

בעניין: אבו גווילה, ת.ז. _____ וארבעה קטינים
העותרים 1-5 כולם מכפר עקב, ירושלים המזרחית
המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.
כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרח' שמואל הנגיד 27, ירושלים 94269
טל: 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

המשיבים

מדינת ישראל – משרד הפנים
באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס': 02-6466655

סיכומים מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 4.1.06, שהתקבלה במשרד העותרים ביום 8.1.06, מגישים בזאת העותרים את סיכומיהם לעתירה:

תוכן עניינים

2	מבוא
2	רקע
3	התיקון משנת 2005 לחוק האזרחות והכניסה לישראל
4	הגדרת "תושב אזור" – רישום באזור מהווה ראיה חלוטה
6	מדוע נרשם ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין בשטחים?
7	הכלל – לא ינתן מעמד לתושבי האזור, לרבות ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית
7	החריג – ילדים בגילאים מסוימים יוכלו לקבל סוגים שונים של היתרים תקופתיים
8	שהייתם של ילדי תושבים מעל גיל 14 תאסר אם לדעת "הגורמים המוסמכים" דודם או גיסם מהווים סכנה ביטחונית
9	סיכום של סקירת התיקון לחוק
9	מצבם של העותרים – בני משפחת אבו גווילה - לאחר התיקון
10	המסגרת המשפטית
10	העיקרון הכללי
11	יישום המדיניות שנהגה לגבי ילד שנולד בישראל לפני החוק
11	יישום המדיניות שנהגה לפני החוק בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל
12	הטיעון המשפטי
13	הפרת זכויות יסוד של האדם
13	הזכות לחיי משפחה וזכותם של ילדים להגנת החברה
14	חובות ההורה כלפי ילדיו – חובת המדינה כלפי נתיניה
14	הזכויות הנפגעות – זכויות חוקתיות
15	הזכות לשוויון
16	הפגיעה בזכויות: למטרה לא כשרה
16	המשיבים אינם מבססים את טענתם בדבר מסוכנות ביטחונית הנשקפת מילדים
19	תכלית דמוגרפית
19	המשיבים נוהגים בחוסר תום לב
20	הפגיעה בזכויות: בלתי-מידתית - בחירת האמצעי היותר פוגעני:
20	החובה להפעיל שיקול דעת בעת החלטה על רישום ילד
21	סנקציה קולקטיבית – אבות אפילו לא אכלו בוסר שיני בנים תקהנה
21	הפגיעה בזכויות היא בלתי מידתית במונח הצר
22	החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד
23	סיכום

מבוא

1. חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: "הוראת השעה" או "החוק"), אוסר על הענקת תושבות קבע ובמקרים רבים אף מתן מעמד כלשהו לילדיהם של תושבי מדינת ישראל, מירושלים המזרחית.

הסיבה הנטענת לפגיעה אנושה זו בתושבי המדינה ובילדיהם: ביטחוניית.
2. מדינת ישראל החליטה לספח את ירושלים המזרחית, ליתן מעמד של תושבות לתושביה ולהפוך את ירושלים לבירתה המאוחדת. כעת, מחליטה המדינה באמצעות החוק, כי לילדי התושבים, אם נולדו בשטחים או אם נולדו בישראל ונרשמו במרשם האוכלוסין בשטחים, לא יינתן מעמד יציב ומעל גיל 14 לא יינתן מעמד כלל.
3. בהחלת הוראת השעה על ילדיהם של תושבי המדינה פוגעים המשיבים באופן בוטה בזכויותיהם הבסיסיות ביותר של תושבי המדינה, הורים לילדים קטינים, מהם נמנע להעניק מעמד יציב לילדיהם. באמצעות החוק פוגעים המשיבים גם בילדי התושבים, על לא עוול בכפם, ומונעים מהם זכויות יסוד. המשיבים מכפישים את התושבים וילדיהם, בטענתם כי מילדי התושבים נשקפת סכנה ביטחונית כה חמורה, המצריכה שלילה גורפת בחוק של סמכות שר הפנים להפעיל שיקול דעת.
4. החלת החוק על ילדים נעשתה מבלי שהונח על שולחן ועדת הכנסת או אף בפני בית משפט זה, כל ראייה הקושרת בין תכלית החוק לבין הצורך בהחלתו על עניינם של ילדיהם של תושבי ישראל. חרף בקשות חוזרות ונשנות ותוך התעלמות מוחלטת מהחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002 (להלן – החוק בדבר השפעת חקיקה על ילדים), לא הביאו המשיבים במהלך חקיקת החוק כל מידע באשר למספר הילדים שיפגעו מהחוק, משמעויות פגיעה זו והטעמים לנחיצותה. בחוסר תום לב משווע, אף עמעמו המשיבים את נפקות והשלכות החוק על ילדי התושבים גם בתגובותיהם השונות לבית משפט נכבד זה.

בינתיים, קרוב לארבע שנים, שרויים תושבים רבים וילדיהם במצוקה גדולה.
5. העותרים יטענו כי, דינו של החוק להתבטל, על שום פגיעתו הקשה בזכויות אדם המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הפגיעה היא לתכלית פסולה ואינה הולמת את ערכי מדינת ישראל.
6. עתירה זו דנה בחוק ככל שהוא חל על ילדים, בעוד הסוגיות הנוספות שמעלה החוק נדונות בהליכים אחרים. עם זאת, העותרת 6, המוקד להגנת הפרט, מתנגדת לחוק כולו במהותו.
7. להלן נתאר כיצד מופרות זכויותיהם של ילדים קטינים של תושבי ישראל בניגוד מוחלט ליסודות השיטה המשפטית הישראלית, לחקיקה ופסיקה מפורשת וכן לדין הבינלאומי בו מחויבת מדינת ישראל.

רקע

8. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה.
9. בניגוד לדין הישראלי והבינלאומי, כבר משנת 2002, באמצעות פורמטים קודמים של מה שהינו היום, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003, מונעת מדינת ישראל ממאות ילדים

של תושבי ישראל לקבל מעמד בארצם. בחודש מרץ 2002 הודיע שר הפנים על הפסקת הליכי איחוד משפחות בין בני זוג. בפועל, הפסיק משרד הפנים לדון גם בבקשות של תושבים להסדרת מעמד ילדיהם. המשיבים החליטו כי ילדו של תושב ירושלים המזרחית, שנולד בשטחים או נולד בישראל ונרשם בשטחים (להלן – ילדים או ילדי התושבים), הינו "תושב אזור", ומשום כך חלות עליו ההוראות החוקיות החדשות בעניין הגבלת הליך איחוד המשפחות. הנה כי כן, מחודש מרץ 2002 הפסיקו המשיבים לחלוטין לטפל ברישום ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית. ההימנעות המוחלטת מטיפול בבקשות כגון דא המשיכה עם החלטת הממשלה 1813. יצוין, כי דבר החלת הגזרות הקשות על ילדים הן על פי הוראת שר הפנים והן על פי החלטת הממשלה 1813, לא פורסם ולא הובא בלשון החלטת הממשלה. הורים וילדים למדו על כך באופן פרטני, כאשר בקשותיהם לקבלת מעמד נדחו על הסף.

10. באוגוסט 2003, נכנסה לתוקף הוראת השעה, אשר הפכה את החלטת הממשלה לחוק. לראשונה, הזכיר החוק מפורשות כי תחולתו איננה רק על בני זוג המבקשים להתאחד בישראל, אלא כי הוא חל גם על ילדיהם של תושבי המדינה מירושלים המזרחית. החוק קבע כי ניתן יהיה לטפל בבקשות לרישום של ילדים עד גיל 12 בלבד, להם ניתן יהיה להעניק רישיון לישיבת ארעי או היתר צבאי (מת"ק) על פי שיקול דעת שר הפנים. על אף סמכותו של שר הפנים בחוק להעניק רישיון ישיבה, קבעו המשיבים מדיניות, לפיה לא יינתן רישיון ישיבה גם לילדים שגילם נמוך מ-12, וכי לא יוסדר מעמד הילדים. המשיבים בחרו להפעיל אך ורק את סמכות מפקד האזור בחוק, להעניק לילדים היתרי שהייה באמצעות היתרים צבאיים, אותם יש לקבל בשטחים.

11. מאז החוק מ-2003, אם כן, תינוקות, פעוטות וילדים של תושבים, מגיל 0 ועד 12, נשלחו לרחבי הגדה המערבית לשם קבלת היתרים, שאינם מהווים מעמד ואינם מקנים כל זכויות. ילדים מעל גיל 12 היו בגדר מגורשים. שהייתם בישראל נאסרה.

12. טעם להחלת החוק על ילדים, לא ניתן מעולם. לא בדברי ההסבר להחלטת הממשלה 1813 משנת 2002, לא בדברי ההסבר לחוק משנת 2003, ולא בהליך חקיקת התיקון הנוכחי - חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005 (להלן – החוק או תיקון הוראת השעה או התיקון).

13. ההסבר היחידי להיעדר הסבר לאורך קרוב לארבע שנים, הינו כי אין הסבר. אין הסבר לסימונם של ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית, אם נולדו בשטחים או אם נולדו בישראל אך נרשמו מסיבות שונות בשטחים (כפי שיוסבר בהמשך), כקבוצת סיכון לביטחון המדינה. סיכון כה חמור עד כי נאסר ולו לבחון את עניינם בבדיקה פרטנית, עד כי יש לקבוע בחוק כי לא יהיה לשר הפנים שיקול דעת לדון בעניינם.

14. כעת ניגש לסקירת התיקון לחוק.

התיקון משנת 2005 לחוק האזרחות והכניסה לישראל

15. להלן תמצית התיקון משנת 2005, בהתייחס לילד/ה שאחד מהוריו תושב שטחים והשני תושב של מדינת ישראל:

- (א) תושב אזור, הינו כל מי שנולד באזור גם אם לא נרשם באזור וכן כל מי שנרשם באזור, גם אם אינו מתגורר באזור ואף אם לא חי שם מעולם.
- (ב) ילד שגילו נמוך מ-14 שנה, אשר נמצא כי הוא מתגורר עם הורו המשמורן, תושב ישראל, בארץ, יהיה זכאי למעמד ארעי, קצוב בזמן וכפוף להארכה, המקנה גם זכויות סוציאליות. הילד לא יהיה זכאי לתושבות קבע.
- (ג) ילד מגיל 14 עד 18, לעומת זאת, לא יהיה זכאי למעמד כלשהו בשום מקרה. בגיל כזה, אם ימצא הילד כשיר לכך מבחינה ביטחונית, יינתן לו היתר שהיה צבאי בלבד, מקביל לאשרה הניתנת לתיירים, ללא כל זכויות סוציאליות נלוות. את ההיתר יהיה עליו להאריך בשטחים, מדי שנה או תקופה אחרת שתקבע.
- (ד) כשרות ביטחונית: הילד יופרד מהורו המשמורן, שהינו תושב ישראל ולא יורשה לחיות בישראל גם מתוקף היתר צבאי, במקרה בו גורמי הביטחון סבורים כי מי מהוריו, אחיו ובני זוגם, עלול להוות סיכון ביטחוני. ההורה יחשב כסיכון ביטחוני אם מי מהוריו, אחיו או בני זוגם, עלול, על פי חוות דעת, להוות סכנה ביטחונית.
- (ה) משיגיעו הילדים לגיל 18, יהיו מועמדים לגירוש, שכן לא ניתן יהיה עוד להסדיר את שהייתם בישראל.

16. להלן יפורטו מרכיבי התיקון לחוק, בהתייחס להשפעתם על ילדים והוריהם התושבים.

הגדרת "תושב אזור" – רישום באזור מהווה ראיה חלוטה

17. סעיף 1 לחוק, הוא סעיף ההגדרות, קובע:

בהגדרה "תושב אזור", במקום "לרבות" יבוא "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור".

18. סעיף 1 לתיקון החוק, מרחיב את תחולת ההגדרה, באופן אשר כולל בה לא רק את תושבי הרשות הפלסטינית המתגוררים בה בפועל, אלא אף את כל מי שרשום במרשם האוכלוסין במקום, גם אם לא התגורר שם מעולם. על פי הגדרה מורחבת זו מפסיק מרשם האוכלוסין להוות ראיה לכאורה לנכונות הפרטים הרשומים בו, והופך לראיה חלוטה, עליה לא ניתן להשיג בשום מקרה.
19. הגדרה חוקית שכזו הינה חסרת תקדים ומנוגדת לרשת חקיקתית ענפה במשפט הישראלי, כגון חוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב) התשנ"ה-1995, חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ואף חוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965, עצמו. מטרתו הברורה של חוק מרשם האוכלוסין היא להסדיר את נושא הרישום במרשם, כך שישקף נכונה את מצב האוכלוסייה הרשומה בו. רישום מעיד, על מצב דברים לכאורה, שהינו אמיתי לפחות בסמוך למועד בו הוא התבצע. ככל שמתברר בהמשך כי מצב הדברים השתנה, או כי הרישום מוטעה, הרי שניתן לתקנו. זאת על מנת להשיג את התוצאה לשמה נעשה הרישום מלכתחילה - שיקוף מצב הדברים הנכון. כך רישום ככלל וכך גם היה מאז ומתמיד, בהתייחס למרשם האוכלוסין הישראלי והפלסטיני, בהקשר של הקניית מעמד לילדים.

20. הגדרת תושב אזור על פי מרשם האוכלוסין הפלסטיני, כאשר הרישום בו מהווה ראיה חלוטה – הינה עיוות של הדין הישראלי, למטרה פסולה – החלת החוק על מספר רב ככל האפשר של ילדים. המשיבים מסרבים לבחון את טענת ההורה התושב, לפיה ילדו אינו תושב פלסטיני בפועל, בטענה כי אין לסתור את הכתוב, בבחינת הרישום עומד ממעל. זאת חרף ידיעת המשיבים כי, במקרים רבים נרשמו ילדים בשטחים, על אף שמרכזי חיי המשפחה היה מאז ומתמיד בישראל.
21. ההוראה החוקית היחידה המתייחסת מפורשות להקניית מעמד עבור ילדים של תושבים היא תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 (להלן – **תקנה 12**). לפי התקנה ילד של תושב שנולד בישראל יקבל את מעמד הורה המשמורן. מיד נראה כיצד באמצעות תיקון ההגדרה החוקית למונח תושב אזור, מבקשים המשיבים לסתור גם את לשון התקנה.
22. המשיבים ניסו לחתור תחת תקנה 12 ורציונל חוק מרשם האוכלוסין, עוד לפני התיקון לחוק. אולם בפסיקה, נדחתה עמדת המשיבים, והוכר הרישום בתעודת הזהות כראיה לכאורה בלבד. במספר רב של התדיינויות, אשר עמדו כמעט בפני כל שופטי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, נדחתה עמדת המשיבים, לפיה לא תוכל אם להוכיח כי בנה, שנולד לה בישראל, איננו תושב שטחים, שכן רישומו שם מהווה ראיה חלוטה.
23. כך, בפס"ד בעת"מ 822/02 גושה ואח' נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, שניתן בהקשר לפרשנות המשיבים לחוק דגן לפני התיקון, פסק השופט י' עדיאל:

ניתן להבין שההגדרה (הגדרת "תושב אזור" בהוראת השעה מ-2003 – ע.ל.) ודאי כוללת את מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור. אך הוראה זו אינה קובעת מה דינו של מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור, אך בפועל אינו מתגורר באזור. היא גם אינה קובעת שהרישום יוצר חזקה שאינה ניתנת לסתירה בדבר התושבות ומרכז החיים של מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור.

[...]

גם על פי חוק מרשם האוכלוסין הישראלי (סעיף 3 לחוק), הרישום הנו בגדר ראיה לכאורה, ולא בגדר ראיה חלוטה, לנכונות הפרטים הרשומים בו.

פסה"ד מצ"ב לסיכומים ומסומן א.

24. הרציונל של פסק דין גושה התקבל גם בהליכים נוספים אשר עמדו בפני שופטי בית המשפט לעניינים מינהליים. לאחר שהמדינה החליטה להתעלם מפסקי הדין חוזרים ונשנים בנושא, ולפעול בניגוד להם, נאלץ בית המשפט לעניינים מינהליים לפסוק בנושא שוב ושוב. בעת"מ (י-ם) 379/04 מנסור נ' משרד הפנים (מיום 3.6.05) פסק השופט י. נועם:

ב"כ המשיב, ... הוסיפה וטענה, כי לגישתו של המשיב, פסק-דין של כב' השופט עדיאל בעת"מ (י-ם) 822/02 בעניין גושה הנו "פסק-דין מוטעה", ועל כן אין הוא מונחה על-ידו... גישתו האמורה של המשיב, נדחתה, כאמור, פעם אחר פעם, בפסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים: בפסק-דין של כב' השופט עדיאל בעת"מ (י-ם) 822 בעניין גושה...; בפסק-דין של כב' סגנית הנשיא מ' ארד בעת"מ (י-ם) 577/04 בעניין אלקורד...; בפסק הדין שניתן על-ידי בעת"מ 387/04 בעניין עוויסאת; ובפסק-הדין שניתן

לאחרונה, ביום 24.5.05 ע"י כב' השופטת י' צור בעת"מ 1277/04 _____ זכריה ואח' נ' שר הפנים – שבו נמתחה ביקורת על התעלמותו של המשיב מפסיקתו החוזרת ונשנית של בית-משפט זה.

[...]

מסקנתו האמורה של כב' השופט עדיאל ומכלול טעמיה מקובלים עליי, ואין לי אלא להצטרף לדעתו. הגדרת "תושב אזור" בחוק הוראת השעה, על דרך הריבוי לעיל, מכוונת לזיקת תושבות לאזור, בין אם האדם רשום במרשם האזור, ובין אם לאו. המבחן המקובל בדרך כלל להגדרת תושבות הוא מבחן מרב הזיקות. עם זאת, משמעות המונח "תושב" עשויה להשתנות מחוק אחד למשנהו על-פי תכלית החקיקה. תכליתו של חוק הוראת השעה, נועדה להקפיא מטעמי ביטחון, לעת הזו, הנפקת רישיונות לשהיית קבע בישראל לפלסטינים שאינם תושבי ישראל, גם אם הללו שוהים זה מכבר בתחום המדינה או אף מצויים בהליך מדורג לאיחוד משפחות. ... "הרישום במרשם האוכלוסין באזור, אף שהוא מהווה אינדיקציה ממשית המצביעה על תושבות ועל מרכז חיים, אינו יכול לשמש כמבחן יחיד, ונדרש שתתקיימנה במבקש זיקות נוספות, בין בהווה ובין בעבר הקושרות אותו לאזור" (פסק-דינו של כב' השופט עדיאל בעת"מ (י-ס) 430/04 _____ אלג'אבר נ' שר הפנים – לא פורסם – פיסקות 16 ו-22 לפסק-הדין).

שם – סעיפים 16 ו-17. עת"מ 379/04 מצ"ב לסיכומים ומסומן ב.

25. כל פסקי הדין המוזכרים לעיל, עניינם בהסדרת מעמדם של ילדים. המדינה החליטה ככל הנראה "לטפל" בפסקי הדין המוטעים לדידה באמצעות חקיקה. יצוין, כי בשלב מאוחר ולאחר נזיפות מבית המשפט לעניינים מינהליים, שכללו הפניית הנושא ליועץ המשפטי לממשלה, הגישו המשיבים ערעור על הפסיקה. אולם, במקום להמתין להכרעת בית משפט נכבד זה בערעור, שעדיין תלוי ועומד, החליטו המשיבים לתקן את הוראת השעה, באופן התואם את המצב הראוי לדעתם.

26. הרחבת הגדרת "תושב אזור" באופן המתואר, פוגעת במיוחד בילדיהם של תושבי ישראל, שכן בניגוד לתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, היא מחילה את הוראת השעה המתוקנת גם על ילדים אשר נולדו בישראל ומתגוררים בה יחד עם הוריהם.

מדוע נרשם ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין בשטחים?

27. במקרים רבים נאלצים בני זוג שאחד מהם הינו תושב קבע של מדינת ישראל והשני תושב שטחים, לרשום את ילדיהם בשטחים, למרות שהילדים לא חיו בשטחים מעולם, ועל אף היותם תושבי ישראל, המתגוררים עם ההורה התושב כאן. הבעייתיות בשינוי הגדרת "תושב אזור" בחוק, כך שתכלול כל ילד שנרשם בשטחים, מתחדדת גם נוכח הקשיים שהערימו המשיבים לאורך השנים, על האפשרות לרישום ילד בישראל. להלן יצוינו מספר דוגמאות ממקרים בהם מטפלת העותרת 6, המוקד להגנת הפרט, בהם נרשם ילד של תושב ישראלי בשטחים, על אף שהילד איננו תושב שטחים:

(א) **מגורים זמניים בחו"ל** - תושב קבע ישראלי המתגורר בחו"ל למשך תקופה מסוימת לצורך עבודה או לימודים, אינו מורשה באותה תקופה וכן שנתיים לפחות לאחר מכן, לרשום את ילדיו בישראל, שכן הקניית המעמד מותנית בהוכחות למרכז חיים בישראל של שנתיים לפחות. במקרים כאלה

נאלצו המשפחות להסדיר את מעמד ילדיהם בשטחים, שכן בהיעדר מעמד אין מתאפשר להוציא עבורם מסמכי נסיעה וכן כדי לא להותירם מחוסרי מעמד.

(ב) **מגורים בשטחים לתקופה מסוימת לאחר החתונה ומעבר לירושלים לאחר מכן** - לפעמים לא מתאפשר לזוג צעיר לקבוע את ביתו בירושלים מיד לאחר הנישואין והוא עושה כן רק בשלב מאוחר יותר. במקרים רבים בהם מטפלת העותרת 6, המוקד להגנת הפרט, התגוררו משפחות בשטחים עד שנבנה בית המשפחה בירושלים או התפנתה יחידת דיור של אחד האחים. כעבור מספר חודשים או שנים שבה המשפחה להתגורר בירושלים, בין השאר, על מנת שבן הזוג התושב לא יאבד את מעמדו ויוותר מחוסר מעמד.

(ג) **פרידה או אבדן בן הזוג תושב השטחים** - במקרים אחרים בהם מטפלת העותרת 6 חזרו נשים עם ילדיהם להתגורר בירושלים, בחיק בני משפחתם, לאחר גירושין מבן הזוג או לאחר פטירתו.

(ד) **קושי בהסדרת מעמד הילדים בישראל עקב מדיניות המשיבים ובעייתיות לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית** - משפחות אחרות, העידו על ייאושן מלשכת משרד הפנים הישראלי. עמדתו בעתירה על המדיניות המזגגת שהנהיגו המשיבים בעניין רישום ילדים, אשר מעולם לא זכתה לפרסום. בד בבד עם מדיניות זו, שררה בלשכה שבירושלים המזרחית, לאורך השנים, בעיית נגישות קשה (אנשים עמדו במשך למעלה משבוע בתור או קנו את תורם), כאשר כבר הצליחו תושבים להיכנס ללשכה התבקשו למלא טפסים בשפה העברית, תצהירים המצריכים תשלום לעורך דין, מסמכים וחשבונות משנים ארוכות קודם לכן. גם כאשר הצליחו לעמוד בתנאים, עד שהצליחו להגיע ללשכה פעם נוספת כדי להגיש את הבקשה, הועמד בפניהם דרישות נוספות, שונות ויקרות. תושבים רבים שהצליחו לעמוד בדרישות המכבידות לא זכו למענה מהלשכה בירושלים המזרחית משך זמן רב. בלית ברירה, רשם ההורה הזר את הילד במרשם האוכלוסין הפלסטיני. זאת על מנת שלא להותירו מחוסר מעמד בעולם ולאפשר את רישומו במוסדות חינוך. יצוין, כי על מנת להירשם לגן או לבית הספר בישראל על הילד להיות בעל מסי מזהה כלשהו.

28. מצב זה, של לשכה המתפקדת באופן בעייתי, היעדר נהלים ברורים וצורך בתשלום כספים יקרים על מנת להגיש בקשה; וכשמצטרפות לכך נסיבותיהם של אוכלוסייה קשת יום, ענייה, אשר לרוב מטופלת בילדים רבים, נוצר ייאוש גדול בקרב המבקשים, אשר רבים מהם נאלצו לדחות את הרישום בישראל ולהסדיר בינתיים את מעמד ילדיהם בשטחים.

הכלל – לא ינתן מעמד לתושבי האזור, לרבות ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית

29. על פי סעיף 2 לחוק, תושב אזור לא יקבל מעמד בישראל ולא יורשה לשהות בישראל, מכוח היתרי שהייה. סעיף זה מבטא את ליבו של החוק: אסור לתושבי שטחים, ובכלל זה גם ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית¹, לשהות ולקבל מעמד בישראל.

החריג – ילדים בגילאים מסוימים יוכלו לקבל סוגים שונים של היתרים תקופתיים

30. סעיף 3(א)(1) לחוק המתוקן שכותרתו היתר לגבי ילדים, קובע, כי שר הפנים רשאי להפעיל שיקול דעת באשר למתן רישיון לישיבה לילד עד גיל 14, אם הורה המשמורן שוהה כדין בישראל. בפועל מדובר ברישיון לישיבת ארעי בלבד, אשר על פי סעיף 4 לחוק, לא ניתן לשדרגו לתושבות קבע. סעיף זה יכול

¹ אם נולדו בשטחים או נרשמו בשטחים.

להתייחס לילדיו מנישואין קודמים של בן זוג הלוקח חלק בהליך איחוד משפחות, אולם תחולתו העיקרית היא על ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית. לשון החוק מדברת על הורה השווה כדין בישראל. המשיבים נמנעו מלציין בבירור כי רישיון הישיבה ימנע הפרדת הילד מהורהו תושב ישראל. המשיבים מנסים לטשטש את אשר הם ביצעו בחוק – שלילת זכותם הבסיסית ביותר של הורה, להעניק לילדו את מעמדו.

31. סעיף 3(א)(2) לחוק דן בילד שגילו מעל 14 שנים. החוק קובע כי לילד שגילו מעל 14 רשאי שר הפנים לאשר מתן היתר שהייה בישראל בלבד. זאת במקרים בהם הילד חי עם הורהו המשמורן, שהוא גם תושב קבע בישראל (בחוק - הורה השווה כדין בישראל) וכן כאשר אין מניעה ביטחונית כלפי הילד או בני משפחה (ראו סעיף 3(ד) שיידון בהמשך). החוק אוסר על מתן מעמד בישראל לילדים מגיל 14-18. מדובר בהיתר צבאי זמני, נתון לחידוש במפקדות התאום והקישור המצויות בשטחים, אשר מעמדו של המחזיק בו, זהה למעמדו של תייר.

32. במלאת לילדי התושבים 18 שנה הם יעמדו בפני גירוש לשטחים. אז ייאסר עליהם לקבל היתר שהייה בישראל, פרט להיתר זמני על פי סעיף 3(ב) לחוק, לתקופה מצטברת, שאינה עולה על חצי שנה. שהייתם של הילדים בישראל תיאסר ללא כל מקום להפעלת שיקול דעת. יש לשים לב, כי ילד שהינו היום – שנת 2006, בן 18, היה בעת החלטת הממשלה מ-2002, בן 14. מאז ועד התיקון לחוק לא ניתן היה להסדיר את מעמד הילד, היות וגילו עלה על 12 שנה (הגיל שהותר עד לתיקון לשם שהייה בישראל). היום יעמוד ילד זה בפני גירוש, הואיל ומשנת 2002 לא ניתן היה להגיש בקשה עבורו. ילד במצב זה יופרד ממשפחתו, ההורה התושב הישראלי ואחיו הקטנים. גם ילד שאין לו הורה נוסף בשטחים, למשל, מחמת פטירה, יאלץ להיפרד ממשפחתו ולעקור לבדו לשטחים.

33. כפי שענינו רואות, המדובר בטרנספר הדרגתי של הילדים לשטחים. אך סביר הוא שבמקרים רבים לא יפקירו הורים את ילדיהם, אפילו בגיל 18 המבוגר. מכאן, כי מניעת המדינה מהורים להעניק מעמד לילדיהם, מהווה סוג של טרנספר של ההורים עם ילדיהם.

שהייתם של ילדי תושבים מעל גיל 14 תאסר אם לדעת "הגורמים המוסמכים" זודם או גיסם מהווים סכנה ביטחונית

34. על פי סעיף 3(ד) לחוק המתוקן לא יינתן היתר שהייה בישראל, בין השאר גם לילדי התושבים בחתך הגילאים של 14-18, אם נקבע בהתאם לחוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים, כי אותו "תושב אזור" או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני. בן משפחה לצורך סעיף זה, הינו, בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובן זוגם. על פי הסעיף, במקרה של ילד בן 14, בנה של תושבת ישראל, די בחוות דעת של גורמי הביטחון לפיה, גיסו של הילד עלול להוות סכנה ביטחונית, לשם הפרדת הילד מאמו וגירוש הילד לשטחים. זאת, אף אם הילד מעולם לא פגש את גיסו וממילא אינו מצוי עמו בכל קשר.

35. סעיף 3(ד) לחוק מהווה הרחבה משמעותית של תחולת החוק. על פי הסעיף לא נדרש כל חשד ביטחוני כנגד הילד עצמו כדי להפריד בינו לבין אמו או אביו. גם לגבי בן המשפחה של הילד, שאינו צריך להיות מדרגה ראשונה, אין צורך לבסס חשד ביטחוני. על פי הסעיף לא נדרשת הרשעה בגין עברה ביטחונית, ולא נדרש כי החשוד יהיה מבוקש, עצור או אף מצוי תחת חקירה. די בחוות דעת של גורמים, שמהותם לא נקבעה בחוק ("גורמים מוסמכים"), לפיה אותו בן משפחה רחוק, עלול להוות סכנה ביטחונית, על מנת להפריד בן הורים לילדיהם הקטנים.

36. גם קודם לחוק תקופת המבחן של הליך איחוד המשפחות נועדה לבחון קיומה של מניעה ביטחונית. גם קודם לחוק היתה במסוכנות קרוב משפחה, כדי להשפיע על אישור הבקשה לאיחוד משפחות. אין להבין מחיקוק סעיף המניעה הביטחונית, על ההגדרה הרחבה של סוג הסכנה הביטחונית (זו העלולה להתרחש), וכן ההגדרה הרחבה של מיהות קרוב המשפחה (שאינו בהכרח קרוב), אלא כי מטרתו למנוע ביקורת שיפוטית על חוות דעת הגורמים, לפיהם יש לסרב ביטחונית לבקשה.
37. המשיבים טוענים כי הצורך בחוק נובע מכישלון הבדיקה הפרטנית, שלדבריהם אינה מעידה על דבר. לדידם, קלירנס ביטחוני של היום אינו מעיד על היעדר מעורבות ביטחונית למחרת. יתר על כן, מסבירים המשיבים על פי רציונל מלכוד 22, כי דווקא מי שלא נמצא כמסוכן ביטחונית, הוא הוא שמהווה סכנה ביטחונית. דווקא היעדרה של מניעה ביטחונית המקנה אפשרות להיתר כניסה לישראל, מהווה נוסחה המובילה לניצול ע"י רוחשי רעה. על פי הגיון זה, שהועבר למשיבים לכאורה מאת הגורמים הביטחוניים המוסמכים, הגיון עליו מושתת החוק, הרי שכל תושב שטחים עלול להוות סכנה ביטחונית: זה שמהווה סכנה ביטחונית כעת ודאי וכן זה שאינו מהווה סכנה ביטחונית, שכן אי מסוכנותו עלולה להוות סכנה ביטחונית. ללמדנו, שסעיף 3(ד) לחוק המתוקן נועד למעשה לדלל מהמצטרפים החדשים להליך איחוד המשפחות, שהוסיף לכאורה החוק המתוקן, את כל המצטרפים החדשים להליך איחוד המשפחות. לדעתם של המשיבים יש לראות גם בילדיהם הקטינים של תושבי ירושלים המזרחית, כתושבי אזור המבקשים איחוד משפחות ולעצור את התופעה, אשר עלולה להיות מסוכנת לדעת הגורמים המוסמכים.

סיכום של סקירת התיקון לחוק

38. לטענת המשיבים התיקון לחוק נועד להקל ולהפוך את החוק למידתי. למראית עין, אכן הוספו בחוק הקלות שונות גם בעניינם של ילדים. עם זאת, בד בבד עם הסכמת המשיבים ליתן לילדי התושבים שגילם 14 עד 18, היתר לשהות בישראל והעלאת הגיל בו ניתן להעניק לילד מעמד, ארעי בלבד, מ-12 (בחוק לפני התיקון) ל-14, הרחיבו המשיבים את הגדרת המונח "תושב אזור", כך שגם ילדים אשר נולדו בישראל, והחוק לא חל עליהם במתכונתו הקודמת, יכללו בגדר החוק. בנוסף, על פי סעיף 3(ד) לחוק המתוקן, אם יציגו גורמי הביטחון חוות דעת לפיה, בן משפחה, כגון גיסו של הילד, עלול להוות סיכון ביטחוני, תשלל מהקטין האפשרות לקבל ולו היתר שהייה בישראל והוא יעמוד בפני גירוש. על פי החוק גם במתכונתו המתוקנת לא יוכלו ילדים לקבל מעמד של קבע בישראל, אשר יקנה להם את היציבות החשובה כל כך עבור ילדים קטינים והם יהיו תלויים בחידוש שנתי של אשרות הישיבה שלהם. אם משרד הפנים ישובת, הפקידים ינקטו סחבת או הוריהם לא יעמדו בעול הבירוקרטי הכבד ועלויותיו היקרות, יוותרו הילדים ללא מעמד. ילדים מעל גיל 14 על פי החוק אינם זכאים למעמד ומכאן שאין הם זכאים לכל זכויות סוציאליות ולביטוח בריאות, זאת על אף ונמצא כי הם מתגוררים עם אמם, תושבת ישראל או עם אביהם, התושב, בירושלים, יתכן וכל חייהם. ילדים מעל גיל 18, יגורשו ויופרדו ממשפחתם גם אם הם אינם מכירים נפש חיה בשטחים.

מצבם של העותרים – בני משפחת אבו גווילה - לאחר התיקון

39. המקרה של העותרים דנן, הינו רק אחד מבין מאות מקרים, הממחיש את העיוות הבלתי מוסרי אשר מוליד החוק המתוקן. התוצאה, כפי שהיא מתגלה במקרה של משפחת העותרים, היא שבמשפחה אחת יש ילדים הזכאים למעמד תושבות וכאלה ששהייתם היא מכוח היתרים צבאיים. אלו בעלי מעמד, ארעי או קבוע, כשאחיהם צריכים להתרוצץ מספר פעמים בשנה ברחבי השטחים על מנת

להתייצב במת"ק² הרלוונטי ולקבל היתר שהייה. אלו זכאים לטיפול רפואי ואחיהם לא. וכל זאת מבלי שיהיה הבדל מהותי בין אח לאחותו.

40. לעותרת, תושבת קבע של ישראל, שבעה ילדים. מבין הילדים החליטו המשיבים להסדיר מעמד של קבע לשלוש הבנות הקטנות, אשר נולדו בישראל. בקשת העותרת להסדיר גם את מעמדם של ארבעת ילדיה הקטינים האחרים סורבה. תחילה, סורבה הבקשה עקב הוראת השעה וכעת, לאחר התיקון לחוק, יתאפשר מתן מעמד ארעי לעותר 5, הילד ___ בן ה-10. אחיו, העותרת 2, הילדה ___ בת ה-16, העותר 3, הילד ___ בן ה-15, והעותר 4, הילד ___ בן ה-14 – לא יוכלו גם על פי התיקון לחוק לקבל מעמד בישראל, הואיל וגילם עולה על 14 שנה. כל שניתן יהיה הוא להסדיר את שהיית הילדים בישראל, באמצעות היתרי שהייה, ללא כל זכויות נלוות ורק עד שיגיעו לגיל 18. אז, על פי התיקון לחוק, לא ניתן יהיה להסדיר את שהייתם עוד והם יעמדו בפני גירוש.

41. אין כל טעם ענייני לשוני שבמעמדם של שבעת האחים, אשר חיים בירושלים עם אמם תושבת ישראל. ודאי שאין טעם ביטחוני המצריך את כבילת שיקול הדעת באשר להסדרת מעמדם האחד של כולם.

42. כתוצאה מהיעדר מעמד בישראל העותרים 2, 3 ו-4, אינם מוכרים על ידי המוסד לביטוח לאומי ובהתאם לכך הם אינם זכאים לזכויות סוציאליות. אמם, תושבת ישראל, אינה זכאית לקבלת קצבת ילדים או נכות אם חלילה תזדקק לכך, עבורם. הילדים אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי. אם יחלו ויזדקקו לאבחון רפואי, טיפול, או אשפוז, על אף היותם ילדיה של תושבת ישראל, המתגוררים בישראל עם אמם, לא יהיו ילדים אלו זכאים לתמיכת מדינת ישראל, כפי שזכאים לכך ילדיהם של שאר תושבי המדינה ואף ילדיהם מנישואים קודמים של מי שנישא לתושב המדינה. בעוד שנתיים, ימלאו לעותרת 2, הילדה ____, 18 שנה. אז תופרד ___ ממשפחתה – אמה, תושבת ישראל, שלוש אחיותיה הקטנות תושבות קבע של ישראל ואחיה הקטנים האחרים שיתכן וימצאו בישראל מכוח היתרים.

43. כעת נמצאים ארבעת הילדים בישראל ללא מעמד וללא אישור שהייה, שכן במשך חודשים, המתווספות על שנים, נמנעים המשיבים מלענות לבקשתם "לאיחוד משפחות", אותה הגישו, בהתאם להנחיית המשיבים, תחת בקשתם לרישום ילדים.

המסגרת המשפטית

העיקרון הכללי

44. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה.

45. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבע, בדבר החובות והזכויות של הורה 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 (קטיין) ואח' נ' שר הפנים, תק-על 99(3), 108.

46. לאורך השנים, לא כיבדו המשיבים, ככל שהדבר התייחס לתושבי ירושלים המזרחית, את ערכי שלמות התא המשפחתי וטובת הילד ונקטו במדיניות סבוכה ומשתנה תדיר בנושא הסדרת מעמדם של ילדי התושבים (ראו עמ' 46-69 לעתירה, בדבר השינויים במדיניות המשיבים). עקב היותו של הליך רישום הילדים כה מסורבל ובלתי נגיש, עוכב מתן המעמד לילדים ורבים נשארו חסרי מעמד במשך תקופות ארוכות.

47. בשנת 2002 הגיעה שיאה של מדיניות בעייתית זו, כאשר מדינת ישראל קבעה כלל חדש, הפוך מהכלל עליו כתבה כבוד השופטת ביניש בפסק דינה בעניין קרלו. על פי כלל זה, בניגוד לשיטתנו המשפטית, נאסר על שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו באשר למתן מעמד לילד של תושב ישראל, על מנת להשוות את מעמדו למעמד הורה המשמורן. כלל זה הפך לחוק בעניינו.

יישום המדיניות שנהגה לגבי ילד שנולד בישראל לפני החוק

48. בנוגע לילד שנולד בישראל חלה באופן ישיר תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974:

ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-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.

49. 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 לישיבת קבע בישראל ומרכז חיי המשפחה כאן, ראוי לאפשר לו לגדל את ילדו ולהתגורר עמו.

עת"מ 577/04 אלקורד ואח' נ' שר הפנים – פסה"ד מצ"ב ומסומן כנספח ג.

יישום המדיניות שנהגה לפני החוק בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל

50. בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל אין תחולה ישירה לתקנה 12 (שהרי לפי לשונה היא חלה על "ילד שנולד בישראל"). עם זאת, במשך שנים ארוכות נהגו המשיבים בילדים שנולדו בישראל ומחוצה לה על-פי אותם כללים ונהלים ממש. מעמדם נדון במסגרת הליך של "בקשה לרישום ילדים" ועל-פי הקריטריון של מרכז חיים. שינויים תכופים במדיניות המשיבים חלו הן באשר לילדים שנולדו בישראל והן כלפי אלו שנולדו מחוצה לה.

51. בשנת 2001 החלו המשיבים לגבות אגרה עבור מתן תושבות לילדים שלא נולדו בישראל: קו המחשבה היה שילדים שנולדו בישראל מקבלים את מעמדם מכוח הדין, כששר הפנים הוא רק מעין "בורר"

שמקבל החלטה אם המעמד הנכון הוא מעמד האם או מעמד האב. ילדים שנולדו מחוץ לישראל, לעומת זאת, מקבלים את מעמדם בדרך של הענקה, לפי סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל. הליך זה (להבדיל מההכרעה על-פי הסיפא לתקנה 12) כרוך באגרה.

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

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

הצדדים הגיעו ביניהם להסדר הבא:

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

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

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

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

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

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

[...]

ניתן תוקף של פסק דין להסכמתם...

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

54. הנה כי כן, גם בנוגע לילדים שנולדו מחוץ לישראל הדין, כפי שנהג עד שנת 2002, הוא שהם זכאים לתושבות קבע בישראל, ובלבד שהוכח מרכז חיים בישראל. האבחנות היחידות ביניהם לבין ילדים שנולדו בישראל הן שבעניינם הוחלט לאחרונה כי מדובר ב"איחוד משפחות" (כלומר בהליך לפי סעיף 2 לחוק ולא לפי תקנה 12), ושתושבות הקבע מוענקת לאחר שנתיים, במהלכן ניתן מעמד של תושבות ארעית.

הטיעון המשפטי

55. הוראת השעה חותרת תחת עקרונות יסוד של שיטתנו המשפטית ותחת אושיותיה של כל חברה אנושית. היא מנוגדת למושכלות ראשוניים בדבר האחריות שנושאים הורים כלפי ילדיהם וכן אחריות המדינה באשר לטובתם של ילדים. היא פוגעת בילדים והוריהם התושבים באופן קולקטיבי וגורף

ומפלה על בסיס לאום. המשיבים לא הצליחו להוכיח כי הוראת השעה, לפחות ככל שהיא חלה על ילדים, הינה לתכלית ביטחונית. בחינתה אינה משאירה כל ספק באשר לתכליתה הדמוגרפית, המעידה על חוסר תום הלב בה נוצרה.

56. גישה סלחנית כלפי החוק תנקוט כי מדובר בחוק הפוגע במשפחות ובילדים פגיעה שאיננה מידתית. גישה ריאלית יותר מביאה למסקנה שהחוק איננו חוקתי על שום הפגיעה בזכויות היסוד של הורים, תושבי המדינה וילדיהם, כי החוק אינו משרת תכלית ראויה כלשהי, והוא מיועד לקדם מטרות פסולות הנגועות בגזענות.

הפרת זכויות יסוד של האדם

הזכות לחיי משפחה וזכותם של ילדים להגנת החברה

57. לעותרת, תושבת מדינת ישראל, זכות לחיות בבטחה עם ילדיה בישראל, כאשר מעמד המשפטי הקבוע מוסדר. זכות זו נובעת מזכותה של העותרת, בהיותה תושבת קבע של מדינת ישראל, כמו גם מזכות היסוד שלה כאם, כי לא יימנע ממנה ע"י מדינתה להגן על ילדיה ולהעניק להם את המרב שביכולתה. על המדינה מוטלת החובה הברורה והטבעית לא רק שלא למנוע פגיעה שכזו, כי אם להגן באופן אקטיבי על האדם מפני פגיעה ביכולתו להעניק לילדיו את ההגנה לה הם זקוקים.

58. המשיבים מתעלמים מעקרון טובת הילד, לפיו כל עוד הוא קטין וכל עוד הורה מתפקד כראוי, טובת הילד מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו. הסירוב לרשום את הילד כתושב ישראל, כאשר הורה תושב ישראלי שמקום מגוריו בישראל, משמעו – לכפות פירוד על הילד מהורהו, לפגוע בהתפתחותו ולהתערב בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. לחלופין, יישאר הילד בלידת ברירה עם הורהו בישראל, אך ללא מעמד יציב וברור, כל עוד קשיי החיים ללא מעמד לא יכניעו את המשפחה.

59. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בעניין חשיבות התא המשפחתי וגבולות חוקתיים על התערבות המדינה בקיומו, ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235-236:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקית טבעית וראשונית, בבחינת הקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד לח (1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראו ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית'. (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (3) 421, בעמ' 434).

60. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

61. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221), אותה אישררה מדינת ישראל עם כמעט כל אומות העולם, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...].

ר' עוד סעיפים 1, (1)3, 4, 5, 7, (1)9, סעיף 10(1) לאמנה. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטיין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא שמגר); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר). מן הדין שהמשיבים יפעילו את סמכויותיהם בהתאם לטובת הילד כפירושה בהוראות האמנה. ר' עוד סעיפים 24 (1) ו-17, 23, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

חובות ההורה כלפי ילדיו – חובת המדינה כלפי נתיניה

62. חובת ההורה כלפי ילדיו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, שכותרתו תפקידי ההורים, קובע:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין ... וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

סעיף 323 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע:

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלמו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

וראו עוד סעיף 373 לחוק.

63. החוק המוצע מונע מההורה לפעול בהתאם לחובותיו כלפי ילדיו. בכך, תהפוך מדינת ישראל הורים לעבריינים בעל-כורחם. חמור מזה: החוק מסכל את הכלי החברתי המרכזי להגנת גופם, חייהם וכבודם של הילדים.

הזכויות הנפגעות – זכויות חוקתיות

64. הזכות לחיי משפחה כרוכה ומשולבת בזכויות היסוד של האדם – לכבוד, לחירות ולפרטיות. כחלק אינטגרלי מהזכות לכבוד האדם, כך גם זכותו של קטין לחיות עם הוריו כמשפחה מאוחדת וזכותו של הורה לחיות עם ילדו:

בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הוייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו (ע"א 7155/96 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נא (1) 160, 175).

65. כפי שראינו, הפגיעה בילדים, עלולה להיות בעלת השלכות נפשיות ובריאותיות קשות. להוראת השעה יש, אם כן, גם השלכה על זכותם של הילדים לשלמות גופם, במובן של הזכות שהמדינה וההורים יגנו עליהם ויבטיחו את התפתחותם הנפשית והגופנית התקינה בשנות הילדות.

הזכות לשוויון

66. בשלילת שיקול הדעת משר הפנים בנושא הסדרת מעמדם של ילדי התושבים, נוקטים המשיבים בדרך של אפליה פסולה ונוהגים על פי מדיניות של איפה ואיפה בין תושבי ישראל בני הלאום הערבי הנשואים לזרים לבין שאר תושבי ישראל, המתגוררים בישראל ומחוץ לגבולותיה המוניציפליים של ירושלים. בהקשר זה יש להדגיש כי מעמדם של אלה איננו נרכש בשל הגעתם והתיישבותם בישראל מבחירה חופשית (דוגמת צליינים, הכושים העברים וכו'). אמנם בעניינם של תושבי ירושלים המזרחית חל חוק הכניסה לישראל, אולם הללו לא נכנסו לישראל, ולא הגיעו כמהגרים, כי אם גרו בביתם בירושלים מדורי דורות. מדובר באנשים אשר בשנת 1967 מדינת ישראל הפכה אותם לתושבים. מבחינה זו, הסטטוס הממשי שלהם והיעדרו של סטטוס ממשי אחר מזכה אותם בזכויות אזרחיות ממש כפי שאלו ניתנות לאזרחים³.

67. כאשר הוחלו החוק והמשפט הישראלי על ירושלים המזרחית, הוחל עמם גם עקרון השוויון ועקרון כבוד האדם וחירותו. בבוא המשיבים לחוקק חוק הנוטל מהם את הסמכות להסדיר מעמדם של ילדים במרשם האוכלוסין הישראלי, חייבים היו לתת את המשקל הראוי לזכותם של תושבי ירושלים המזרחית לשוויון עם שאר תושבי המדינה, ולהשוות את זכותם להעניק מעמד לילדיהם לזכותם זו של שאר תושבי המדינה, למשל אלו שלא נשואים לתושבים זרים, שילדיהם נולדו מחוץ לישראל. הוא הדין לעניין שאר זכויות היסוד של האדם בישראל.

68. הזכות לשוויון, שהחוק פוגע בה, מעוגנת בזכות החוקתית לכבוד:

[...] **כבוד האדם מבוסס על התפיסה כי כל בני האדם שווים** [...]

אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 319

69. נזכיר, כי בעת"מ ג'ודה לעיל הודיעו המשיבים כי הליך הסדרת מעמד של ילדים שנולדו מחוץ לישראל יארך שנתיים, במהלכן יוסדר מעמד הילדים באמצעות רישיון לשיבת ארעי. ודאי, אפוא, שלא ניתן להפלות בין ילדי התושבים שנולדו בשטחים לעומת אלו שנולדו למשל, בירדן, בכווית או בארצות הברית, על בסיס מקום לידתם בלבד.

70. עקרון השוויון אוסר על המשיבים להפלות את הילדים נשוא עתירה זו ביחס לילדים אחרים תושבי ישראל, מטעמי לאום ומעמד. היעדר חקיקה ראשית ומשנית עד לחוק האזרחות והכניסה לישראל באשר לזכות הילדים לקבל מעמד, והיות ההליך ממילא מסורבל, מסובך, יקר ומשתנה תדיר – כל אלה מהווים אפליה פסולה.

³ על פי חוק הכניסה לישראל ישנה הבחנה בין תושבים לאזרחים במספר מוגבל של נושאים: הזכות להצביע בבחירות לכנסת, תלות המעמד במקום המגורים בפועל, כך שהמעמד "פוקע" אם התושב אינו מנהל מרכז חיים בישראל תקופה של כשבע שנים, השוני במסמכי הנסיעה וכן הליך הענקת המעמד לילדים. עד כה, לא הוטל ספק בעצם היכולת להעניק מעמד כזה. החוק החדש מבקש להסיר כל ספק בדבר אי האפשרות להעניק מעמד.

הפגיעה בזכויות: למטרה לא כשרה

71. הקפאת רישום הילדים נעשתה במסגרת מדיניות שמטרתה המוצהרת היא כביכול הצורך להיזהר בהכנסת זרים לישראל בשל האיום הביטחוני, וקו הסברה זה נמשך גם כבסיס לחוק האזרחות והכניסה לישראל. ברור שטעם זה אינו עומד למשיבים כאשר מדובר בילדים קטינים של תושבים, אשר לא להם ולא להוריהם מיוחסת מסוכנות ביטחונית. על פי החוק, אין למשיבים סמכות לברר אם קיים איום כלשהו מרישום הילד, שכן הוא פשוט נמנע מרישום ילדים, כתושבי קבע או כבעלי מעמד בכלל, מבלי להפעיל שיקול דעת.

72. בסעיף 40 לסיכומי המדינה מסבירה ב"כ המשיבים מדוע תכלית החוק היא ראוייה בזו הלשון:

תכלית ראוייה: אין פוגעים בזכויות אדם, אלא בדבר חקיקה שנועד לתכלית ראוייה. כפי שצינו בראשית דברינו, תכליתה של הוראת השעה, כמו גם של החלטת הממשלה שקדמה לה, הינה הגנה על הזכות לחיים, אשר הינה זכות יסוד בסיסית של כל פרט ופרט בישראל. כמוזכר לעיל, קדושת החיים הינה עקרון יסוד המנחה את תפיסתנו בדבר כיבוד זכויות האדם במדינת ישראל והזכות לחיים, הנגזרת מקדושת החיים, הינה זכות יסוד בסיסית הזוכה להגנה רחבה בחוק היסוד.

73. מהחוק והסבריו, עולה המסקנה האיומה, לפיה מדינת ישראל סבורה כי מילדיהם הקטינים של תושבי מדינת ישראל נשקפת סכנה לזכות לחיים של אזרחי המדינה. סכנה המצריכה שלילה בחוק של סמכות שר הפנים להפעיל שיקול דעת באשר להענקה לילדים מגיל 0-14, תושבות קבע ובאשר להענקה לילדים שגילם מעל 14 מעמד בכלל. עם זאת, תוך הפעלת הגיון הפוך לזה האמור, אין המשיבים חוששים ממסוכנות שתיווצר מהילדים עקב שהייתם בישראל, אלא רק ממתן מעמד קבוע או כזה המגלם בחובו זכויות.

המשיבים אינם מבססים את טענתם בדבר מסוכנות ביטחונית הנשקפת מילדים

74. כיצד הוכיחו המשיבים מדוע נחוץ חוק כה קשה בתוצאותיו? הם לא הוכיחו זאת.

75. בפרק בו מוסרת ב"כ המדינה את הנתונים שעל יסודם חוקק החוק, אין אנו רואים אפילו רמז לזיקה שקבעו המשיבים בין טעמיו הביטחוניים של החוק והצורך בהחלתו על ילדי תושבי ירושלים המזרחית.

76. בסעיף 37 לתשובת המדינה מיום 6.11.05 מתייחסת ב"כ המדינה לראשונה מאז 2002, למסוכנות הביטחונית הנובעת מקטינים, בזו הלשון:

גם קטינים מעורבים בעימות המזוין בין הפלסטינים לבין מדינת ישראל. בשנים האחרונות, מעל 30 קטינים בין הגילאים 12 עד 15 היו מעורבים בפיגועי טרור. מתוכם, עשרה קטינים היו מעורבים בפיגועי התאבדות. עם זאת, יצוין כי 24 מן הקטינים שהיו מעורבים בפיגועי טרור היו בין הגילאים 14 עד 15, 7 מתוכם היו בין הגילאים 13 עד 14, ושניים מתוכם היו בין הגילאים 12 עד 13.

התייחסות יחידה זו של המשיבים לנושא מסוכנותם הביטחונית של קטינים, אינה נוגעת לעינינו. המשיבים מביאים כדוגמא מתעתעת את מספר הקטינים שהיו מעורבים באירועים ביטחוניים מכל רחבי השטחים. העותרים לא טענו לרגע כי יש להעניק מעמד בישראל לילדים פלסטינים תושבי

שטחים. ודוקו: בשום מקום לא מציינים המשיבים כי מי מהקטינים הנ"ל הינו ילדו של תושב קבע של מדינת ישראל מירושלים המזרחית, אשר קיבל מעמד בהליך איחוד משפחות ולמעשה אינם מראים ולא בדל נתון בדבר מסוכנותם של אלה.

77. בסיכומיהם מסבירים המשיבים מיהי קבוצת הסיכון לביטחון המדינה, לאמור, תושבי שטחים, שנישאו לישראלים, בטווח הגילאים שבין 18 ל-35. בסעיף 19 לסיכומיהם, מוסרים המשיבים מספר דוגמאות למקרים בהם פגעו בני זוג שלקחו חלק בהליך איחוד משפחות בביטחון המדינה. נתוני המשיבים, כמו גם הדוגמאות הפרטניות שהביאו, מדברים על בני זוג של אזרחי ישראל. אין בהם כל מידע אודות בני זוג של תושבי ירושלים המזרחית. יש לזכור שהליך איחוד המשפחות בעניינם שונה מזה של אזרחים, ארוך ומסובך יותר בדרישותיו. לא במפתיע, אין בדוגמאות או הנתונים כל מידע המעיד על מסוכנותם של ילדי התושבים.

78. יתר על כן, מתשובות מר דני גבע, נציג השב"כ בועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת עולה כי לא נשקפת מקטינים כל בעיה ביטחונית. להלן חלקים סהרוריים מדיון ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 11.7.05, המתייחסים לנושא:

דני גבע:

ההצעה המקורית דיברה על מצב שבו לא כללו את הילדים עד גיל 12. אני לא אחזור על דברים שנאמרו אבל בסופו של דבר הם הוחרגו בעצם מהצעת החוק המקורית והיום ההחרגה התרחבה עוד יותר באופן כזה שכולם מקבלים, אני חוזר על זה ואני אחזור על זה גם עשר פעמים, מגיל אפס עד 18, הם מקבלים אפשרות להימנע מהפרדה מהוריהם.

יוכי גנסי:

הם מדברים על זכויות סוציאליות, זו שאלה נפרדת.

דני גבע:

ברגע שהילד הזה שמבקש היתר שהייה בישראל מקבל היתר שהייה, הרי אין יותר בעיה ביטחונית, אז הוא נכנס, מקבל היתר, מה ההקשר הביטחוני?

[...]

מירי פרנקל-שור (היועצת המשפטית של ועדת הכנסת – ע.ל.):
אז עכשיו השאלה היא מדוע ההפרדה של 12? בעצם מה שצריך להיות, אם קטין אז קטין עד הסוף.

יוכי גנסי:

בהיבט הביטחוני.

[...]

מירי פרנקל-שור:

יכול להיות שיש מקום שהקטין שעבר יעלה מגיל 12 לגיל 16. השאלה שמופנית אליכם היא, מדוע אתם מצאתם לנכון את ההפרדה של גיל 12, והתשובה לא יכולה להיות מכיוון ש-12 נתנו

בהוראת השעה המקורית מכיוון שאם אתה כבר בא ועושה את זה, מדוע הרף נקבע לגבי גיל 12? מה הרציונל של הדבר הזה?

היו"ר גאלב מג'אדלה:

מההיבט הביטחוני. דני בבקשה.

דני גבע:

אנחנו ראינו בנקודה הזאת שהאיש מקבל את מבוקשו בעצם וכאן נפתרת הבעיה הביטחונית משום שברגע שהוא מקבל היתר, הוא לא מהווה יותר סיכון.

עמ' 31 לפרוטוקול <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2005-07-11.rtf>

79. כמו כן, בדיון ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 25.7.05, חשף יו"ר הועדה חה"כ מג'אדלה את תוכן שיחתו עם "הגורמים המוסמכים" בנושא, כדלקמן:

היו"ר ר'אלב מג'אדלה:

בסוף שבוע שעבר שוחחנו בטלפון בעניין הזה. לאחר שהכנסנו לפניה את כל מי שהשתתף בשיחה, בשורה התחתונה הובהר שזה שאלה כספית. התעקשו שזה חוק שתכליתו ביטחונית, אבל אמרו: בסעיף הזה – לא. זה כספי. באותן שיחות התעוררו ויכוחים ונאמר באופן ברור ביותר: זכויות סוציאליות זה כסף. אגב, ראש השב"כ אמר שהסעיף הזה לא נוגע אליו, כי זה זכויות סוציאליות, זה כסף.

עמ' 17 לפרוטוקול <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2005-07-25.rtf>

80. בדיון הפותח של ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת בעניין התיקון לחוק מיום 26.6.2005 נשאל היועץ המשפטי לממשלה ע"י הח"מ מהי ההצדקה הביטחונית להחלת החוק על ילדים. היועץ המשפטי לממשלה כמו גם, כל הגורמים מטעם המשיבים בשיבות הנוספות, לא ענה על השאלה, אך טען לגבי תכלית החוק:

אני הבנתי שהדיון הזה הוא דיון שנועד להערות כלליות, ולכן אני לא אתייחס בשלב הזה להערות כלליות לפרטי החוק. נקודה מרכזית שעלתה בדיון הזה, היא התכלית של החוק. השאלה היא, האם היא תכלית דמוגרפית או תכלית ביטחונית. הנושא הזה ליווה את חקיקת החוק גם באוגוסט 2002, כאשר ראש השב"כ היה כאן והתקיימו דיונים ארוכים.

אני ציינתי בראשית הדיון, כי החוק הזה הוא חוק בעייתי גם אחרי התיקון שלו, וכל זה בהנחה שהוא חוק ביטחוני. אני לא עושה לעצמי חיים קלים. אם הייתי בטוח שהחוק הוא לא חוק ביטחוני, התשובה שלי היתה מאוד פשוטה לגבי התוקף של החוק הזה. הנושא הזה עומד לדיון בפני בג"צ בהרכב הרחב ביותר שנעשה אי פעם, 13 שופטים, כאשר 6 עתירות תלויות ועומדות. הנושא העיקרי המרכזי בדיון שנערך בבג"צ, הוא תכלית החוק. אני מכבד את ההבנה והתפיסה של כל אחד את תכלית החוק, אבל אנחנו חייבים לצאת מההנחה שזה היה התהליך בעת חקיקת החוק. היוזמה לעשות את ההגבלות האלה היתה של מערכת הביטחון. ההנמקה היתה ביטחונית, והוראות החוק עוצבו

מתוך שיקולים ביטחוניים. אם יוכח שאלה לא השיקולים, כל התמונה תשתנה.

עמ' 13 לפרוטוקול <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2005-06-28-01.rtf>.

81. ומהי אם כן התמונה האמיתית?

תכלית דמוגרפית

82. יש לומר ללא כחל וסרק את האפשרות היחידה העולה בדעת העותרים, להכללת ילדי התושבים בחוק: רצונם של המשיבים לשמור על מאזן דמוגרפי של רוב יהודי. על רצון זה ניתן ללמוד מפרסומים רבים בעיתונות ומהתבטאויות ציבוריות, אותם לא ניסו המשיבים 1 ו-2 להסתיר, כמו גם מהמצגת שהביאו בפני הממשלה ערב ההצבעה על החלטה 1813.

83. במצגת זו מוכיח מינהל האוכלוסין כיצד "זרים בעלי לאום ערבי" מתרבים ומתעצמים, מולידים ילדים רבים (10-12 ילדים לזוג), "פוטנציאל הגידול" שלהם עצום ורב, גם צאצאיהם מתחתנים ואלה יקבלו מעמד חוקי בישראל, וכך הלאה וכך הלאה. התפלגות הדורות עד נכדים ושילשים מתוארת בדיאגרמות המדברות בעד עצמן - ובסיומן חישוב כספי.

84. נוסף לכותרות גזעניות ממין "חבר מביא חבר" (עמ' 13 למצגת) מלמדת המצגת בפרק ששמו "מעט מהתקציב לאן? והתמורה?!" "כמה עולה לנו רק קצבת הילדים?" (הדגשה במקור – ע.ל.). לשכת מינהל האוכלוסין מגיעה לתוצאה של 3.3 מילארד ₪ ב-10 שנים! (בעמ' 16 למצגת).

85. בולטים החישובים המדוייקים שהביאו המשיבים אודות כספי המוסד לביטוח לאומי המבוזבזים על ערב רב ומתרבה, לעומת היעדר נתונים ביטחוניים ואחרים שהתבקשו.

מצגת מינהל האוכלוסין על בסיסה הצביעה הממשלה בעד החלטת הממשלה 1813, צורפה כנספח ע/32 לעתירה. לנוחות בית המשפט מצ"ב למסמך זה עמ' 13 ו-16 מהמצגת, הנזכרים כאן – ויסומנו ה.

86. מסבירים לנו כי תכלית החוק הינה ביטחונית בלבד. המצגת המתוארת, הובאה לממשלה על מנת לשכנע את חבריה להצביע בעד החלטת הממשלה 1813, שהפכה בהמשך לחוק דנן. מסקנות המצגת הם עצירת הליך איחוד המשפחות. לאור היעדר נתונים ביטחוניים מחד, ותוכן המצגת מאידך, לא ניתן להכחיש, כי שיקולים כספיים ושיקולים דמוגרפיים, כמו גם גזענות לשמה, הם עיקר התכלית שבבסיס מדיניות המשיבים.

87. לא עולה על הדעת, אם כן, ששיקולים דמוגרפיים וכספיים יפגעו בזכותם הבסיסית של העותרים ותושבים רבים אחרים במצבם להסדרת מעמד ילדיהם ולקבלת זכויות סוציאליות.

תכלית זו אינה תכלית ראויה, והיא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל.

המשיבים נוהגים בחוסר תום לב

88. הכללת ילדי התושבים בחוק, שמה ללעג את טענת ממשלת ישראל לפיה החוק נועד לצרכים ביטחוניים בלבד.

89. המשיבים עמעמו בתגובותיהם השונות לבית המשפט הנכבד, בהן התיימרו להציג ולהסביר את החוק, את היבטי החוק המתאימים לילדים. בתגובות, סיכומים ותשובות מאת המשיבים אין כל הסבר, הבהרה או נתונים לגבי החלת החוק על ילדים. לאורכם ורוחבם של סיכומי המשיבים חוזרת שוב

ושוב באת כוחם ומספרת על הסיכון הנשקף מבני זוג, על כך כי לבן זוג זר אין כל זכות מוקנית למעמד בישראל, וכי איסור על מתן מעמד לבני זוג של ישראלים שהם תושבי שטחים אינו מהווה הפליה. ב"כ המשיבים אינה מתייחסת להשלכות החלת החוק על ילדים אל מול הטעמים לנחיצות החוק ואינה מזכירה כלל כי הסבריה אודות חוקתיות החוק אינם מתייחסים רק לבני זוג, כפי שמוצג, אלא גם לילדים קטינים.

90. בדיוני הכנסת מסר נציג השב"כ את הברור, הוחלט להתיר את שהיית הילדים בישראל משום שהם אינם מנועים ביטחוניית. וכך כלשונו: "ברגע שהילד הזה שמבקש היתר שהייה בישראל מקבל היתר שהייה, הרי אין יותר בעיה ביטחוניית, אז הוא נכנס, מקבל היתר, מה ההקשר הביטחוני?" (ר' פרוטוקול הדיון בכנסת מיום 11.7.05).

91. השופט שמגר מתאר בפס"ד לוגסי מהי התנהגות שלא בתום לב מצד הרשות:

[...] **כאשר הרשות הנותנת את הטעם, המהווה הסוואה או כיסוי חיצוני לכוונה הנסתרת האחרת, יודעת אל נכון, כי אין זהות בין הדברים שבפה לבין אלו שבלב. הרי לפנינו דוגמא אופיינית להעדר יושר או מירמה.** (פס"ד לוגסי לעיל, בעמ' 459).

בענייננו המטרה הזרה, הצינית, העומדת בבסיס החלטת המשיבים, גלויה על פניה ודומה כי אף לא נעשה ניסיון להסוותה.

הפגיעה בזכויות: בלתי-מידתית - בחירת האמצעי היותר פוגעני:

92. איש אינו כופר בסמכותם ובחובתם של המשיבים לבדוק כל בקשה המונחת לפניהם, ולסרב לאשרה אם נשקפת מן המבקש סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור (ר' עניין סטמקה, בעמ' 787-788; בג"צ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד נח(1) 139, 143-144). ואולם, החלטה גורפת, שלא לאשר בקשות כלל, באשר המבקשים הם הורה תושב המדינה וילדיו הקטנים, פוגעת בזכויות היסוד של התושבים במידה הקשה ביותר האפשרית.

החובה להפעיל שיקול דעת בעת החלטה על רישום ילד

93. כפי שראינו, ההסדר שקדם להחלטת הממשלה ולחוק, לא היה הסדר המעניק מעמד אוטומטי בישראל לילדים של תושבי ישראל. הן במקרה של ילד שנולד בישראל והן במקרה שנולד מחוץ לה, הענקת התושבות היתה כפופה לשיקול-דעת של שר פנים ו"להליך רישום הילדים" כפי שתואר לעיל.

94. נניח לצורך הטיעון, שישנן מטרות שיכולות להצדיק סינון בנוגע לילדים שיקבלו מעמד קבע בישראל (למשל, ברוח פסק-הדין בעניין קרלו לעיל). כבילת שיקול-הדעת של המשיבים, באופן שאף ילד מעל גיל 14 לא יוכל לקבל מעמד בישראל בשום מקרה, וילדים שגילם נמוך מ-14 יקבלו מעמד ארעי בלבד, מהווה בחירה באמצעי קיצוני, שפגיעתו הרבה מעבר לנדרש.

95. האמצעי של כבילת שיקול הדעת הוא אמצעי העומד גם בניגוד לתפיסות יסוד של המשפט. הרשות המינהלית חייבת לשיקול באופן ענייני בקשה להפעיל סמכות שברשות הנתונה לה, ולעשות בה שימוש בסבירות, במידתיות, בתום לב, ללא שרירות, מבלי שנשקלים שיקולים זרים ותוך מתן משקל ראוי לזכויות היסוד ולעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית (ראו רענן הר זהב, המשפט המינהלי

הישראלי (תשנ"ז-1996), בעמ' 103-109, 435-440, והאסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 3648/97 ביג'לבהן פטל ו-31 אח' נ' שר הפנים ו-3 אח', פ"ד נג (2) 728, בעמ' 770).

חובה זו של הרשות היא מיסודות המשפט המינהלי ומצאה את ביטויה בפסיקה גם בהקשר של מתן המעמד לילדים. ראו בג"ץ 48/89 עיסא נ' מינהלת הלשכה האזורית ואח', לעיל.

כבילת שיקול דעתן של הרשויות משמעה לאלץ אותן לפעול בשרירות.

96. חוק המחייב את הרשויות לפעול בשרירות, את המשיב להיות "רשע ברשות התורה" הוא חוק החותר תחת יסודות המשפט המינהלי, תחת העיקרון הבסיסי של אחריות אידיודואלית, חוק "עוקף בג"ץ" מהסוג הגרוע ביותר. חוק שכזה דינו אחת: להתבטל.

סנקציה קולקטיבית – אבות אפילו לא אכלו בוסר שיני בנים תקהנה

97. בהכללת הבקשות לרישום ילדים בקטגוריית הבקשות לאיחוד משפחות, על מנת שניתן יהיה להקפיא את הטיפול בהן, מסמן החוק בשרטוט גס אוכלוסייה שלמה, על בסיס לאומי, ומטיל עליה גזירה איומה וגורפת, ללא אבחנה ומבלי להפעיל שיקול דעת. מדובר למעשה בסנקציה קולקטיבית על מאות ואולי אלפי ילדים⁴, על לא עוול בכפם.

98. עמדתם זו של המשיבים מענישה באופן גורף ילדים והורים. החוק פוגע בילדים פגיעה קשה מנשוא. עם זאת, הגזרות שגלומות בו, אינן נובעות ממעשיהם או מחדליהם של מי מהעותרים הקטינים או ילדים אחרים במצבם, ואינן קשורות אליהם בכל דרך שהיא.

הפגיעה בזכויות היא בלתי מידתית במובן הצר

99. ראינו את היקף הפגיעה בעותרים. המקרה של העותרים הוא אחד מרבים. מה, למשל, דינו של ילד, בנה של תושבת ישראל ותושב השטחים, שהיה גר בשטחים אך בגיל 14 התייתם מאביו, והוא ואמו חזרו לגור בישראל! הלוא גם ילד זה – לא ניתן יהיה להעניק לו מעמד לפי החוק.

100. פגיעתו של החוק בילדים ובמשפחות היא קשה וודאית. היא מקיפה את כל תחומי החיים. היא מונעת את עצם החיים של ילד עם הורה. יש בה משום לחץ על תושבי ישראל הנשואים לתושבי שטחים להפר את החוק או להגר. היא כרוכה באפליה, וככזו היא משפילה עד עפר.

101. ילדים אשר אינם רשומים כתושבים במרשם האוכלוסין, אינם זכאים לביטוח בריאות על פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994. הוריהם, על אף היותם תושב המדינה, אינם זכאים לזכויות סוציאליות כגון קצבת ילדים ונכות.

102. תכליות החוק, לעומת זאת, פסולות, ולכל היותר עמומות, היפותטיות ומסתוריות. ההנחה שילד בן 14 עשוי להפוך בעתיד למפגע מסוכן שינצל לרעה את תושבותו, אינה רק הנחה היפותטית ולא מבוססת, אלא יש בה משום שיפוט מוקדם, משפיל ומרושע.

103. האיזון בין התכליות המפוקפקות של החוק לבין הזכויות היסודיות שהוא פוגע בהן נוטה באופן ברור לקביעה, שהפגיעה בזכויות היא לפחות בלתי-מידתית.

⁴ המשיבים התעלמו מבקשות העותרים, במהלך הליך חקיקת החוק בכנסת הן בשנת 2003 והן בשנת 2005, לפרט כמה ילדים מדובר. לכן, נאלצת העותרת 6 להתבסס על הערכתה הנובעת מתיקי המוקד להגנת הפרט ופניות הציבור.

החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד

104. הליך החקיקה של החוק נגוע גם בפסול, שהוא לכאורה פרוצדוראלי, אך קשור בטבורו לפסול המהותי שבחוק. החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002 (להלן – **החוק לציון מידע בדבר זכויות הילד**) מחייב פרוצדורות מיוחדות בחוקים שיש להם השפעה על גורלם של ילדים. עיקרו של החוק מצוי בסעיפים 2 ו-3 לחוק.

בסעיף 2 לחוק נקבעה מטרתו:

מטרת חוק זה לחייב את חברי הכנסת ואת הממשלה, לבחון, במהלך הכנת הצעת חוק לקריאה ראשונה, את השפעת הצעת החוק על זכויותיהם של ילדים, ברוח עקרונות האמנה. [אמנת האו"ם בדבר זכויות הילד - ע.ל.].

105. כפי שהוסבר בפירוט בעתירה, השפעת הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל על ילדים לא נבחנה במהלך הכנתו לקריאה ראשונה. המשיב 1 אף לא הזכיר פגיעה כזו כאשר הציג את החוק במליאה טרם נערכה ההצבעה בקריאה ראשונה.

בסעיף 3 לחוק נקבע כי:

בדברי ההסבר של הצעת החוק לקריאה ראשונה, שעל פניה נראה שכרוכה בה, במישרין או בעקיפין, השפעה על זכויותיהם של ילדים יצוינו אלה לפי העניין:

(1) קיומה של פגיעה או קיומו של שיפור הנוגעים לזכויותיהם של ילדים והיקפם, לרבות תנאי חייהם והשירותים המוקנים להם;

(2) הנתונים והמידע שישמשו לקביעת האמור בפסקה (1), אם ישנם.

106. השפעת החוק על ילדים לא נבחנה גם בהמשך הליך החקיקה ואף לא במהלך חקיקת התיקון לחוק, שנעשתה ביולי 2005, למעלה משלוש שנים מאז החלו המשיבים במדיניות שהפכה לחוק. בישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 29.7.03 התייחסה היועצת המשפטית לוועדה לחוק, לאמור:

[...] יש חוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד. ... סעיף 3 להצעת החוק קובע שבדברי ההסבר של הצעת חוק לקריאה ראשונה, שעל פניה נראה שכרוכה במישרין או בעקיפין השפעה על זכויותיהם של ילדים, יצוינו אלה לפי העניין, ויש כאן התחלה של רשימה.

הצעת חוק ממשלתית מגיעה לכנסת בפעם הראשונה, בקריאה ראשונה, למליאת הכנסת. כשמונח הכחול על שולחן הכנסת, חובתה של הממשלה לכתוב בדברי ההסבר את ההשפעות העקיפות והישירות שיש להצעת החוק.

לגבי חברי כנסת, או שהם עושים את זה בקריאה טרומית או שההצעה יורדת לוועדה, וכשהוועדה מכינה את הצעת החוק לקריאה ראשונה, חובתה של הוועדה להתייחס, כמו חובתה של הממשלה, בדברי ההסבר להשפעה עקיפה או ישירה על ילדים. [בפרוטוקול נכתב, כנראה בטעות, "ישירה על חברי הכנסת" – ע.ל. - שם בעמ' 5].

**הוספתי ואמרתי בישיבה הסגורה, שאם לא כתבה הממשלה את
ההשפעה על ילדים בדברי ההסבר, יש אפשרות לרפא את הפגם.
שיציגו עכשיו אנשי הוועדה בפני ועדת הפנים של הכנסת, מה
ההשפעה הישירה או העקיפה וכך לא צריך להחזיר את החוק
לקריאה ראשונה במליאת הכנסת.**

107. דברי היועצת המשפטית לוועדה כמו החוק עצמו זכו להתעלמות בלבד. בדברי ההסבר לחוק אין זכר לפגיעה בילדים שתיגרם כתוצאה ממנו. דבר הפגיעה בילדים הוזכר על-ידי חברי כנסת ונציגי ארגוני זכויות אדם במהלך הדיונים בוועדה, אך לא על-ידי מציעי החוק. כל שעשו הללו היה לאשר במהלך דיוני הוועדה כי אכן החוק יחול על ילדים, אך הכחישו כי תיווצר פגיעה – והרי היכן שאין זכות אין פגיעה בזכות. (ראו דברי היועץ המשפטי לממשלה, עו"ד מזוז המצוטטים בסעיף 83 לעתירה) מציעי החוק מטעם משרד הפנים ומשרד המשפטים נמנעו מלספק נתונים ומידע בנושא ושאלות בנושא שהועלו על-ידי חברי כנסת ומוזמנים לוועדה נותרו ללא מענה.

סיכום

108. העוול והחרפה בהם נגוע החוק זועקים לשמים. גם מבלי להזדקק לטיעונים משפטיים, הרי שעל כך מורה צו האנושיות. ילדים מקומם עם הוריהם. המשיבים גוזלים מהורים, תושבי מדינת ישראל, את הבסיס שבבסיס – הזכות לדאוג לילדיהם, אשר גלומה בזכות להוריש להם את מעמדם הם. אכן, כשמדובר בתושבי קבע, אשר אינם אזרחים, אין מדובר במעמד המוקנה מתוקף לידה וישנה תלות במקום בו מתנהל "מרכז חי" המשפחה. לאורך השנים, עשו המשיבים מאמצים שנועדו לסבך את הליך הקניית המעמד לילדים, עד שמצאו את הפתרון האולטימטיבי - לאסור על הקניית המעמד על פי חוק. זאת, מטעמים ביטחוניים. מדינת ישראל הכריזה על ירושלים מאוחדת ועל תושבי ירושלים המזרחית שהתגוררו בחלק שאוחד, כעל תושבי המדינה. חבל רק, שלתושבים אלה נולדים ילדים וגם להם יש להקנות מעמד.

109. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד לבטל את חקיקתה המביישת של מדינת ישראל. מעשה נורא זה של המדינה אינו יהודי ואינו דמוקרטי ומהווה הפרה בוטה של אחריות המדינה לילדיה – ילדיהם של תושבי המדינה.