

בעניין:

1. _____ אבו ג'מאל, ת"ז _____
2. _____ אבו ג'מאל, ת"ז _____
3. _____ אבו ג'מאל, ת"ז _____
4. _____ אבו ג'מאל, ת"ז _____
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה מ"ר 68398

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נגד -

1. שר הפנים
2. הוועדה ההומניטארית המייעצת לשר הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6466713

המשיבים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי נגד גירוש מישראל

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 12.4.2015, מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי, לפיה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים לבוא וליתן טעם:

מדוע לא תבוטל החלטת המשיב 1 מיום 25.11.2015 לבטל את היתר השהייה בישראל של העותרת 1, אמם של שלושה קטינים תושבי ישראל (העותרים 2-4); ומדוע לא יאפשר המשיב את המשך שהייתה בישראל, לצד ילדיה, באמצעות היתרי שהייה מתחדשים.

בקשה דחופה למתן צו ביניים למניעת הרחקה מישראל

כפי שיפורט להלן, העותרת 1, אם לשלושה קטינים תושבי קבע בישראל, עומדת בפני הרחקה מידית מישראל. זאת, בעקבות החלטה, שנייה במספר, שנתן המשיב 1 בעניינה ולפיה היתר השהייה שהחזיקה העותרת 1 כדין מזה מספר שנים, בטל ומבוטל. דא עקא, כפי שיפורט בהרחבה עתירה, החלטת המשיב 1 שבנדון, כקודמתה, היא החלטה פסולה מן היסוד, שלידתה בחטא וטוב לה שלא נבראה משנבראה. יודגש, כי מדובר בהחלטה שניתנה בתום הליך פגום מן היסוד, ללא שקילה ראויה של כלל הנסיבות וללא התייחסות של ממש לטענות רבות וקשות שהעלו העותרים כנגד כוונת המשיבים לבטל את היתר השהייה של העותרת 1. **הנה כי כן, בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להורות בצו למשיבים שלא להוציא אל הפועל את החלטתם בדבר הרחקת העותרת מישראל, וזאת, עד למיצוי זכויותיה בפני בית משפט נכבד זה.** הצו המבוקש דרוש כדי לשמר את המצב הקיים ולמנוע את ההתרחשות של אחת משתי חלופות, שתיהן פוגעניות ובלתי סבירות: קריעת העותרת מעל ילדיה הרכים, תושבי ישראל, או גירושם של הילדים תושבי הקבע לשטחים יחד עם אימם.

ככל הידוע לעותרים, כנגד העותרת מעולם לא הועלתה כל טענה ביטחונית, ואף כיום לא נטען כי **עצם שהייתה בישראל מסוכנת או מסכנת את ביטחון הציבור**. מאידך ברור, כי גירושה של העותרת מישראל יפגע אנושות בזכויות היסוד של בני משפחת העותרים כולם. בנוסף יודגש, כי לא זו בלבד שהמשיבים עצמם לא התנגדו לבקשה הקודמת לצו ביניים, שהוגשה בעניינה של העותרת 1 במסגרת העתירה הראשונה שהגשה לבית משפט נכבד זה בבג"ץ 8134/14, אלא שהם הגישו בקשות חוזרות ונשנות לארכות להגשת התגובה מטעמם לבית המשפט, ובכך איפשרו במודע את הארכת שהייתה של העותרת בישראל.

הגשת עתירה לבג"ץ

1. ביום 2.3.2008 נכנס לתוקפו צו בתי משפט לעניינים מינהליים (שינוי התוספת הראשונה לחוק), תשס"ח-2007 (פורסם ביום 6.12.2007 בקובץ 6626) (להלן: **הצו**). הצו קובע, כי עתירות בעניין החלטות של רשויות על פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 והוראת השעה, **למעט החלטות לפי סעיפים 1א3** (החלטות הוועדה ההומניטארית) ו-3ג (אנשים שתרמו תרומה מיוחדת לישראל), יידונו מעתה בבית משפט לעניינים מינהליים. ללמדנו, כי עתירות בעניין החלטות מכוח סעיף 1א3 ו-3ג להוראת השעה יידונו בבג"ץ.
2. עתירה זו עוסקת בסירוב לבקשה שנדונה בוועדה לעניינים הומניטאריים, שהוגשה מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה, ועל כן הסמכות לדון בה נתונה לבית משפט נכבד זה.

הצדדים

3. **העותרת 1** (להלן: **העותרת**), נאדיה אבו ג'מאל, תושבת השטחים במקור, הינה אלמנתו של ____ אבו ג'מאל, אחד ממבצעי הפיגוע בבית הכנסת בשכונת הר נוף בחודש נובמבר 2014, ואמם של שלושה ילדים קטינים, **העותרים 2-4**, ילידי 2008, 2010 ו-2012 בהתאמה (להלן גם: **הילדים**). הילדים הינם תושבי ישראל ורשומים במרשם האוכלוסין כתושבי קבע.

4. **העותרת 5** היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לטפל, בין השאר, בענייניהם של תושבי ירושלים המזרחית ובני משפחותיהם מול רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת את מי שזכויותיהם נפגעו.
5. **המשיב 1** הוא השר שבסמכותו לקבל או לדחות את ההמלצות המוגשות לו על ידי **המשיבה 2**, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.

העובדות ומיצוי ההליכים

6. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), אבו ג'מאל, תושבת השטחים במקור, הינה אלמנתו של ___ אבו ג'מאל, אחד ממבצעי הפיגוע בבית הכנסת בשכונת הר נוף, ואמם של שלושה ילדים קטינים, העותרים 2-4, ילידי 2008, 2010 ו-2012 בהתאמה (להלן גם: **הילדים**). הילדים הינם תושבי ישראל ורשומים כתושבי קבע.
7. העותרת לקחה חלק בהליך לאיחוד משפחות עם בעלה משנת 2009. ההיתר הנוכחי שבידה בתוקף עד מאי 2015.
- ההיתר הנוכחי של העותרת מצ"ב ומסומן **ע/1**.
8. ביום 26.11.2014, בסמוך לאחר הפיגוע בבית הכנסת, התפרסמו ידיעות באמצעי התקשורת, לפיהן המשיב ביטל את אשרת השהייה של העותרת. באותו מועד, העותרת כלל לא קיבלה הודעה בעניין.
9. אי לכך, פנו הח"מ באותו יום למשיב בפנייה בהולה, כדי לברר האם מדובר בדיווח נכון ומדויק. הח"מ העירו, כי במידה והדיווח נכון, הרי שמדובר בהתנהלות פסולה, שכן לא ייתכן שאדם ילמד על חריצת גורלו מכלי התקשורת ולא מהגורם עצמו שקיבל את ההחלטה לגביו.
10. כמו כן נטען, שבמידה והדיווח אכן מדויק, הרי שנפל פגם חמור בהליך שקדם להחלטה על ביטול האשרה, שכן היא התקבלה ללא שקדמה לנתינתה כל הודעה על כוונה לבצעה; ללא מתן זכות טיעון בכתב ובע"פ ובליווי עו"ד; ולכאורה מבלי שנשקלו הנסיבות הפרטניות של משפחתה של העותרת. כך, למשל, ספק רב אם ניתן משקל כלשהו – אם בכלל – לעובדה כי שניים מילדיה של העותרת סובלים מבעיות רפואיות כרוניות. התנהלות זו, כך נטען, מנוגדת לכללי המינהל התקין ולפסיקת בית המשפט העליון.
11. בשולי המכתב נדרש המשיב לאשר, האם הדיווח המתפרסם בכלי התקשורת השונים נכון ומדויק; להעביר לבאי כוחה של העותרת העתק של ההחלטה על ביטול ההיתר של העותרת, במידה וניתנה החלטה כזו; באם ההיתר אכן בוטל, לבטל את ההחלטה שהביאה לכך ולנקוט תחתיה בהליך מינהלי תקין; להעביר לבאי כוחה של העותרת כל הודעה עתידית בעניינה של העותרת.

פנייה דחופה למשיב 1 מיום 26.11.2014 מצ"ב ומסומנת **ע/2**.

12. באותו יום התברר גם, כי ביטוח הבריאות הממלכתי של העותרים 2-4, הילדים, נשלל. פנייה דחופה שנשלחה למנכ"ל המוסד לביטוח לאומי (להלן: **המל"ל**) מיד עם היוודע דבר השליחה, לא זכה למענה.

הפנייה הדחופה למנכ"ל המל"ל מיום 26.11.2014 מצ"ב ומסומנת ע/3.

13. ביום 28.11.2014, ועוד בטרם נתקבלה כל תשובה או התייחסות של המשיב, נודע לעותרת כי היא מתבקשת לסור ביום א', 30.11.2014, לתחנת המשטרה במגרש הרוסים ולקבל שם צו הרחקה מן הארץ אשר הוצא בעניינה. הנה כי כן, החלטת המשיב מוצאת אל הפועל באופן מידי.

14. ביום 30.11.2014 ניגש מיופה כוחה של העותרת, הח"מ, לתחנת המשטרה במגרש הרוסים לאסוף בשמה של העותרת את הצו. שוטר בשם יגאל אלמליח מסר לח"מ, כי הוא נתבקש למסור לעותרת שמרגע קבלת ההודעה בעניין ביטול ההיתר שלה, שהייתה בישראל אינה חוקית. השוטר אמר שאין בידו צו פורמאלי לתת לח"מ להעביר לעותרת, וכי הזימון לתחנת המשטרה נועד להסביר לה את שמסר לח"מ.

15. ביני לביני, כאשר סרו בני המשפחה ביום 30.11.2014 ליחידת הדואר בשכונתם, התברר כי ביום 19.11.2014 נשלח אליהם מכתב מלשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית, בזו הלשון:

לאור מותו של בן זוגך ההליך המדורג פסק. הריני להודיעך כי **אנו שוקלים** להפסיק היתרי הכניסה לישראל אשר אושרו לך מכח הבקשה שבנדון. לשם כך מועבר תיקך לקבלת **המלצה** בוועדה המקצועית המייעצת לשר הפנים לפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

הודעה מלשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית מיום 19.11.2014 מצ"ב ומסומנת ע/4.

16. העותרת הודיעה מיידית לחתומים מטה על קבלת המכתב הנ"ל, והם בתורם התקשרו מיד למזכירות המשיבה 2 (להלן גם: **הוועדה**). באין מענה במזכירות הוועדה, פנו ללשכת המשיב בכדי לברר האם העבירה הוועדה המלצה למשיב, והאם זה האחרון קיבל החלטה סופית בעניינה של העותרת. מלשכת המשיב הפנו את החתומים מטה חזרה למזכירות הוועדה. מזכירת הוועדה, גבי מזל, סירבה להעביר לבאי כוחה של העותרת את החומרים וההחלטות בעניינה ללא אישורה של המשיבה 2, עו"ד רוזנטל, אשר שוהה בחוץ לארץ. מזל אף סירבה לבקשת הח"מ ליצור קשר עם גבי רוזנטל. כל הפצרותיו של בא כוחה של העותרת וטענותיו, שהעותרת ובאי כוחה עומדים מול שוקת שבורה, כשהעותרת על סף גירוש – עלו בתוהו. בשיחה נוספת ללשכת המשיב, עם גבי מלי, הופנו הח"מ ללשכה המשפטית של רשות האוכלוסין. בהמשך לכך פנו הח"מ למזכירת היועץ המשפטי לרשות האוכלוסין בטלפון ובדוא"ל. כל שנענו היה כי העניין בטיפול.

17. בשעה 14:40 התקשר השוטר יגאל אלמליח למשרדי העותרת 5 והודיע, כי אם העותרת לא תגיע לתחנת מגרש הרוסים, הוא "יגיע אליה".

18. רק בשעה 11:15 קיבלו באי כוחה של העותרת, סוף סוף, את החלטת המשיב מיום 25.11.2014 בעניינה של העותרת. נימוקי ההחלטה לבטל את היתר השהייה של העותרת היו: א) התא המשפחתי "הפסיק להתקיים" לאחר מות הבעל; ב) העותרת הייתה בעלת היתר שהייה משנת 2010 "בלבד"; ג) "הוועדה בדקה ומצאה" כי "כמעט" כל בני משפחתה של העותרת הינם תושבי אזור המתגוררים בסוואחרה, כך שאין מניעה לשובה של העותרת להתגורר שם יחד עם משפחתה; ד) לא נמצא כל טעם הומניטארי מעבר לאמור להמשך שהיית העותרת בישראל.
- החלטת המשיב 1 מיום 25.11.2014 מצ"ב ומסומנת ע/5.
19. נוכח החלטת המשיב, הוגשה ביום 30.11.2014 לבית משפט נכבד זה עתירה דחופה ובקשה דחופה למניעת הרחקתה של העותרת מישראל, כל עוד לא מיצתה את זכויותיה בפני הערכאות. העתק של העתירה והבקשה למתן צו ביניים בבג"ץ 8134/14 ללא נספחים מצ"ב ומסומן ע/6.
20. עוד באותו יום ניתנה החלטה על ידי בית המשפט, ולפיה יגישו המשיבים תגובה מקדמית לעתירה ולבקשה למתן צו הביניים עד ליום 3.12.2014. כמו כן ניתן במסגרת אותה החלטה של בית המשפט הנכבד צו ארעי, האוסר על גירושה של העותרת מישראל, עד למתן החלטה אחרת.
21. ביום 3.12.2014 הגישו המשיבים בקשה מוסכמת למתן ארכה להגשת התגובה המקדמית מטעמם וזאת עד ליום 8.12.2014. למחרת היום אישר בית המשפט הנכבד את הבקשה.
22. ביום 8.12.2014 הגישו המשיבים תגובה מטעמם לבית המשפט, לפיה הם סבורים כי ככל שיש לעותרים טענות נוספת מעבר לנטען בעתירה, שלעמדת העותרים חשוב כי תעמודנה בפני המשיב 1, הרי שהם רשאים להעלות טענות אלו על הכתב.
23. ביום 9.12.2014 הורה בית המשפט הנכבד לעותרים להגיש תשובה לתגובת המדינה תוך חמישה ימים.
24. עוד באותו יום הגישו העותרים תגובה מטעמם לתגובת המדינה, ובמסגרתה ביקשו לקבל לידיהם מסמכים הקשורים בטבורם להחלטה שניתנה בעניינה של העותרת ומעולם לא הועברו אליהם.
25. ביום 10.12.2014 החליט בית המשפט הנכבד כי המשיבים יגישו תגובה לתשובת העותרים מיום 8.12.2014 תוך שלושה ימים.
26. ביום 14.12.2014 הגישו המשיבים תגובה, במסגרתה הציעו שוב מתווה להגשת הטענות בכתב ועדכון המדינה לאחר מכן, וביום 16.12.2014 החליט בית המשפט הנכבד כי העותרים יגישו טענות בכתב עד ליום 25.12.2014 והמדינה תגיש הודעה מעדכנת מטעמה עד ליום 6.1.2015.
27. ביום 25.12.2014 הגישו העותרים טענות בכתב למשיב 1 ובמקביל הגישו הודעה מעדכנת בעניין לבית המשפט הנכבד.
- העתק הטענות בכתב מצ"ב ומסומן ע/7.

במסגרת הגשת טיעונים אלו, תקפו העותרים את האופן בו מנהלים המשיבים את ההליכים כנגד העותרת. העותרים הדגישו, בין השאר, את העובדה כי התנהלותם זו של המשיבים גרמה לכך שגם המוסד לביטוח לאומי הזדרז ושלל את מעמדם של הילדים על לא עוול בכפם – מעמד שהוחזר להם לעת עתה בעקבות התערבות העותרת 5 – ששניים מהם סובלים מבעיות רפואיות, בעיות שלא קיבלו כל התייחסות הן בדיון הבזק שהתקיים בעניינה של העותרת אצל המשיבה 2 והן בהחלטת המשיב 1 מיום 25.11.2014. בנוסף טענו העותרים, כי על פי נהלי המשיבים, זכאית הייתה העותרת כי עניינה יבחן על ידי המשיבים באופן הוגן כנהוג בפרקטיקה וכעולה מהפסיקה הקיימת וללא שיעורבו בהליך ההומניטארי שיקולים זרים. כמו כן תקפו העותרים בטיעונים בכתב את שימוש המשיבים במשיבה 2 לקידום מטרה שזרה בתכלית לתכליות שעמדו בפני המחוקק בהקמתה של המשיבה 2. כל זאת תוך פגיעה קשה בילדים קטנים, תושבי קבע בישראל, שלא חטאו.

28. ביום 6.1.2015 הגישו המשיבים בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם וזאת עד ליום 6.2.2015.
29. ביום 8.2.2015 שבו והגישו המשיבים בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם, והפעם עד ליום 23.2.2015.
30. שוב ביום 23.2.2015 הגישו המשיבים בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם, והפעם עד ליום 25.2.2015.
31. ביום 26.2.2015 שבו והגישו המשיבים בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם, והפעם עד ליום 8.3.2015.
32. ביום 8.3.2015 שבו המשיבים והגישו בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם, והפעם עד ליום 23.3.2015.
33. ביום 23.3.2015 שבו והגישו המשיבים בקשה לארכה בהסכמה לצורך הגשת ההודעה המעדכנת מטעמם, והפעם עד ליום 6.4.2015.
34. ביום 30.3.2015 הגישו המשיבים הודעה מעדכנת מטעמם ולה צירפו את החלטת המשיב 1 מיום 24.3.2015 (להלן גם: **ההחלטה החדשה**), היא ההחלטה נשואת עתירה זו. העתק ההחלטה החדשה מיום 24.3.2015 מצ"ב ומסומן ע/8.
35. בו ביום הורה בית המשפט הנכבד לעותרים להגיב להודעה המעדכנת של המדינה תוך שבעה ימים, תוך התייחסות לשאלה האם נוכח ההחלטה החדשה של המשיב 1 העתירה, במתכונתה הנוכחית, מיצתה את עצמה.
36. ביום 5.4.2015 הגישו העותרים תגובה מטעמם לבית המשפט. בתגובתם נימקו העותרים, בין השאר, כי העתירה לא מיצתה את עצמה, גם לאחר מתן ההחלטה החדשה בעניינה של העותרת. עם זאת ביקשו העותרים מבית המשפט, כי במידה והוא סבור אחרת, תינתן להם האפשרות להגיש לבית המשפט הנכבד עתירה מתוקנת תוך שלושים יום בעניין.

37. כאמור, ביום 12.4.2015 ניתנו לעותרים שבעה ימים להגשת עתירה מתוקנת מטעמים ומכאן העתירה.

המסגרת המשפטית

38. להלן ייטען, כי ההחלטה החדשה היא החלטה שרירותית ומפלה, שהתקבלה בתום הליך פסול שכלל, בין השאר, המלצה חפוזה שניתנה משיקולים זרים ותוך שימוש בסמכויות למטרה זרה. בנוסף ייטען, כי מדובר בהחלטה אשר ניתנה על בסיס עובדות חלקיות ומגמתיות, תוך התעלמות בוטה מטיעוני העותרים בכתב, שהוגשו כזכור, בהתאם לדרישת המשיב 1 מיום 8.12.2014 במסגרת בג"ץ 8134/14. התנהלותו של המשיב 1 בעניינה של העותרת מעלה, כי מדובר היה בשימוע למראית עין בלבד ומהווה לפיכך הפרה חמורה של חובת ההנמקה וזכות הטיעון. אין ספק כי גם לאחר קבלת ההחלטה החדשה, מדובר בהחלטה והליך מינהלי לא תקינים, שאינם עומדים במבחן הסבירות. זאת בפרט נוכח הפגיעה הקשה שפוגעת בהחלטה החדשה בזכויותיהם של ילדי העותרת, תושבי קבע במדינת ישראל.

בבסיס ההחלטה עומדים שיקולים זרים

39. כפי שכבר הדגישו העותרים בעתירתם בבג"ץ 8134/14, כנגד העותרת לא נטענה, ככל הידוע, כל טענה ביטחונית ואף לא נטען כנגדה כי שהותה בירושלים מסוכנת. מצופה היה אם כן, כי דווקא הדרג המיניסטרילי הבכיר ינהג באופן אחראי, תוך הפעלת שיקול דעת ענייני, בחינת מכלול הנסיבות, והימנעות מנקיטת צעדים מרחיקי לכת נגד חפים מפשע. דא עקא, כפי שמעידות ההמלצה וההחלטה החדשה שממשיכה ומתבססת על אותה המלצה פסולה של המשיבה 2, קלקולים אלו לא תוקנו לדאבון לב, גם עתה. נפרט.

- **ביום ג', 18.11.2014**, נטל בעלה של העותרת חלק בפיגוע בביהכ"נ בשכונת הר נוף שבירושלים;
- **ביום ד', 19.11.2014**, נשלחה מטעם המשיב 1 הודעה לעותרת כי בעקבות מות בעלה מועבר עניינה להמלצת המשיבה 2;
- **בשבת, 22.11.2014**, פורסם בהרחבה באמצעי התקשורת כי המשיב 1 הורה לאנשי משרדו לבחון ולהמליץ לו כיצד ניתן להרחיב את סמכויותיו כשר הפנים, לשלול את תושבות **הקבע** והזכויות הסוציאליות הנלוות מערביי ירושלים המזרחית שמעודדים טרור והסתה לאלימות; העתקי הפירסומים בתקשורת מיום 22.11.2014 מצייב ומסומנים **ע/9**.
- **ביום א', 23.11.2014**, נערך "דיון" אצל המשיבה 2, במסגרתו התקבלו עמדות חברי הוועדה באמצעות הטלפון והועברה המלצה למשיב 1;

העתקי פרוטוקול הדיון אצל המשיבה 2 וההמלצה שניתנה בעקבותיה מצ"ב ומסומנים בהתאמה ע/10 א-ב.

• **ביום ג', 25.11.2014**, נתן המשיב 1 את החלטתו הראשונה, שלא לאשר את המשך שהייתה של העותרת בישראל;

• **ביום ד', 26.11.2014**, פורסם בכלי התקשורת כי בהמשך להודעתו של המשיב מיום 22.11.2014, ניתנה על ידו החלטה בעניינה של העותרת; העתקים מהפרסומים בתקשורת מיום 26.11.2015 מצ"ב ומסומנים ע/11.

• **ביום ד', 3.12.2014**, נשלחה למשפחת העותרים הודעה מהמוסד לביטוח לאומי, כי תושבותם של ילדי העותרת, העותרים 2-4, נשללה.

40. הנה כי כן, מהמקובץ עולה באופן חד משמעי, כי ההליכים שנקטו בעניינה של העותרת, ובכלל זה החלטתו החדשה של המשיב 1, ההמלצה של המשיבה 2 העומדת בבסיס ההחלטה וההליך המינהלי שקדם לכך בלשכת המשיב בירושלים המזרחית, כולם כמקשה אחת, מונעים ממדיניות ההרתעה והענישה עליה הכריז המשיב 1 ביום 22.11.2014 בפומבי, ולפיה הורה לפקידיו לבחון ולהמליץ בפניו כיצד ניתן לפעול על מנת להרחיב את סמכויותיו כדי שיוכל לנקוט באמצעים ענישתיים והרתעתיים כנגד תושבי ירושלים המזרחית.

41. מפרוטוקול הדיון אצל המשיבה 2, מההמלצה של המשיבה 2 למשיב 1, מהפרסומים בתקשורת, ומהחלטת המשיב 1 עולה, כי ההחלטה בעניינה של העותרת ניתנה ממניעים של הרתעה והענשה. בעמדת השב"כ, כפי שהובאה בהמלצת המשיבה 2, נחשף המניע האמיתי לשלילת היתריה של העותרת 2 (טעויות הדקדוק במקור):

שבמסגרת הטיפולים סביב משפחות הרוצחים, שמטרתם ליצר הרתעה, ולהעביר מסר ציבורי כי פיגועים מסוג זה לא יעברו ללא תגובה שלמה ומקיפה.

42. בהחלטה החדשה, שב המשיב 1, בלשון מעודנת יותר, על המניע האמיתי שעומד מאחורי ההמלצה וההחלטה, כשהוא מתייחס למכלול השיקולים הנשקלים במסגרת שאלת ההומניטאריות:

במסגרת הדיון נעשית בחינה כללית של הנסיבות ואין בנתון אחד כדי להביא למתן מעמד באופן אוטומטי. **כשם שייבחנו מכלול הנסיבות בעניינה של מי שהתאלמנה על דרך הטבע, ייבחנו מכלול הנסיבות בעניינה של מי שהתאלמנה שלא בדרך הטבע.**

... מטיבן של בקשות הומניטאריות שהן אינן זהות, ואין רשימה מוגדרת מראש של נסיבות אשר יצדיקו היענות לבקשות כאמור.

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

43. יודגש, כי בעוד שמות בעלה של העותרת – עניין שאין לו כל נפקות לשאלת ההומניטאריות העולה בעניינם של העותרת וילדיה, והוא מהווה שיקול זר – נשקל על ידי המשיבים, כפי שעולה במיוחד מפרוטוקול הדיון במשיבה 2, לא טרחו המשיבים במסגרת ההחלטה החדשה לבחון עניינים שהינם רלוונטיים וקשורים בטבורם לנסיבותיהם ההומניטאריות של העותרים.

44. בין השאר, לא טרחו המשיבים לבחון באופן אמיתי את השאלה היכן יתגוררו אותם ילדים אומללים, שהמשיבים מגרשים הלכה ולמעשה בעל כורחם מביתם. הם לא פנו לקבל חוות דעת מקצועית קונקרטית לגבי השאלה מהן ההשלכות שיכולות להיות למעבר והרחקת הילדים ואימם מביתם ומסביבתם הטבעית. הם אף לא בחנו באופן אמיתי את השאלה האם אמה של העותרת ואחיה, שחלקם מתגוררים בגדה המערבית, יכולים או מעוניינים לקבלם. לו היו המשיבים בוחנים עניינים אלו כדבעי היו מגלים, בין השאר, כי אמה של העותרת חולה במחלת נפש ומחלות כרוניות נוספות. וכן שלעותרת יש אמנם מספר אחים בגדה, אך מאידך אביה, שהתגרש מאמה, נישא בשנית, מתגורר בישראל כדין ויש לה אף אחים מאב שהם אזרחים ישראלים. בנוסף יש לעותרת אחות מאב ואם, שאף היא מתגוררת בישראל כדין מזה כעשור, במסגרת הליך לאיחוד משפחות. העתקים של מסמכים רפואיים המעידים על מצבה הבריאותי של אמה של העותרת מצ"ב ומסומנים ע/12.

45. ברי, כי שיקולים של הרתעה וענישה קולקטיבית אינה ממין העניין, והינם בגדר שיקולים זרים במסגרת דיון אצל המשיבה 2, אשר כל תכליתה והקמתה היו בכדי לשקול ולבדוק האם קיימים טעמים הומניטאריים למתן היתר.

רשות מינהלית מוגבלת בהפעלת שיקול-דעתה על-ידי ההלכות הכלליות של המשפט המינהלי. עליה לפעול במסגרת סמכותה החוקית; עליה לשקול את כל ה**שיקולים הרלוואנטיים להשגת תכלית החוק** ולהימנע מלשקול שיקולים זרים; **עליה להפעיל את שיקול-דעתה בשיווינויות ולהימנע מהפליה**; עליה לנהוג בהגינות וביושר; ועליה לפעול על-פי סטנדרט התנהגות המצוי במיתחם הסבירות. סטנדרט זה משקף, בין היתר, את האיזון הראוי בין השיקולים הרלוואנטיים השונים. הוראות כלליות אלה חלות על כל המקרים שבהם נתון לרשויות מינהליות שיקול-דעת.

(בג"ץ 4422/92 שלמה עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, (פורסם בנבו).

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

46. ברם, השיקולים הזרים שנשקלו בעניינה של העותרת, במסגרת הדיון אצל המשיבה 2, ואשר עומדים למעשה גם בבסיס ההחלטה החדשה שניתנה בעניינה של העותרת, הינם חלק מן המגמה הכוללת בענייננו, והיא עשיית שימוש בהליך בפני המשיבה 2 על מנת להשיג מטרות שאינן ממין העניין.

החלטה שרירותית ומפלה

47. בפיסקאות הרביעית והתשיעית להחלטה החדשה, מתייחס המשיב 1 לשתי טענות בודדות מתוך שלל הטענות הנוספות שהעלו בפניו העותרים במסגרת הטעונונים בכתב. ברם, בעשותו כן, לא זו בלבד שהמשיב מתעלם משאר הטענות שהעלו העותרים כנגד ההחלטה וההליך שקדם לה, אלא שאף את הטענות אליהן הוא מתייחס, הוא מעוות בכוונה תחילה. נפרט.

48. אכן, בסעיפים 16-23 לטעונונים בכתב שהגישו העותרים, הם התייחסו לנוהל המשיב 1, המסדיר את הטיפול במעמד בן הזוג הזר במקרה שבו פקע קשר הנישואין בשל פטירת בן הזוג. ברם, בניגוד לאמור בהחלטה החדשה, טענות העותרים לעניין הנוהל היו שונות:

עיון בנוהל הרלוונטי, הוא נוהל 5.2.0017, מעלה כי **הרשות לא פעלה על פי הוראותיו במקרה של העותרת**. כך, **לא זומנה העותרת לשימוע עובר להפסקת ההליך המדורג (סעיף ג לנוהל)**. מהמלצת הוועדה **גם נראה כי היא לא ראתה בקיומם של הילדים הישראלים טעם הומניטארי מיוחד בעניינה של העותרת, חרף העובדה כי קיומם של ילדים משותפים מהווה אינדיקציה לטעמים הומניטאריים על פי הנוהל (סעיף ד.2 לנוהל)**.

(הדגשות הוספו, ב.א.).

49. בפיסקאות 5-6 להחלטה החדשה ממשיך המשיב ומנמק כיצד, למרות קיומו של נוהל המסדיר את הטיפול במעמד בן הזוג הזר במקרה שבו פקע קשר הנישואין בשל פטירת בן הזוג, מדובר בהחלטה סבירה ומדוע הוא הגיע למסקנה כי לא מתקיימים בעניינה של העותרת טעמים הומניטאריים המצדיקים את אישור המשך שהייתה בישראל.

50. אלא שלטעמים המוגברים, המצדיקים את הסדרת שהייתו של ההורה הזר בישראל במקרה בו ישנם ילדים תושבי קבע, הפנו העותרים לפסיקה ולפרקטיקה הקיימת אצל המשיב 1. פסיקה ופרקטיקה אלו מצביעים בבירור על אפליה פסולה ולא מוצדקת שנקטה על ידי המשיבים בעניינה של העותרת, לעומת עניינן של אלמנות אחרות מהגדה המערבית במצבה, וביניהן אף כאלו שמצבן טוב יותר מזה של העותרת דנן. כפי שעוד יפורט בהמשך העתירה, שניים מילדיה של העותרת אינם בקו הבריאות ואף אמה של העותרת, המתגוררת בגדה המערבית, היא אשה חולה, הסובלת ממחלת נפש ומחלות כרוניות נוספות. דא עקא, שהמשיב בהחלטתו החדשה הסתפק בהסבר כללי. נוכח חשיבות הדברים, ישובו העותרים ויפנו את בית המשפט הנכבד לפסיקה ולפרקטיקה עליהן הצביעו בטענותיהם בכתב, ואשר מעידות על כך כי ההחלטה החדשה וההמלצה העומדת בבסיסה הינן שרירותיות ופסולות.

הסדרת מעמד של הורה לילדים ישראלים: פסיקה

51. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון 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.

52. בדנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים – מנהל האוכלוסין** (6.7.2003), נפסק כי עיקרון טובת הילד עשוי להצדיק הסדרת מעמדו של הורה, אף בניגוד להנחה הכללית כי ילד הולך אחר הוריו ולא להיפך:

עיקרון טובת הילד הוכר זה מכבר כערך מרכזי בשיטתנו המשפטית, ועל חשיבותו אין צורך להכביר מילים. אכן, ככלל "אין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם" (ע"א 7206/93 **גבאי נ' גבאי**, פ"ד נא(2) 241, 251). אף בגיבוש החלטתו, הגוזרת את גורל מעמדו בישראל של הורה זר, מוטל על שר הפנים לשקול, בין היתר, את טובת ילדו של ההורה ואת השפעת ההחלטה על מצבו. עמדת המשיב, כאמור, היא כי אף שככלל אין בזיקת הורות לאזרח ישראלי, כשלעצמה, כדי להעניק מעמד קבע בישראל, הרי שאף עליו מקובל, כי יש לבחון כל מקרה לגופו במטרה לבדוק אם מתקיימים בו צרכים הומניטריים מיוחדים המצדיקים סטייה מן הכלל הרגיל. ההתחשבות בצרכים מיוחדים עשויה להקיף גם את צורכי ילדו של ההורה הזר. טובת הילד מהווה, אפוא, שיקול שעל המשיב להביאו בחשבון במסגרת הליך הבדיקה. "כן ראו: עע"ס 10993/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, 10.3.2010) פיסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' הנדל).

(שם, פיסקה 8 להחלטתו של השופט א' מצא).

53. בעת"ס (ב"ש) 313/06 **עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' שר הפנים**, נדונה בקשה להסדרת מעמדה של אם, אשר התגרשה מאבי ילדיה ועוד קודם לכך לא לקחה מעולם חלק בהליך לאיחוד משפחות, עקב נישואי פוליגמיה. הוועדה ההומניטארית החליטה לסרב לבקשה חרף הפגיעה שתיגרם לבנות הקטינות. באותו מקרה, דחתה הוועדה הבינמשרדית את בקשתה של האם להסדיר את מעמדה, משום ריבוי תופעת הפוליגמיה, משום שלא הוגשה בקשה להסדיר את מעמדה בישראל במהלך נישואיה (אף שאי אפשר היה), משום ששהתה בישראל מאז נישואיה שלא כדין ומשום ששני ילדים נותרו אצל הבעל. השופט י' אלון קיבל את העתירה, והורה על החזרת הדיון לוועדה. פסיקת בית המשפט בעניין זה יפה אפוא גם בענייננו אנו:

משמעות החלטת הסירוב בעניין העותרת מעלה מתוכה מניח וביה את שאלת גורלן של ארבע בנותיה הקטנות [הקטנה שבהן בת 5 שנים] המצויות בחזקתה. הרחקת אמן של ארבע הילדות אל מחוץ לגבולות ישראל, תותיר את ארבע הילדות-הקטינות והקטנות ללא הורה לשומרן ולגדלן. לא נתברר כל עיקר מתוך החלטת הסירוב, ואף לא מתוך נימוקי המשיבים בכתב התגובה, מה יעלה בגורלן של ארבע ילדות רכות בשנים אלו, שכאמור כולן אזרחיות המדינה. האם אביהן מוכן לגדלן? ואם אכן כך – האם מסוגל וכשיר הוא לגדלן? ואם אבי הילדות אינו מוכן או אינו מסוגל לכך – האם קיימת מסגרת מוסדרת שתסכון לכך? האם אכן ראוי בכלל להחליט על הרחקת האם מישראל, תוך השארת ארבע הילדות הקטנות למסגרות חוץ משפחתיות? **האם**

לא נדרש מהרשות הבוחנת בקשתה של העותרת לרשיון ישיבה, לבחון בד בבד עם החלטה זו את השלכותיה ותוצאותיה המיידיות על חיי ארבע ילדותיה הקטנות, גורלן, נפשן ועתידן? או שמא כטענת ב"כ המשיבים בטיעוניה בע"פ, הפתרון המוצע במקרה כזה הוא כי ארבע הילדות הקטנות – אזרחיות ישראל – ילכו אחר אמם המורחקת מהארץ אל עיר הולדתה חברון ברש"פ? יחודה של הסיטואציה שבפנינו, הינה בקשר ההדוק והבלתי נמנע שבין החלטת הרשות בעניין בקשתה של העותרת עצמה לבין תוצאותיה מרחיקות הלכת על גורלן, נפשן וטובתן של ארבע בנותיה הקטינות והקטנות בשנים. אילו היתה העותרת בגפה, לא היה מקום להסס בצדקת החלטת הרשות לסרב את בקשתה, וזאת בשל כל אחד מהנימוקים שניתנו ע"י המשיבים בתגובתם. אולם, משתוצאת ההחלטה הינה כה מרחיקת לכת על גורלן ונפשן של ארבע ילדותיה הקטנות של העותרת, לא ניתן לטעמי להסתפק בהחלטת הועדה כפי שהיא, מבלי שבחנה את השלכות הבקשה שהובאה בפניה לעניין גורלן של הילדות, היכן יגדלו, ואצל מי וכיצד תתקיימנה משתורחק אמן-העותרת מישראל.

(שם, ההדגשה הוספה, ב.א.).

54. בית המשפט הנכבד לא הסתפק בקביעה כי הנושא יוחזר לוועדה, אלא מתח ביקורת על אופן פעולתה של הוועדה עת בחנה את הנושא, והנחה את הוועדה, באשר לדרך המצופה לפעולתה, במקרה הומניטארי לו השפעה על קטינים :

... מתוך הרגישות הראויה לסיטואציה המיוחדת שבעניין דנן, החליטו המשיבים לאפשר לעותרת להביא בקשתה בפני הועדה הבינמשרדית, וזאת לפנים משורת הדין והנוהל. טוב וראוי עשו המשיבים בהחלטה זו. ברם, משפתחו המשיבים בפני העותרת את שערי הועדה הבינמשרדית – דין היה שהליך קבלת ההחלטות של הועדה בעניינה של בקשת העותרת ייעשה ויובנה תוך בחינת המצב החריג בקיצוניותו של התוצאות שיוודעו לאותה החלטה על טובת ארבע הילדות הקטנות, גורלן, עתידן ונפשן. מן הראוי היה שהועדה תאפשר לעותרת, או לבאי כוחה, להתייצב בפניה ולהביא בפניה את חווה"ד הנדרשת מרשויות הרווחה והסעד האמונות על גורלם ושלומם של קטני קטינים וקטני קטנות אזרחי המדינה. ראוי היה כי הועדה תבחן האפשרות ליזום בעצמה קבלת חוו"ד מהרשויות האחראיות לכך. ועל הכל – ראוי היה שהחלטת הועדה תנומק בדרך שתשקף את בחינת ההיבטים האמורים בעניינה של אותה בקשה חריגה ומיוחדת שהובאה בפניה.

(שם, ההדגשה הוספה, ב.א.).

55. בעת"ם (ת"א) 39084-09-10 (קטין) ואח' נ' **משרד הפנים**, התקבלה עתירה בעניינה של ילדה ישראלית אשר ביקשה להקנות מעמד לאמה ונקבע כי לאם יינתן מעמד ארעי שיתחדש וישודרג בהמשך למעמד קבוע:

מדובר בילדה שהיא ילידת ישראל, היא חיה כל חייה עד היום רק בישראל, וזאת מאז שנולדה בשנת 2002 ועד היום. היא לומדת במערכת החינוך הישראלית. **אין, ולא יכולה להיות, כל מחלוקת לגבי זכותה של הילדה להישאר בישראל**, ומובן שבנסיבות אלה היא זכאית לכך שאמה, שהיא ההורה היחיד שמגדל אותה, תוכל להישאר בישראל יחד איתה. לכן אני מקבלת את העתירה כמבוקש בה.

(שם, סעיפים 18-20. ההדגשה הוספה, ב.א.).

56. כן יפים לענייננו דברי כב' השופט ד"ר מרזל, בפסק דין בעת"ם (י-ם) 37903-03-11 **פלוני נ' משרד הפנים**:

ברי כי בנסיבות מעין אלה יש ליתן את הדעת, הן לשיקולים של טובת הילד והן לשיקולים של הזכות לחיי משפחה. הגם שמעמדו של הילד אינו מקים כשלעצמו מעמד להורהו, הוכר בפסיקה העיקרון לפיו ייתכנו מקרים הומניטאריים אשר יצדיקו, ואף יחייבו, סטייה מהכלל לפיו אין הילד יוצר מעמד להוריו (ראו למשל, בג"ץ 4156/01 **דימיטרוב נ' משרד הפנים**, פ"ד נו(6) 289, 294 (2002); כן ראו דנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 6.7.2003); עע"ם 10993/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 10.3.2010); ראו עוד, עת"ם (י-ם) 529/02 **בורנא נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (26.8.2002); עת"ם (ת"א) 1295/03 **שבצוב נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (8.3.2005)). זאת ועוד, הפרדת קטין אזרחי מהורהו, כרוכה, ולו לכאורה, בפגיעה מסויימת בזכות לחיי משפחה של הקטין (ראו והשוו, בג"צ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 14.5.2006); ראו עוד, עת"ם (ת"א) 3111/08 **סלמובה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (4.6.2010)). הנה כי כן, טרם קבלת החלטה בעניין מעמד או העדר מעמד של הורה זר לקטין אזרחי ישראל יש לבחון לעמקן את מכלול נסיבות המקרה, ובכלל זה את ההשלכה שתהיה בניתוק הקטין מהורהו. בדיקה זו צריכה להיות מבוססת על בירור עובדתי-מקצועי וממצה (השוו, עת"ם (י-ם) 705/07 **מוסקרה נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (21.12.2009); עת"ם (ת"א) 3143/04 **מריאנו נ' משרד הפנים** [פורסם בנבו] (22.5.2005)).

הסדרת מעמד של הורה לילדים ישראלים : פרקטיקה

57. בהקשר זה ציינו העותרים במסגרת הטענות בכתב, כי במקרים אחרים של מות ההורה הישראלי, כאשר לבני הזוג היו ילדים משותפים, **החליט שר הפנים באופן עקבי שהאם תמשיך לקבל היתרי שהייה בישראל**. זאת, גם במקרים בהם, בניגוד למקרה דן שבו ישנם שני ילדים חולים, אין כל טעמים הומניטאריים אחרים להמשך שהייה בישראל כדין. על מנת לסבר את האוזן, הפנו העותרים את המשיב לעניינן של גב' _____ גזאווי, ת"ז _____, אמא לילדה ישראלית בת 3 בעת פטירת הבעל; גב' _____ מנסור, ת"ז _____, אמא לארבע בנות ישראליות קטינות בעת פטירת הבעל (הגב' מנסור אף קיבלה אשרה מסוג א/5 לאחר עתירה לבג"ץ); ולעניינה של הגב' _____ אבו קטיש, ת"ז _____, אמא לשני ילדים ישראלים בעת פטירת הבעל.

58. בעניינן של אותן אלמנות מעולם לא נטען – ובצדק – כי הן יכולות לעבור לגדה עם הילדים, וכי מעמד הילדים לא ייפגע. זאת גם אם לאותן נשים היו בגדה המערבית בני משפחה בריאים, שייתכן והיו מסוגלים לסייע להן ולתת להן קורת גג. כמו כן, מעולם לא נטען כי הילדים יוכלו לבקר בישראל בשל הקירבה הגיאוגרפית בין הגדה לירושלים, כפי שטוענים המשיבים בעניין דכאן. ההתייחסות העניינית לה זכו אותם מקרים שהובאו לעיל, רק ממחישה עד כמה ההחלטה בעניינם של העותרת וילדיה, ובכלל זה ההליך שקדם לנתינתה של אותה החלטה, היו מפלים ושרירותיים. כאמור, מדובר בהליך סרק, שכל מטרתו להכשיר את גירושה של העותרת מביתה. זאת, בהתאם להכרזות המשיב 1 בכלי התקשורת השונים ואשר אוזכרו לעיל.

59. עמדת העותרים הינה כי לו היה עניינם נבחן על ידי המשיבים ללא עירוב שיקולים זרים, באופן זהה ובלתי מפלה לאופן בו נבחנים מקרים אחרים, אין ספק כי המשך שהייתה של העותרת בישראל היה מאושר.

שימוש בסמכות למטרה זרה (DÉTOURNEMENT DE POUVOIR)

60. טענה נוספת שהועלתה על ידי העותרים בטיעונים בכתב היא, כי המשיבים השתמשו בסמכויות המסורות להם למטרה זרה.

61. על הרשות המינהלית נאסר להשתמש בסמכות שניתנה לה מידי המחוקק למטרה זרה מזו שלשמה נועדה (ר', למשל, בג"ץ 620/85 מיאערי נ' יו"ר הכנסת, פורסם בנבו).

62. יפים לענייננו דברי בית המשפט בבג"ץ 98/54 לזרוביץ נ' המפקח על המזונות (פ"ד י 40, 47):

... בכוחו של בית-משפט זה לבדוק ולבחון את פעולות השלטונות לא רק כפי שהם נראים לעין מבחינת הסמכות החוקית הפורמלית, אלא גם לעיצומו של עניין, **אם השימוש שנעשה בסמכות בדין יסודי**, היינו אם הוא נעשה - בין השאר - **בתום לבב על יסוד שיקולים כשרים ולמטרה שלמענה הוענקה הסמכות... ולא ישאיר על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכנם אינו כשרם**.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

ור' גם בג"ץ 491/86 עיריית ת"א יפו נ' שר הפנים (פורסם בנבו).

63. במילים אחרות, ישנם מצבים בהם מבחינה פורמאלית מסורה הסמכות החוקית לרשות המינהלית לפעול כפי שהיא פועלת, אך בחינה מדוקדקת יותר של הליך קבלת ההחלטה יעלה, כי לעיצומו של עניין מדובר בפעולה הנעשית בחוסר תום לב ושלא למטרה שלשמה הוענקה לרשות הסמכות.
64. העותרים סבורים, כי הליך קבלת ההחלטה החדשה בעניינם, ובכלל זה הפניית עניינם מלשכת המשיב 1 למתן המלצתה של המשיבה 2 ומתן ההחלטה החדשה גופא, הינם, יחד ולחוד, פעולות העולות כדי שימוש בסמכות למטרה זרה וחריגה מסמכות. נסביר.
65. ביום 20.3.2007, ועובר לתיקון השני של הוראת השעה, קיימה ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת דיון במסגרתו דנה, בין השאר, בהקמת הוועדה ההומניטארית על פי הוראת השעה. כפי שעולה מפרוטוקול הדיון של אותה ישיבה – כמו גם מדברי ההסבר להצעת החוק כפי שפורסמו ברשומות – הרציונאל היחיד שעמד בבסיס הקמת הוועדה ההומניטארית היה איזון מידתי יותר של ההסדרים הקשים הקבועים בהוראת השעה, הסדרים אשר ייתנו ביטוי להיבטים ההומניטאריים אשר נעדרו מתוכה עד כה :

הוועדה מוסמכת לתת רישיון ישיבת ארעי או היתר לישיבה בישראל לשתיה קבוצות של אנשים. הטעמים הם טעמים הומניטאריים שהוועדה צריכה לבחון. מדובר, למעשה, באפשרות לתת היתר שייתן מפקד כוחות צה"ל באזור לשהייה בישראל, לאדם שלפי ההוראות האחרות לא היה זכאי. אפשרות שניה, להעניק רישיון ישיבה ארעי לפי חוק הכניסה לישראל, שבאות איתו גם זכויות סוציאליות לאדם שכבר נושא בהיתר כזה והנסיבות ההומניטאריות הן כאלה שמצריכות מתן רישיון כזה על ידי שר הפנים. אלה שתי הקבוצות שיכולות לקבל רישיון מטעמים הומניטאריים.

(מתוך דברי יועמ"ש רשות האוכלוסין וההגירה, עו"ד דניאל סלומון, בדיון הוועדה).

66. לשאלת יו"ר ועדת הפנים והגנת הסביבה מהן הנסיבות ההומניטאריות שבגינן ניתן לקבל מעמד בישראל והאם אין כוונה לפרט אותן במסגרת התיקון המוצע, ענה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה :

ההערכה שלנו הייתה שאם מפרטים מגבילים את שיקול הדעת. ככל שהשארנו את זה יותר רחב אז דווקא הלכנו לכיוון ההומניטארי.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

67. הנה כי כן, אין ספק שהרציונאל שעמד בבסיס הקמת המנגנון ההומניטארי במסגרת הוראת השעה, לא היה לאסור, להגביל או להרחיק תושבי איזור מישראל, אלא להיפך. מטרת המחוקק בהקמת

המנגנון ההומניטארי במסגרת הוראת השעה היה **להרחיב ולאפשר** לבעלי נסיבות הומניטאריות מיוחדות לקבל היתר או רישיון ישיבה בישראל, אפשרות שלא הייתה קיימת עד להקמת מנגנון זה.

68. גם בדברי ההסבר להצעת התיקון לחוק מיום 18.12.2006, קיימת התייחסות ברורה לנימוקים העומדים בבסיס הקמת המנגנון ההומניטארי של המשיבה 2:

ביום ט"ז באייר התשס"ו (14 במאי 2006) ניתן פס"ד בבית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שנזכרו לעיל בעניין הוראת השעה בנוסחה המתוקן... בית המשפט התייחס לצורך בקביעת הסדרים אחרים אשר יאזנו באופן מידתי יותר את ההסדרים הקבועים בהוראת השעה בנוסחה המתוקן ואשר ייתנו ביטוי להיבטים ההומניטאריים.

העתקי הקטעים הרלוונטיים מתוך הדיון בוועדת הפנים מיום 20.3.2007 ומפרוטוקול דברי ההסבר לחוק מיום 18.12.2006 מצ"ב ומסומנים בהתאמה **ע/13 א-ב**.

69. הנה כי כן, בדומה לרוח הדברים העולה מפרוטוקול הדיון בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת, אף מדברי ההסבר להצעת החוק עולה באופן שאינו משתמע לשתי פנים, כי מנגנון המשיבה 2 הוקם למטרה אחת ויחידה: **לאזן** את ההגבלות החמורות הנטועות בהסדרים הקבועים שבהוראת השעה **ומתן אפשרות** לבעלי טעמים הומניטאריים לשהות בישראל באופן חוקי. במילים אחרות, אין מדובר במנגנון שהוקם במטרה להרחיק אנשים מישראל, אלא במנגנון שמטרתו לאפשר לרבים יותר לקבל היתר או רישיון ישיבה בישראל.

70. והנה, בעוד שמן המקובץ עולה כי המשיבה 2 הוקמה למטרה אחת בלבד, לאפשר לרבים יותר לקבל היתר או רישיון ישיבה בישראל, עולה מהתנהלות המשיבים בעניינה של העותרת – בין השאר, ההצהרות שנתן המשיב 1 בתקשורת, הפירסומים שהתלוו להליך בעניינה של העותרת, האופן הבהול בו הועבר עניינה של העותרת מלשכת המשיב 1 להמלצת המשיבה 2, הדיון הבהול שכלל קבלת עמדות חברי הוועדה באמצעות הטלפון – תמונה שונה לחלוטין. נראה כי המשיבים עשו שימוש ציני ושרירותי במנגנון ההומניטארי הקבוע בהוראת השעה, לקידום ומימוש מטרה שהיא זרה לתכלית שלשמה הוקם המנגנון – הרחקתה של העותרת מישראל.

החלטה מבוססת על עובדות חלקיות ומגמתיות

71. טענה נוספת שהועלתה בטיעונים בכתב היא כי ההחלטה מתבססת על עובדות חלקיות ומגמתיות, והכל במטרה להכשיר את גירוש העותרת מישראל. דוגמא מובהקת להתנהלות פסולה זו ניתן למצוא בהחלטה החדשה, בה נאמר בין השאר, כי **רוב משפחתה המורחבת של העותרת מתגוררת בגדה המערבית וביניהם אמה של העותרת וששת אחיה מאם ואב ובני משפחותיהם**.

72. יודגש, כי ככל הנראה, פירוט תמוה ומורחב זה בדבר בני משפחתה של העותרת המתגוררים בגדה המערבית שולב בהחלטה החדשה נוכח טענות העותרים בטיעונים שבכתב, שבמסגרתם קבלו העותרים על הקביעה שהופיעה בהחלטה הקודמת, ולפיה כמעט כל בני משפחתה של העותרת מתגוררים בגדה המערבית. העותרים הצביעו על כך שהמשיבים מתעלמים במכוון מהעובדה כי

מלבדה ומלבד ילדיה, גם אביה של העותרת מתגורר בישראל ולוקח חלק בהליך אחמ"ש עם אשתו השנייה, שלעותרת שלושה אחים מנישואיו השניים של אביה שהינם אזרחי ישראל המתגוררים בישראל, וכן שלעותרת אחות, המחזיקה בהיתרי שהייה משנת 2005.

73. נראה אפוא, כי המשיבים ספרו, פשוטו כמשמעו, את מספר בני המשפחה של העותרת המתגוררים באיזור (7) לעומת מספר הנפשות המתגוררות בישראל מלבדה ומלבד ילדיה (5). נקודה נוספת שהם הקפידו להדגיש היא, כי מדובר באחים מאב ואם.

74. הנה כי כן, אין ספק שהצגת עובדות באופן שכל מטרתו להצביע על כך שזיקתה של העותרת לגדה גוברת על זיקתה לישראל, תוך השמטת העובדה כי מלבד העותרת וילדיה, החיים כאן עימה מיום היוולדם ועד עצם היום הזה, יש לעותרת עוד בני משפחה לא מועטים מדרגה ראשונה החיים בישראל כדין, היא הצגה חלקית ומגמתית של המציאות ומשכך – פסולה.

75. דוגמה נוספת להצגה חלקית ומגמתית של העובדות הנוגעות לעניינה של העותרת, היא הטענה בהחלטה החדשה, לפיה מעמדם של העותרים 2-4 לא ייפגע כתוצאה מגירושה מישראל. זאת, לדברי המשיב 1, בהתאם למדיניות הנהוגה כיום, לפיה שאלת תושבותם של מי שהיו קטינים בעת שהוריהם העתיקו את מרכז חייהם אל מחוץ לישראל תיבדק מיום בגרותם.

76. דא עקא, גם למשיב 1 ברור כי מעברם בכפייה של הילדים לגדה המערבית יפגע בהם באופן ישיר, קשה ומידי. ראשית, ברור כי עם מעברם בכפייה בישראל, וכתוצאה ישירה מהרחקתה של העותרת מישראל, יישלל מעמדם של הילדים כתושבי ישראל במוסד לביטוח לאומי. כפי שצוין לעיל, מיד לאחר הפירסומים בתקשורת וההחלטה הקודמת שנטל המשיב 1 בעניינה של העותרת, שינס המוסד לביטוח לאומי מותניים וביטל את מעמדם של העותרים 2-4. רק בעקבות התערבות העותרת 5 הושב לילדים מעמדם בישראל לעת עתה. ברור אם כן, כי עם מעברם בכפייה לגדה של הילדים ואבדן מעמדם במוסד לביטוח לאומי, יישללו מהם זכויותיהם הסוציאליות ובראשן הזכות לבריאות. יצוין להשלמת התמונה, כי שניים מילדי העותרת סובלים מבעיות רפואיות כרוניות. העותר 2 סובל ממום בלב מלידה וכן הוא הולך ומאבד את שמיעתו. כתוצאה מכך, הוא זקוק למעקב של קרדיולוג ורופא אף אוזן וגרון. העותר 4 סובל מהקאות מרובות, וממשקל נמוך מאוד לגילו (אחוזון 15). הרופאים לא מצאו עדיין את הסיבה שגורמת להקאות אך יש חשש שהוא סובל מאפילפסיה, ועליו להימצא תחת השגחה של גסטרואנטרולוג ילדים. ברי כי בעובדות אלה לא טרחה המשיבה 2 לעסוק.

העתקי דו"חות רפואיים והפניות לבדיקות בעניין העותרים 2-4 מצ"ב ומסומנים ע/14.

77. בנוסף להשלכות הישירות שיש למעברם בכפייה של העותרים 2-4 עם אימם לגדה המערבית על זכויותיהם בישראל על פי חוק הביטוח הלאומי, קיים אף החשש כי מעברם לגדה המערבית יחייב את הסדרת מעמדם של הילדים בשטחים ורישומם שם. שאם לא כן, לא ברור כיצד יירשמו הילדים למוסדות חינוך, כיצד יקבלו שירותי רפואה ועוד. עצם רישומם בגדה מסכן את מעמד הקבע שלהם בישראל.

78. בנוסף, אמירת המשיב כי מעמדם של הילדים לא יישלל באם יגורשו לגדה המערבית, נובעת מהמדיניות הנוהגת כיום. דא עקא, כידוע, מדיניות מטבעה נתונה לשינויים, ולפיכך אין זה מן הנמנע כי המדיניות הנוהגת כיום תשונה בעתיד ומעמדם של הילדים יישלל מהם. יודגש לעניין זה כי אין מדובר בחשש תיאורטי שאין בו ממש. גם במדיניות דהיום, שולל המשיב 1, בתנאים מסוימים, מעמד מילדים להורים תושבי קבע שקבעו את מרכז חייהם מחוץ ישראל, בעודם קטינים. כפי שניתן לראות באופן ברור מתשובות המשיב 1 לבקשות על פי חוק חופש המידע, שמגישה לו העותרת 5 מידי שנה בעניין שלילת מעמד מתושבי ירושלים המזרחית, המשיב שולל מידי שנה את מעמדם של קטינים לא מעטים. הנה כי כן, בניגוד לתמונה שמבקש המשיב 1 לצייר בהחלטתו החדשה, גירוש אמם של העותרים 2-4 מישראל טומן בחובו סכנה של ממש כי העותרים 2-4, שלא חטאו, יאבדו את מעמדם החוקי בישראל.

העתקי תשובות המשיב 1 בעניין שלילת מעמד מתושבי ירושלים המזרחית בשנים 2011-2014 מצ"ב ומסומנים ע/15.

79. הנה כי כן, קביעת המשיבים, כי גם אם יעברו העותרים 2-4 לגדה המערבית עם אמם, מעמדם מוגן ובטוח, הינה קביעה מוטעית ומטעה. מעבר לעובדה כי הם מגורשים מביתם ומורחקים מהסביבה הטבעית המוכרת להם כל כך, ונשללת מהם הזכות לביטוח בריאות באופן מיידי, גם מעמדם החוקי בישראל נתון בסכנה.

הפרת הזכות לחיי משפחה והפגיעה בעיקרון טובת הילד

80. הזכות לחיי משפחה כידוע, היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה בפסק דין בג"ץ 7052/03 – **עדאלה נ' שר הפנים** תק-על 2006(2) 1754 (להלן: **עניין עדאלה**) לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. הנשיא א' ברק קבע, בפסקה 34 לפסק דינו:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי **הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

81. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק **משיקולים כבדי משקל**. זאת בהסתמך על **תשתית ראייתית מוצקה**, המעידה על שיקולים כאלה.

82. בפסק דינה בעניין עדאלה קובעת השופטת פרוקציה:

דרישת המידתיות בפיסקת ההגבלה בנויה על יסוד האיזון בין זכות האדם הנפגעת לבין הערך הנוגד מולו היא מתמודדת. עניינה בבחינה, בין היתר, האם התועלת המושגת מן הערך הנוגד שקולה כנגד הפגיעה בזכות האדם. האיזון מושפע ממשקלם היחסי של הערכים; בהערכת משקלה של הזכות, **יש להתחשב בטיבה ובמעמדה במידרג זכויות האדם. יש להתחשב במידה ובהיקף של הפגיעה בה**. באשר לאינטרס הציבורי הנוגד, יש לשקול את חשיבותו, את משקלו, ואת התועלת הצומחת ממנו לחברה. ישנו קשר גומלין בין משקלה של זכות האדם לבין מידת חשיבותו של האינטרס הציבורי הנוגד. **ככל שזכות האדם בעלת משקל רב יותר והפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש לצורך עמידה במבחן המידתיות כי האינטרס הציבורי הנוגד יהיה בעל חשיבות וחיוניות מיוחדת. פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה חוקתית, גריעה מידתית מן הזכות** (בג"ץ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 876, 890; בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807, 850). על פי מבחינה של פיסקת ההגבלה, נבחנים, איפוא, הן הזכות הנפגעת, והן האינטרס הציבורי, לפי משקלם היחסי, כאשר הנחת היסוד הינה: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש" (השופט י' זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הביטחון, פד"י נג(5), 241, 273).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

83. הקביעה, כי יש לאפשר לילדים לגדול בתא משפחתי יציב ואוהב, באה לשרת עיקרון רחב יותר, המוכר במשפט הישראלי והבינלאומי – עיקרון טובת הילד. על פי עיקרון 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.

84. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוגי נ' פלוגי**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

85. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד (1), 459, עמ' 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".
86. גם במשפט הבינלאומי נהנה עיקרון טובת הילד ממעמד של עיקרון-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 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.
87. על כן, בנוסף לפגמים בהתנהלות המשיבים בעניינה של העותרת, עליהם הצביעו העותרים עד כה, פגעו המשיבים, לאורך כל הליך קבלת החלטה החדשה, בזכות משפחת העותרים לחיי משפחה ובעיקרון טובת הילד. העותרת דן היא משמורניתם היחידה של שלושת ילדיה הקטנים, תושבי קבע בישראל, שאין מחלוקת, כי כמו אמם, אף הם לא חטאו במאומה. כאמור, ככל הידוע לעותרים, גם כנגד העותרת עצמה לא נטענה מעולם כל טענה ביטחונית או פלילית ואף לא נטען כי היא מהווה סכנה לשלום הציבור. על כן, היותה של העותרת אם לקטינים תושבי קבע בישראל, אשר מוצאת עצמה לאחר שנים בהן נטלה חלק בהליך המדורג נשאבת בעל כורחה לתוך מציאות שנכפתה עליה, הופכת את החלטתו של המשיב 1 בעניינה לפגיעה קשה ביותר בזכותה ובזכות ילדיה לחיי משפחה בביתם שבישראל. ודאי וודאי שמדובר בפגיעה במידה העולה על הנדרש.
88. הנה כי כן, להחלטת המשיב 1 בעניינה של העותרת השלכות פוגעניות, ישירות ומרחיקות לכת על מעמדם החוקי בישראל של הילדים הקטנים.

סיכום של דברים

89. המשיב נתן אמנם החלטה חדשה בעניינה של העותרת ואולם גם החלטה זו מתבררת כהחלטה בלתי סבירה, הנוגעת בשיקולים זרים ושימוש בסמכות למטרה זרה. בנוסף מתברר מהפסיקה ומהפרקטיקה, כי מדובר בהחלטה שרירותית ומפלה, אשר בניגוד לטענות המשיבים בהמלצה ובהחלטה החדשה, פוגעת בעותרת ובילדיה באופן ישיר, וודאי ללא כל הצדקה.
90. הנה כי כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה כמפורט בראשה.

ירושלים, 16 אפריל 2015.