

בעניין:

1. _____ קנאם
דרכון ירדני _____, קטין, באמצעות אביו, העותר 2
2. _____ קנאם
ת.ז. _____, מ.פ. אל ערוב, חברון
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.**
ע"י ב"כ עוה"ד גיל גן-מור (מ.ר. 37962) ו/או יוסי וולפסון
(מ.ר. 26174) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174) ו/או
סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר. 37665)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב והמורה לו לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא ייתן לעותר 1 רישיון ביקור לגדה המערבית על מנת שיוכל להירשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני.

ב. מדוע לא יכבד את רישומו של העותר 1 במרשם על ידי הרשות הפלסטינית לפי סעיף 28(12) לנספח השלישי בהסכם הביניים.

העותר 1 (להלן – **העותר**) הוא בנו של העותר 2, תושב רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני. כבנו של פלסטיני היה העותר זכאי להירשם במרשם האוכלוסין בטרם הגיעו לגיל 16 באופן אוטומטי, על פי דין הדם החל בגדה המערבית. דא עקא, המשיב התנה את רישומו של העותר בנוכחותו בגדה המערבית, אולם באותה עת מנע את כניסתו לגדה המערבית במסגרת מדיניות ההקפאה של הטיפול בבקשות לרישיונות ביקור, מדיניות שבה נקט מייד עם פרוץ האינתיפאדה השנייה.

ביום 6.9.05, לאחר חודשים ארוכים של התכתבויות ומספר עתירות שהגיש המוקד להגנת הפרט, שונתה המדיניות. המשיב החליט כי יאפשר לילדים עד גיל 16 להיכנס לגדה המערבית ברישיון ביקור ולהירשם במרשם, וזו המדיניות הנוהגת גם כיום.

לעותר הגיעה בשורת שינוי המדיניות באיחור. מספר ימים קודם לכן, ביום 13.8.05, מלאו לו 16 שנים. בקשתו שיתחשבו בנסיבות העניין נדחו על הסף. כתוצאה מכך נגרמת לעותר ולמשפחתו פגיעה בלתי הפיכה. מכאן העתירה.

התשתית העובדתית

הצדדים

1. העותר 2 הוא פלסטיני, תושב רשום במרשם האוכלוסין של השטחים. בשנת 1987 התחתן העותר 2 עם פלסטינית תושבת ירדן. לבני הזוג נולדו שבעה ילדים, העותר הוא הבכור. בני המשפחה מתגוררים בירדן.

העתק תעודת הלידה של העותר מצורף ומסומן ע/1.

העתק צילום דרכונו של העותר מצורף ומסומן ע/2.

2. העותר נולד, כאמור, ביום 13.8.89 בירדן. לפי הדין שחל באזור עד שנת 1995, לא ניתן היה לרשום את העותר במרשם האוכלוסין, שכן אמו אינה תושבת האזור. סעיף 11א לצו בדבר תעודות זהות ומרשם אוכלוסין (יהודה והשומרון), התשכ"ט-1969, קבע כי ילד שנולד מחוץ לאזור יכול היה להירשם רק אם אמו הייתה תושבת. המצב המשפטי השתנה בעקבות מנשר 7 בדבר יישום הסכם הביניים, אשר קבע כי הזכאות להירשם נתונה לכל ילד של כל תושב, ללא קשר לנתינות ההורה האחר, למגדר של ההורה התושב או למקום הלידה.

3. בשנת 1995 היה העותר בן שש. עד הגיעו לגיל 11 לא רשם אותו אביו במרשם. מובן כי אביו לא יכול היה לצפות שלא ניתן יהיה לקבל רישיונות ביקור נוספים במשך חמש שנים.

4. העותרת 3 (להלן – **המוקד להגנת הפרט או המוקד**) היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם בשטחים.

5. המשיב מחזיק בשטח הגדה המערבית בתפיסה לוחמתית מטעם מדינת ישראל. המשיב הוא בעל הסמכות להעניק רישיונות ביקור לגדה המערבית. המשיב אף מתנה, בניגוד לדין, את רישומם במרשם של ילדים, אשר אחד מהוריהם הוא פלסטיני הרשום במרשם בשטחים, בכך שיהיו נוכחים בגדה בזמן הרישום. המשיב הוא גם המוציא לפועל של מדיניות ההקפאה של ישראל בכל הנוגע למתן רישיונות ביקור לגדה המערבית.

מדיניות ההקפאה, השפעתה על נושא רישום הילדים ושינוי המדיניות

הקפאת מתן רישיונות ביקור לגדה

6. כאמור, המשיב הוא בעל הסמכות על פי הדין החל בשטחים בכל הנוגע למתן רישיונות ביקור לגדה. מזה קרוב לחמש שנים, עקב האינתיפאדה, מקפיא המשיב לחלוטין את כל ההליכים הנוגעים להוצאת רישיונות ביקור בשטחים לזרים. מדיניות הקפאה מעולם לא עוגנה בצורה מפורשת בחוק או תקנה כלשהם והיא בגדר הנחיה מינהלית בלבד.

7. חשוב להדגיש כי מדיניות ההקפאה באה לידי ביטוי בשטח בכך שלא ניתן, ככלל, להגיש בקשות לרשיונות ביקור באמצעות מינהלת התיאום והקישור (המת"ק). הסירוב לבקשות לרשיונות ביקור הוא גורף, ללא בחינת הנסיבות המיוחדות של כל בקשה ובקשה. הבקשה נדחית כבר בשלב הגשתה. אף שהצבא טוען כי בקשות הומניטריות מיוחדות יטופלו, בפועל הוצאו רק רשיונות ביקור ספורים, ולרוב, לאחר התערבות משפטית ולמי שיוצג על ידי עו"ד. (יצוין כי לאחרונה הוחלט לתת רשיונות ביקור למשקיעים זרים ולבני זוג ממדינות מסוימות, שאינן ערביות, אולם כפי שנמסר למוקד מדובר במעט מעל 300 רשיונות בסך הכול).

8. ביום 21.2.05 כתב המוקד מכתב בעניין ובו בקשה לחידוש מתן רשיונות ביקור. בין השאר נכתב כך:

רשות מינהלית איננה רשאית להתנער מסמכויותיה ולהימנע מלהפעילן. כשם שרשות מקומית אינה רשאית לסגור בתי-ספר בשל סכסוך עם השלטון המרכזי, כך אין רשות מינהלית אחת (במקרה זה: הממשל הצבאי הישראלי) יכולה להתנער מסמכויותיה בשל סכסוך עם רשות מינהלית אחרת (מוסדות הרשות הפלסטינית). רשות מינהלית איננה רשאית לנהל "שביתה", לא כנגד האוכלוסייה ולא כנגד רשות אחרת שהיא חולקת עמה את סמכויותיה.

...

התמשכות מדיניות ההקפאה מחריפה את תוצאותיה המסוכנות ומגבירה את אי-החוקיות הגלומה בה. אין סגירת מעבר הגבול לימים ספורים במהלך פעולות לחימה כסגירתנו משך חודשים ושנים. הכמות הופכת לאיכות. פרידות קצרות הופכות למציאות של הרס משפחות. דלדול המגע החברתי בין קרובים מתפתח לנתק ולזרות. סבל זמני של הילדים הופך לחיים של חסך שהשפעתם ארוכת הטווח קשה. המצוקות ההומניטריות מתרבות ומחריפות.

העתק המכתב מיום 21.2.05 מצורף ומסומן ע/3.

החוק החל בשטחים לעניין רישום ילדים במרשם האוכלוסין

9. כאמור, סמכויות רישום הילדים בשטח הגדה נקבעו במנשר צבאי (מס' 7), אשר החיל את הוראות הסכם הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית. ההסכם העביר את האחריות הבלעדית על רישום ילדים מתחת לגיל 16 לידי הפלסטינים, בין שנולדו בחו"ל ובין שנולדו בשטחים, ללא צורך באישור מוקדם מהצד הישראלי. וזו לשון סעיף 28(12) לנספח השלישי של הסכם הביניים:

The Palestinian side shall have the right to register in the population registry all persons who were born abroad or in the Gaza Strip and West Bank, if under the age of sixteen years and

either of their parents is a resident of the Gaza Strip and West Bank.

10. לאחר גיל 16 חל סעיף 28(11), אשר מאפשר לרשות הפלסטינית לרשום ולהעניק מעמד קבע לבנים של תושבים במסגרת איחוד משפחות (או "רישום מאוחר"), אך בכפוף לאישור מוקדם של הצד הישראלי. אפשרות זו צומצמה מאוד, באופן חד צדדי, על ידי הצד הישראלי עוד לפני האינתיפאדה, ובשנים האחרונות הוקפאה לגמרי ולמעשה – היא אינה קיימת.

להרחבה ר' בעניין זה דו"ח בצלם והמוקד להגנת הפרט: "משפחות שסועות", עמ' 83-87.
<http://www.hamoked.org.il/items/10700.pdf>

11. הסכם הביניים לא קבע את סדרי הרישום, וממילא משהועברה הסמכות באופן בלעדי לרשות הפלסטינית ניתן היה לצפות כי היא תהיה זו שמכריעה בדבר סדרי הרישום. אולם, בשליטתה על המרשם הממוחשב, ותוך ניצול העובדה כי תיעוד אשר לא מכובד על ישראל הינו חסר ערך, המשיכה ישראל הלכה למעשה לשלוט במרשם וכפתה על הצד הפלסטיני את התנאי האמור, לפיו בקשות לרישום ילדים יכובדו על ידי ישראל רק כאשר המבקש נוכח פיזית בגדה.

השלכותיה של מדיניות ההקפאה המתמשכת על ילדים פלסטינים השוהים בחו"ל

12. הימשכותה של ההקפאה יצרה מצב בלתי נסבל לפיו ילדים, הזכאים להירשם במרשם הפלסטיני, לא יכלו לעשות זאת. כאמור, דורש המשיב כי המבקש יהיה נוכח פיזית בגדה כתנאי לרישום. המשיב אינו מכבד כל רישום אחר ועל כן הרשות הפלסטינית אינה יכולה לרשום ילדים של תושבים בעודם בחו"ל. יחד עם זאת מקפיא המשיב את רשיונות הביקור תקופה כה ממושכת. התוצאה הייתה אבסורדית: מחד, ילד אשר טרם נרשם במרשם נחשב "זר" ועל כן לא יכול לקבל רישיון ביקור. מאידך, על מנת להירשם עליו לקבל רישיון ביקור. באופן זה סיכל המשיב את רישומם של ילדים רבים (יוצאי דופן הם ילדים בני פחות מחמש, אשר יכולים להיכנס לגדה המערבית כנלווים להוריהם ואינם זקוקים לרישיון ביקור).

13. ככל שנמשכה מדיניות ההקפאה הצטרפו עוד ועוד ילדים למעגל הילדים אשר אינם יכולים להירשם ולבקר בגדה. ילדים רבים, אשר גילם היה בסביבות גיל 16, הועמדו במצב בו מימוש זכותם להירשם במרשם מוטל בספק. ילדים אלו היו בני 11 כשהחלה ההקפאה והוריהם לא יכלו לשער כי יגיעו לגיל 16 מבלי שיירשמו במרשם. חלקם של אותם ילדים הצליחו, כפי שיתואר בהמשך, להירשם ברגע האחרון, אולם חלקם עברו את גיל 16 מבלי שנרשמו. עם קבוצה זו נמנה העותר.

14. ההשלכות של ההקפאה הממושכת על מתן רשיונות ביקור הן קשות ורבות: בני זוג נאלצים לחיות בנפרד זה מזה, ילדים בנפרד מהוריהם, בני משפחה ומכרים אינם יכולים לבקר. יחד עם זאת, דומה כי עניין הרישום נושא בחובו את ההשלכות הקשות ביותר, שכן הוא מהווה גירוש בפועל של הילד ובני משפחתו מהגדה המערבית. משפחה שילדיה לא יכולים להירשם

במרשם לא תוכל לחזור לגדה, חרף רצונה. בהעדר סיבות ביטחוניות, עולה חשש, כי מניעים זרים עומדים מאחורי מדיניות זו.

15. על הטעמים הזרים שעומדים בבסיס המדיניות ניתן ללמוד ממקרה אחר שהגיע לטיפול המוקד. באותו עניין, בשנת 2003, הסכים המשיב, באופן יוצא דופן, להתיר כניסתו של ילד בן 8, שהתייתם מאמו, לביקור בגדה, אולם התנה זאת בכך שלא יירשם במרשם. ברור כי השיקולים הביטחוניים העומדים, לטענת המשיב, בבסיס ההקפאה הממושכת על מתן רשיונות ביקור, אינם יכולים להסביר מדוע ילד שכבר קיבל רישיון ביקור, ואין ספק כי הוא בנו של פלסטיני הרשום במרשם, אינו יכול להירשם כדין במרשם הפלסטיני.

העתק מרישיון הביקור, ובו ההתניה האמורה, מצורף ומסומן ע/4.

פניות המוקד להגנת הפרט למשיב במקרים דומים

16. לקראת סוף שנת 2004 החלו להגיע למוקד, טיפין טיפין, בקשות של פלסטינים המצויים בחו"ל, ואינם יכולים להיכנס לגדה עם ילדיהם ולרושם במרשם, עקב מדיניות הקפאה. עם הירידה ברמת האלימות ובמספר פיגועי הטרור, קיוו אותם פונים, כי יחול שינוי במדיניות ההקפאה הממושכת והפוגענית.

17. ביום 4.10.04 פנה המוקד ליועמ"ש המשיב ולראש מחלקת הדין הבינלאומי בפרקליטות הצבאית בבקשה לאפשר לילד, בן לאב פלסטיני, המתגורר בוונצואלה, להיכנס לגדה המערבית ולהירשם במרשם או לחלופין, להכיר ברישום שנעשה ללא נוכחותו של הילד.

העתק המכתב מיום 4.10.04 מצורף ומסומן ע/5.

18. במהלך החודש שלאחר מכן פנה המוקד לרשויות בשלוש בקשות דומות נוספות. ביום 24.11.04 השיב לכל הפניות הללו סרן מיכאל קוטליק בשם יועמ"ש המשיב, כדלקמן:

בפניותיך שבסמך העלית בעיה עקרונית של מתן היתרי כניסה לאיו"ש לילדים בגילאים 6-16 של תושבי האזור, כאשר הילדים הללו אינם רשומים כתושבי האזור. בעת זו נערכת עבודה על ידי גורמים שונים בצה"ל, אשר מטרתה לתת פתרון לבעיה אותה תיארת במכתבך שבסמך. עד למציאת הפתרון הכולל לבעיה אותה תיארת, פועל הח"מ על מנת לנסות להסדיר את עניינם של הילדים המוזכרים בפניותיך באופן פרטני.

ואכן, שתיים מארבע הפניות טופלו בהמשך וניתנו בהן רשיונות ביקור.

העתק המכתב מיום 24.11.04 מצורף ומסומן ע/6.

19. שתי הפניות האחרות לא טופלו מסיבות בלתי מובנות. אחת הפניות שלא טופלה היא הפנייה בגינה נשלח המכתב המוזכר לעיל (ע/5), בעניין בנו של מר _____ אבו-שמה, אשר עמד להגיע

לגיל 16 ביום 1.7.05 (תשעה חודשים לאחר הפנייה). עד יום 8.5.05 טרם החליט המשיב בבקשה ועל כן הוגשה עתירה לבית משפט נכבד זה (בג"צ 4416/05 אבו-שמה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית). רק בעקבות העתירה והבקשה לדיון דחוף ניאות המשיב לאשר את הבקשה ולהנפיק את רשיונות הביקור.

20. באותה עתירה נתבקש גם סעד כללי, שעניינו הסירוב הגורף לכניסתם של ילדים בגילאים 5-16, המבקשים להיכנס לגדה המערבית ולהירשם במרשם. במסגרת המגעים בין הצדדים בעניין הסעד הכללי, שלח ביום 26.5.05 הח"מ מכתב לב"כ המשיב ובו פירוט דרישות המוקד בנוגע לרישום הילדים. בין היתר נטען, כי על רשיונות הביקור לצורך רישום להינתן תוך שמירה על עקרונות של שוויוניות ושקיפות, ולא רק למי שמצליח להסתייע בעורך דין ומקבל אישור מראש לבקשתו מיועמ"ש המשיב. לאור זאת נתבקש המשיב להורות למת"קים לקבל מהפלסטינים בקשות לרשיונות ביקור לצורך רישום של ילדים, ולפרסם את הנוהל להגשת הבקשות. לחלופין נתבקש המשיב לשקול מחדש את התניית הרישום בנוכחות הפיזית של המבקש בגדה. ביום 12.7.05 נשלח מכתב נוסף לב"כ המשיב, ובו התבקש המשיב להודיע כי מי שעבר בינתיים את גיל 16, ולא נרשם עקב ההקפאה, יוכל להיכנס לגדה ולהירשם במרשם.

העתק המכתב מיום 26.5.05 מצורף ומסומן ע/7.

העתק המכתב מיום 12.7.05 מצורף ומסומן ע/8.

21. המקרה המוזכר לעיל לא היה המקרה היחיד בו הוגשה עתירה דחופה בטרם ימלאו לילד 16 שנים וזכאותו להירשם במרשם תסוכל. ביום 6.6.05 הוגשה עתירה נוספת לבית משפט נכבד זה, שעניינה כניסתו ורישומו של ילד פלסטיני אחר, שעמד להגיע לגיל 16 ביום 9.6.05 (בג"צ 5446/05 ערער נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית). לאחר שנקבע דיון דחוף בעתירה, הודיעה ב"כ המשיב כי אם יגיש העותר בקשה במת"ק, הבקשה תטופל ורישיון הביקור לצורך הרישום יינתן גם לאחר גיל זה. הבקשה אכן הוגשה וניתנו רשיונות הביקור. הילדים רשומים היום במרשם האוכלוסין, לרבות הנער שעבר בינתיים (עובר לרישומו) את גיל 16.

22. ביום 11.7.05 שוב נאלץ המוקד להגיש עתירה דחופה לבית משפט נכבד זה, בעניינו של ילד שעמד להגיע לגיל 16 ביום 14.7.05 (בג"צ 6701/05 תלאיקה נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית). עקב הגשת העתירה הודיעה ב"כ המשיב כי המשיב מאשר את כניסתו של העותר לגדה לצורך רישומו, ובלבד שייכנס ויירשם ביום המחרת, יום אחד לפני יום ההולדת עצמו. המשיב סירב לבקשת המוקד להמשיך ולטפל בבקשה גם לאחר שיעבור העותר את גיל 16 וב"כ המשיב מסר כי הצבא מתחרט על כך שאישר במקרים דומים בעבר להמשיך ולטפל בבקשה לאחר גיל 16 (כמו, למשל, עניין ערער, המוזכר לעיל). המשיב אף סירב להכיר ברישום שיעשה ביום ההולדת עצמו, בטענה כי על הרישום להתבצע "לפני" גיל 16.

23. ביום המחרת, יום 13.7.05, פעלו העותרים, בעל כורחם, בדיוק כפי שנתבקשו. עוד באותו בוקר הוגשה בקשה במת"ק והעותרים הגיעו לגשר אלנבי בשעות הצהריים המוקדמות במטרה להיכנס לגדה ולהירשם עוד באותו יום. חרף התחייבות המשיב יום קודם לכן, הערימו גורמי המינהל האזרחי עוד ועוד קשיים אשר סיכלו בסופו של יום את כניסת העותר

לגדה. באותו ערב שלח המוקד מכתב מפורט על אירועי אותו היום, ממנו יצאו מתוסכלים העותרים וב"כ המשיב כאחד. בין השאר נטען, כי מקרים דחופים אלו היו צפויים, לאור התמהמהותם של המשיב והגורמים המקצועיים בקבלת החלטות, לרבות ההחלטה להמשיך ולטפל בכל בקשה שהוגשה מבעוד זמן. לאור זאת, נכתב, אין להלין רק על העותרים, אשר לאחר חמש שנות הקפאה, מנסים להציל את ילדיהם, ברגע האחרון, מפני איבוד הזכאות להירשם במרשם.

העתק המכתב מיום 13.7.05 מצורף ומסומן ע/9.

24. לאור המכתב מיום 13.7.05, הודיע ב"כ המשיב ביום 14.7.05 כי העותר באותה עתירה יוכל להיכנס ולהירשם גם אם יעבור את גיל 16, וזאת עקב ההתחייבות שכבר ניתנה, ובכפוף להמצאת מסמך מסוים. העותר אכן נכנס לגדה ונרשם לאחר גיל 16.

העתק המכתב מיום 14.7.05 מצורף ומסומן ע/10.

25. בבג"צ 7425/05 שויכי נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית ובבג"צ 6700/05 עביד נ' מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית, שב והתחייב המשיב לטפל בבקשות של ילדים גם לאחר שימלאו להם 16 שנים.

העתקי ההתחייבויות בשתי עתירות אלו מצורפים ומסומנים ע/11 ו-ע/12.

שינוי המדיניות

26. ביום 6.9.05 הודיע המשיב למוקד להגנת הפרט כי החליט לשנות את מדיניותו בסוגיית רישום הילדים ולחדש את הטיפול בבקשות לרישיונות ביקור עבר ילדים אשר טרם עברו את גיל 16.

העתק המכתב מיום 6.9.05 מצורף ומסומן ע/13.

27. לאור זאת הנחה המשיב את משרדי הקישור הישראליים לקבל, ללא צורך באישור מוקדם, בקשות לרישיונות ביקור לילדים. משרדי הקישור הפלסטיניים קיבלו הודעה כי ניתן להעביר בקשות מסוג זה לאישור ישראל.

ענינם של העותרים

28. בחודש מאי 2005, שלושה חודשים לפני שמלאו לעותר 16 שנים, ניסה אביו להיכנס עמו ועם שאר ילדיו לגדה המערבית דרך גשר אלנבי, אך לא ידע שעליו להגיש בקשה מראש דרך המת"ק הפלסטיני. בקשתו לתת לילדים רישיונות ביקור במקום סורבה.

29. ביום 13.8.05 מלאו לעותר 16 שנים. ביום 6.9.05, שלושה שבועות לאחר יום הולדתו ה-16, שונתה המדיניות. שינוי המדיניות פתר את עניין רישומם של כל שאר האחים. העותר 2 כבר הגיש עבורם בקשה לרישיון ביקור והוא ממתין לאישור הבקשות.

30. לעותר עצמו הגיע שינוי המדיניות רגע אחד מאוחר מדי. אביו פנה למוקד להגנת הפרט.

31. ביום 19.12.05 פנה המוקד ליועמ"ש המשיב בבקשה לתת רישיון ביקור גם לעותר, לצורך רישומו במרשם. במכתב הוסבר כי סירוב לבקשה יפגע בעותר ובמשפחתו בצורה קשה מאוד, וכי אין זה צודק לפגוע כך בעותר, כאשר העילה לכך שעבר את גיל 16 בלי להירשם במרשם נעוצה במדיניות ההקפאה של המשיב.

העתק המכתב מיום 19.12.05 מצורף ומסומן ע/14.

32. ביום 5.1.06 נשלח מכתב תזכורת. ביום 29.1.06 שלח יועמ"ש המשיב מכתב תשובה. היועמ"ש סירב לבקשה בטענה כי אבי העותר יכול היה לרשום אותו עד גיל 11 ומשלא עשה זאת "אין לו להלין אלא על עצמו בלבד".

העתק המכתב מיום 5.1.06 מצורף, ומסומן ע/15.

הטיעון המשפטי

החלטת המשיב שרירותית, בלתי סבירה ובלתי מידתית

33. אי אפשר שלא להלין, תחילה, על חוסר הפרופורציה הניכר בין הנזק שייגרם לעותר ולמשפחתו לבין ה"תועלת". על כף המאזניים ניצבים זכויותיו הבסיסיות של העותר. מצדן השני לא ניתן למנות ולו סיבה מהותית אחת למנוע מהעותר את מבוקשו.

34. שני גורמים חברו יחדיו על מנת לסכל את רישומו של העותר במרשם האוכלוסין: אי רישומו על ידי אביו כשהיה קטן, אך במיוחד מדיניות ההקפאה, אשר קטעה באופן פתאומי, כשהיה בן 11, את האפשרות שיירשם. נכון שלאביו היה "חלון הזדמנויות" קצר לרשום את העותר במרשם, משנת 1996, כשהרשות הפלסטינית החלה לרשום ילדים, ועד ספטמבר 2000, אולם אביו של העותר לא יכול היה לצפות כי תחול הקפאה של חמש שנים, שנים בהן יכול היה עדיין לרשום את העותר.

35. כך או כך, ודאי שאין להטיל את האחריות על כתפיו הצנומות של העותר, שלא הייתה לו יד ורגל בנסיבות שהביאו אותו למצב בו הוא נמצא היום.

36. העותר הוא זה אשר יצטרך לשאת במחיר אי רישומו, והכל בגלל מדיניות בלתי חוקית לכשעצמה, אשר הקפיאה באופן מוחלט במשך חמש שנים את האפשרות של ילדים דוגמת העותר להיכנס לגדה המערבית ולהירשם במרשם האוכלוסין, רישום לו הם זכאים בדין.

37. לא ניתן להתעלם מהשרירות שבסירוב. קרוב לשנה (!) ביקש המוקד מהמשיב לשנות את מדיניותו. הנושא עמד על הפרק זמן רב מאוד בלי שהתקבלו החלטות. לו היה המשיב נענה בחיוב לבקשות המוקד, לשנות את המצב הבלתי חוקי שנוצר, תוך זמן סביר, יכול היה העותר להירשם, אולם ההחלטה התקבלה שלושה שבועות מאוחר מדי.

38. כפי שהמחשנו לעיל, אין בעיה חוקית לרשום את העותר במרשם האוכלוסין הפלסטיני, גם אם עבר את גיל 16, כפי שנעשה מספר פעמים בעבר, בעתירות אחרות של המוקד. גם השלכות הרוחב של רישומו מצומצמות למדי – מדובר בקבוצה קטנה של ילדים, אשר לא הצליחו להירשם לפני תחילת מדיניות ההקפאה ועברו במהלכה את גיל 16.

39. בנוסף, אין כל משמעות ביטחונית לרישומו של העותר ולא נטענה אף טענה בהקשר זה.

40. לאור האמור, נראה ששיקול הדעת שערך המשיב הוא בלתי סביר ובלתי מידתי, ואינו מייחס משקל כלשהו לפגיעה בזכויות האדם ולאירוועי העבר.

העדרה של הוראת מעבר

41. חמש שנים נמנע מילדים דוגמת העותר לקבל רישיונות ביקור ולהירשם במרשם האוכלוסין. מדיניות ההקפאה הייתה מדיניות פסולה וטוב שבוטלה, לפחות ככל הנוגע לאותם ילדים המבקשים להיכנס ולהירשם במרשם. תמוה כי המשיב ממשיך להסתמך על מדיניות פסולה, שבוטלה על ידו, כדי להמשיך ולפגוע במי שאיתרע מזלם ועברו את גיל 16 במהלך ההקפאה בלי שנרשמו קודם לכן במרשם. דומה כי המשיב לא שקל כלל לקבוע **הוראת מעבר רטרואקטיבית**, אשר תהווה פתרון לאותה קבוצה של אנשים שנפגעו ממדיניותו הפסולה של המשיב, מדיניות אשר תוקנה על ידו בעקבות המאבק המשפטי. הוראת מעבר רטרואקטיבית מטיבה היא עניין מקובל בעת שמדיניות פסולה מבוטלת ובאה במקומה מדיניות אחרת, מקילה יותר:

החזקה כנגד תחולה רטרואקטיבית של דבר החקיקה מוגבלת רק לחוקים שתוצאתם הטלת מעמסה על יחיד או יחידים. חוק שתוצאתו הטבה ליחיד מבלי לגרום לכך מעמסה על אחר, אינו נתפש במסגרת החזקה כנגד תחולה רטרואקטיבית. הטעם לכך נעוץ בטעמים העומדים ביסוד שלילתה של הרטרואקטיביות" (א' ברק, פרשנות במשפט, כרך שני - פרשנות החקיקה, נבו הוצאה לאור 1993 תשנ"ג בעמ' 636, 635; וגם ע"א 5001/92 ברקמן נ' קצין התגמולים, פ"ד נ(5) 641, 650).

42. הוראה מיטיבה יכול שתוחל למפרע גם אם היא מעוגנת בהנחיה מינהלית:

כך, כאמור, בחוקים. אך כך גם, לפי טבע הדברים, בנורמות כלליות מסוגים אחרים, כלומר בתקנות למיניהן, ואין נפקא מינה שאלה נעשו בידי המחוקק ואלה נעשו בידי רשות מינהלית. אף אין הבדל לענין זה בין הסוגים השונים של נורמות הנעשות בידי רשות מינהלית. מה שנכון לענין זה לגבי נורמות כלליות נכון גם לגבי נורמות אישיות, כמו צווים אישיים, רשיונות, וכיוצא באלה. רשיון, לדוגמה, יכול לחול, במימד הזמן, למפרע, באופן מיידי או ממועד עתידי. וכך גם לגבי הנחיות מינהליות (בג"צ 2832/96 בנאי נ' המועצה הארצית של לשכת עורכי הדין, פ"ד נ(2) 582, 595).

התעלמות מטובת הילד

43. החלטת המשיב פוגעת בטובתו של העותר כקטין. העותר יהיה האח היחיד במשפחה שאינו רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני. העותר יהיה היחיד שאינו יכול להתגורר בשטחי הרשות הפלסטינית או לבקר בני משפחה בגדה המערבית. הפגיעה בעותר היא פגיעה ארוכת טווח. כשהחלה ההקפאה היה העותר בן 11 ואין לבוא אליו בטרוניה כי לא נרשם במרשם לפני כן.

44. מחובתו של המשיב להעניק משקל רב לטובתם של קטינים. עקרון **טובת הילד**, אותו עקרון על המלווה כל החלטה מינהלית אשר יש לה השלכה על ילדים, דומה כי נעלם מעיני המשיב:

מן המפורסמות היא, כי בכל עניין הנוגע לקטין, טובתו של הקטין מהווה שיקול מרכזי במערך השיקולים שעל-פיהם יש להכריע בעניינו (ע"א 10280/01 ד"ר ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פס"ד מיום 10.1.05, פסקה 14).

ר' בעניין זה גם את סעיף 3(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989.

פגיעה בזכויות אדם

פגיעה בזכות לאזרחות, זהות ושייכות ובזכויות הנובעות מכך

45. בקשתו של ילד להירשם לראשונה במרשם האוכלוסין כבן לעם הפלסטיני בשטחים אינה עניין טכני בלבד. בראש ובראשונה מדובר ברצון לקבל אזרחות, זהות ושייכות. מדובר ברצון להשתייך לחברה, להשתלב באזרחותיה ולהשפיע על עתידה. האזרחות היא מפתח מהותי לתחושת הזהות והשייכות, כמו גם לקבלת זכויות מהותיות ומרכזיות כגון זכות הבחירה.

הזכות לאזרחות, אף שעדיין לא עוגנה בחוק-יסוד, היא לפי מהותה זכות יסוד... לפיכך יש להגן על הזכות לאזרחות, ששר הפנים לא ימנע אותה ממי שזכאי לה, ועוד יותר מכך, שהשר לא יבטל אותה, לאחר שהוענקה, שלא כדין (בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 698).

ר' גם בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22.

46. העותר מבקש לרכוש לעצמו מעמד רשמי כפלסטיני, מעמד לו הוא זכאי כדין, מעמד אשר כבר עתה, עוד בטרם הפכה הרשות הפלסטינית למדינה, יזכה אותו בזכויות רבות: זכות להצביע בבחירות לפרלמנט ולנשיאות, זכות להיבחר אם ירצה בכך, זכות ליהנות משירותים שונים אשר מספקת הרשות הפלסטינית לתושביה.

47. גם מול רשויות הצבא, יש חשיבות רבה לרישומו של העותר במרשם האוכלוסין בגדה. במיוחד יקנה לו הרישום והמעמד הנובע ממנו חופש תנועה להיכנס ולצאת מהשטחים, ולעבור בין הגדה והרצועה, ואפשרות לשהות כדין בשטחים.

48. אף הדין הבינלאומי חד משמעני בעניין זכותו של ילד לאזרחות, זהות ושייכות. סעיף 8 לאמנה בדבר זכויות הילד, 1989, קובע:

א. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד את זכותו של הילד לשמור על זהותו, לרבות אזרחות, שם וקשרי משפחה כמוכר בחוק, וזאת ללא התערבות שלא כדין.

ב. מקום שנשללו מילד כמה ממרכיבי זהותו או כולם, יספקו המדינות החברות סיוע והגנה נאותים, במטרה לכוון מחדש את זהותו בהקדם.

מניעת האזרחות מהעותר משמעה גירוש פסול

49. מול הזכות של העותר עומדת חובתו החד משמעית של המשיב, להימנע מנקיטת צעדים משמעותיים גירוש תושבים מוגנים ומשפחתם מהשטח הנתון לתפיסתו. עמדת המשיב מסכלת הלכה למעשה את זכותו של העותר ואת יכולתו לקבל מעמד קבע בשטחים, אף שהוא זכאי לכך על פי דין. התוצאה של מדיניות זו משמעה גירוש. כפי שאין למשיב כל סמכות למנוע חזרתו של תושב השטחים שיצא לחו"ל, כך אין למשיב סמכות למנוע את כניסתו של ילד, תושב שטחים פוטנציאלי, שטרם נרשם. בשני המקרים, אף שאין מדובר בהעברה כפויה, אקטיבית, במובנה הפיזי, ברור כי תוצאתם היא גירוש.

50. הדין הבינלאומי החל על שטחים כבושים אוסר במפורש ולחלוטין על אמצעי הגירוש. סעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע כי אמצעי זה הינו אסור, יהא המניע אשר יהא:

העברת כפיה של מוגנים, יחידים או המונים, וכן גירושם של מוגנים, משטח כבוש לשטחה של המעצמה הכובשת או לשטחה של כל ארץ אחרת, בין שטח כבוש ובין שטח בלתי כבוש, אסורים, ויהי המניע מה שיהיה.

ר' בעניין זה גם בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל פ"ד נו (6) 352.

ר' והשוו לבג"ץ 3648/97 סטמקה ואח' נ' שר הפנים ואח', פ"ד נג(2) 728, 772, שם קובע כבוד השופט חשין כי בקשת הרשות מאדם לעזוב, תוך שהיא מתנה את המשך הטיפול בבקשתו למעמד חוקי בעזיבתו את הארץ, כמוה כגירוש כפוי.

51. לא צריך לגרש אדם באיומי רובה, די לנקוט בשורה של צעדים מינהליים, משפטיים או פסיכולוגיים על מנת לבצע את העוול. בענייננו מסרב המשיב להכניס את העותר לגדה ובכך כופה על המשפחה כולה חיים בגלות, על צאצאיה. ברור למשיב, או שצריך להיות ברור לו, כי מבלי שהילד יירשם כתושב פלסטיני, לא תוכל המשפחה להתגורר בגדה המערבית.

מתן הרישיון לצורך רישום מתחייב מעקרון השוויון

52. כמוזכר לעיל, במקרים אחרים הסכים המשיב ליתן רישיון כניסה לצורך רישום במרשם, לרבות הכרה ברישום, גם אם הכניסה והרישום התבצעו לאחר גיל 16, ובלבד שהבקשה הוגשה למשיב לפני גיל זה. לאור זאת, אין לנקוט יחס שונה, ללא כל בסיס להבחין בין המקרים, בין העותר נשוא עתירה זו למקרים דומים מהזמן האחרון.

53. עקרון השוויון המהותי מחייב כי לא ינקוט המשיב יחס שונה בשל עניין שרירותי. אם פלוני ואלמוני זכאים באותה עת לרישיון ביקור, אין הצדקה לאפשר זאת לפלוני ולמנוע זאת מאלמוני רק משום שהחלטה על ביטול המדיניות הפסולה התקבלה בתאריך שרירותי בו אלמוני כבר עבר את גיל 16 ופלוני לא.

54. כמו כן, אין זה מוצדק להפלות בין פלוני לאלמוני רק משום שלפלוני היה הידע והאמצעים לשכור שירותיו של עורך דין ולהגיש עתירה לבג"ץ עוד טרם בוטלה המדיניות הפסולה, ואילו אלמוני לא עשה כן.

עתירה זו נתמכת בתצהיר שנחתם בפני עו"ד בירדן ונשלח לח"מ בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה, ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע למפגש בין העותרים לבין בא כוחם.

לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.