדו מחוץ לישראל. כך למשל, 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" (השופט ד' ביניש בבג"ץ 979/99 **קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים** (טרם פורסם, פיסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש)). עמדה זו מצאה ביטוי גם בנוהל ג'ודה לעיל, אשר מסדיר מתן מעמד של קבע לילדים שנולדו מחוץ לישראל.

79. גם המשפט הבינלאומי קובע כי יש להגן באופן רחב על הזכות לחיי 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: סעיף 16(3) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48; סעיף 17(1) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

80. האמנה בדבר זכויות הילד 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 [...]. [הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באוירה של אושר, הבנה ואהבה [...]].

סעיף 3(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה...

סעיף 9(1) קובע:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ולנהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד.

הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זכות 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 דאז שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 **דוד נ' בית הדין הרבני העליון** (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

81. החלטת המשיב שלא לשדרג את מעמדם של הילדים על הנמקותיה השגויות, ובהן – התעלמות מהקביעה כי אחותם איננה תושבת שטחים על פי מרכז חיים המשותף גם לאחים, התייחסות לתאריך מאוחר להגשת הבקשה בניגוד לקבוע בפס"ד, ובהתאם לכך העלאת גילו של הילד מ' באופן שרירותי, והתעלמות מקביעות מפורשות בפסקי דין חלוטים כגון פס"ד מוראר עצמו, משאהרה, זחאיקה, ערב אל סוחרה וג'ובראן - פוגע המשיב בילדיה הקטינים של העותרת. הסירוב לאפשר להסדיר את מעמדם היציב, משבית כל היבט נורמטיבי של חייהם וגורם למתח אדיר, חוסר יציבות וחוסר ודאות וביטחון בחיי המשפחה, מרכיבים חשובים כל כך להתפתחותם התקינה של ילדים כלל, ובמיוחד במצב הקשה בו נתונה המשפחה, עקב מות אבי הילדים.

82. בסירובו השגוי של המשיב להסדיר את מעמדם היציב של ילדי העותרת, מפר המשיב את הדין הבינלאומי והישראלי ואת הוראות האמנה לזכויות הילד, ומתעלם מהשיקול של טובת ילדי העותרת, תושבת מדינת ישראל, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

הפגיעה בזכויות היא בלתי מידתית

83. איש אינו כופר בסמכותו ובחובתו של המשיב לבדוק כל בקשה המונחת לפניו, ולסרב לאשרה אם נשקפת מן המבקש סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור (ר' עניין סטמקה, בעמ' 787-788; בג"ץ 2527/03 **אסעיד נ' שר הפנים**, פ"ד נח(1) 139, 143-144). זאת כמובן אף ללא כל קשר לחוק הוראת השעה. ואולם, החלטה גורפת, שלא לאשר בקשות למעמד קבע, באשר המבקשים הם הורה תושב המדינה וילדיו הקטינים, אשר אינם תושבי שטחים כלל, אלא תושבי ישראל, פוגעת בזכויות היסוד של התושבים במידה הקשה ביותר האפשרית.

84. הפגיעה בילדיה של העותרת ובמשפחה היא קשה וודאית. היא מקיפה את כל תחומי החיים. היא מונעת את חייהם היציבים של הילדים, כאחד האדם עם משפחתם ומשעבדת אותם כצמיתים למשיבים. היא כרוכה באפליה, וכזו היא משפילה עד עפר.

85. תכליות מדיניות המשיבים, לעומת זאת, פסולות, ולכל היותר עמומות, היפותטיות ומסתוריות. הנחת היסוד הגורפת שילד, אשר במקרה זה נמצא כי אינו תושב שטחים, עשוי להפוך בעתיד למפגע מסוכן שינצל לרעה את תושבותו, אינה רק הנחה היפותטית ולא מבוססת, אלא יש בה משום שיפוט מוקדם, משפיל ומרושע.

86. האיזון בין התכליות המפוקפקות של מדיניות המשיבים לבין הזכויות היסודיות בהן היא פוגעת נוטה באופן ברור לקביעה, שהפגיעה בזכויות היא לפחות בלתי-מידתית.

סיכום

87. העותרת, תושבת ישראל היא אלמנה המבקשת להשוות את מעמדם של ילדיה כולם, למעמדה שלה. כל הילדים אינם תושבי שטחים. מגוריהם בירושלים והם נעדרים זיקות לשטחים בתקופה הקובעת. לא רק זו, אלא שבהיותם יתומים מאב אין הילדים יכולים לחיות בשטחים במנותק מאמם ומשפחתם שבירושלים.

88. כך סיכם בית המשפט הנכבד את פסק דינו בעניינה של העותרת 5, אחותם של העותרים, בעת"מ 311/06 :

העתירה בעניינה של העותרת 4 מתקבלת בשני מובנים: ראשית, על משרד הפנים לאפשר לעותרת לשכנע כי מלבד הרישום באזור היא נעדרה **ביום 31.10.04** כל זיקה נוספת אליו. שנית, ככל שהעותרת תעמוד בנטל זה, על משרד הפנים לדון בתחולת תקנה 12 על העותרת בהתאם לעקרונות שהותוו בעע"מ 5569/05, ומתוך הנחה שלא הייתה מניעה מבחינת המעמד של האם להחיל על העותרת ביום 31.10.04 את התקנה. (הדגשה שלי – ע.ל.)

89. על יסוד הוכחות למרכז חיים בישראל נקבע כבר בשנת 2004 כי העותרת, אמם של העותרים 2-6, הינה תושבת קבע בישראל, ובהמשך אושרו בקשות להסדרת מעמדם של ילדיה. בהתאם לכך, נקבע כי העותרת 5, אחותם של העותרים, על פי מרכז חייה איננה תושבת שטחים, וחוק הוראת השעה אינו חל עליה. קביעות אלו צריכות לחול גם לגבי אחיה הצעירים של העותרת 5 - הם העותרים 2-4. גם הם הוכיחו כי במועד הקובע הם נעדרו זיקות לשטחים. גם הם אינם תושבי שטחים. על כן, גם להם יש להעניק מעמד בישראל.

90. בית המשפט מתבקש אפוא 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 הוצאות משפט ובשכר טרחת עו"ד.

ירושלים, 23 דצמבר 2010

עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ העותרים