

- בעניין: 1. סלאחאת, ת.ז. , תושב קבע
2. סלאחאת ילדת 18.12.1993 - מחוסרת מעמד
3. סלאחאת ליד 25.2.1995 - מחוסר מעמד
4. סלאחאת יליד 25.2.1995 - מחוסר מעמד
5. סלאחאת יליד 19.1.2001 - ת.ז. , תושב קבע
6. סלאחאת יליד 5.1.2009 - ת.ז. , תושב קבע
7. המוקד להגנת הפרט מיסודה של לוטה זלצברגר (ע"ר)
ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

- נ ג ד -

- משרד הפנים - רשות האוכלוסין וההגירה
ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ת.ד. 49333 ירושלים 91493
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-5419582

תמציתערעור מנהלי

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית הדין לעררים בערר (י-ם) 1085-14 מיום 25.10.15, אשר הומצא למערערים ביום 28.6.16 (בשל תקלה מצד בית הדין).

- העתק פסק הדין של בית הדין ואישור על המצאתו בעיכוב מצ"ב ומסומן עמנ/1.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את הקביעה בפסק הדין לפיה העוררים 2-4 הם תושבי שטחים ולהורות למשיב שלא להותיר אותם חסרי מעמד בעולם, ליתן להם מעמד בישראל, ולרשום אותם במרשם האוכלוסין הישראלי, חלף רישיון הביקור שניתן להם כיום.

לחלופין, מבוקש לראות את מועד הגשת הבקשה לרישום ילדים כמועד מוקדם יותר, בהתאם לגיל הילדים בעת הגעתם לישראל ובשנים שלאחר מכן, לאור הנסיבות של המקרה.

ואלה נימוקי הערעור:**א. פתח דבר**

1. הזכות למעמד של שלושה אחים צעירים, , עומדת ביסוד ערעור זה. למרות שמרב זיקותיהם של האחים המערערים, נתונות לישראל, הם נולדו התחנכו בבתי ספר בירושלים, ניהלו כאן את מרכז חייהם תמיד, ומתגוררים בירושלים באופן רציף מלא ובלעדו במשך שנים, מאז היו קטינים ולפני שמלאו להם 14 שנה - הם מחוסרי מעמד בעולם כולו. מבחינה פורמאלית אין הכרה בקיומם ובשייכותם למקום או למדינה ממדינות העולם. הם נטולי חופש תנועה, וחירויות בסיסיות. אינם זכאים לזכויות סוציאליות כלשהן. הם מתקשים לעבוד ולהתפרנס ולא מצליחים לפתוח חשבון בנק. הם אינם מורשים לרשום קניין על שםם או לרשת רכוש באופן רשמי. הם מתקשים לנהל את חייהם באופן האנושי הבסיסי ביותר.

2. המשיב ביקש לראות את המערערים כמבקרים בלבד בעולם ובישראל, לנצח, ללא מעמד אזרחי. לאחרונה הודיע המשיב כי ל הוא ממאן ליתן ולו אשרת ביקור, ואף שאין מקום אליו יוכל ללכת.

3. בית הדין הנכבד לעררים לא ראה קושי בעמדת המשיב ותוצאותיה מרחיקות הלכת.

4. בהיותם מחוסרי מעמד, חיים , בירושלים במשך שנים כבני אדם נרדפים, חשופים תדיר לעיכובים, מעצרים ולגירוש. אלא שאין מקום שאליו ניתן לגרשם

כדין ושבנו יכולים המערערים לשהות באופן חוקי. אין מקום שבו הם נתינים. זיקותיהם הבלעדיות החד משמעיות מזה שנים ארוכות וטרם הגיעם לגיל 14, נתונות לירושלים והן מהוות בסיס לערעור זה על פסק הדין, אשר גזר עליהם להיוותר נטולי מעמד.

ב. רקע עובדתי

5. המערער 1, תושב מדינת ישראל, נישא ביום 26.9.1992 לתושבת בית לחם. לבני הזוג שבעה ילדים משותפים, כולם נולדו בישראל ומתגוררים בה. שני ילדיהם הגדולים של בני הזוג, התאומים י' ו' ילידי 1992, רשומים במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי קבע (ת.ז. ו'). בהתאמה, נכון להיום, גם לשני הילדים הצעירים במשפחה, המערערים 5 ו-6 ניתן מעמד של קבע. רק שלושת המערערים דנן, שהם עדין רווקים וסמוכים על שולחן הוריהם, המערערת 2, ו', המערער 3, והמערער 4 ו' הם חסרי מעמד בכל מקום.
6. לאחר נישואיהם, התגוררו בני הזוג בבית אמו השכור של המערער באבו דיס, שעל קו התפר, אולם ניהלו את מרכז חייהם מכל בחינה בעיר. האם והילדים טאלצו להתגורר בבית חסבא והסבתא (תושבי ישראל) באבו דיס הצמודה לירושלים ואותה עת אף לא מופרדת ממנה בשום צורה, על שום התמכרותו הקשה של אב המשפחה לסמים, נגינה האב לא עבד ולא יכול היה לדאוג למגורים ולפרנסת המשפחה. מסיבה זו בשילוב עם התנאים הקשים בלשכת המשיב והיעדר נחלים ומידע באשר לאופן בו ניתן לפנות בבקשה למשיב, אף לא היה האב מסוגל להסדיר את מעמד בני משפחתו – נושא שכפוף להליכים מסובכים, עמומים ויקרים.
7. בשנת 2005 חזרה המשפחה סופית לירושלים. במהלך השנים, למדו הילדים בבתי ספר בעיר, האב קיבל בישראל טיפול בגין התמכרותו לסמים, ואף היה מאושפז לא פעם במרכזי גמילה וכלוא בבית הסוהר בישראל. היום, המשפחה מתגוררת בישראל מזה למעלה מעשור. המשפחה אף מוכרת לאורך שנים ארוכות על-ידי המוסד לביטוח לאומי שמקיימת מרכז חיים בישראל.
8. לפיכך, ועל אף שמקום מגורי המשפחה היה אמנם במשך מספר שנים על גבולה של ירושלים, הרי שהדבר נבע מטעמי מצוקה סוציאלית וכספית של המשפחה נוכח מצבו הנפשי והפיזי הקשה של אבי המשפחה ואי תפקודו כהורה, כבן זוג וכמפרנס. אבי המשפחה היה מכור לסמים וריצה לא אחת תקופות מאסר. לאורך מרבית תקופת מגורי משפחתו של האב המערער באבו דיס לא הייתה כל הפרדה פיזית או אחרת בין ירושלים ואבו דיס, שהיתה המשכה הישיר של ירושלים ובהתאם לכך אף נוהל מרכז חי המשפחה בעיר באופן מלא.
9. בשל התמכרות המערער לסמים (התמכרות ממנה הוא סובל עד היום, ובגינה הוא מטופל) והעובדה כי ישב בכלא תקופה ממושכת, כשלו במרוצת השנים כל נסיונותיו להסדיר את מעמד חמשת ילדיו הצעירים, לאחר שהוגשו בקשות לרישום בשנת 1993 ו- 29.9.09. הבקשה האחרונה סורבה למרות היעדר מחלוקת בדבר קיום מרכז חיי המשפחה בישראל על שום ישיבת האב, המערער 1 בכלא אותה עת. לבסוף, בהנחיית לשכת המשיב, ביום 28 לפברואר 2011, בעת שהמערערים 3 ו-4 היו קטינים בני 16 והמערערת 2 קטינה בת 17, הגיש המערער בקשה חדשה להסדרת מעמד ילדיו בישראל במעמד של קבע.
10. בעקבות בקשה זו, נרשמו כתושבים ארעיים ואחר כך במרץ 2015 כתושבי קבע המערערים 5 ו-6 ו' , אחיהם הצעירים של המערערים.
11. קדמו לרישום האחים הצעירים ולפסיקה בעניינם של שורה של הליכים משפטיים ומינהליים: השגה 626/11, אשר הוגשה בשל העיכוב הרב בטיפול בבקשת רישום הילדים משנת 2011 והביאה להשבת הבקשה לטיפול, השגה 198/12, אשר הוגשה בשל המשך העיכוב בטיפול בבקשה לאחר שהושבה הבקשה לטיפול ונמתקה ההשגה הקודמת, השגה 475/13, אשר הוגשה בשל אי מענה לערר פנימי שהוגש לאחר שהוכרעה סוף

סוף הבקשה לרישום הילדים, עת"מ 1153-02-14, אשר הוגש בשל אי המענה להשגה שהוגשה מחמת אי המענה לערר הפנימי, השגה 313/14, שהוגשה כנגד ההחלטה בערר הפנימי וערר 1085-14, אשר הוגש תחת השגה 313/14 עם סגירת וועדת ההשגה והעברת הסמכויות לבית הדין לעררים.

12. נותר עניינם של המערערים 2, 3 ו-4, אשר המשיב מסרב להסדיר את מעמדם ותחת זאת מבקש לגזור עליהם חיים שלמים כמבקרים האוחזים ברישיון ביקור ועבודה מסוג ב/1, כמו היו מהגרי עבודה. החלטת המשיב אשר אושרה על ידי בית הדין מותירה את המערערים חסרי מעמד בעולם. רישיון הביקור ניתן למערערים, בהיעדר מסמך מזהה, על גבי פיסת נייר. למערער 2 פראס בינתיים לא ניתנה כל אשרה בשל טענות פליליות נגדו ובין היתר, הרשעתו בפלילים בקטינותו. ואולם, אין לאן לגרשו. בהיותו חסר מעמד, אין לו לאן ללכת. יצויין, כי בית הדין קבע כי בעניינו של המערער 2, פראס יחולו הקביעות שייקבעו בעניינם של אחיו. (ראו פסקה 5 לפסק הדין). ביום 26.6.16, הודיע המשיב, כי בכוונתו לסרב למתן רישיון ביקור לפראס מטעמים פליליים וביום 2.8.16 הודיע המשיב על סירובו לטיעון הפלילי. בעניין זה יוגש בימים הקרובים ערר. החלטת המשיב בעניינו של פראס ממחישה את חוסר התוחלת והעיוולת בהותרת המערערים חסרי המעמד בהליך מבחן נצחי, אשר גם אם לא יעמדו בתנאיו לא יהיה להם לאן לעזוב.

ג. פסק דינו של בית הדין לעררים והשגיאות שנמלו בו

13. בערר בפני בית הדין טענו המערערים, כי אין לראות בהם תושבי שטחים על פי מבחני הזיקות, על פי תכלית החקיקה ועל פי עקרון טובת הילד. כמו כן טענו המערערים, כי עקרון המידתיות וכללי פרשנות לצורך פגיעה מצומצמת בזכויות אדם מחייבים להקנות מעמד לילדים. כך גם הדין בעניינם של חסרי מעמד. המערערים הסבירו, כי הילדים, שהינם חסרי מעמד בעולם, אינם יכולים לרכוש מעמד בשטחים. המערערים אף הפנו למקרים דומים של ילדים ושל חסרי מעמד, בהם הוסדר המעמד וילדים במצב זה לא הוגדרו כתושבי שטחים.

14. ביום 25.10.15 החליט בית הדין לאשר את עמדת המשיב כלפי המערערים הנאדי, פראס ופארס, באופן הגוזר עליהם להיות נטולי מעמד אזרחי לכל ימי חייהם.

15. בית הדין לעררים קבע שהילדים, המערערים, נכללים בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תש"ל"ד – 1974, ולפיכך ככלל קטין שנמצא עם הוריו שנתיים בישראל בטרם הגשת הבקשה זכאי להירשם במרשם. יחד עם זאת, בית הדין הנכבד קבע שיש לראות במערערים תושבי שטחים לצורך חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 (להלן – חוק חוראת השעה), אשר מגדיר תושב אזור – "לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". לאור גילם בעת הגשת הבקשה, שהוא מעל 14 שנים. המשמעות של קביעת פסק הדין הינה, שלפי חוק חוראת השעה, אין לתת לילדים מעמד בישראל אף פעם.

16. בית הדין קובע, כי "האשמה" בהגשת הבקשה לראשונה בספטמבר 2009 רובצת כולה לפתחו של המערער ואשתו. "אשמה" זו, הינה אחד מנימוקי בית הדין שלא להסדיר את מעמדם של המערערים לגזור עליהם חיים נטולי מעמד. כך נקבע:

ברם, העורר ואשתו בחזו להגיש בקשה ראשונה לרישום העוררים רק ביום 26 לספטמבר 2009. אמנם נטען כי הדבר לא היה אפשרי קודם לכן בשל התמכרות העורר לסמים והסתבכותו בפלילים [...]. "האשמה" בהגשת הבקשה לראשונה בספטמבר 2009 רובצת כולה לפתחם של העורר ואשתו. (ההדגשה שלי – ע.ל.)

17. בית הדין מציין כי המשיב צודק בטענתו כי הואיל ולא מדובר בבקשה הומניטארית "הטענה כי אין לבוא חשבון עם העוררים 6-2 בשל חטאי הוריהם אינה רלוונטית להליך זה". לצד זאת, מדגיש בית הדין, כי העיכוב חל "באשמת ההורים". המערערים סבורים, כי בתפיסה זו של המשיב ובית הדין נפלו מספר שגיאות: ראשית, מבחינה עובדתית בית הדין מתייחס להורים כמקשה אחת, ואולם תאם, שהיתה חסרת מעמד בישראל בעצמה, לא

תורשתה לפנות בבקשה להסדיר את מעמד ילדיה בישראל בעצמה וללא בן זוגה. האב תמכור לסמים, סבל ממוגבלות, אשר ודאי שיש להתחשב בה בעת בחינת מכלול השיקולים והזיקות. גם במסגרת בקשה לרישום ילדים ולא רק בבקשה מטעמים הומניטאריים שומא על המשיב וכמוהו בית הדין לשקול את מכלול השיקולים המתחייבים, אשר בראשם עקרון טובת הילד. המדובר בילדים קטנים ולהם הורה תושב ישראל ועל כן מקומה של בקשתם במסלול חרגיל ולא במסלול ההומניטארי, אין בכך כדי למנוע בחינה מעמיקה של כל היבטי בקשתם, בהתחשב ברצינונים של הדין בנושא זה ובכלל זה הנהלים וחוק הוראת השעה. כידוע: "נהלים אינם חזות הכל, אלא הוראות כלליות שנועדו, בין היתר, לאפשר לגוף המינהלי להפעיל את סמכותו בקלות, במהירות ותוך אחידות ושוויוניות. אף מקום בו קיים נוהל, אין משמעות הדבר כי אין עוד צורך להפעיל שיקול דעת ולבחון את המקרה על נסיבותיו הפרטניות" (עת"מ (י-ס) 17095-06-13 מחאג'נה נ' משרד הפנים, (28.11.13)). יפים לעניין זה גם דברי בית המשפט בעת"מ (ת"א) 18982-07-11 משרד הפנים נ' סמטוב (החלטה מיום 4 לינואר 2012):

...לצד דבקות בכללים ובנהלים של משרד הפנים צריך הגורם המטפל בפניות של מי מן הציבור, לשוות לנגד עיניו את המשמעות של החלטותיו. החלטה שלכאורה תואמת נוהל אך אינה נוטלת בחשבון תוצאה בלתי סבירה ובלתי נסבלת כפרי של ההחלטה, אינה יכולה להיחשב כהחלטה תקינה. נהלים וכללים לפי טיבם וטבעם מכוונים בדרך כלל את גורמי המנהל אל החלטות נכונות וסבירות. אולם נהלים אלה לא יכולים לספק מענה לכל תרחיש שהוא. משום כך נהלים אלה מופעלים בידי גורם אנושי ומותר הגורם הזה על פי הנוהל הוא ביכולתו של הראשון לשקול את הנסיבות ולגבש פיתרון מתאים. התנהלות מכנית של גורמי המנהל בהתאם לנוהל תוך עצימת עיניים (שלא לומר כוונת מכוון) נוכח תוצאה בלתי סבירה של הפעלת הנוהל, עשויה לעלות כדי התעמרות בפרט.

וראו עוד עע"מ 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים (1.1.14):

יישומן של הנחיות אמור להיעשות בגמישות – באותם מקרים בהם מצדיקות זאת נסיבותיו המיוחדות של המקרה.

ודאי שאין עניינו של ילד להורה מתפקד כעניינו של ילד שהורחו אינו מתפקד, חולה ומוגבל. ודאי שלא ניתן להגדיר הורה שלא רשם את ילדו עקב מוגבלותו כאשם, ועוד יותר אין ליצור הלכה למעשה מצב בו הילד נענש כתוצאה ממצב עגום זה, תוך התעלמות מהקשיים שהערים המשיב בנושא (וכפי שיפורט בהמשך). משאין מחלוקת, כי הילדים התגוררו בישראל עת היו צעירים מגיל 14 וכי לו היה אביהם בריא ומתפקד היה מוסדר מעמדם כתושבי קבע, יש להתחשב ברכיב זה במסגרת השיקולים בעת קבלת ההחלטה בדבר טיב המעמד שיינתן לילדים, חסרי המעמד.

18. בית הדין קובע למעשה, כממצא עובדתי כי המערערים התגוררו בירושלים משנת 2005 (פסקה 17 לפסק הדין), עובדה שהמשיב לא חלק עליה. אותה עת עדין לא מלאו לשלושתם 14 שנה. על כן מבחינה מהותית אין מקום להגדירם כסכנה ביטחונית, הגדרת שנועדה למי שעבר לישראל לאחר גיל 14. בית הדין הנכבד אף מכיר בכך שמבחינה מהותית, לו לא היה אביהם סובל מהתמכרות קשה לסמים ומקשיים תפקודיים, ניתן היה להסדיר את מעמד הילדים שנולדו בישראל והתגוררו ובה לפני שמלאו להם 14 שנה, ואולם לדידו של בית הדין, משנבצר מאבי הילדים להגיש עבורם בקשה, עליהם להיוותר ללא מעמד לכל ימי חייהם. וכך נקבע:

תרף הוראות חוק הוראת השעה, הרי שגם לאחר שנכנס לתוקפו בנוסחו המתוקן בשנת 2005, עמד בפני העוררים "חלון הזדמנויות" שהחל שנתיים לאחר שעברו להתגורר בירושלים, קרי מחודש ספטמבר 2007 (זאת עפ"י נוהל המשיב שחל אז) ועד לחודש דצמבר 2007 בו העוררת 2 הגיעה לגיל 14 שנה, על מנת לרשום אותה במרשם האוכלוסין במתווה של הליך שסופו

תושבות קבע, ובעניינם של העוררים 3 ו-4, חלון ההזדמנויות נמשך עד לחודש פברואר 2009 (מועד בו מלאו להם 14 שנה), לשם רישומם במרשם האוכלוסין במתווה שסופו תושבות קבע. (פסקה 18 לפסק הדין)

כלומר, בית הדין מסכים כי מבחינה מהותית היו המערערים זכאים להסדרת מעמדם כתושבי קבע עקב גילם הצעיר בעת המעבר לישראל וכי הטעם היחיד לאי הסדרת המעמד נובע מן העיכוב בטיפול בנושא מצד אביהם. אלא שכאמור, ועל כך אין מחלוקת, אבי המערערים סבל לאורך השנים ממגבלות בריאותיות ותפקודיות ועל כן על הבחינה להיות מהותית.

19. המחלוקת העיקרית, שעמדה בפני בית הדין הייתה האם המערערים הנאדי פראס ופארס הינם "תושבי אזור" לצורך חוק הוראת השעה. בית הדין קובע, על פי הישוב מתמטי קר, כי במועד הגשת הבקשה נשוא הערר המערערת 2, הנאדי, חיה כ- 11 שנים באזור ו- 6 שנים בישראל, והמערערים 3 ו-4, פראס ופארס חיו 10 שנים באזור ו- 6 שנים בישראל. בכך עושה בית הדין חלוקה טכנית, דיכוטומית של "מגורים" רק על פי המקום הפיזי של בית המשפחה, על פי תחשיב חד ממדי, בלא התחשבות במבחני הזיקות, אשר נקבעו, למשל, בע"מ 1966/09 עטון נ' שר הפנים (22.11.11), אותו מצטט בית הדין בהרחבה, אולם אינו מתחשב בקביעותו ובכלל זה בקביעה כי תקנה 12 תחול על הילדים שם באם ישונו להתגורר בירושלים. (פסקה 4 לפסק דינו של כב' השופט המנוח א' א' לוי בעניין עטון). בית הדין מציין את עמדת המשיב לפיה מגורים באזור במשך 19 שנה אינם תקופה זמנית, ואולם אין מחלוקת כי המערערים לא התגוררו באזור 19 שנה. בית הדין אף מתעלם מצמידות אזור מגורי המערערים לירושלים, מה שהוביל לניהול מרכז חיים באופן מלא בעיר. בית הדין הנכבד מציין בפסקה 19, כי "מעבר לזיקה המסוימת של הקטינים לירושלים לא הובאו בפני ראיות לזיקה אחרת, לא מצד אמם ולא מצד אביהם". ואולם, המערערים נולדו בירושלים, התחנכו בה מגיל גן, גרו בצמידות אליה גם כשהתגוררו באבו דים שמרבית התקפה לא היתה מופרדת מן העיר. אביהם הירושלמי, היה מאושפז במוסדות גמילה ובכלא בישראל. אם חוסר בהוכחות הוא הבעיה, ניתן היה לבקש הוכחות נוספות כפי שנוהג המשיב לעשות לא פעם (וכפי שהורה בית המשפט העליון לעשות ב ע"מ 6483/14 משארה נ' שר הפנים (6.7.15), עליו נסמך בית הדין). המערערים הציגו בפני המשיב הוכחות למכביר והיו שמחים להציג הוכחות נוספות אם במחסור בהוכחות טמון הקושי. דע עקא, גזירה על המערערים להוות נטולי מעמד, על אף שעל פי הדין המהותי הם אינם מהווים סיכון ביטחוני המצדיק אי הסדרת מעמדם מפני שעברו לישראל הרבה לפני גיל 14 וזאת רק בשל מוגבלות אביהם, אמורה להיות הברירה האחרונה. ואולם, המשיב לא חפץ בהוכחות נוספות, מפני שלדידו מרגע שהמערערים מודים, כי התגוררו עד לשנת 2005 באבו דים, אין עוד חשיבות להמצאת מסמכים כאלו ואחרים, כי אם יש לראות בהם תושבי שטחים לעניין תחולת החוק.

20. בית הדין מצטט גם מדברי כבוד השופטת בן-אור בע"מ 10549-02-11 שויקי נ' משרד הפנים (13.7.11), אולם שם דובר בילדים, שהיו רשומים בשטחים ונקבע באופן פוזיטיבי שגם גרו בשטחים שנים ארוכות ועד למועד הגשת הבקשה, שאז היו בני 14 ו-15. אותם ילדים לא היו חסרי מעמד, ללא מעמד בשטחים. באותו עניין התייחס בית המשפט לדין המורה על הצורך להוכיח מרכז חיים בן שנתיים טרם הגשת הבקשה – ואולם, כפי שיפורט בהמשך חדין בעניין זה השתנה בעקבות ע"מ 8630/11 רדואן נ' שר הפנים (11.6.14) וע"מ 6483/14 משארה נ' שר הפנים (6.7.15), שניתן בהסכמה ימים בודדים טרם מתן פסק הדין בעניין שויקי, ונראה כי בית המשפט ובי"כ המערערים לא היה מודע לו. עוד נקבע בעניין שויקי כי גיל הילד נקבע בהתאם לגילו במועד הגשת הבקשה – אבל זאת ככלל, כאשר לילד הורה מתפקד אשר היה מסוגל להגיש עבורו בקשה במועד. כלל זה שודאי יפה באופן כללי, אין להחיל באופן עיוור גם על נסיבות בהן בשל מוגבלות לא הוגשה הבקשה במועד. ודוקו, מועד הגשת הבקשה נקבע כתבחין המקל על בחינת הגעת המשפחה לארץ לצורך השתקעות. במצב דברים נורמטיבי, כמו בעניין שויקי, חזקה על ההורה התושב, כי בעת הגיעו לישראל על מנת להשתקע בה, יפעל לשם הסדרת מעמדו של ילדו. כך קרה בעניין שויקי, בו הוגשה הבקשה לאחר שובה של המשפחה להתגורר בירושלים ולא נטען לכל מוגבלות או נכות. הנחת יסוד זו לא יכולה היתה להתקיים בעניינם של המערערים כאשר

אביהם אושפו במוסדות גמילה ושהה בכלא. במצבם המיוחד של המערערים ניתן היה להתחשב בהוכחות אחרות שאינן מועד הגשת הבקשה לצורך הקביעה אם חס תושבי שטחים אם לאו ולצורך קביעת טיב המעמד וזאת בעת בחינת בקשתם בסופו של דבר כשהם עדין קטינים. בעניין שוויקי שבו המערערות להתגורר בישראל כשהן בנות 14 ו-15, בעוד בענייננו שבו המערערים להתגורר בישראל כשהם בני 10 ו-12 שנים בהתאמה. המדובר בפער שנים אשר חוק הוראת השעה אבחן, על יסוד עמדת השב"כ – באשר לסיכון ביטחוני. זאת ועוד, בעניין שוויקי, התגוררו המערערות עד גיל 14 בשטחים, הוא הגיל הקובע על פי החוק דהיום לעניין קיומה של סכנה ביטחונית, בעוד בענייננו, אין מחלוקת כי הילדים מתגוררים בישראל לפני הגיעם לגיל 14, כי הילדים קיימו מרכז חיים במשך שנתיים לפני הגיעם לגיל 14 וכי היו זכאים למעמד של קבע, לו אביהם היה מסוגל לפעול לשם רישומם. יוער עוד, כי בעניין שוויקי, נקבע כי יש לבחון את מקום התושבות בפועל אל מול גיל הילדות ולזיקותיהן, ולא להתייחס רק למועדי הגשת הבקשה, וכך נקבע:

לאחר הדיון בערעור המלצנו למשיב לערוך שימוע לאם ולמערערות בלוי הצגת מסמכים, ולקבל החלטה בעניין אשר תתבסס על הראיות שיוצגו ובחינתן. הצדדים נעתרו לחמלצה זו, ולאחר כשנה עדכן המשיב כי בזמן שחלף נערכו מספר שימועים בעניינן של המערערות, ונבחנו תעודות לימודים ומסמכים שהוגשו על-ידי המערערים הנוגעים לבית הוריה של האם בשועפט. חרף כל זאת, נקבע בהחלטת המשיב מיום 11.2.2014 כי המערערים לא הצליחו להוכיח במידה הנדרשת קיומו של מרכז חיים בישראל בתקופה הרלוונטית, ועל-כן יש לדחות את בקשתם.

21. אם כן, בעניין שוויקי, בעקבות בדיקה עובדתית שנערכה במסגרת הערעור על פני מספר שימועים והזדמנויות להמצאת מסמכים, בהתאם לדרישות המשיב, נקבע כי לא הוכחו הזיקות הנטענות. בין היתר, עלו סתירות בשימועים בנושא מיקום בית המגורים ולא נמסרו תעודות בית ספר מקוריות, כך שהתעורר ספק באשר למיקום בית הספר, אם בירושלים אם לאו. המערערים סבורים כי לכל הפחות היה על המשיב לבחון את עניינם פרטנית בדומה לבחינה בעניין שוויקי. ספק רב באם בית המשפט היה מגיע לתוצאה דומה בעניין שוויקי, לו השימועים והבדיקות היו מעידים על מגורים בישראל בשנים שקדמו לגיל 14, והגם שהבקשה עבור המערערות הוגשו כשהגיעו לגיל זה.

22. טעה אפוא בית הדין הנכבד גם בקביעתו בפסקה 22 לפסק הדין, לפיה ככל שסבורים המערערים כי יש בעניינם נסיבות הומניטאריות, עליהם להגיש בקשה לוועדה ההומניטארית שהוקמה עבור תושבי שטחים. כאמור, בנסיבות המתוארות אין לראות במערערים כתושבי שטחים ומכאן שיש לדון בבקשתם על פי תקנה 12, וודאי שאין לדון בעניינם בוועדה שנועדה שהוקמה מכח חוק הוראת השעה, אשר אין בסמכותה להמליץ על מתן מעמד של קבע בסופו של יום.

23. מסקנותיו ודרך הילוכו של בית הדין הנכבד הינם בכל הכבוד, שגויים. בית הדין לא בחן את מכלול הדברים והצטברות הנסיבות, וממילא לא נתן משקל ראוי לרכיבים השונים ולהשלכות החלטה, ובכלל זה: היות הילדים חסרי מעמד, הדין בדבר חסרי מעמד, העובדה שהמערערים הגיעו בפועל לירושלים אליבא דמשיב בטרם גיל 14 ומשמעותו של מרכיב זה מבחינת הדין המחתי, הנסיבות שלא היו בשליטתם לעניין עיתוי הגשת הבקשה, ובכל לזה מוגבלות אביהם והכשלים בהתנהלות המשיב אשר הקשו על אבי הילדים להסדיר את מעמדם, והאינטרסים והזכויות המעורבים. בית הדין כלל לא התייחס למשמעות היות הילדים חסרי מעמד ולסקירה המקיפה שפרסו המערערים על התייחסות בתי המשפט למצב זה והחסדרים שנעשו בהתאם לכך בכך מקרה ומקרה.

24. התוצאה שאליה מגיע בית הדין הינה תוצאה אשר פגיעתה במשפחת המערערים קשה מנשוא, באשר היא מותירה שלושה מתוך שבעת ילדיהם כחסרי מעמד בעולם, בלא כל אופק או אפשרות לפתרון בעתיד. לפיכך מוגש ערעור זה.

ד. הטיעון המשפטי

- 1.ד. העקרונות הכלליים המנחים את הסדרת מעמדם של ילדים והחובה להגן על טובת הילד
25. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה או כמעמד המשמורן תושב המדינה. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבע, בדבר החובות והזכויות של הורה או משמורן 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 (בג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים (23.11.99)).
26. כפי שגם עולה מהקביעות לעיל מדברי כבי' השופטת הנשיאה (בדימוי) ביניש בעניין קרלו, התשתית החקיקתית, במסגרתה צריכה מדיניות זו להיות מיושמת, בנויה טלאים-טלאים. עם זאת, היישום של כל הוראת חוק צריך להיות בהתאם לאותו עיקרון כללי. ברור לכן, כי התייחסות הוגנת וסבירה מצד הרשות תעדיף את האמצעי, אשר יתאים לעקרונות לעיל ופוגע בטובת הילד, באופן הפחות האפשרי.
27. בנוגע לילד שנולד בישראל חלה באופן ישיר תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן - **התקנות**):
- ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"ז-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו. לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר.
28. בעבר הפעיל המשיב שיקול דעת על פי התקנה רק אם אביו של הילד הוא בעל מעמד התושבות, בעוד אם אמו היא התושבת הורו לה להסדיר מעמד הילד בשטחים. מדיניות זו נפסלה במסגרת בג"ץ 48/89 ריינהלד עיסא נ' מנהלת הלשכה האזורית למינהל, פ"ד (מג(4), 573, שם פסק בית המשפט, כי על שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו, בהתאם למרכזי החיים של הילד ולא מינו של הורה התושב.
29. למותר לציין, כי הזכאות למעמד בישראל מכוח תקנה 12 אינה מוגבלת לילד שאך זה נולד, ותופסת לגבי ילד בכל גיל:
- ...אין גם מקום לאמץ את עמדת המשיב לפיה חלה תקנה 12 רק אם הבקשה הוגשה בסמוך ללידה. מבחינת שמירה על שלמות המשפחה, אין הבדל בין מי שמבקש מעמד בישראל עבור ילדו, בסמוך ללידתו, ובין מי שמבקש מעמד לישראל עבור ילדו, כעבור זמן. בשני המקרים, אם להורה המשמורן רישיון לשיבת קבע בישראל ומרכזי חיי המשפחה כאן, ראוי לאפשר לו לגדל את ילדו ולהתגורר עמו. (ע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עויסאת ואח' (10.8.08))
30. קו המחשבה המנחה של תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, 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.

31. בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 5569/05 **משרד הפנים נ' עויסאת ואח'** (10.8.08). נקבע זה מכבר, כי שאלת מרכז חייו של קטין בישראל מהווה שיקול מרכזי, אף כי לא יחיד, במסגרת שיקולי שר הפנים האם להעניק לקטין את אותו מעמד בישראל שיש להורו. משמעות הדבר היא:

כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי... אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטין לקשר רציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך שמרכז חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד.

32. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בע"מ 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר, כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

33. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בג"ץ 1689/94 **הררי ואח' נ' שר הפנים**, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב, וראו גם האמנה בדבר זכויות הילד, אשר הורוהיה זכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"מ 3077/90 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כ"ב השופט חשין); ע"מ 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כ"ב הנשיא דאז שמגר); דני"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כ"ב 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.

34. חובת המשמורן כלפי הילדים שתחת משמורתו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, סירוב המשיב להסדיר את מעמד הילדים במעמד קבוע ויציב בישראל מונע מאבי הילדים לפעול בהתאם לחובות אלו בכך הוא הופכו לעבריין בעל-כורחו.

35. אף שהמשיב נדרש בעניין **עויסאת** לייחס "משקל משמעותי וניכר" לעקרון טובת הילד כאשר פרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית, יהיה על המשיב להשוות את מעמד הילד למעמדו של הורו המשמורן - ניכר בעניינם של המערערים, שאינו נדיר וקיצוני, כי לטובתם לא ניתן משקל כלשהו.

36. פסיקת בית הדין הנכבד קמא פוגעת ללא הצדקה בטובת ילדי המשפחה. הפגיעה בילדים, שעודם סמוכים על שולחן הוריהם, עלולה להיות בעלת השלכות נפשיות ובריאותיות קשות על הילדים. להחלטת המשיב, אשר אומצה על ידי בית הדין הנכבד, יש, אם כן, גם השלכה על זכותם של הילדים לשלמות גופם, במובן של הזכות שהמדינה וההורים יגנו עליהם ויבטיחו את התפתחותם הנפשית והגופנית.

2.ד. מזינותו החדשה של המשיב בנושא הסדרת מעמדם של ילדי תושבים

37. לאחרונה חל שינוי במדיניות המשיב אשר נעשה במסגרת התדיינות בבית המשפט העליון, ואשר בעקבותיו תוקן נוהל הסדרת מעמדם של ילדים. שינוי זה התרחש תוך כדי ההתדיינות בערר ומהותו הגמשת הליכי רישום הילדים, באופן בו חוק הוראת השעה לא יחול בלא הצדקה, גם על מי שהתגורר בישראל לפני הגיעו לגיל 14. אסביר.

38. אחד התנאים שהציב המשיב בשנת 2008 לצורך אישור בקשה לאיחוד משפחות הוא שמרכז החיים של בן הזוג המזמין ימצא בישראל בשנתיים עובר להגשת הבקשה, ויוסיף להימצא בה לאורך ההליך המדורג. תנאי זה, אשר נועד לבדוק כי אכן מדובר במשפחה שהשתקעה בישראל, השתנה לאחרונה בכל הנוגע לבקשות להסדרת מעמדם של ילדים. במסגרת

ההליכים בעע"מ 8630/11 רדואן נ' שר הפנים (11.6.14) ובעע"מ 6483/14 משארה נ' שר הפנים (6.7.15) תוקנו נהלי המשיב שמספרם 5.2.0029, ו-5.2.0030, באופן בו ניתן כעת לאפשר הגשת בקשה להסדרת מעמדם של ילדים גם בטרם הוכיחו אמם או אביהם הישראלים כי ביססו מרכז חיים בישראל במשך שנתיים ואף מייד עם שובו של ההורה להתגורר בירושלים. עם זאת נקבע, כי הבקשה תאושר לאחר שיוכח כי המשפחה מתגוררת בישראל במשך שנתיים – כלומר אפשר יהיה שבחינת ההשתקעות תהיה כלפי העתיד ולא העבר. עוד נקבע, כי ניתן יהיה לפנות למשיב בבקשה להשיב לטיפול בקשות שסורבו בעבר בשל "היעדר מרכז חיים בן שנתיים" וכי גיל הילד לצורך קביעת מעמדו יהיה גילו במועד הגשת הבקשה הראשונית שהוגשה לאחר המעבר לישראל.

39. תכלית השנוי, הינה דאגה לטובת הילד וצמצום מעגל הנפגעים שלא לצורך מחוק הוראת השעה, כאשר ברי, כי אין הצדקה ביטחונית למנוע הסדרת מעמדו של מי שהגיע לישראל וגילו נמוך מ-14 שנה.

40. תחילתו של תהליך השנוי במדיניות בהחלטת כב' הנשיאה נאור במסגרת עניין רדואן לעיל, כדלקמן:

אנו נעתרים לבקשת המדינה במובן זה שנאפשר השלמת טיעון בשאלה האם דרישת המשיב שהבקשה תוכל להיות מוגשת רק בחלוף שנתיים מאז שלקטין יש מרכז חיים בישראל אין בה כדי לפגוע בהוראת החקיקה הראשית – 3א לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשע"ג-2003, כפי שתוקן. (החלטת כב' המשנה לנשיא, כתוארה דאז, מ' נאור מיום 12.6.13).

לאחר הערה זו, אשר עוגנה בהחלטת בית המשפט העליון והערות בית המשפט בדיון, בהן הועלה ספק בדבר חוקיות מדיניות המשיב, לפיה עוכב הליך הסדרת מעמדם של ילדים למשך שנתיים מן היום בו עברו הוריהם לישראל, שאז ההתייחסות לגילם היתה על פי המועד המאוחר, באופן שבמקרים רבים, נמנע מאותם ילדים קבלת מעמד בגין חוק הוראת השעה, הגם אם הגיעו לישראל כשגילם נמוך מ-14 וללא צורך במגבלה ביטחונית כלשהי. כן עלה במהלך הדיון הקושי בדרישה לשהייה בלתי חוקית במשך שנתיים כתנאי לקיחת חלק בהליכי הסדרת מעמד. לאחר החלטת בית המשפט העליון לעיל, הודיע המשיב, כי שינה את מדיניותו כמתואר, ואולם הגביל תחילה את תחולת השנוי למן המועד בו הודיע עליו לבית המשפט. באותו עניין הגיע העניין הפרטני לכדי פתרון ועל כן עוגנה ההסכמה בפסק דין תוך שמירת מלוא טענות הצדדים ובכל זה טענתם בנושא תחולת השנוי במדיניות. ואכן, בעקבות הערעור בעניין משארה, עלתה סוגיה זו בשנית, הפעם לעניין התחולה, כאשר זו הפעם הודיע המשיב, כי תיקן את נהליו כך שכל מי שפנה בעבר לאחר המעבר לירושלים אך טרם ביסס בה את מרכז חיו במשך שנתיים ובקשתו נדחתה יוכל כעת לפנות למשיב וככל שיוכיח טענותיו יוסדר מעמד ילדיו על פי גילם בעת הגשת הבקשה הראשונית. אמנם המערר לא הגיש בקשה עבור ילדיו עם שובו לארץ, ואולם זאת בשל מחלתו ומוגבלותו, כמו גם המחסומים שהוצבו אל מול לשכת רשות האוכלוסין ומדיניותה הסודית אותה עת. כאמור, בעת מעבר המשפחה לירושלים, לא היו נהלי פניה או נהלים כלשהם בדבר הסדרת מעמדם של ילדים, ואבי המעררים לא ידע כי זכותו לפנות ולהגיש בקשה מייד עם שובו לישראל. אין להקל ראש במצב בעייתי זה והשלכותיו על ילדים רכים ואין ליתן לילדים לשאת בנטל הכבד ללא התחשבות בנסיבות.

41. כך, נקבע, בין היתר, בסעיף ג.7.7 לנוהל 5.2.0030 (תאריך עדכון 19.4.15), אשר עוסק בהסדרת מעמדם של ילדים שלא נולדו בישראל ואשר תוקן קודם למתן פסק דינו של בית הדין הנכבד.

ג.7.7.1. נמצא כי לא הוכח מרכז חיים בישראל של ההורה תושב הקבע והקטין כאמור לעיל (משך שנתיים טרם מועד הגשת הבקשה) יידרש ההורה להמציא בתוך 45 ימים את מסמכי הסף כדלהלן

[...]

ניתן לדרוש מסמכים נוספים מעבר לאמור שיש בהם כדי להעיד על תחילתו של מרכז חיים בישראל, ואין המדובר ברשימה ממצה. (ההדגשה שלי – ע.ל.)

במשך לכך נקבע:

ג.7.7.3. במידה והוגשו כל מסמכי הסף הנדרשים ובהתקיים שאר תנאי הנוהל הבקשה תישאר תלויה ועומדת עד להשלמת שנתיים רצופות למרכז חיים בישראל, ולא תדחה. בתקופה זו, קטין מתחת לגיל 14 - יקבל אישור על הגשת בקשה שבו יצוין כי בפרק זמן זה לא ינקטו הליכי אכיפה כלפי המבקשים. קטין מעל גיל 14 - יקבל היתר מת"ק זמני (כל פעם שנה לכל היותר) עד לחוכחת שנתיים בתחום ישראל.

ג.7.7.4. סמוך לתום שנתיים רצופות של מרכז חיים בישראל, על ההורה תושב הקבע יהיה להמציא הוכחות אודות קיומו של מרכז חיים בישראל עם הקטין בשנתיים שקדמו. יובהר כי מועד הגשת הבקשה יחושב לפי המועד הראשון שבו הוגשה הבקשה שלא נדחתה, וכי שנתיים מרכז חיים בישראל יידרשו ממועד הגשת בקשה זו. (ההדגשה שלי – ע.ל.)

ועוד נקבע בנוהל ולכך חשיבות מרובה לענייננו:

ג.7.7.7. בקשות שהוגשו בעבר וסורבו משלא הוכח שנתיים מרכז חיים כנדרש וסמוך לתום שנתיים רצופות של מרכז חיים בישראל ממועד הבקשה שסורבה, פנה ההורה תושב הקבע, הגיש בקשה חדשה והוכיח קיומו של מרכז חיים שנתיים רצופות כנדרש, ניתן יהיה לשוב ולבחון הבקשה בהתאם לגיל הקטין ממועד הבקשה תקודמת שסורבה מטעמי העדר מרכז חיים בישראל ובהעדר מניעה מטעמי משטרה ובטחון, ויש לפעול בהתאם לאמור בסעי' ג.7.3. ואילך. (ההדגשה הראשונה במקור, השניה שלי – ע.ל.)

להלן הקישור לנוהל המלא:

<http://www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0030.pdf>

עוד יצוין לשם השלמת התמונה, כי קביעות זהות בהקשר זה נקבעו בסעיף ג.6.7 לנוהל 5.2.0029, שעניינו הסדרת מעמדם של ילדים שנולדו בישראל. להלן הקישור לנוהל המלא:

<http://www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0029.pdf>

ד.3. הילדים המערערים אינם תושבי שטחים

המגורים באבו דיס הסמוכה לירושלים, תוך ניהול מרכז חיים בירושלים

42. שהות המשפחה בבית הסבים באבו דיס - ירושלים רבתי "מתוך לתתום", היוותה אילוץ שנבע מנסיבות חייה הקשות של משפחת המערערים, וצעד שנועד לשמש פתרון זמני שיענה על מצוקת אשתו של המערער וילדי בני הזוג, כתוצאה מהיעדר אב מפרנס ומתפקד למשפחה. במהלך שנות המגורים בקו התפר, התגוררו ילדי המערער ואמם יחד עם סבם וסבתם בדירה שכורה, שהחשבונות עבורה שולמו על-ידי הסב, בהיעדר כל מפרנס אחר.

43. במהלך התקופה בה נאלצה המשפחה להתגורר עם הורי המערער באבו דיס, נותר מרכז חיים של הילדים, ילידי ירושלים, בירושלים. הילדים למדו בבית הספר "אל-וכאלה" במתנה הפליטים שועפאט שבירושלים, חוסנו באל-זאויה שבעיר העתיקה וקיבלו טיפולים רפואיים בעיר, בשעת הצורך. כך למעשה, בילו את חלק הארי של חיוס בירושלים, ובפועל רק לנו מחוץ לעיר, אך בשכונה המצויה ממש בצמידות לה. כך, אף שמקום מגוריהם היה באופן זמני על גבולה של ירושלים, מטעמי מצוקה סוציאלית וכספית של המשפחה והיות והאב במצבו הנפשי והפיזי הקשה לא היה מסוגל לדאוג להסדרת מעמדם בישראל, וכפועל יוצא של התלות בסב בשנים אלו - במרבית שעות היום בילו הילדים בירושלים. יוזכר, כי

לאורך מרבית תקופת מגורי המשפחה באבו דיס לא היתה כל הפרדה פיזית או אחרת בין ירושלים ואבו דיס. כיום, מזה שנים, לא ביקרו הילדים בשטחים. המערערים התאומים היו בני עשר בעת המעבר לירושלים והמערערת 2 היתה ילדה בת 12 אותה עת.

44. בפסק הדין בעע"מ 1621/08 **מדינת ישראל נ' חטיב** (30.1.11), נקבע כי עבור מי שלא נרשם באזור, "תידרש, מטבע הדברים, בחינה מהותית – בהתאם למירב חזיקות – באשר לתושבותו בפועל של מבקש המעמד". בענייננו לא נערכה בחינה מהותית שכזו.

45. בעע"מ 1966/09 עטון נ' שר הפנים (22.11.2011), שעניינו הסדרת מעמדם של תאומים ילידי ישראל, מחוסרי מעמד אשר התגוררו עם משפחתם בוואדי חומוס, המצויה מחוץ לתחום ירושלים, אך בצדה המערבי של חומת ההפרדה, קיבלה הנשיאה בדימוס בייניש, בדעת מיעוט, את טענות המערערים. בפסק דינה, פירטה את הנסיבות החריגות והייחודיות של המקרה, הסתמכה על הלכת בית המשפט בדבר מתן פירוש מרחיב ל"מגורים" – בחינת זיקה מהותית למקום והדגישה בדבריה את הפגיעה הקשה בזכויותיהם של התאומים במידה ולא יקבלו מעמד בישראל, במיוחד לאור עקרון העל של טובת הילד. כבי הנשיאה בייניש החילה את מבחן הזיקות על התאומים וקבעה, כי זיקותיהם נתונות לישראל וכי אין להם "כל זיקה ממשית" לשטחים. על בסיס כל אלה, קבעה כי התאומים זכאים למעמד קבע, וזאת בשעה שהתאומים המשיכו להתגורר בשכונת ואדי חומוס שמוגדרת פורמלית כמצויה בשטחים. הנשיאה בייניש התייחסה למרכז חייהם של התאומים:

גם אם ביתם נמצא בחלקו של הכפר צור באהר הנמצא מחוץ לתחום שיפוטה של העיר ירושלים, הרי שאין חולק כי מירב זיקותיהם של הילדים הינו לכפר צור באהר שבשטח ישראל. שם כאמור לומדים המערערים 2-3, מנהלים את מרכז חייהם המשפחתיים והחברתיים ומקבלים שירותי רפואה, רווחה וכיו"ב. (סעיף 23 לפסק דינה של כבי הנשיאה בייניש, ההדגשה הוספה ע.ל.)

46. נסיבותיו של עניין עטון היו שונות מענייננו ומיוחדות. שם נסוב הדיון על האפשרות ליתן מעמד של קבע למי שממשיך להתגורר מחוץ לשטח ישראל, בנסיבות אותו עניין. אמנם, הערעור בעניין עטון נדחה לבסוף, בדעת רוב של כבי השופט לוי ז"ל וכבי השופט (כתוארו אז) גרוניס, ברם, עם זאת, השופט לוי הבייר בבעייתיות הקיימת לאור המצב המורכב. בפסק דינו של כבי השופט לוי, נקבע כי במידה ותשוב המשפחה לחיות פיזית בירושלים, יובלו להגיש התאומים בקשה בהתאם לתקנה 12. (ראו פסקה 4 לפסק דינו של השופט לוי). כלומר, יוכלו לבקש מעמד של קבע מבלי שיוגדרו כתושבי שטחים. את קביעה זו הדגיש כבי המשנה לנשיאה (כתוארו אז) א' רבלין בהחלטתו בבקשה לדיון נוסף (דנ"מ 9081/11, אחמד עבד אל חאמף ואח' נ' שר הפנים):

...בית המשפט הדגיש כי אם תבקש המשפחה להעתיק את מגוריה לתוך שטח ישראל יוכלו העותרים 2-3 לבקש מעמד לפי תקנה 12 (פסקה 3 להחלטה)

47. המשיב, ובית הדין בעקבותיו, התעלמו מנסיבות אלה, ודומה כי לא ניתן להן כל משקל בפסק הדין, מלבד אזכור עניין עטון במתייחס רק לשורה התחתונה של פסק הדין, אשר ניתן על רקע המשך מגורי המשפחה אותה עת בשטחים. ודאי לא ניתן לרציונליים שנקבעו בעניין עטון משקל הולם. בית המשפט גילה דעתו במקרים דומים, וכן בעניין עטון עצמו, כי יש לערוך מבחן רחב, מעמיק ומקל, המתייחס למירב זיקותיו של אדם, טרם קבלת החלטה בנוגע לתושבותו ובפרט החלטה גורלית למהלך חייו. הדברים מתעצמים כאשר עסקינן בהחלטה, לה השפעה מכריעה על טובתם של ילדים – ילדיו של תושב ישראל, שהם חסרי מעמד בעולם.

הגדרת התושבות – מבחן חזיקות

48. על התייחסות הדין לנושא התושבות ניתן ללמוד מהגדרת התושבות בתחום החקיקה הסוציאלית כפי שעוצבה על ידי בית הדין לעבודה. בית הדין, אשר נזקק לא פעם לשאלה האם פלוני עונה על הגדרת תושב כפי שהיא מופיעה בחקיקה הסוציאלית אם לאו, גיבש

במהלך השנים מספר מבחני משנה אשר הצטברותם מקיימת את הזיקה הנדרשת לצורך הכרה באדם כתושב. הנה, בתקציר, המבחנים שנקבעו בפסיקת בית הדין לעבודה:

19.1. **ה"זיקה למעשה"**: מבחן הבדוק את הזיקה בפועל למקום המגורים בניגוד לזיקה למדינת האזרחות או ארץ ההולדת (ר': דב"ע מה/73-04 עיניאדה סקוקה - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע י"ז 79, 84-85; דב"ע נא/0-140 מוסא טהה - המוסד לביטוח לאומי, פד"ע כד 382; תב"ע נו/0-688 מנדול מתי - המוסד לביטוח לאומי, עבודה אזורית, כרך ט', 976; דב"ע נג/04-2 המוסד לביטוח לאומי - ג'ברין מוחמד אבו האני, פד"ע כו 122).

19.2. **מבחן "משך הזמן"**: בדומה לפסיקה הדנה במעמד תושבות הקבע על פי חוק הכניסה לישראל, גם כאן נקבע המבחן הפסיקתי הבוחן האם נותקה זיקת התושבות להבדיל מיצירתה. ר': תב"ע נח/374-0 רוח - המוסד לביטוח לאומי, עבודה אזורית, כרך ה' (218).

49. מבחני עזר אלו, מעגנים בחקיקה את אשר נקבע קודם לכן על ידי בית המשפט כבואו ליצוק תוכן להגדרה המינימליסטית שהופיעה עד כה בפקודה למונח תושב:

...נראה שהפסיקה הלכה למעשה אימצה את המבחן של המקום בו נמצא מרכז חייו של אדם, שהוא מבחן מורכב הרבה יותר ממבחן המתייחס ליחס שבין ימי השחייה בישראל לימי ההעדרות ממנה... בבדיקה היכן מצוי מרכז חייו של אדם, יש להביא בחשבון שני קריטריונים, האחד פיזי: היכן מצויות מירב הזיקות של האדם והשני סוביקטיבי, מה היתה כוונתו של האדם והיכן רואה הוא את מרכז חייו. (עמ"ח (חיפה) 2004/98 גונן נ' פקיד שומה חיפה, תק-מח 2001(4), 1036 (להלן: עניין גונן)).

50. וראו גם: עמ"ח 943/59 סטודנט נ' פ"ש חיפה, פ"מ נ"ג 260; עמ"ח 300/91 רז נ' פ"ש ת"א 1, מיסים 104/1.

51. על מנת שניתן יהיה לשרת את תכליתו של חוק הכניסה ולהפעיל שיקול דעת בסבירות, על המשיב להביא בגדר שיקוליו את זיקות המערערים לישראל. כאמור, ככל שאדם חי זמן רב יותר במדינה, כך מתרבות זיקותיו אליה ותחושת שייכותו אליה מתעצמת. נכון הדבר במיוחד כשמדובר באדם חסר אזרחות, חסר מדינה אחרת. תשיבות קיומו של קשר בין המבקש מעמד בישראל, ומרכזיות הקשר בגיבוש המעמד, באים לידי ביטוי בהוראות חוק הכניסה לישראל ובפסיקת בית המשפט בעניינו:

רישיון לשיבת קבע – להבדיל ממעשה התאזרחות - הוא יצור כלאים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטטיטויטיבי המעמיד את הזכות לשיבת קבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע... אכן "ישיבת-קבע" מעצם מהותה משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו. השופט ברק בבג"ץ 282/88 עוז נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, 426 (הדגשה שלי - ע.ל.).

בהתאם לכך קבע בית המשפט לא פעם, כי משנעלמת מציאות זו, הרישיון לשיבת קבע פוקע מאליו (ראו: השופט ברק, שם, עמ' 427).

52. הנחת המחוקק היא כי חיים ממושכים במדינה זרה, או כלשון החוק, השתקעות בה, בין אם לוו במתן מעמד פורמלי בין אם לאו, יוצרים מטבעם קשרים רגשיים בין הפרט לבין אותה מדינה ותושביה. כאשר עסקינן בחיים ממושכים במדינה זרה, עשוי הדבר להעיד על ניתוק הקשר בינו לבין מדינת ישראל, ולהצדיק ביטול מעמדו כתושב קבע. יש לגזור מידה שווה מהמבחנים אשר נקבעו בנוגע לניתוק זיקת התושבות של אנשים אשר שהו מחוץ לישראל במשך תקופה ארוכה, לקביעת המבחנים בהם נוצרת זיקת התושבות. מציאות החיים - הישיבה ארוכת השנים בישראל מילדות ועד בגרות, היעדרה של ארץ אחרת, אימוץ השפה

והתרבות וקביעת מרכז החיים בה – כולם מלמדים על זיקת תושבות המחייבת מתן רשיון לשיבת קבע, ומבטאים, כדברי השופט ברק בעניין עוז, את "המציאות של ישיבת הקבע".

53. לאחרונה, עמד על טיבו של מושג מרכז החיים בית משפט נכבד זה בעת"מ 32869-10-14 חמאדה נ' רשות האוכלוסין (25.12.14):

למושג "מרכז החיים" שני רבדים – הרובד האובייקטיבי, הבוחן את הזיקות הפיזיות של אדם אל מקום מסוים, ולפיו המקום בעל מירב הזיקות הנו מרכז החיים של האדם הנדון; ולצדו, הרובד הסובייקטיבי – העוסק בבחינת הזיקות הנפשיות של האדם אל מקום ספציפי, לרבות כוונתו לגור במקום מסוים בעתיד; הסיבות להימצאותו או להיעדרותו מהמקום; ואף הרגשת השייכות למקום (ראו הסקירה המקיפה בוע' (י-ס) 138/05 גבריאל סלוק נ' ועדת הזכאות לפי חוק יישום החתנתקות (28.8.06) (להלן: "סלוק") (והפניות שם). למבחן האובייקטיבי ו"למציאות החיים כפי שהתחרשה הלכה למעשה" ניתן מעמד עדיף (בג"ץ 282/88 עוז נ' יצחק שמיר, ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב, 424 (2) (2006) (להלן: "עוז") לצד זאת, ל"מרכז החיים" אופי גמיש, שמאפשר הכרה בקיומם של יותר ממרכז חיים אחד וזיקה לשני מקומות שונים (עוז, בעמ' 433; סלוק, פסקה 10). (פסקה 25)

54. מבחנים אלו, ראוי שישמשו כאבן בוחן גם בבחינת זיקות לאזור על מנת לבחון את המוגדר כ"תושב אזור".

תושבות מהותית ופרשנות תכליתית

55. כפי שנפסק, יש לבחון מהי תושבותם המהותית של הילדים לאור תכלית חוק הוראת השעה, שהינה, על פי החלכה, ביטחונות - ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח'.

56. ברי, כי התפיסה כי ילדים צעירים, שנולדו בירושלים וגרו על גבול ישראל, למדו בירושלים כל חייהם, ובילו בה מרבית הזמן, מהווים סכנה ביטחונית המחייבת סימון והגבלה קטגורית – הנה תפיסה אכזרית ומעוותת. זוהי עמדה בלתי סבירה באופן קיצוני. אין כל מקום לגזור על הילדים להיותם במעמד כלאיים שברירי, לנצח ולפחות לפרק זמן בלתי מוגבל, כתיירים נטולי זכויות, ובמובחן מאביהם ואחיהם התושבים, רק משום שנאלצו להתגורר תקופת מה באזור, על גבול ירושלים. כפי שראינו, עמדה זו מנוגדת באופן מובהק להתווית הדין בנושא זה ולמושכלות יסוד אנושיות.

57. גישה זו נתקבלה כבר גם בפסק דינו של בית המשפט בעת"מ 311/06 מוניר נ' שר הפנים (21.8.2008), בו נקבע כי על משרד הפנים לדון בעניינה של העותרת 4, אשר נולדה בישראל וחייה בחברון במשך רוב חייה ואשר הבקשה עבורה הוגשה כשהיא כמעט בת 18, משל לא הייתה תושבת שטחים, בהתאם לתחולת תקנה 12 ולעקרונות שהותוו בעניין עויסאת לעיל:

העותרת ילידת ירושלים, הדיון בבקשתה צריך להתקיים במסגרת תקנה 12. היקף שיקול הדעת של שר הפנים לעת דונו בבקשה המוגשת לפי תקנה זו הוכרע לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עויסאת ואח' (ניתן ביום 10.8.08). בפסק הדין נקבע כי שאלת מרכז חייו של קטיין בישראל מהווה שיקול מרכזי, אף כי לא יחיד, במסגרת שיקולי שר הפנים האם להעניק לקטיין את אותו מעמד בישראל שיש להורחה. משמעות הדבר היא "כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי... אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטיין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטיין לקשר רציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך

שמרכזו חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד" (שם, פסקה 20). שיקולים אלה, הגוררים אחריהם התחקות אחר מרכז חייו של הקטין על מנת להבטיח את שלמות משפחתו, אמורים לקבל "משקל גבוה ביותר" בגדרי החלטה המתקבלת לפי תקנה 12, חרף שיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים בהפעלת התקנה (שם, שם). לעניין זה אין הכרח שהבקשה לרישום הילד מכוח תקנה 12 תוגש סמוך ללידתו, שכן המדינה חודיעה לבית המשפט "כי בניגוד לעמדה קודמת שהוצגה בהליכים אחרים, סבורה היא כיום כי הוראותיה של התקנה חלות אף כאשר הבקשה לפי תקנה 12 הוגשה שלא בסמוך ללידת הילד" (שם, פסקה 17).

58. לא זאת גם זאת: בעת"מ 52454-12-10 מוראר נ' שר הפנים (15.3.12) אשר עסק בהסדרת מעמד אחיה הצעיר של העותרת בעת"מ 311/06, קבע בית המשפט, על יסוד פסק הדין בעת"מ 311/06 לעיל, כי גם האח העותר – אשר נולד ונרשם בשטחים, אינו יכול להיחשב כ"תושב איזור":

עותר 3 התגורר באותן השנים ועל פי אותו שימוע עליו נסמכה גם ועדת ההשגה לזרים בירושלים. הוא היה צעיר בשנים מעותרת 5 (אחותו הגדולה - ע.ל.). כל הקטינים התגוררו אותה העת עם אימם. ההבדל היחיד בינו לבין העותרת 5 – בו נתלה המשיב – הוא עובדת לידתו באיזור להבדיל מלידת העותרת 5 בישראל. לנתון זה חשיבות אמנם, אולם לא מצאתי כי יש בו בנסיבות המקרה כדי להכריע את הכף ולהביא למסקנה לפיה הדין שחל אותה עת עותרת 5 תיחשב כמי שלא הייתה תושבת האיזור בעת הגשת הבקשה (שהוגשה עבור כל הילדים) ואילו אחיה הצעיר עותר 3 ייחשב באותו הזמן, על פי אותו הדין ובאותן נסיבות בדיוק למעט מקום הלידה – כ"תושב איזור".

59. בעת"מ 11667-07-12 חרבתאוי נ' משרד הפנים (28.5.13), נדון עניינה של תושבת ישראל אשר נאלצה להגיש בקשה לוועדה בינמשרדית לעניינים הומניטאריים מכיוון שהמשיב סרב להסדיר את מעמד ילדיה, משום שהיו בגירים עת הוגשה הבקשה בעניינם. ילדיה של העותרת שם, בניגוד לעניינו, היו אזרחי ירדן שהתגוררו מחוץ לישראל ועל קו התפר בשטחים מספר רב של שנים. בקשתם לקבלת מעמד סורבה על-ידי המשיב, שטען, באמצעות וועדת ההשגה (בהשגה מס' 480/11), כי יש לבחון העברת עניינם לוועדה הומניטארית לתושבי אזור. בעקבות הערות בית המשפט, נענה המשיב להצעת בית המשפט והעניק לעותרים שם מעמד ארעי למשך שנתיים, שלאחריו ישודרג לקבע. להודעת המשיב ניתן תוקף של פסק דין. כבי השופטת בן אור השיתה על המשיב הוצאות משפט ע"ש 10000 ₪. במקרה זה היו זיקות הילדים לישראל פחותות לאין שעור מזיקותיהם של המערערים דן, אשר נולדו והתחנכו בישראל, אשר הבקשה עבורם הוגשה בקטינותם, ואשר ניהלו כאן תמיד את מרכז חייהם.

ד.4. חיים ללא מעמד קבוע – פגיעה בכבוד האדם

60. הזכות לנתינות קבועה, למעמד יציב המשייך אדם למדינתו, הינה זכות בסיסית המשולבת בזכויות היסוד של האדם – לכבוד ולחירות. נתינות של קבע למדינה מאפשרת שוויון בפני החוק, השתתפות פוליטית, הזכות הרציפה לבריאות ולתעסוקה ולנגישות לשירותי חירום ולמשאבים סוציו אקונומיים. הנתינות, אם כן, היא מרכיב מכונן ומהותי של זהות אנושית וכבוד אנושי. הנה כי כן, היעדר מעמד קבוע לאדם במקום כלשהו בעולם, הוא מצב פסול הפוגע בכבודו של האדם.

61. הנאדי פראס ופארס הינם צעירים, מחוסרי מעמד אשר נקלעו שלא באשמתם למצב אנושי מתריד, לפיו הם בני אדם ללא בית בעולם, אשר זיקותיהם כולן נתונות לישראל.

62. על פי סעיף 4א לחוק האזרחות התשי"ב-1952, מי שנולד בישראל לאחר הקמת המדינה ולא רכש שום אזרחות יהיה לאזרח ישראלי, אם ביקש זאת בין יום הולדתו ה-18 לבין יום הולדתו ה-21. בקשת המערערים היתה תלויה ועומדת בהליכים משפטיים, והם הוסיפו

לבקש מעמד בישראל בין יום הולדתם ה-18 ליום הולדתם ה-21. הנה כי כן, גם על פי חוק האזרחות יש להסדיר את מעמדם.

עוד לעניין זה ראו: יפה זילברשץ האזרחות: מהי ומה תחיה? מחקרי משפט טז (תשס"א) 61-60, 55.

Jeffery L. Blackman State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under International Law, 19 Michigan Journal of International Law 1141 (1998), pp. 1145-1148.

Yaffa Zilbershats, The Human Right to Citizenship (Ardsley, New York: Transitional Publishers, 2002).

Johannes M.M. Chan, The Right to Nationality as a Human Right, 12 [1-2] Human Rights Law Journal 1 (1991).

63. ללא מעמד אזרחי כלשהו, מתבטלות רבות מזכויותיהם הבסיסיות של הנאדי, פראס ופארס ונפגעת הווייתם האנושית. אין זה פלא, אם כן, כי הקהילה הבינלאומית לרבות מדינת ישראל רואות במעמד אזרחי, תנאי בסיסי לניהול חיים בכבוד.

5. ד. הדין הבינלאומי

64. אי הסדרת מעמדם של המערערים בישראל מנוגד להתחייבויות הבינלאומיות של המדינה.

65. מתוך הכרה בינלאומית בחשיבותה העליונה של הנתינות להגשמת זכויות הפרט, להגנה עליו בזירה הבינלאומית ולכבודו של האדם, הפכה הזכות לנתינות לזכות יסוד. סעיף 15(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) קובע מפורשות, כי כל אדם זכאי לאזרחות.

66. בסעיף 24(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966, שאושרה ע"י ישראל ביום 18 באוגוסט 1991 ונכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3 בינואר, 1992, נקבע כי:

כל ילד ירשם מייד לאחר לידתו ויישא שם.

67. החובה לרישום הילד, אם כן, היא תובת הרשות. תובה זו אינה מותנית בשיתוף הפעולה של ההורים.

68. המשפט הבינלאומי קובע, כי יש להסדיר ולשפר את מעמדם של מחוסרי האזרחות. כך בסעיף 27 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות, כתב אמנה 213, מיום 28 אוקטובר 1954 (שנחתמה על ידי ישראל ביום 1 באוקטובר 1954), הוצהר כי:

המדינות המתקשרות יוציאו תעודות זהות לכל מחוסר-אזרחות שבשטחן, ושאינן בידו תעודת נסיעה בעלת תוקף. (הדגשה שלי ע.ל.)

עוד התחייבה המדינה בסעיף 32 לאמנה כי:

המדינות המתקשרות יקלו במידת האפשר, על מיזוגם והתאזרחותם של מחוסרי אזרחות. בייחוד יעשו את כל המאמצים על מנת להחיש את הליכי ההתאזרחות ולהפחית, כמידת האפשר, את ההיטלים וההוצאות הכרוכים בהליכים אלה.

על פי סעיף 12 לאמנה:

מעמדו האישי של מחוסר אזרחות יוסדר על ידי חוק ארץ-מושבו, או אם אין לו מקום-מושבו, על ידי חוק ארץ-מגוריו.

69. בסעיף 1 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות מוגדר מחוסר אזרחות לאמור:

אדם שאינו נחשב לאזרח על-ידי שום מדינה מכוח החוק הנוהג בה.

בהמשך מוגדר על מי לא תחול האמנה. שם בסעיף קטן (3) נקבע כי:

[האמנה לא תחול] על אנשים שלגביהם יש נימוקים רציניים לסבור כי: -

(א) ביצעו פשע נגד השלום, פשע-מלחמה, או פשע נגד האנושות, כפי שהוגדר במסמכים הבין-לאומיים שנערכו לקביעת הוראות לגבי פושעים אלה;

(ב) ביצעו פשע רציני בלתי-מדיני מחוץ לתחומי ארץ מושבם לפני שקיבלו רשות להיכנס אליה;

(ג) הם אשמים במעשים הנוגדים את מטרותיו ועקרונותיו של האו"ם.

האמור לעיל מלמדנו, כי דרושים מעשים העולים בגדר פשעים כנגד האנושות, לשם שלילה מאדם את אשר זכאי לו כל בן אנוש – נתינות.

70. בסירובו למתן מעמד בישראל למערערים פוגע המשיב גם בחירויות הבסיסיות ביותר עליהן התחייבה ישראל להגן כאשר חתמה ואישררה את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות לכליות, חברתיות ותרבותיות, שאושררה ע"י ישראל ביום 3 באוקטובר 1991.

כך בסעיף 6 לאמנה:

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות לעבודה, הכוללת את זכותו של כל אדם להשיג אפשרות להשתכר למחייתו בעבודה שיבחר בה, או יקבלנה, באורח חופשי, והן ינקטו צעדים מתאימים כדי להבטיח זכות זו.

על פי סעיף 9 לאמנה:

מדינות שהן צד לאמנה זו מכירות בזכותו של כל אדם לביטחון סוציאלי.

ובסעיף 12 לאמנה:

מדינות שהן צד באמנה זו מכירות בזכות כל אדם ליהנות מרמת הבריאות הגופנית והנפשית הגבוהה ביותר שאפשר להשיגה.

71. כמו כן, מפר המשיב את התחייבויותיו בהתאם לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (סעיף 63 לעיל).

על פי סעיף 16 לאמנה:

לכל אדם יש הזכות, כי יכירו בו, בכל מקום שהוא, כאישיות בפני החוק.

על פי סעיף 26 לאמנה:

כל בני אנוש שווים בפני החוק וזכאים, בלא כל הפליה, להגנה שווה מטעם החוק. לעניין זה יאסור החוק כל הפליה ויבטיח לכל בני אנוש הגנה שווה ויעילה בפני כל הפליה, במיוחד מטעמי גזע, צבע, מין, לשון, דת, דעה מדינית או דעה אחרת, מוצא לאומי או חברתי, רכוש, ייחוס או מעמד אחר.

כך בסעיף 9(1) לאמנה:

לכל אדם שמורה הזכות לחירות אישית ולביטחון אישי. לא יהיה אדם נתון במעצר או במאסר שרירותיים. לא תשלל חירותו של אדם אלא מטעמים ובהתאם להליכים שנקבעו בחוק.

72. ברוח ההכרה הבינלאומית בזכות לנתינות ובחשיבותה, הוכרה גם בישראל הזכות לנתינות כזכות יסוד. המשיב מתעלם ומפר את התחייבותיו הבינלאומיות וחופן את הצהרות המדינה - שניתנו עת נחתמו האמנות וברוב המקרים אף אושרו ונכנסו לתוקף בישראל - להבטחת ריקות מתוכן.

ד.6. הנפקות לעובדה שהילדים הם "מחוסרי מעמד בעולם כולו"

73. החלטת המשיב ואחריו בית הדין להחיל על הילדים הנאדי, פראס ופראס, ילידי ישראל ומחוסרי מעמד, את חוק הוראת השעה ולהסדיר את שהייתם בישראל ברישיונות שהייה זמניים בישראל מסוג ב/1, ולא מכח מעמד ארעי או קבוע, מנוגדת לדין ולפסיקה.

74. הילדים הנאדי, פארס ופראס, ילידי ישראל, אינם רשומים במרשם האוכלוסין של השטחים. מרכז חייהם היה מאז ומתמיד בירושלים, בה נולדו, בה חוסנו, בה קבלו טיפול רפואי, בה התחנכו, בה מצויים חבריהם, בה מצוי ביתם מזה שנים ארוכות. בגילם נכון להיום, היות ולא מתקיימים הליכים של רישום מאוחר בשטחים, הם אף אינם יכולים לרכוש מעמד בשטחים. קביעה, כי אדם הוא תושב של אזור בו אסור לו לשהות כחוק וכאשר אין לו כל אפשרות לרכוש בו מעמד הינה תמוהה, מוקשית, שגויה ובלתי סבירה.

75. בדומה לעניין עטון, הוסכם בע"מ 1895/09 חמאדה ואח' נ' משרד הפנים (שאוחד בתחילה עם עניין עטון), כי בכפוף לשובה של המשפחה לישראל תקח האשה חלק בהליך איחוד משפחות כאזרחית ירדן, מבלי שיראו בה תושבת שטחים לעניין תחולת החוק וכך אכן היה. כך הוסכם באשר לבני משפחה נוספת ממשפחת עטון, מקרה שהתנהל בהשגה 417/0009. ראו עוד בעת"מ 10-14-32869 חמאדה נ' רשות האוכלוסין (25.12.14)

76. בע"מ 11472/05 ראזם נ' משרד הפנים (הודעת המשיב מיום 6.5.2010, פס"ד מיום 9 למאי 2010) אשר בו נדון עניינו של מערער אשר התגורר בקלנדיה עם משפחתו עד לגיל 18 לערך ושל אחיותיו אשר גם הן היו נערות מעל גיל 14, כאשר עברו מקלנדיה לירושלים, החליט המשיב שלא לראות בהם תושבי שטחים והסדיר את מעמדם של המערערות במעמד של קבע, ואת מעמדו של המערער (אשר כנגדו עמדה אז מניעה פלילית) במתווה בו קיבל ראשית אשרה מסוג ב/1 ולאחר מכן התחייבות למתן מעמד ארעי או מעמד של קבע. בפסק הדין בערר 1011-14 נקבע, כי יש להסדיר את מעמדו של העורר במעמד של קבע.

77. במסגרת עת"מ 702/05 עלי מוגרבי ואח' נ' שר הפנים ואח', הוחלט להעניק לעותר, בגיר, מחוסר מעמד, מעמד ארעי בישראל לשנה כשבסיומה תבחן בחיוב בקשה למתן מעמד של קבע. יצוין, כי נסיבות אותו המקרה היו מורכבות יותר מנסיבות המקרה שלפנינו, הן עקב היעדר תעודת לידה וגרסה ברורה לגבי מקום ושנת הולדתו של העותר, הן עקב בעיות פליליות וביטחוניות, שהופנו כנגדו. העותר קיבל כעבור שנה מעמד של קבע.

78. במסגרת בג"ץ 3276/10, עסילה נ' שר הפנים (3.11.10), בו נדון עניינה של עותרת מחוסרת מעמד אשר התגוררה בשטחי הגדה המערבית עד להיותה בגירה בת 18 וגם לאחר מכן (עת התגוררה עם בעלה הירושלמי תקופה מסויימת מחוץ לירושלים), החליט המשיב להסדיר את מעמדה של העותרת במתווה בו ראשית ניתנה לה אשרה מסוג א/5 לתקופה של שנתיים, ולאחר מכן מעמד של קבע.

79. גם בע"מ 7163/11 טהבוב נ' שר הפנים (27.1.09) ובע"מ 2098/04 זיאד נ' שר הפנים (4.11.05), שעניינם בגירים אשר נולדו מחוץ לישראל והתגוררו בשטחי הגדה מספר שנים, נקבע בעקבות הערות בית המשפט העליון, כי אין לשייך את המערערים לשטחים ועוגן

מתווה להסדרת מעמדם הקבוע. בעניין זיאד, הסדר זה נקבע, חרף ממצא עובדתי לפיו המערער התגורר בשטחים עד לגיל 13, וחרף מעורבותו הפלילית ארוכת השנים. בסופו של דבר קיבל המערער מעמד של קבע ביום 1.3.2012. על עובדות מקרים אלו ועל עמדתו והחלטותיו הראשוניות של המשיב, אשר התקבלו תחילה בבית המשפט לעניינים מינהליים והשתנו לאור הערות בית המשפט העליון – ראו עת"מ 33772-09-10 טהבוב ועת"מ 8657/08 זיאד.

80. בעת"מ 54176-05-11 אלמסרי נ' משרד הפנים (18.1.12), החליט כב' השופט סולברג ליתן לחסרת מעמד בגירה, אשר התגוררה עם משפחתה לאורך שנים בשטחים, והוגדרה על ידי המשיב כתושבת שטחים מעמד של קבע, על שום קשיי התנהלותה מכוח רישיון ביקור - המקבילה להיתרי המת"ק – אותו הרישיון אשר ניתן למערערים.

81. בעת"מ 13072-02-12 סלאימה נ' שר הפנים (5.1.14) נדון עניינו של בנם של תושבי ישראל, חסר מעמד בעולם שנולד בקלנדיה, והתגורר בה שנים ארוכות, כאשר שב לירושלים עם משפחתו רק בהגיעו לגיל 15. במסגרת ההשגה (השגה מס' 357/11) והעתירה, נטען על-ידי המשיב כי מדובר בתושב אזור, שבקשתו הוגשה זמן קצר לפני גיל 18, ולפיכך אין להסדיר את מעמדו. לאחר דיונים בעתירה, הציע כב' השופט, ד"ר י' מרזל, כי מעמדו של העותר שם יוסדר באמצעות מעמד מסוג א/5 לשנתיים, שלאחריו יוסדר מעמדו הקבוע. המשיב החליט לקבל את הצעת בית המשפט הנכבד, ולהסכמה ניתן תוקף של פסק דין.

82. כך, במסגרת עת"מ 702/05 עלי מוגרבי ואח' נ' שר הפנים ואח' (1.6.06), הוחלט להעניק לעותר, בגיר, מחוסר מעמד, מעמד ארעי בישראל לשנה כשבסיומה תבחן בחיוב בקשה למתן מעמד של קבע. נסיבות אותו המקרה היו מורכבות יותר מנסיבות המקרה שלפנינו, הן עקב היעדר תעודת לידה וגרסה ברורה לגבי מקום ושנת הולדתו של העותר והן עקב בעיות פליליות וביטחוניות, שהופנו כנגדו. העותר קיבל מעמד של קבע בתום השנה בה שהה במעמד ארעי.

83. במסגרת עת"מ (י-ם) 1030/06 תמימי נ' שר הפנים ואח', שעניינו חסר מעמד בגיר, אשר נולד ברמאללה, ניתן לעותר מעמד ארעי לשנתיים רצופות, שבסיומן נקבע, כי אם יעמוד העותר בתנאי ההסדר, דחינו מגורים והיעדר מניעת גורמים, יקבל מעמד של קבע. כעת, לאחר עיכובים, ובמסגרת ערר שהוגש לבית הדין לעררים, התקבלה החלטה להסדיר את מעמדו הקבוע של העותר.

84. במסגרת ערר 1820-14 הדאיה חוסייני נ' שר הפנים, ניתן לחסרת מעמד שגדלה בישראל מעמד ארעי. המבקשת באותו עניין נמצאה בישראל בהיותה תינוקת ללא כל מסמכים מזהים, ובלא שהיה ברור היכן נולדה ומי הם הוריה. נכון להיום, מצוי עניינה של המבקשת בהליך משפטי לעניין שדרוג מעמדה למעמד של קבע.

85. בעע"מ 5124/12 מתעב נ' שר הפנים (עדין תלוי ועומד), ניתן רישיון ביקור מסוג ב/1 לחסר מעמד בגיר, אשר בני משפחתו ישראלים. הערעור עדין תלוי ועומד וביום 7.5.15 העיר בית המשפט העליון בהחלטתו, כי בסופו של יום יש לחתור לקראת הסדרת מעמדו הקבוע של המערער.

86. בבג"ץ 1905/03 עפל נ' מ"י-שר הפנים (5.12.10), פסל בית המשפט את החלטת המשיב שלא ליתן לעותרת מעמד, אלא היתר מת"ק בלבד - המקבילה לרישיון הביקור אשר ניתן למערערים. עניין עפל עסק בבת בגירה להורים, אשר שניהם תושבי שטחים, אשר נולדה בשטחים וקיבלה שם מעמד, אך גדלה בישראל. נפסק, כי העותרת תהיה זכאית למעמד ארעי, המעמד המירבי אותו ניתן ליתן באמצעות הוועדה שהוקמה מכת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003. בית המשפט הנכבד ביטל את החלטת הוועדה ההומניטארית והסביר:

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 החחלטה שהתקבלה בעניינה של העותרת 3 תורגת ממתחם הסבירות ודינה להתבטל. (פסקה 17 לפסק דינו של כב' השופט ע' פוגלמן).

- בעניין עכל, הוריה של הילדה, שניהם תושבי שטחים, התגוררו בישראל לאורך שנים באופן בלתי חוקי ועמם ילדיהם.
87. בעת"מ 311/06 מוניר נ' שר הפנים (21.8.08), אשר נזכר קודם, נדון הסדרת מעמדה של ילדה, שעברה מהשטחים להתגורר עם משפחתה בישראל לאחר שנים ארוכות של מגורים בשטחים. היא הגישה בקשתה לאיחוד משפחות בהיותה בת 17 ו-11 חודשים וטרם השבת מעמדה בישראל של האם, אשר נשלל בתקופת מגורי המשפחה בשטחים. בעקבות פסק הדין ניתן לילדה מעמד של קבע בישראל, בלא שראו בה תושבת שטחים, ולמרות מגוריה בשטחים לאורך שנים בעבר. וראו עוד פסק הדין בנוגע לאחיה של העותרת, אשר ולד ונרשם בשטחים – עת"מ 52454-12-10 מורא נ' שר הפנים (15.3.12).
88. בעת"מ 11667-07-12 חרבתאווי נ' שר הפנים (15.7.13), הודיע המשיב על מתן מעמד ארעי לילדיה הבגירים של תושבת ישראל, אזרחי ירדן, ובסיום התקופה ינתן להם מעמד של קבע. המתווה נקבע בעקבות עמדת בית המשפט בדיונים שהתקיימו בעתירה (ראו החלטות מיום 17.3.13 ומיום 28.5.13) ולאחר שבשל הגשת העתירה נדון העניין פעם נוספת בוועדה הבינמישרדית. המעמד ניתן חרף שנות מגוריהם בעבר בשטחים.
89. במסגרת בג"ץ 4253/04 אוקראינטז נגד שר הפנים ואח' (24.2.05) ניתן צו מוחלט בעניינו של מחוסר אזרחות שמוצאו מאוקראינה. באותו מקרה שהה העותר, אדם כבן 65, במשך 6 שנים במשמורת ולא ניתן היה לברר נסיבות הגעתו לישראל. בית המשפט פסק כדלקמן:

בדיון שהתקיים בפנינו הודיעו המשיבים כי מטעמים הומניטריים אין כוונה כיום להוציא את העותר מישראל, ובוודאי שלא יעשו כן כל עוד אין הסכמה מצידו ומצד שלטונות אוקראינה. כן הודיעו כי הם מוכנים לעת הזאת ליתן לעותר מעמד של תושב ארעי ואשרת כניסה מסוג א/5. מעמד זה יוארך כחלוף התקופה בה האשרה בתוקף ומעמד זה יקנה לעותר גם זכויות לפי חוק הביטוח הלאומי. אם יתברר כי מתן הצרכים הבסיסיים הנדרשים לקיומו של העותר מחייב שינוי במעמדו, הדבר ייבדק על פי המצב באותה עת... הצו על-תנאי יהיה, איפוא, מוחלט במובן זה שהעותר לא יורחק מישראל וינתן לו מעמד כאמור.

- לא מן הנמנע לציין, כי לעותר, אוקראינטז, היתה ארץ מוצא, אוקריינה, בה התגורר שנים רבות וכי זיקותיו לישראל היו קלושות ביחס לזיקותיהם של המערערים.
90. ברי כי לא בכדי עוגנו ההסדרים לעיל, גם במקרים של זרים בעלי ארץ מוצא אשר זיקותיהם לכאן פחותות במידה ניכרת מאלה של הנאדי, פראס ופארס. מצב בו אדם חסר מעמד בעולם הינו מצב פסול ומצוי באחריות המדינה בו הוא נמצא. בענייננו ברור לחלוטין, כי למערערים אין מקום אחר בו יוכלו לקבל מעמד – הם נולדו בישראל ומנהלים את מרכז חייהם בירושלים מאז ומתמיד.
91. ויוזכר, כי בהיעדר מעמד ניטלות מן המערערים קשת הזכויות להן זכאי באופן אינהרנטי כל בן אנוש. הם אינם זכאים לחופש תנועה, חופש עיסוק, זכות להיות בעליו של קניין. הם בבחינת בלתי קיימים, אף כי ודאי הינם קיימים. זכותם לפרטיות מופרת כאשר לא ניתן לזהותם, באשר אנשי הבטחון אינם מכירים את דף הנייר שניתן להם, ולא רואים בו אשרת שחייה ועבודה. פראס אינו אוחו אפילו בדף זה. חירותם תלויה על בלימה שכן הם מעוכבים תכופות, כאשר אין מקום חוקי בו יוכלו לשהות זולת ישראל. כבודם נרמס עד עפר.
92. על הכף מונח גורלם של בני אדם צעירים, חסרי מעמד בעולם כולו, אשר נולדו וחיים בישראל, וזיקותיהם נטועות בה. מהמקרים הנ"ל עולה, כי הנחיית בית המשפט למשיב בבואו לבחון האם ילד של תושב ישראל, אשר אינו רשום בשטחים, הינו תושב שטחים,

הינה לבחינה מעמיקה של מכלול הזיקות והנסיבות תוך תשומת לב להשלכות הגורליות הנוודעות לכליאתו של ילד תחת הגדרה זאת, אשר מותירה אותו ללא מעמד וזכויות למשך תקופה בלתי מוגבלת, בהיעדר מעמד אחר בעולם או מקום אחר בו יוכל לרוכשו וכאשר כל משפחתו מצויה בישראל. במקרים בהם הילד נולד בישראל, המגורים בשטחים היו בסמיכות לישראל, מרכז החיים נוהל בישראל ובכלל זה חינוכו של הילד נעשה בישראל ובמיוחד כשעסקינן בחסרי מעמד, לא ראו בתי המשפט בילדים כתושבי שטחים.

ד.7. הנאדי פראס ופארס אינם יכולים לרכוש מעמד בשטחים

93. גם לו היה ניתן לשייך את המערערים חוקית לשטחים תחת ישראל, אין מקום לעשות זאת. הילדים נולדו בישראל. כאן משפחתם. כאן ביתם היחיד בעולם לאורך שנים ארוכות. ואולם, חוסר ההגיון בהתייחסות לילדים כאל תושבי שטחים גובר, עת מדובר במקום בו אין להם מעמד ואין להם זכות או אפשרות לרוכשו.

94. חלוקת הסמכויות בין ישראל לרשות הפלסטינית, נקבעה בהסכם הביניים הישראלי פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, שנחתם בווינגטון ביום 28.9.1995 (כתבי אמנה 1071, כרך 33, בעמ' 215). הסכם הביניים על נספחיו אומץ בחוק יישום הסכם הביניים. על פי ההסכמים, הגוף האחראי על ניהול מרשם האוכלוסין בשטחים הוא המינהל האזרחי. במינהל האזרחי פועלת יחידת "קצין המטה לענייני פנים", האחראית, בין השאר, על רישום אנשים במרשם האוכלוסין במסגרת בקשות שונות. עם פרוץ האינתיפאדה השנייה, הפסיקה ישראל לקבל בקשות חדשות לאיחוד משפחות והקפידה את טיפולן בבקשות שהועברו אליה על-ידי הרשות הפלסטינית. לטענת מדינת ישראל התערבות במצב זה משמעותה, התערבות מדינית-פוליטית.

95. על הקפאת הטיפול מצד ישראל בבקשות לרישום ראו למשל קביעת בית המשפט העליון, בג"ץ 323/04 אבו ז'ח'אן נ' משרד הביטחון ואח' (30.5.05):

נחה דעתי שדין העתירה להידחות. אכן, לפי ההסדר שהתגבש בין ישראל לרשות הפלסטינית, רישיונות הביקור שמנפיקה הרשות כפופים לאישור ישראל (סעיף 11/28) לתוספת הראשונה לספח האזרחי של הסכם הביניים עם הרשות הפלסטינית, כתבי אמנה 1071, כרך 33, 215). עם זאת, אופן יישום ההסכם הוא עניין שבמדיניות הממשלה. החל מספטמבר 2000 הפסיקו המשיבים, כעניין שבמדיניות, לטפל בבקשות לרישיונות המועברות אליהם על ידי הרשות הפלסטינית (השוו: בג"ץ 5957/02 אבו סרחאן ואח' נ' מפקדת חטיבת בנימין (לא פורסם); בג"ץ 2231/03 אלשלאדה ואח' נ' מפקד חטיבת בנימין ואח' (לא פורסם)).

96. על היעדר רישום מאוחר של ילדים של תושבי שטחים מעל גיל 16 והקפאת הטיפול מצד ישראל בבקשות איחוד משפחות בשטחים ראו דו"ח המוקד להגנת הפרט ובצלם: <http://www.hamoked.org.il/items/13000.pdf>

97. לפני מספר שנים הוקצו מכסות בגדרן ניתן היה לקחת חלק בהליך איחוד משפחות בגדה המערבית, בכפוף לעמידה בקריטריונים מסוימים. מאות רבות של פלסטינים אשר רבים מהם התגוררו בעבר באזור לאורך שנים רבות, אך אינם נמצאים בו היום, לא הורשו להימנות על המכסות למתן מעמד, באשר הם לא עמדו בקריטריון השהייה בשטחים. רק מי שמתגוררים בפועל בהווה בשטחים ויש להם בני משפחה מדרגת ראשונה - בן זוג, הורה לילד קטין - שהם תושבי שטחים - הורשו להיכלל במכסות שהוקצו. עתירות רבות המוגשות לבג"ץ לשם איחוד משפחות נדחות על בסיס קריטריונים אלו. המערערים מתגוררים בישראל לאורך שנים, כל זיקותיהם נתונות אליה, הם אינם שוהים בגדה המערבית ואין להם בן משפחה מדרגת ראשונה שהוא תושב שטחים, המתגורר בשטחים, עמו יוכלו להתאחד שם בהליך איחוד משפחות. אין כל סבירות בהגדרת ילדיו של תושב ישראל כתושבי אזור בו הם נטולי מעמד וללא אפילו אישור שהייה כחוק.

ד.8. הורים אכלו בוסר, משרד הפנים הגביה תומותיו - ושיני בנים תקהינה

98. בתוך נימוקי פסק הדין של בית הדין לעררים, ניתן למצוא, כאמור, את הטענה, כי בשל הפניה המאוחרת של אבי המערערים, ילדיו, שהיו כבר מעל גיל 14 בעת הפניה, אך צעירים באופן משמעותי מגיל 14 בעת מעבר המשפחה לירושלים, צריכים, בפועל לשאת באשמה, ולהיות חסרי מעמד.

99. "ערכים של מדינה יהודית, חופשית ודמוקרטית. ערכים אלה יוליכונו היישר אל ימים קדומים של עמנו, וימינו אלה כאותם ימים: לא יאמרו עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה. כל האדם האוכל בוסר שיניו תקהינה." (בג"ץ 2006/97 אבו פארה נ' אלוף פיקוד מרכז, פ"ד נא(2), 651, עמ' 654-655, מתבסס על ירמיהו לא 29, דעת מיעוט כבוד השופט חשין).

100. נסיבותיו הקשות של המערער, התמכרות לסמים ועבירות פליליות אינן במחלוקת. אין גם מחלוקת על כך שאותה עת נהלי רישום ילדים לא פורסמו בציבור, לא כל שכן בערבית, ושהגישה ללשכת רשות האוכלוסין, והנגישות לתנאי הרישום ונהלי הפניה היתה כמעט חסומה. (ראו בג"ץ 4892/99 ג'אבר נ' משרד הפנים (6.6.01); בג"ץ 2783/03 רופא רפול גברא נ' שר הפנים (3.12.03); בג"ץ 176/12 אלבטש נ' רשות האוכלוסין (10.6.13), ע"מ 4014/11 אבו עיד נ' שר הפנים (1.1.14), עת"מ (י-ס) 530/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (5.12.07), עת"מ 727/06 נופל נ' שר הפנים (22.5.11)) אין גם מחלוקת על כך שילדים מתגוררים בישראל משנת 2005 – וקודם למלאת להם 14 שנה. בעת המעבר לישראל היו התאומים בני עשר בלבד ואחותם המערערת 2 היתה בת 12. עמדת בית הדין והמשיב היתה, כי בנוסף לגורל האכזר אליו נולדו, המערערים צריכים לסבול ממחדלי אביהם. בעוד שבכל שיטה משפטית וגם בשיטה המשפטית הישראלית, המדינה צריכה לפעול באופן אקטיבי לחגן על ילדים מפני פגיעה על ידי הוריהם, הרי שכאן המשיב, באישור בית הדין, מסתמך וימנעלי את הפגיעה הזו לצרכי ולצורך צידוק החלטתו הפוגעת בזכויות בסיסיות של הילדים. הדברים קשים וחמורים.

101. הדברים אף מנוגדים לחובות המדינה אותן ניתן להקיש גם מחוק שוויון זכויות לאנשים עם מוגבלות, תשנ"ח-1998, אשר קובע בסעיף 6(א)(2), כי "מימוש זכויות ומתן שירותים לאדם עם מוגבלות ייעשו - ... במסגרת השירותים הניתנים והמיועדים לכלל הציבור, תוך ביצוע ההתאמות הנדרשות בנסיבות העניין...". וכן דברי כבי הנשיא בדימוס ברק, בבג"ץ 7081/93 בוצר נ' מועצה מקומית "מבבים-רעות", פ"ד (נ1) 19, 26. אין מחלוקת כי המערער בעל מוגבלויות של ממש, והחידלון והמחדלים שלו, אסור שישמשו, בנסיבות, כנשק כנגד ילדיו הקטינים. כך במיוחד כאשר המדינה היתה ערה למוגבלות האב, לאשפוזו וכליאתו ולצד זאת לקיומם של ילדים, החיים בישראל ולומדים בה והם נטולי מעמד. שומה היה על רשויות המדינה להתערב במצב דברים זה ולדאוג להסדרת הנושא.

102. לא זו אף זו, המשיב עצמו התמהמה מאוד במתן תשובות לפניות המערערים. בפסק דינו של בית המשפט בעת"מ 700/06 דענא נ' מנהל לשכת מנהל האוכלוסין במזרח ירושלים (7.2.08), בו נבחן עניינה של קטינה מחוסרת מעמד, אשר הייתה באפוטרופסות סביה בשל התמכרות אביה לסמים, קבע בית המשפט כי החלטת המשיב ליתן לקטינה מעמד של א/5 לשנתיים, לאחריו יבחן המשך מעמדה, איננה סבירה, בין היתר לאור הזמן הרב שחלף מאז הגישו העותרים את הבקשה – ודרך החתחתים שנאלצו לעבור, עד למתן החלטת המשיב – כשלוש שנים לאחר הגשת הבקשה. בחלטתה ציינה השופטת כי "אין מדובר בעניין טכני ופורמלי חסר חשיבות", והדגישה את חתנהלותו הלקויה של המשיב בטיפול בבקשה. דברי בית המשפט יפים ביותר גם לעניינם של העותרים, אשר נאלצו להמתין להחלטות המשיב במשך פרק זמן העולה על שנתיים, זאת בנוסף לפרק הזמן טרם הגשת הבקשה, במהלכן הוכח מרכז חיים בישראל. וראו עוד עת"מ 11-04-22556 ערפאת נ' שר הפנים (7.12.11).

103. בעע"מ 4014/11 אבו עיד נ' שר הפנים (1.1.14), הוחלט על שדרוג מעמדו של מי שכלל לא התגורר בישראל בעת הגשת הבקשה ובשנים שלאחר מכן, בשל עיכובים שחלו לאחר הגשתה. זאת, בין היתר, בהתחשב בקושי בנגישות ללשכה והיעדרם של נהלים אותה עת.

104. ונזכיר את התנאים הפיזיים והנגישות הנמוכה עד בלתי אפשרית ללשכת המשיב בירושלים המזרחית בשנים הרלבנטיות, כפי שהיא משתקפת, למשל, מבג"ץ 4892/99 ג'אבר נ' משרד הפנים (6.6.01); בג"ץ 2783/03 רופא רפול גברא נ' שר הפנים (3.12.03); בג"ץ 176/12 אלבטש נ' רשות האוכלוסין (10.6.13). בעת"מ (י-ס) 411/05 חלדה נ' שר הפנים, עמד בית המשפט על הכשלים העמוקים, אשר אופפים את התנהלותו הממוסדת של המשיב. הדברים העצובים יפים לענייננו:

לא יעברו שנים רבות ונשפסף את עינינו סביב השאלה איך השלמנו עם מה שברור כבר עתה. הערמת המכשולים הבירוקרטים היא דרך נוספת לומר את מה שברור מאליה והוא שבקשות אלה אינן רצויות למשיב. לא ניתן שלא לתמוה בכמה "כלפי חוץ" בירוקרטי ובכמה "טיעונים" לגליסטיים אנו מוכנים להתעטף ואלו להטיים מינהליים ניתן לעשות – כדי למנוע טיפול ענייני בבקשות מסוג זה – החל מהתור הפיזי מול הלשכות וכלה במסמכים אותם יש להערים אצל המשיב. (שם בפסקה 4)

105. בתקופה בה עסקינן, לא פורסמו נהלי המשיב (האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (5.12.07)), מדיניותו בנוגע לילדים השתנתה תדיר וממילא לא היו בנמצא נהלים הנוגעים להסדרת מעמד של ילדי התושבים, לא כל שכן, לא היה פרסום לנהלי הפנייה הבלתי קיימים שלא תורגמו לערבית (עד היום לא מתורגם הנוהל לערבית). על כך ראו עת"מ 727/06 נופל נ' שר הפנים (22.5.11), אשר רק במסגרתו גובשו לראשונה נהלים, שמספרם היום 5.2.0029 ו-5.2.0030. הנה כי כן, גם הורים רבים שלא סבלו מהתמכרות קשה לסמים ולא היו מאושפזים חלקים נרחבים מן הזמן, לא ידעו כיצד עליהם לנהוג לשם מימוש זכותם להשוואת מעמד ילדיהם הקטינים למעמד שלהם. מקל וחומר שבמצב דברים זה קשה היה לאדם במצבו של המערער האב להתמודד עם כאוס הבירוקרטיה המשתנה, המכבידה והעמומה – אשר דבר לא נעשה על מנת להגשימה לציבור.

ד.9. הפגיעה בזכויות יסוד: הפגיעה הקשה בזכות לחיי משפחה ובטובתם של הורים וילדים

106. הזכויות הנפגעות הן זכויות חוקתיות.

107. קבלת עמדת בית הדין והמשיב פוגעת בזכותם של המערערים לקיים תא משפחתי – באשר על שלושה מילדי נגזר לחיות ללא זכויות בסיסיות. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. זכות זו הוכרה כזכות חוקתית בבג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.06). וראו עוד בג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים (11.1.12).

108. יפים לעניין זה דברים של הנשיא (בדימו') אי ברק בפסק דינו בעניין עדאלה:

אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פי שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב' 219 (תשמ"ט-1989)). "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית נ' ההורים הביולוגיים (טרם פורסם, פסקה 46)). כדברי חברתי השופטת אי פרוקצ'יה: "עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר. כל ניתוק ילד מהורה הוא פגיעה בזכות טבעית" (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894- (889). (ההדגשה שלי – ע.ל.). (שם, פסקה 26)

109. כן קבע הנשיא ברק, בפסקאות 27-28 לפסק דינו:

הזכות לחיי המשפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים. זו זכותו של בן הזוג הישראלי לקיים את חיי משפחתו בישראל. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לבן הזוג הישראלי לחיות חיי משפחה בישראל עם בן הזוג הזר. בכך נכפית עליו הבחירה בין הגירה מתוך לישראל לבין ניתוק מבן זוגו...

הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו... (ההדגשות שלי-ע.ל.)

110. 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. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו לסירוב לבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה רק במקרים בהם מתקיימת הצדקה מלאה לכך. קבלת עמדת בית הדין והמשיב פוגעת אנושות בבני משפחת המערערים.

111. לא נראה כי המשיב, ובעקבותיו בית הדין לעררים נתן משקל כלשהו לזכות החוקתית לחיי משפחה, כפי שהוכרה בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים (14.5.06), והצורך להגן עליה ככל הניתן מפני פגיעה, כפי שגם הודגש לאחר מכן בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.10), על הרשות מוטלת חובה לבסס את כוונתה לפגוע בזכות לחיי משפחה על טעמים בעלי עוצמה.

ד.10. העדר מידתיות ולפיכך סבירות

112. בית המשפט בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' קבע זה מכבר, כי לפי עקרון המידתיות במשפט המינהלי:

החלטה של רשות מינהלית היא כדין רק אם האמצעי השלטוני אשר ננקט, לשם הגשמתה של התכלית השלטונית, הוא במידה ראויה.

עוד שרטט בית המשפט בפסק דינו את מבחני המידתיות שעל רשות מינהלית להחיל בבואה ליתן את החלטותיה:

מבחן המשנה הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר הרשות המינהלית מבקשת להשיגה. האמצעי שבו נקט המינהל צריך להוביל באופן ראציונלי להגשמתה של המטרה. זהו מבחן האמצעי המתאים או האמצעי הראציונלי. מבחן המשנה השני קובע כי האמצעי אשר הרשות המינהלית נוקטת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. מבין מגוון האמצעים שניתן לנקוט בהם להגשמת המטרה, יש לנקוט באותו אמצעי שפגיעתו פחותה. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. מבחן המשנה השלישי קובע, כי הנזק שנגרם לפרט מהאמצעי שהרשות המינהלית נוקטת בו להגשמת מטרתה צריך להיות ביחס ראוי לתועלת שאמצעי זה יביא.

וראו גם בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים.

113. על פי מבחן המשנה הראשון, כלל לא ברור מהי התכלית לשמה מתיימר המשיב לפעול בבואו להחיל על הילדים, מחוסרי מעמד בעולם, את חוק הוראת השעה שכל תכליתו היא תכלית בטחונית. שמירה על ביטחון המדינה - הינה ראויה, אך אין כל קשר ראציונלי בין החלטת המשיב - סירוב להסדרת מעמדם הקבוע והיציב של ילדי משפחת סלאחאת

בישראל, לבין השגת התכלית הביטחונית. והרי, הילדים שוחים בישראל גם לשיטתו, לכל הפחות משנת 2005, טרם הגיעם לגיל 14, מבלי שהועלתה כנגדם טענה בטחונית. (הבן פארס הסתבך בפלילים ביותר קטין. ראו השוו פרשות זיאד מוגרבי וראזם). הותרתם של הילדים בישראל במעין הסדר ביניים נצחי כמבקרים – אשר מנוגד הן לנהלי המשיב והן למסגרת החוקית והמשפטית כפי שפורטה לעיל, בנסיבות דנו, אין לה דבר וחצי דבר עם תכליתו של החוק, והיא אינה עומדת בגדרי מבחן המשנה הראשון של המדדיות, כפי שקבע בית המשפט.

114. תחולה זו אף אינה עומדת בהנחיות הפסיקה לפרש את החוק באופן גמיש ומרחיב, במיוחד ככל שהוא חל על ילדים. ראו בג"ץ 466/07 גלאון ואח' נ' שר הפנים (11.1.12), עת"מ (י-ם) 8386/08 ערב אל סווחדה נ' שר הפנים (14.12.09), עת"מ (י-ם) 771/06 אבו גווילה נ' שר הפנים (7.8.07), עת"מ 311/06 מוניר נ' שר הפנים (21.8.2008), עת"מ (י-ם) 52454-12-10 מוראר נ' שר הפנים (15.3.12), עת"מ (י-ם) 1238/04 ג'ובראן נ' שר הפנים (19.8.09), עת"מ (י-ם) 600/06 אבו רמוז נ' שר הפנים (28.10.07).

115. על פי מבחן המשנה השני, על הרשות לבחור באמצעי שיפגע בפרט במידה הפחותה ביותר. מהחלטת המשיב, לא עולה, כי נשקלה כלל המסגרת המנהלית והמשפטית, המחייבת את המשיב להסדיר את מעמד הילדים במעמד קבוע בישראל. למעשה, לו היה המשיב פועל בהתאם לדין המחייב, ובפרט אחר נהליו שלו, היו הילדים נרשמים בישראל במעמד קבוע, ולמצער, במעמד ארעי, שאחריו היה ניתן להם מעמד הקבע, באופן בו הפגיעה בהם הייתה פחותה. זאת לא נעשה. ודאי, וכפי שהוצע, שניתן למצוא אמצעי שפגיעתו בילדים ובאביהם תושב ישראל, פחותה.

116. החלטת המשיב אינה עומדת גם במבחן המשנה השלישי - מבחן המידתיות במובן הצר, באשר אין כל יחס ראוי בין הנזק הרב שנגרם למערער ולילדיו, הפגיעה וההשפלה לבין התכלית הביטחונית של חוק הוראת השעה. ההנחה שילדים של תושב ישראל, שנולדו בישראל, התגוררו בעבר על גבול ישראל, תוך ניתוח מרכזי חייהם בירושלים, הם חיים בישראל מגיל 10 ו-12, והם אינם בעלי מעמד בשטחים, מהווים סיכון ביטחוני כה רב עד שיש להטיל מניעה גורפת ולו על בחינת האפשרות לשדרג מעמדם על יסוד בחינה אינדיבידואלית הינה משפילה, מורחבת ופוגענית, באופן אשר אינו הולם את תכלית החוק וודאי אינו מתחייב ממנה.

117. עולה מפסק דינו של בית הדין לעררים, שהוא לא התייחס לעניין המידתיות, שהוא כשלעצמו, ובמכלול הדברים, מעביר את החלטת המשיב מעבר לסף הסבירות ומחייב את שינויה.

ה. סיכום

118. החלטת המשיב, שאושרה על ידי בית הדין הנכבד, מותירה את המערערים הנאדי, פראס ופארס, תושבי ירושלים דה-פקטו, חסרי מעמד בעולם. מדובר בהחלטה אכזרית, שאינה סבירה, אינה מידתית ואין לה צידוק לא בדיון ולא על פי צו האנושיות.

119. שיוכו של אדם למדינה כלשהי, כבעל נתינות בה, הינה חלק מרכזי מזהותו של האדם, מהגדרתו העצמית, המשפחתית והחברתית. היא מקור לביטחון חברתי, כלכלי ופסיכולוגי. היא אבן הבניין של החברה ומשענת של שייכות לפרט, היא חוויות היסוד של האדם, המשקפת את שייכותו לעולם המודרני. הן הזכות לנתינות והן הזכות לחיי משפחה הן זכויות מוגנות בעלות מעמד מיוחד, הן במשפט החוקתי הישראלי והן במשפט הבינלאומי של זכויות אדם.

120. הוראות הדין אינן הוראות שרירותיות. תכליתן למנוע סיכון ביטחוני ממי שעבר לישראל מהשטחים לאחר גיל 14 לעומת ילדים שחיים בישראל מגיל רך ולפני הגיעם לגיל 14, אשר אינם מסוכנים - ודאי לא באופן המחייב מניעה גורפת מבחינת הסדרת מעמדם. התנאים ליישום הוראת החוק, לפחות במוצהר, נועדו להגשים את התכלית הבטחונית ולא למנוע

הסדרת מעמדם של ילדים שעברו לישראל בגיל רך ולא נרשמו בשל מצוקה משפחתית. ולא ליצור פער פסול ונטול פשר בין מעמדם של ילדים שנולדו וגדלו בישראל למעמד הוריהם ואחיהם.

121. המערערים מבקשים, כי בית המשפט הנכבד יורה למשיב ליתן לילדים מעמד של א/5 לשנתיים, לאחריהן יבחן שדרוג מעמדם למעמד של קבע.
122. אשר על כן, בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את הערעור. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בתשלום שכר טרחת עורכי-דין והוצאות משפט.



עדי לוסטיגמן, עו"ד
מ.ר. 29189
ב"כ המערערים

ירושלים, היום 8.8.16