

הטעם ההומניטארי המיוחד לקבלת ההיתר הוא היותך ההורה המתפקד היחיד של הילדים. ההיתר יהיה בתוקפו כל עוד מרכז חייך בישראל ואת מטפלת בילדיך הקטינים ולא שינית את מצבך המשפחתי, בכפוף לאבחון ביטחוני ומשטרתי.

3. מהחלטת הוועדה לא ניתן ללמוד כלל מדוע סורבה בקשת העותרת למעמד ארעי, האם המשיב בדק אם נסיבות המקרה מצדיקות הפעלת סמכותו ליתן מעמד, ואם ניתן משקל לעובדה כי העותרת חיה בישראל כמעט כל חייה. יתר על כן, מלשון ההחלטה עולה, כי עם הגעת ילדיה לגיל בגרות, לא יארכו היתרי השהיה של העותרת. הוועדה לא השיבה עד היום לבקשות העותרת להעביר את פרוטוקול הדיון שקיימה.

הצדדים

4. העותרת, מזערו, ילידת 19.7.1983, בתה של תושבת ישראל, נשואה לתושב ישראל המצוי במצב של נכות קשה ואמם של שני ילדים צעירים ישראלים. לעותרת עצמה אין כל מעמד בישראל. על כך נסובה העתירה.

5. העותרים 2 ו-3, הם ילדיה הקטינים של העותרת, תושבי ישראל.

6. העותרת 4, 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.

7. המשיב הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לקבלת מעמד בישראל. המשיב הוא הגוף המפעיל ואחראי לקבלה או דחיית החלטות של הוועדה לעניינים הומניטאריים, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 וכן הוא אשר מוסמך לקבל החלטות מכח סעיף 3ג לחוק הוראת השעה.

רקע עובדתי

8. העותרת נולדה ביום 19.7.1983 בשכם לאם ישראלית ואב תושב שטחים. העותרת נרשמה לאחר לידתה במרשם האוכלוסין בשטחים. בינקותה, התגרשו הוריה והעותרת ואחותה עברו להתגורר עם אמן, בירושלים. משנת 1985, בעודה בת שנתיים בלבד, ועד היום – מתגוררת העותרת בישראל בלבד. כאם עניה וחד הורית לא הצליחה אמה לצלוח את דרישות המשיב ולהסדיר את מעמדה בנתיב בישראל. באותן שנים, התנאים להסדרת מעמדה של ילד שנולד מחוץ לישראל, נרשם מחוץ לישראל ושאחד מהוריו אינו ישראלי לא היו מעוגנים בנוהל מסודר, לא פורסמו, ולא הובאו בכל דרך לציבור. טפסי המשיב היו כתובים בעברית בלבד והנגישות ללשכת המשיב היתה קשה ביותר. לאם לא היו האמצעים הכלכליים לשם שכירת עו"ד שיבצע את הפרוצדורות המסובכות והיא לא הצליחה להבין ולבצע את הדרישות הפרוצדוראליות בעצמה.

צילום מתעודת הזהות של האם בה נרשמו פרטי העותרת ללא מס' מזהה מצ"ב ומסומן ע/1.

9. לאורך השנים, מהגן ובשנותיה בבית הספר למדה העותרת תמיד בישראל. לאחר פרידת ההורים, קשרי העותרת עם אביה ומשפחתו נותקו. מאז גיל שנתיים, היא לא שהתה עוד בשטחים. רק לאחר הולדת בתה, ' חודש קשר רופף עם האב. יחסים דלים אלו הגיעו לקיצם לפני שנתיים, עם פטירתו של האב.

10. בגיל 14 נישאה העותרת לבן דודה, תושב ישראל, ועברה מבית אמה הישראלית לבית בעלה. לבני הזוג סבא וסבתא משותפים אשר גידלו את העותרת יחד עם אמה מאז היתה תינוקת. בהיותה קטינה ורק בת 14 לא יכול היה גם בעלה להסדיר את מעמדה כאשתו, והעותרת נשארה חסרת מעמד גם עם נישואיה ועם הולדת שני ילדיה.

11. בשנת 2001, בסמוך למועד בו מלאו לעותרת 18 שנה, בטרם הספיק בעלה להסדיר את מעמדה נורה הבעל בראשו ונפל למשכב. בתקופה שלאחר פציעתו היה בן הזוג כמצב של תרדמת. היום, הוא כמצב סיעודי מוחלט, משותק, מוזן מצינור, ואינו יכול לתקשר מילולית. העותרת נשארה בישראל, ביתה היחיד, כשהיא מטופלת בבעלה ובשני ילדיה, תושבי ישראל – וכשהיא ללא מעמד. משנת 2004 מאושפז מר מעזרו, הבעל והאב בבית החולים הרצוג ונתון תחת אפוטרופסות קרן החסויים. בהיעדר מעמד לא ניתן היה ליתן לעותרת אפוטרופסות על בעלה. מר מזערו מגיע לבית המשפחה בחופשות וכן אחת לחודש ונתמך ע"י הוריו ואשתו. העותרת מגיעה לבקר את בעלה בבית החולים הרצוג ככל שמאפשרים לה ההיתרים ואילו צי החיים.

מסמך אודות אשפוזו של מר מזערו בבית חולים הרצוג ומסמך מקרן החסויים אודות מצבו של מר מזערו, מצ"ב ומסומנים 1/ע א.

דו"חות סוציאליים בעניין המשפחה, מצ"ב ומסומנים 2/ע.

12. כאם חד הורית, מגדלת העותרת את ילדיה, בעוני ובקושי רב. בתה הבכורה של העותרת, ' בת ה-12 היתה נוכחת לצד אביה עת נורה ונפצע אנושות. היא סובלת עד היום מבעיות נפשיות. הבן בן העשר, סובל ממחלת קיבה, המצריכה טיפול ומעקב בבית חולים. מחמד סובל גם ממחסור בהמוגלובין וממחסור חריף של קלציום, אשר גרם בין היתר לנפילת שיניו.

מסמכים רפואיים אודות הילדים מצ"ב ומסומנים 3/ע.

המגעים עם המשיב

13. ביום 8.11.2005 יצרה הגב' בלומנטל מהמוקד להגנת הפרט קשר טלפוני עם הגב' חגית וייס, היום מנהלת לשכת המשיב בירושלים המזרחית, על מנת לברר מה ניתן לעשות על מנת להסדיר את מעמדה של העותרת. הגב' בלומנטל ביקשה להעביר את הנושא לוועדה ההומניטארית של המשיב. במענה לכך השיבה הגב' וייס כי הואיל ואמה של העותרת לא הסדירה את מעמדה עד לגיל 14 ועקב חוק הוראת השעה אין מה לעשות בעניינה ולא ניתן לבחון.

14. ביום 15.8.2006 הוגשה למשיב בקשה הומניטארית מנומקת עבור העותרת. היות ובאותה העת לא היה ערוץ ישיר לפנייה לוועדה, ועל אף עמדתה הנחרצת של מנהלת הלשכה, הוגשה הבקשה ללשכת המשיב בירושלים המזרחית, אשר התבקש לבחון אותה באמצעות הוועדה ההומניטארית.

- הבקשה ההומניטארית מצ"ב ומסומנת ע/4.
15. ביום 25.9.06 סורבה הבקשה עקב גילה הצעיר של העותרת, שעוד לא הגיע לגיל 25. לא למותר לציין, כי נימוק זה אינו יכול לעמוד כאשר מדובר בבקשה המוגשת מטעמים הומניטאריים.
מכתב הסירוב מצ"ב ומסומן ע/5.
16. הנה כי כן, הגישה העותרת ביום 23.11.06 ערר כנגד סירוב הטיפול.
הערר מצ"ב ומסומן ע/6.
17. ביום 18.12.2006 סרב המשיב לערר, בטענה שלא ניתן להעביר את הנושא לבחינת הוועדה ההומניטארית, באשר הוא אינו עומד בגדרי החוק.
הסירוב לערר מיום 18.12.06, מצ"ב ומסומן ע/7.
18. באוגוסט 2008 הוגשה עבור העותרת בקשה לוועדה ההומניטארית באמצעות ארגון זכויות האדם סנט איב. בידי העותרים אין העתק מהבקשה.
19. ביום 17.9.2008, משהגיעה לגיל 25, הגישה העותרת בקשה מקדמית לאיחוד משפחות עם בן זוגה באמצעות העותרת 4, המוקד להגנת הפרט.
הבקשה מצ"ב ומסומנת ע/8.
20. רק ביום 24.12.08, נודע לעותרת 4 על הגשת הבקשה ההומניטארית באמצעות ארגון אחר. המשיב הודיע במהלך בירור טלפוני מול הפקידה מירה אסרף, כי הוא מעכב את הטיפול בשל קיומה של בקשה אצל הוועדה. משעבר הייצוג למשרדי העותרת 4, ובתינתן בקשה הומניטארית מתנהלת המשיכה העותרת 4 לעקוב אחר הטיפול בבקשה אל מול הוועדה.
21. בשיחה טלפונית מיום 6.1.2009 עם הגב' אנה קלבאנוב מרכזת הוועדה ההומניטארית, התבקשו העותרים להציג חו"ד רפואית אודות מצבו של מר מזערו. בשיחת טלפון עם הגב' קלבאנוב מהוועדה מיום 7.6.2009 ביקשה הגב' תום בעבור מהמוקד לשלוח את הבקשה לדרישת מסמכים בכתב וזאת בשל הקושי להשיג את המסמכים מהקרן לטיפול בחוסים האחראית על מר מזערו ללא דרישה. במכתב מאותו יום חזרה הגב' בעבור על בקשתה. ביום 15.6.09 פתה הגב' בעבור שוב במכתב לוועדה בבקשה לקבלת בקשה כתובה לקבלת מסמכים.
מכתבי המוקד מימים 7.6.09 ו-15.6.09, מצ"ב ומסומנים ע/9.
22. ביום 7.7.2009 הודיעה טלפונית הגב' קרוואן מטעם הקרן לטיפול בחוסים כי הדו"ח הרפואי נשלח בפקס לגב' קלבאנוב מהוועדה ההומניטארית.

23. בשיחה טלפונית מיום 13.7.2009 עם הגב' אנה קלבאנוב, התבקשו העותרים להמציא דו"ח סוציאלי, תעודות ביי"ס והסבר על הסטטוס במל"ל. במכתב מהוועדה מיום 21.7.2009, התבקשה העותרת למלא טופס קורות חיים לשם תחקור ביטחוני.
- המכתב מיום 21.7.09 מצ"ב ומסומן ע/10.
24. ביום 14.9.09 שלחו העותרים את המסמכים שביקש המשיב.
- המכתב מיום 14.9.09 מצ"ב ומסומן ע/11.
25. בימים 17.5.10, 16.6.10, 18.7.10 שלחו העותרים תזכורות לוועדה ההומניטארית. ביום 30.6.10 הודיעה הוועדה כי הבקשה מצויה בטיפול.
- מכתבי העותרים מימים 17.5.10, 16.6.10 ו-18.7.10 ומכתב הוועדה מיום 30.6.10 מצ"ב ומסומנים ע/12.
26. בשיחת טלפון עם הגב' משען מהוועדה ההומניטארית מיום 13.7.10, התבקשו העותרים להעביר לוועדה דו"ח סוציאלי. ביום 17.10.10 נשלח ללשכה הדו"ח.
- מכתב העותרים מיום 17.10.10, מצ"ב ומסומן ע/13.
27. ביום 24.10.10 הוזמנה העותרת לשימוע בלשכת המשיב שבירושלים המזרחית ליום 28.10.10.
- מכתב הזימון מיום 24.10.10 מצ"ב ומסומן ע/14.
28. ביום 28.10.10 נכחה העותרת בשימוע, בו הסבירה את נסיבות חייה הקשות וכן מסרה מסמכים מקיפים בדבר מרכז חייה ומצבם הבריאותי הרעוע של בעלה וילדיה. עו"ד ליאורה בכור הסבירה בשימוע לגבי מלמד מלשכת המשיב שהעותרת הינה תושבת בפועל של ישראל בה היא מתגוררת מגיל שנתיים.
29. בימים 17.11.10, 20.12.10 ו-17.1.11, 12.5.11, נשלחו למשיב מכתבי תזכורת. בנוסף עמדה העותרת 4 בקשר טלפוני עם הוועדה על מנת לברר אודות התקדמות הטיפול בבקשה. ביום 23.1.11 הודיע הוועדה כי העניין מצוי בטיפול.
- התזכורות והודעת הוועדה מצ"ב ומסומנות ע/15.
30. במכתב מיום 2.5.11, שהתקבל במשרד העותרת 4 ביום 22.5.11, הודיע הוועדה, כי המשיב החליט ליתן לעותרת היתרי שהייה, כאמור, מהטעם שהעותרת היא ההורה המתפקד היחיד. כן נרשם בהחלטה, כי ההיתר יהיה בתוקפו כל עוד מרכז חייה של העותרת בישראל, לא שינתה את מצבה המשפחתי והיא מטפלת בילדיה הקטינים. מכתב המשיב מצ"ב ומסומן ע/16.
31. למחרת, ביום 23.5.11, ביקשה העותרת לקבל לידיה את פרוטוקול השימוע של הוועדה. גם ביום 20.6.11, ביקש העותרת העברת הפרוטוקול. עד היום כל תשובה לא ניתנה.
- מכתבי העותרת מימים 23.5.11 ו-20.6.11, מצ"ב ומסומנים ע/17.

32. ביום 26.6.11, קבלה העותרת בלשכת המשיב הפנייה לקבלת היתר ממניחלת התאום והקישור.

הטיעון המשפטי

33. מצבה של העותרת, בין השאר, בהיותה אם חד הורית לילדים קטינים, תושבי ישראל, אשר אביהם, בן זוגה של העותרת מצוי במצב סיעודי, מצריך מתן מעמד בישראל. לוועדה ניתנה סמכות ליתן מעמד ומשכך מחובתה להפעיל את שיקול דעתה באם לעשות שימוש בסמכות זו.

34. הוועדה דנה במקרים הומניטאריים קשים, לרוב בעניינם של בני אדם הנמנים על הציבור המוחלש ביותר בישראל. מן הראוי כי החלטות הוועדה יינתנו על פי הנחיותיו של המשיב עצמו בנוהל שגיבש, הנחיות מינימאליות לקיומו של מינהל ציבורי תקין המורות על שקיפות והנמקת החלטות. המשיב פעל בניגוד לחובותיו אלה בעניינה של העותרת. החלטתו הינה בלתי סבירה.

הוועדה לעניינים הומניטאריים התנהלות בלתי תקינה

35. הוועדה לעניינים הומניטאריים הוקמה מכח סעיף 3א לחוק הוראת השעה, לאור הערות ביהמ"ש בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (14.5.06) (להלן פרשת עדאלה), אשר דן בחשיבותו של מנגנון חריגים על רקע הפגיעה בזכויות אדם הנובעת מחוק הוראת השעה:

הטעם לכך הוא שגם כאשר אין מנוס, לצורך השגת התכלית הראויה, מהגבלה גורפת של זכויות, תיתכנה נסיבות בהן, מחד גיסא, הפגיעה בזכות תהיה קשה במיוחד, ומאידך גיסא, לא יהיה בהגנה חריגה על הזכות כדי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. יצירתו של מנגנון חריגים נועד ליתן מענה לנסיבות אשר כאלה. מנגנון החריגים עשוי לצמצם את פגיעתו של החוק בזכויות, וזאת מבלי לפגוע בהגשמתה של התכלית הראויה. לפיכך, יצירתו של מנגנון כזה מתבקשת ממבחן המשנה השני שעניינו הבחירה באמצעי שפגיעתו פחותה. אכן, כפי שחובתו של כל בעל סמכות מינהלית להפעיל שיקול דעת ממקרה למקרה, ולהכיר בחריגים לכללים ולהנחיות קבועות כאשר הנסיבות מצדיקות זאת... כך גם חובתו של המחוקק, בעת שהוא קובע הסדר אשר תוצאתו היא פגיעה גורפת בזכויות, לשקול קביעתו של הסדר חריגים אשר יאפשר מתן מענה למקרים מיוחדים בנסיבות המצדיקות זאת (עניין עדאלה, פסקאות 72-73 לפסק דינו של הנשיא א' ברק. כן ראו פסק דינה של השופטת מ' נאור בעניין עדאלה, פסקאות 20-24).

המשיב פרסם נוהל, המסדיר את פעילות הוועדה, אשר קובע, בין היתר, כי על שר הפנים ליתן הכרעתו בבקשות המובאות לוועדה בתוך חצי שנה (קביעה המופיעה אף בלשון החוק), וכי על הוועדה לרשום את המלצותיה ונימוקיה באופן מדויק ומפורט (סעיף 10 לנוהל).

נוהל 5.2.0039 מצ"ב כנספח ע/18.

36. בעת"מ (ת"א) 2587/08 צ'וקו נ' משרד הפנים (23.2.09), נדון אופן מתן החלטתה של וועדה אחרת של המשיב, אף היא וועדה מייעצת שנועדה לבחון עניינים הומניטאריים, אם כי באופן כללי ולא ייחודי לחוק הוראת השעה. בעניין צ'וקו, סבר בית המשפט הנכבד כי דרך פעולתה של הוועדה הבינמשרדית, שלא תאמה את הנוהל של הוועדה, אינה יכולה לעמוד. הדברים שנאמרו בהקשר של הוועדה הבינמשרדית יפים גם לענייננו:

אני שותפה לעמדתו של חברי, כב' השופט ע' מודריק בהחלטתו מיום 18.1.09 בעת"מ 2588/08 נתנאל ציגוזי ואח' נ' משרד הפנים, אשר החליט כדלקמן: 'מתברר שהועדה הבין-משרדית פועלת על פי נוהל (5.2.0022) על פי הנוהל עליה לבצע רישום מזוייק של ההמלצה ונימוקיה, לקיים דיון שבו יביע כל אחד מחבריה את עמדתו וייחתם פרוטוקול של הדיונים... המשיב צירף לתגובתו נספח שבו מצויין באופן לקוני שהועדה הבין-משרדית המליצה לדחות את הבקשה ושראש מינהל האוכלוסין קיבל את ההמלצה ובעקבותיה גם שר הפנים. לא צורפו לנספח טפסי פרוטוקול הדיון, הערות חברי הועדה בתוך הדיון ונימוקי הועדה... אני שותפה גם לעמדת כב' השופט מודריק, ביחס לעובדות הדומות לעניינו, לפיה 'נוכח רגישות הסוגיה העומדת על מדוכת הדיון, קיום נוהל פעולה של הועדה הבין-משרדית ככתבו וכלשונו אינו עניין צורני פורמאלי, אלא עניין מהותי. ראש מינהל האוכלוסין ובעקבותיו השר צריכים להשתכנע מהמלצת הועדה הבין-משרדית ונימוקיה שראוי לדחות בקשה כגון בקשת העותרים דנן. בהעדר רישום ובהעדר מייצג של הנמקות הועדה ופרוטוקול הדיונים שלה, לא מתקבל על הדעת שראש מינהל האוכלוסין ושר הפנים יוכלו באורח מושכל לרדת אל טיבם של נימוקי הועדה. 'קיום הדיון בוועדה, בחריגה רבתי מהנוהלים, מהווה פגם מהותי בדיון הועדה ובהחלטותיה, לרבות בהחלטת השר ומשום כך דין החלטות אלה להתבטל. (הדגשה שלי – ע.ל.).

ור' גם עת"מ (ת"א) 2588/08 ציגוזי נ' משרד הפנים (18.1.09); עת"מ 800/07 אבו עסב נ' שר הפנים (28.12.09).

37. אכן, טיב ההליך בו נקט המשיב בבוחנו את הבקשה, אינו בבחינת פרוצדורה בלבד, כי אם הינו מהותי לעצם העניין – אין די בבחינת עניינה של העותרת בוועדה לעניינים הומניטאריים, מבלי שהפרוצדורה לה נפקות מהותית תמולא, ללא כל אינדיקציה בפרוטוקול או בלשון ההחלטה עצמה, כי למלוא הנסיבות ההומניטאריות כלל ניתן משקל וכי המשיב כלל הפעיל את סמכותו לשקול מתן מעמד ארעי.

על החובה למסור למבקש את פרוטוקול הועדה

38. למסירת פרוטוקול הועדה לעניינים הומניטאריים חשיבות רבה. הועדה מטפלת מכח החוק ונותנת החלטותיה בעניינים הומניטאריים להם השפעה מכריעה על גורלו של אדם. הותרת פרוטוקולי הועדה במחשכים ללא שקיפות אינה מתיישבת לכן עם הדין בנושא זה ובכלל זה עם חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998. הסתרה מכוונת של הפרוטוקולים פוגעת ביכולתה של העותרת להביא את עניינה לידי ביקורת שיפוטית וביכולת ביהמ"ש להפעיל ביקורת כזו אל מול החלטת המשיב. ודוק, כי עד כמה שידוע לעותרת וכפי שעולה מתשובת המשיב אין בפרוטוקול הועדה היבטים ביטחוניים חסויים. ככל שבכל זאת יש אפשרות זו של חיסיון חלקי, פותרת מחד, את הקושי של המשיב, אם קיים, בהקשר זה, ומאידך, מאזנת אותו עם זכותה של העותרת לראות את פרוטוקול הדיון שהתקיים בעניינה כמעמד צד אחד ואת הנימוקים לסירוב הועדה ליתן לה את הסעד אותו ביקשה, למרות ההכרה בהיות עניינה הומניטארי.

39. חוק חופש המידע ופסיקת בית המשפט העליון עוד לפניו, עיגנו את הזכות לקבל מידע מן הרשויות. ראו למשל בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין. החוק מכיר בזכות למידע לשם תפקודו התקין של משטר דמוקרטי, ובהן מימוש זכויותיו של הפרט לגיבוש עמדותיו על בסיס המידע שנאסף לגביו ע"י המדינה, כנאמן, והשתתפות הפרט בהפעלת פיקוח ובקרה על הרשויות. עע"מ 7024/03 עו"ד אריה גבע נ' יעל גרמן, נבו הוצאה לאור (27.12.04).

40. בעת"מ (י-ם) 22336-04-10 עבדול נ' הממונה על חוק חופש המידע (21.9.10), נדון עניין זהה לזה שבפנינו. שם סירב המשיב להעביר לעותר, אזרח סומליה הטוען כ הינו פליט, את פרוטוקול הוועדה שהתקיימה בעניינו. אף היא וועדה של המשיב, אשר החליטה ליתן לעותר להישאר בישראל, אולם לא במעמד א/5, אשר ניתן למי שהוכר כפליט. ביהמ"ש עמד בעניין עבדול על חשיבות חשיפת פרוטוקול הוועדה אשר דנה בעניינים הומניטאריים המשפיעים על גורלו של אדם וקבע כי יש למסור לעותר לאלתר את הפרוטוקול בעניינו. נביא מהנמקת ביהמ"ש הנכבד, אשר הינה יפה גם לעניינו:

סיכומם של דברים, מצאתי כי החלטת המשיב לפיה לא יימסר לעיונו של העותר פרוטוקול הדיון בעניינו בפני הוועדה המייעצת אינה סבירה, שכן אין היא מאזנת כראוי בין האינטרס הכללי לאפשר לרשות לקיים דיון פנימי פתוח וכן, לבין עניינו הלגיטימי והחשוב של העותר בהבאת ההחלטה שניתנה בעניינו תחת שבט הביקורת השיפוטית, כשמלוא העובדות ידועות לו, ויכולות להיות מובאות על ידו בפני הערכאה השיפוטית המתאימה תוך התמודדות מלאה ומקיפה עימן. איני סבורה, כי דיון דוגמת הדיון בעניינו של העותר הוא מן הסוג שלא ניתן לקיימו בכנות ובפתיחות המתחייבים, אלא אם יחול עליו הסייג הקבוע בהוראת סעיף 9 (4) (ב) לחוק חופש המידע, ולא מצאתי במה שונה עניינו מעניינו של נכה בפני ועדה רפואית, המקבל לעיונו את פרוטוקול הדיון. לכל אלה יש להוסיף, כי גם לשיקול השקיפות יש מקום בעניינו, ולא מצאתי בנימוקי ב"כ המשיב התייחסות אליו. בצדק טען ב"כ העותר, כי המדובר בוועדה הקיימת זה שמונה שנים, והמקיימת דיונים רבים בענייניהם של אנשים דוגמת העותר, שהרי הסתננותם של פליטים ארצה אינה בגדר מקרה נדיר. המדובר בעניין שיש לו חשיבות ציבורית, ולא נמצא לי טעם טוב מדוע יידון עניינם של אנשים אלה במחשכים.

41. בהתאם לכך, הוחלט לאחרונה בבג"ץ 10041/08 חג'אז נ' מדינת ישראל:

המדינה תעשה כיכולתה להעביר לקראת הדיון את פרוטוקול הדיון בוועדה לעניינים הומניטאריים ואת נימוקי ההחלטה.

בהתאם להחלטה זו העביר המשיב את פרוטוקול הדיון בוועדה ההומניטארית, אותה וועדה בה אנו עוסקים בעתירה דן.

42. לא ברור אם כן, מדוע נמנע המשיב מלעשות כן, בעניינו.

פגיעה בזכויות חוקתיות - הזכות לחיי משפחה, הזכות לכבוד

43. מתוך ערכי היסוד בשיטתנו מוכרות וצריכות לעניינו הזכות לחיי משפחה והזכות לכבוד. בפסק הדין בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל...זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

44. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. היעדר מתן ולו ארעי לעותרת, גוזר על המשפחה חיים קשים בישראל, ומקשה על העותרת לגדל את ילדיה ולנהל איתם חיי משפחה.

זכויות הילדים – זכויות ההורה

45. סירוב המשיב לבקשה לקבלת מעמד, ולו ארעי, לעותרת, מעמד המקנה לה ולילדיה יציבות מה, זכויות סוציאליות מינימאליות, גורם לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות העותרים, אשר חיים בקושי קיומי אמיתי.

46. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק כבוד 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 כבוד השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

47. 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 [...]

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....

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

עקרון 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 צרכי ילדו של ההורה הזר. טובת הילד מהווה, אפוא, שיקול שעל המשיב להביאו בחשבון במסגרת הליך הבדיקה. כן ראו: עע"ם 10993/08 פלוני נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 10.3.2010). פסקה 4 לפסק דינו של השופט נ' הנדל. (שם, פסקה 8 להחלטתו של השופט א' מצא).

49. בהתאם לכך, ניתן מעמד ארעי להורים של ילדים אזרחים ישראלים במסגרת מספר הליכים. ר' למשל, עת"מ (י-ס) 705/07 מוסקרה נ' שר הפנים (21.12.09); עת"מ 3143/04 (ת"א) מריאנו נ' משרד הפנים (22.5.05). כמו כן, בשנים האחרונות עיגן המשיב מספר הסדרים להסדרת מעמדם של ילדיהם של שוהים בלתי חוקים שהתערו בישראל ובהתאם לכך להסדרת מעמד הוריהם כתושבים ארעיים. (ר' החלטת הממשלה 1289, החלטת הממשלה 156 משנת 2006 והחלטת הממשלה 2183 מאוגוסט 2010). ככלל, על פי החלטות הממשלה הנ"ל די בכך שילד התערה בישראל משך חמש שנים, בכדי להסדיר את מעמדו הקבוע ומעמדם הארעי של הוריו, אשר שוהים באופן בלתי חוקי. ההסדרים המתוארים נכונים והומאניים. הם נובעים ממחויבות ישראל לעקרונות טובת הילד ומבטאים את אחריות המדינה להשלכות להיעדרה של מדיניות הגירה סדורה והיעדר אכיפה משך שנים. דא עקא, כי לא ניתן להלוים מחד, הסדרת מעמדם של הורים לילדים מגאנה, מהפיליפינים ומחוף השנהב, לצד סירוב נחרץ ובלתי מוסבר ליתן מעמד לאמם של ילדים תושבי ישראל, אשר בעצמה גדלה כאן עוד כילדה כבתה של תושבת ישראל. הטעם למתן מעמד ארעי להורים של ילדים שהם תושבי המדינה ברור. ברי, כי אין זה אנושי לאפשר חייו של אדם במדינה ללא מעמד. ברי, כי טובתם של הקטינים, שהוריהם לא יחיו לצדם לאורך שנים כתושבים בפועל ללא כל זכויות. רציונלים ברוכים אלו יש להחיל גם בעניינה של העותרת.

50. ודוקו, כי בדומה לכשלי המשיב הנוגעים להתערותם של מהגרי עבודה בישראל ותוך אבחנה חדה של הזכויות והזיקות השונות - גם המשכות עניינה של העותרת, משך שנים כה ארוכות, נוגעת ולו בחלקה, לתנאי והתנהלות הלשכה בירושלים המזרחית לאורך השנים, להיעדרה של מדיניות מפורסמת וברורה בנושא הסדרת מעמדם של ילדים (נוהל ראשון בנושא זה גובש רק בשנת 2007 (נוהל 2.2.010) ופורסם בשלב מאוחר יותר).

על אי פרסום מדיניות המשיב, המעוגנת בנהליו ר' עת"מ (י-ס) 530/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (5.12.07).

על התנאים הקשים במשרד הפנים ר' למשל, בג"ץ 2783/03 רפול רופא ג' ברא נ' שר הפנים ואח' (6.10.05); עת"מ (י-ס) 754/04 בדווי נ' מנהל לשכת מינהל האוכלוסין.

51. במסגרת חובותיה של הרשות כלפי ילדי העותרת, אזרחי מדינת ישראל, עליה לאפשר לה לממש את טובתם של ילדיה על פי זכותה להורות, ותחת האמנה לזכויות הילד אותה אשררה ישראל. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופטת דורנר); בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

על המשיב לבחון שיקולים הומניטאריים

52. העותרת היא בתה של תושבת ישראלית המתגוררת בישראל מאז היתה פעוטה. העותרת היא אשתו של תושב ישראל, המצוי במצב סיעודי, ואמא לשני ילדים, תושבי ישראל – גם הם טובלים מבעיות בריאותיות.
53. העותרת חיה בישראל מגיל שנתיים, מזה 26 שנה, ללא כל זכויות. היא למדה כל חייה מהגן ובשנות בית הספר בישראל, ללא כל זיקה לגדה.
54. לעותרת עמדה הזכות החוקית למעמד בישראל מתוקף מעמד אמה בעודה קטינה וכן לאחר נישואיה לישראלי, בשלב בו עדיין לא חוקק חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 – אלא, שבשל נסיבות, אשר אינן תלויות בה, לא הוסדר המעמד.
55. העותרת היא אשתו של תושב ישראל ואמם של תושבים ישראלים, אשר צריכה לכלכל את משפחתה לבדה. מחמת המצב הקשה אליו נקלעה המשפחה עקב התאונה הטראגית של האב, על העותרת מוטל לטפל בילדיה לבדה. נסיבות העותרת ושני ילדיה, מצריכות יציבות מירבית. הן לגבי העתיד והן לגבי ההווה. שהייה כה ממושכת של העותרת בישראל ללא מעמד וללא זכויות מקשה כל כך על המשפחה וגוזרת עליהם חיים רווי חרדה, והשפלה, ללא זכויות אלמנטריות המאפשרות קיום בכבוד, ללא אפשרות לנהוג ולעבוד, בתלות במכסות והיתרים. ודוקו, כי לעותרת ניתן אישור זמני בלבד לחיות בישראל רק עד שילדיה יהפכו בגירים.
56. לעותרת אין מקום בו היא יכולה להתגורר באזור בו נולדה, בשטחים. העותרת עזבה את שכם לבלי שוב בגיל שנתיים מאז היא בישראל, בה מתגוררים אמה, בעלה הסיעודי ושני ילדיה. עובדת היעדרן של זיקות לשטחים מצמצמת את החשש הביטחוני, הוא בלבד מהווה תכלית המגבלות החוקיות למתן מעמד. גם המשיב לא טוען כי על העותרת לשוב לשטחים, אולם לדידו יש ליתן לה היתרים בלבד.
57. עניין דומה נדון בפני בית המשפט הנכבד בבג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל- שר הפנים ואח' (5.12.10), אשר נסוב על בקשת מעמד של הורים, תושבי שטחים ושני ילדיהם. באותו עניין שהו ההורים בישראל לאורך שנים ארוכות שלא כדין יחד עם ילדיהם, האחת נולדה ונרשמה בשטחים והשני נולד בישראל ולא נרשם בשום מקום. המשיב קיבל את המלצת הוועדה ההומניטארית והחליט ליתן להורים היתרים צבאיים מתחדשים. החלטה זו אושרה ע"י בית המשפט. באשר לבן, הוסכם כי מעמדו יוסדר כתושב ארעי. דא עקא, כי באשר לבת לא הגיעו הצדדים להסכמה. המשיב התעקש כי אין ליתן לבת שגדלה בישראל כל חייה מעמד, כי אם אך ורק היתר צבאי, כמו ההיתר שניתן לעותרת דכאן, גם היא חיה בישראל כל חייה ואיננה מכירה מקום אחר. בית המשפט לא קיבל את עמדת המשיב וקבע כדלקמן:

דומה, אם כן, כי על אף שהוועדה המקצועית הייתה מודעת לנסיבות יוצאות הדופן הנוגעות למידת השתלבותה של העותרת 3 בחברה הישראלית מאז ינקותה, ולכך שהעותרת איננה רק אמו של קטין שהוא אזרח ישראלי ובנו של אזרח ישראלי, אלא גם מי ששוהה כל חייה בישראל וכל סביבה אנושית אחרת היא, למעשה, זרה לה לחלוטין; הרי שהמלצה עצמה מתעלמת לחלוטין מנתונים אלה. כידוע, במסגרת הביקורת השיפוטית נבחן, בין היתר, האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות המנהלית. שיקול-דעת מנהלי "אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" ייפסל בשל חוסר סבירות (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 437 (1980)). כן ראו: עניין זקה הנ"ל,

בפסקה 32; המשפט המנהלי, בעמ' 724-725)). החלטה מינהלית תוחזק, אפוא, כהחלטה סבירה "אם היא תוצאה של איזון בין שיקולים שונים שהינם רלוונטיים לעניין, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות" (עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא פורסם, 13.9.2010) בפסקה 30). דברים אלה יפים גם לענייננו. כפי שראינו, המלצתה של הוועדה המקצועית – וכפועל יוצא, גם החלטתו של שר הפנים – לא הביאו בחשבון שיקולים רלוונטיים ומשמעותיים הנוגעים לנסיבותיה האישיות של העותרת 3 ולמצער, לא העניקו לשיקולים אלה את המשקל הראוי להם. נוכח האמור, אין מנוס מן המסקנה כי החלטה שהתקבלה בעניינה של העותרת 3 חורגת ממתחם הסבירות ודינה להתבטל. (סעיף 17, לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן, אשר זכה להסכמה מלאה מקרב המותב).

ועוד הוסיף בית המשפט:

אוסף ואדגיש, קודם לחתימת הדיון, כי לא נעלמה מעיני טענת המשיבים לפיה הענקת הרישיון המבוקש היא בבחינת "פרס" למי שהתמיד בהצלחה בהפרת דיני ההגירה של ישראל. הגם שאין לשלול, ככלל, את תקפו של נימוק זה, הרי שלהשקפתי, בנסיבות החריגות שלפנינו, ובעיקר נוכח זיקתה הבלתי מעורערת של המשיבה 3 לישראל משנות ינקותה שבגינה סבר אף המשיב עצמו כי טעמים הומניטריים מצדיקים המשך שהייתה בישראל, אין ליתן לו משקל של ממש. (שם, סעיף 17).

58. כמו בעניין עכל גם בענייננו, מתגוררת העותרת כל חייה בישראל, היא אם חד הורית לילדים ישראלים מאב ישראלי, והיא אף בתה של תושבת ישראל, המתגוררת כאן מאז היותה פעוטה. גם העותרת השתלכה בחברה הישראלית בירושלים ואיננה יודעת מקום אחר. בעניין עכל, קבע בית המשפט הנכבד כי החלטת המשיב איננה סבירה כאופן קיצוני. גם החלטה בעניין דנן איננה עומדת במבחן הסבירות.

59. אכן, נסיבותיה של העותרת שתוארו לעיל, הינן חריגות והומניטאריות. על המשיב באמצעות הוועדה לעניינים הומניטאריים לבחון שיקולים הומניטאריים להסדרת מעמד העותרת ובפרט בהיעדר טעם ביטחוני המונע זאת. בעניין חשיבותו של השיקול ההומניטארי במדינת חוק, נפסק:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטאריים (בג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הבטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

60. על חשיבותו של השיקול ההומניטארי, בבוא המשיב להכריע בבקשות להסדרת מעמד, ניתן ללמוד גם מפסק הדין בעת"מ 1037/03 (חיפה) פלדמן ואח' נ' שר הפנים (1.2.04):

נימוקו העיקרי של המשיב, לפיו "אין מאשרים שינוי מעמד לבנים בגירים שאינם זכאי שבות" (וראו סעיפים 7 ו-14 לכתב התשובה של המשיב ונספחים ג', ה' ו-ו') רק ממחיש שהמשיב לא בחן את הסוגיה ההומניטארית, שאם לא כן, היה מנמק טענותיו בכך שהעותרת לא עומדת בגדריו של חריג זה.

מקום בו יש חריג "הומניטארי", חובה על הרשות להביא בין שיקוליה את הרקע האישי של כל מקרה. אי-שיקלול נסיבות אלו, כמוהו כאי נתינת משקל ראוי להן, ובכך שיקול-הדעת חוטא גם בחוסר סבירות (ראו והשוו בג"ץ 935/89 גנור נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 485, 513-515; וכן יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב', נבו, תשנ"ו) 763-771).

61. נראה כי המשיב מתעלם מהסייג לחוק המאפשר להפעיל שיקול דעת במקרים מיוחדים והומניטאריים כעניינם של העותרת, בעלה וילדיה הקטנים.

חוסר סבירות קיצוני

62. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיבים :

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב, אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות. (דברי כב' השפט (כתפקידו אז) ברק, בבג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 745-746).

63. בהיעדר הנמקה, בהיעדר פרוטוקול הדיון ומשנוהל המשיב לא קוים ולו למראית עיין מכל בחינה, כיצד יוכל ביהמ"ש לעמוד על סבירות ההחלטה, על השיקולים שנבחנו ועל האיזון שנערך אם בכלל.

64. הפגיעה בעותרת ובמשפחה היא קשה וודאית. היא מקיפה את כל תחומי החיים. היא מונעת מהעותרת ומילדיה יציבות מינימאלית בחייהם הקשים. תכלית החלטת המשיב, אשר פרוטוקול הדיון בוועדה בה התקבלה נותר כמחשכים, לעומת זאת, לכל היותר עמומה, ומסתוריות.

הסעד המבוקש - על הסמכות ליתן מעמד ארעי והחובה להפעילה

65. סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה מסמיך את המשיב ליתן מעמד ארעי בישראל. בהענקת הסמכות טמונה בין היתר "החובה לשקול את הצורך בהפעלתה ואת הדרכים הראויות, שיש לנקוט בהקשר זה" (בג"ץ 297/82 ברגר ואח' נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 45). החוק קבע כי תוקם וועדה במיוחד לצורך בחינתם של עניינים הומניטאריים, לה סמכות להמליץ לשר ליתן מעמד ארעי (סעיף 3א(1) או היתר צבאי (סעיף 3א(2)). בוודאי שסמכות הוועדה ניתנה לה בחוק לשם שקילתו בכובד ראש של נושא מתן המעמד ובכלל זה טיב המעמד.

66. מנתונים שנמסרו במסגרת דיון בכנסת שהתקיים ביום 25.10.2010 בעניינה של הוועדה לעניינים הומניטאריים, עולה, כי עד למועד הדיון הוגשו כ-770 פניות לוועדה, מתוכן טופלו 290 פניות, מהן אושרו רק 45 פניות. מבין הפניות שאושרו כ-4 מקרים בלבד אושר קבלת מעמד ארעי – מספר מקרים מזערי מתוך הפניות המטופלות. מהנתונים עולה כי למרות שלמשיב נתונה סמכות ליתן במסגרת הוועדה מעמד ארעי בישראל, המשיב כמעט ולא מפעיל סמכות זו.

פרוטוקול הדיון בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת בדבר תפקוד הוועדה ההומניטארית, נצ"ב ומסומן ע/19.

67. הפרקטיקה, לפיה הוועדה מעניקה, במקרים הומניטאריים היתרי מת"ק, ורק בתריג שבחריג מעמד, הינה מוזרה וזרה לכל מטריה אחרת שעניינה מעמד בישראל. (כך למשל, ילדי מהגרי העבודה שענו לתבחינים שנקבעו קבלו מעמד של קבע והוריהם מעמד ארעי, מי שמוכר כפליט מעוגן מעמדו כמעמד ארעי, אלמנות או גרושות של ישראלים, מקבלות על פי תבחינים שנקבעו, מעמד ארעי).

68. 'המעמד' של היתר צבאי, לאו מעמד הוא. הוא אינו מקנה זכויות סוציאליות, אינו מקנה כל 'אופק' להשתקעות בישראל. כל כולו זועק מזמניות ואי-שייכות למדינה. לא בכדי הגביל חוק הכניסה לישראל את סמכות השר להאריך רישיונות ביקור לתיירות ועבודה, המקבילה של ההיתרים לתושבי השטחים, ל-27 חודשים בלבד. (עם תריגים מיוחדים עבור עובדי סיעוד). הרציונל מאחורי מגבלה זו הינו הומאני – לא ניתן להתיר ישיבתו של אדם במדינה לאורך זמן ללא זכויות. משלב מסוים, המדובר בהשתקעות אשר צריכה להשתקף בטיב המעמד. נכון הדבר שחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 – הגביל **מסיבות ביטחוניות בלבד**, מתן מעמד – אולם, דווקא על שום הפגיעה הקשה בזכויות כתוצאה מההגבלה הגורפת על מתן מעמד, אשר מנוגדת למושכלות היסוד בדבר ישיבה חוקית בישראל – הרי שבמקרים הומניטאריים בהם יש למשיב סמכות ליתן מעמד וכאשר אין כל מניעה ביטחונית פרטנית – שומה על השר לעשות שימוש בסמכותו ולמצער לנמק את החלטתו לזנוח נתיב זה.

69. ההיתר הצבאי אינו מענה הומאניטרי למי שמבקש וזכאי לחיות את חייו בישראל. דווקא באותם מקרים הומאניטריים בהם אנשים נזקקים לתמיכה מהמדינה אומרת להם הועדה, לא תקבלו כל תמיכה, תוכלו להישאר מבלי להיות מגורשים, באופן זמני ולא יציב, הא ותו לא.

70. משהוכח שקיים טעם הומאניטרי, צריכה הועדה לבוא וליתן טעם, טעם משכנע, מדוע לא ניתן מעמד ארעי. רק אם יש טעם כזה, שיכול לנבוע בדרך כלל מסיבות בטחוניות, אי ודאות בקשר למצב הרגעי, או סיבות חריגות אחרות, אזי יש ליתן 'היתר צבאי' בלבד, בכל מקרה הומאניטרי אחר, יש ליתן מעמד ארעי.

הצורך בתבחינים ובהנחיות

71. הפעלת הסמכות להעניק מעמד ארעי מחייבת קביעת תבחינים לזכאות למעמד. תבחינים מעין אלו הם ערובה להפעלה כדן של הסמכות. העלאתם על הכתב מחייבת את הרשות להעמיד לנגד עיניה את מכלול השיקולים הרלוונטיים ולקבוע את מדיניותה. הנחיות וקריטריונים מהווים גם הם ערובה להפעלה שוויונית של הסמכות. הם מונעים הפעלה ספורדית או שרירותית של הסמכות, שתביא ליחס שונה למקרים דומים.

72. דומה, כי לא נעשה דבר על-מנת שסמכות המשיב תופעל במקרים ראויים ועל בסיס מוסדר ושוויוני ככל הניתן. כך למשל, נוהל המשיב אינו כולל כל תבחינים לגבי אופן הפעלת הסמכות ואכן מהנתונים הכלליים שנמסרו עולה, כאמור, כי כשלוש שנים מאז הוקמה הועדה – בארבעה מקרים בלבד, אשר נסיבותיהם אינן ידועות לעותרות, ניתן מעמד ארעי.

73. לעניין חובת הרשות לקבוע הנחיות ר' י' דותן **הנחיות מינהליות** (ירושלים: המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, תשנ"ו-1996) בע" 120-124 והאסמכתאות שם.

74. לעניין חשיבות התבחינים וההנחיות ראו גם: בג"ץ 4146/95 **עזבון דנקנר ואח' נ' מנהל רשות העתיקות ואח'**, פ"ד (4) 774, 790-792 בדבר תבחינים להכרזת שטח כאתר עתיקות; בג"ץ 6396/96 **זקין נ' ראש עיריית באר-שבע תק-על 99(2)**, 793 (טרם פורסם): "טבעי וראוי... שהמדינה ורשויות אחרות יקבעו לעצמן מדיניות, ובמידת הצורך והאפשר גם הנחיות כתובות..." (ס' 16 לפסק הדין); בג"ץ 2159/97 **מועצה אזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים ואח' תק-על 98(1)**, 626 (טרם פורסם): "מן הראוי שיהיה במשרד הפנים נוהל

שימש הנחיה פנימית לצורך ההליך של שינוי התחום של רשות מקומית" (סעיף 11 לפסק הדין); בג"ץ 3638/99 בלומנטל ואח' נ' עיריית רחובות ואח' תק-על 2000(3), 882 (טרם פורסם): "הקצאת מקרקעין חייבת להיעשות על פי כללים וקריטריונים הוגנים, שוויוניים, ברורים, ענייניים וגלויים..." (סעיף 8 לפסק הדין).

חובת פרסום התבחינים

75. הצורך בקריטריונים כרוך בחובה לפרסום אם הם קיימים או משיקבעו. הפרסום יבטיח גם, שהזכאים למעמד ארעי על-פי הקריטריונים אמנם יפנו לקבלתו, שאם לא יפנו ממילא יהיה יישום ההנחיות אקראי, זכאים רבים לא יזכו במעמד, ומטרת הסמכות שהוקנתה למשיב לא תושג במלואה.

76. לעניין החובה לפרסום קריטריונים ראו גם בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד ואח', פ"ד מו(3) 501; בג"ץ 3648/97 טטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728, 767-768; עת"מ (י-ם) 530/07 האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים.

77. ההכרח לפרסום את הקריטריונים גובר כשמדובר באוכלוסייה מוחלשת ומעוטת אמצעים, שמטבע המציאות החברתית ממודרת ממקורות מידע, מודעת פחות לזכויותיה, ובעלת נגישות נמוכה יחסית לאמצעים לבירור זכויותיה (כגון היוועצות עם עורך דין, חיפוש באינטרנט).

לסיכום

78. הועדה הוקמה על מנת לטפל במקרים חריגים, וזאת בעקבות פסיקת בג"ץ. טיפול סביר במקרים הומניטארים מחייב שקילת מלוא הנסיבות המופיעות בבקשה, וממילא קיום היסודות שנקבעו בנוהל בנוגע לאופן בו יש לדון בבקשות.

79. ללא מעמד חיה העותרת בישראל כאדם שקוף נטול זכויות. חייה של העותרת ושל ילדיה נפגעים באופן קשה.

80. לאור המקובץ, לוקה החלטת המשיב בחוסר סבירות. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיב להעניק לעותרת מעמד ארעי בישראל.

אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה, ולחייב את המשיב בתשלום הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 4 יולי 2011

עדי לוסיגמן, עו"ד

ב"כ העותרים