

בבית המשפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5724/06

בעניין: **ח.ע.**

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ו/או תמיר בלנק
(מ.ר. 30016)

מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269

טל': 6222808 - 02; פקס: 5214947 - 03

העותרים

- נ ג ד -

1. שר הפנים

2. אלוף פיקוד דרום

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רחוב צלאח אלדין 29 ירושלים

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי ובקשה לדיון מוקדם

מוגשת בזאת עתירה לצו על תנאי המורה למשיבים לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יסדיר המשיב 1 את מעמדו של העותר בישראל כתושב קבע, בהתאם לנהלי המשיב עצמו ולהבטחה מינהלית מפורשת שניתנה לעותר.
- ב. למצער, מדוע לא יסדיר המשיב 1 את מעמדו בישראל של העותר על פי רישיון לישיבת ארעי.
- ג. מדוע לא יערוך המשיב לעותר שימוע על מנת לבחון את נסיבותיו ההומניטאריות.
- ד. מדוע לא יתיר המשיב 1 לעותר להיכנס לישראל, באופן זמני, מנסיבות הומניטאריות, לפרק זמן קצוב.

עניינה של העתירה

1. העותר שמוצאו מעזה התגורר בישראל במשך 30 שנה, כעשרים שנה מתוכם עם בן זוגו הישראלי. משנת 1996 לקחו העותר ובן זוגו חלק בהליך איחוד משפחות מתוקפו היה העותר זכאי לתושבות קבע כבר בשנת 2000. אולם עקב הפלייה הנובעת, ככל הנראה, מנטייתם המינית של בני הזוג לא קיבל העותר את המעמד המובטח. בשנת 2002 נאלץ בן זוגו של העותר לצאת לצרפת מסיבות אישיות בלתי צפויות ומאז לא חזר. בנסיבות אלה נשאר העותר ללא מעמד בישראל. בחודש שעבר יצא העותר לעזה לביקור אצל משפחתו ומאז נאסר עליו לחזור לישראל.
2. עניינה של העתירה בתיקון מחדלי המשיב שמקורם בהפליה, באופן שמעמדו בישראל של העותר יוסדר – כפי שהובטח לו הן על פי הליך איחוד המשפחות והן בהבטחה מינהלית מפורשת.

3. הדחיפות בשמיעת העתירה נובעת בראש ובראשונה מהסכנה לעותר בעודו בעזה, הנובעת מנטייתו המינית ומשהייתו רבת השנים בישראל אשר הופכת אותו לחשוד בשיתוף פעולה. ככל שחולף הזמן גוברת הסכנה לעותר.

4. בנוסף, כשהעותר עזב את דירתו לפני כחודש הוא לא ידע כי הוא עוזב את ביתו, ארצו, על פי תחושותיו וחיינו הקודמים לתקופה ארוכה ואולי אף לעולם. לכן, לא הסדיר הלה את ענייניו הרבים שנותרו פתוחים בישראל. הואיל ולעותר אין כל עבר ביטחוני ופלילי ומעולם לא נדרש לעזוב את ישראל, מבקש הוא לאפשר לו לחזור לישראל בדחיפות, לפחות על מנת שיוכל להסדיר את ענייניו הפתוחים שם.

5. במהלך פרק זמן שיקבע לשהייתו בישראל, מבקש העותר כי יערך לו שימוע בעניין נסיבותיו ההומניטאריות, ובהן סכנת החיים בה הוא נתון וכן תיבדק האפשרות להסדיר לו מקום מגורים חלופי בישראל או במקום אחר בעולם בו יהיה מוגן. זאת מכוח מעמד של פליט.

הצדדים לעתירה

6. העותר, מסעדן, יליד שנת 1954, שמוצאו מעזה, התגורר בישראל מזה כ-30 שנה עד לסוף חודש מאי השנה. בין השנים 1996-2003 לקח העותר חלק בהליך איחוד משפחות עם אזרחי ישראלי יהודי, שהיה הידוע בציבור שלו ומעמדו בישראל הוסדר במעמד של תושב ארעי. העותר מעורה לחלוטין בחברה הישראלית מבחינה חברתית, תרבותית וכלכלית. במהלך מגוריו בישראל הוא תרם לפיתוח חיי התרבות והכלכלה בישראל, הפעיל מסעדות ועסקים ומעולם לא היה מעורב בפעילות שלילית.

7. המשיב 1 (להלן – **המשיב**) הוא השר המוסמך על פי חוק האזרחות, התשי"ב-1952 וחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוקים אלו, ובהם בקשות לקבלת מעמד בישראל. מאז "ההתנתקות" מחבל עזה, מופקד המשיב 1 גם על מעבר ארז, ממנו יוצאים ונכנסים מעזה לישראל.

8. המשיב 2 – הינו בעל הסמכות בפועל על מעבר ארז, לאחר שזו הוצלה לו מטעם המשיב 1.

החלק העובדתי

9. העתירה עוסקת, בבקשתו ההומניטארית הדחופה של העותר, לכניסה לישראל ולרישיון ישיבה בישראל.

10. העותר, תושב עזה במקור, התגורר בישראל במשך 30 שנה. תחילה שהה העותר בישראל באמצעות היתרי שהייה, שניתנו לצורך עבודה. המדובר היה בתקופה פחות מתוחה ביטחונית וההיתרים ניתנו כשהם כוללים את הזכות ללינה בישראל. העותר למד עברית על

בוריה, לרבות קרוא וכתוב, רכש חברים יהודים ישראלים, והשתלב גם בקהילה ההומו- לסבית בתל אביב.

11. באמצע שנות ה-80 הכיר העותר את מי שהפך בהמשך לבן זוגו, מר ט, אשר שימש בעבר כיו"ר האגודה לזכויות הפרט. השניים הפכו לזוג. מערכת היחסים בין העותר למר ט, הוכרה ע"י המשיב כמערכת יחסים של ידועים בציבור, המאפשרת לקיחת חלק בהליך איחוד משפחות. העותר שהה בישראל מאז שנת 1996 באמצעות רישיון לישיבת ארעי והובטח לו כי בתום 4 וחצי שנים, יהיה זכאי לתושבות קבע. הבטחה זו ניתנה מפורשות בשנת 1995 ע"י ראש הממשלה דאז, מר יצחק רבין ז"ל. כניסת העותר ובן זוגו להליך איחוד המשפחות לא היתה פשוטה והושלמה לאחר התערבותו של השר דאז מר יוסי שריד וכן מר איתן הבר, שהיה אז עוזרו של יצחק רבין ז"ל.

העותר מצוי כרגע בעזה, ואין לו גישה למסמכים הרבים שנשמרו בתיקו. הנה כי כן, אין ברשותנו תיעוד להבטחה המינהלית המפורשת.

עם זאת, מצ"ב לעתירה כתבת ידיעות אחרונות מיום 2.11.95 אודות העותר ובן זוגו, המעידה על מעורבות המדינה בטיפול בבקשת בני הזוג - מסומנת ע/1.

בנוסף, בעזרתו של מר ט המתגורר עדיין בצרפת, ברשותנו מסמכים נוספים של אודות עניינו של העותר:

מכתבם של העותר ובן זוגו לראש הממשלה דאז מר יצחק רבין, מיום 6.10.1995, מצ"ב לעתירה ומסומן ע/2.

צילום מרישיון ישיבת ארעי בישראל, מסוג א/5, שקיבל העותר בחודש אפריל 1996, מצ"ב ומסומן ע/3.

מאמצי העותר להביא לסיום ההליך והתנהלותו המפלה של המשיב

12. כבר בשלהי שנת 2000, היה העותר זכאי לתושבות קבע מתוקף ההסדר המדורג. העותר ובן זוגו פנו למשיב משנת 1999 בבקשה לרישיון לישיבת קבע לעותר – על פי הליך איחוד המשפחות והבטחה מינהלית מפורשת שקיבלו, אולם פניותיהם לא נענו.

פניית העותר ובן זוגו מיום 7.7.1999 לשר הפנים דאז מר שרנסקי, בבקשה למעמד קבע – מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/4.

13. בהיעדר תשובה לפניית העותר ובן זוגו למשיב, פנו הללו למשיב גם בתאריך 1.3.2000. העותרים חזרו על הבטחת מר יצחק רבין ז"ל, כי העותר יקבל תושבות קבע וביקשו כי המשיב ינהג על פי נוהל איחוד משפחות, והמובטח.

פניית העותר למשיב מיום 1.3.2000 – מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/5.

14. בתאריך 7.5.2000 דחה המשיב את בקשת העותר ובן זוגו לתושבות ישראלית קבועה בנימוק "מאחר ולא מדובר כאן במסגרת רגילה של איחוד משפחות". עקב תשובה זו, פנו העותרים בימים 10.5.2000 ו-15.5.2000, שוב לסיועו של ח"כ דאז יוסי שריד, אשר עזר להם בעבר בהתמודדות מול המשיב.

הואיל וכאמור לעותר אין גישה לחפציו ומסמכיו המצויים בדירתו שבמודיעין, בעוד הוא עצמו נמצא בעזה, המסמכים המעטים המצויים ברשותנו, הם אלו שמצא על מחשבו ובין חפציו, מר ט. לפיכך, אין בידינו את תשובת המשיב, כי אם רק את מכתב העותר.

המכתב מיום 10.5.2000 ממנו עולה השתלשלות העניינים המתוארת – מצ"ב לעתירה ומסומן ע/6.

מכתב העותר למר שריד מיום 15.5.2000, מצ"ב לעתירה ומסומן ע/7.

יצוין, כי בתיקו של המשיב בעניינו של העותר, מצויות ההתכתבויות האמורות.

15. בתאריך 23.4.2001 הגיש מר ט בקשה נוספת לקבלת תושבות קבע עבור בן זוגו העותר. לבקשתו צירף הנ"ל מסמכים מקיפים אודות חייהם המשותפים בישראל של השניים.

פניית מר ט ותצהיר בעלת הדירה של בני הזוג אודות מגוריהם המשותפים של בני הזוג – מצ"ב לעתירה ומסומן ע/8.

16. רק בתאריך 11.12.2001 התקבלה תשובת המשיב, לפיה, "אושרה לנ"ל אשרת א/5 לשנה נוספת ובתום שנה זו, התיק יועבר לבקשה לישיבת קבע". מתשובת המשיב עולה שוב הפלייתם הבוטה של העותרים על רקע נטייתם המינית, שכן לא מוסבר בשום דרך מדוע לא אושר שינוי המעמד כבר במועד זה, כאשר על פי ההליך היה על העותר לקבל תושבות קבע עוד בשנת 2000.

תשובת המשיב מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/9.

17. בתאריך 17.12.2001, בעקבות תשובת המשיב, פנו העותר ובן זוגו לסגנית שר הביטחון דאז, גבי דליה רבין, בבקשה כי הנ"ל תסייע לממש את הבטחת אביה המנוח, לפיה יקבל העותר מעמד של תושבות קבע.

מכתב העותר ובן זוגו מצ"ב לעתירה ומסומן ע/10.

18. בתאריך 12.2.2002 פנו העותר ובן זוגו פעם נוספת בבקשה לעזרתה של גבי דליה רבין, אז סגנית שר ביטחון.

מכתב העותר ובן זוגו מצ"ב לעתירה ומסומן ע/11.

19. בתאריך 3.3.2002 פנו העותר ובן זוג גם לח"כ דאז, יוסי שריד, בבקשה לסיועו מול המשיב.

פניית העותר ובן זוגו, מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/12.

20. בתאריך 12.5.2002 פורסמה החלטת הממשלה 1813, בעניין איחוד משפחות עם תושבי שטחים, לפיה, בין השאר, לא יתבצע שדרוג של מעמד. אין בכוננת העותר לתקוף בעתירה זו את החלטת הממשלה או את חוק האזרחות והכניסה לישראל התשס"ג-2003 (הוראת שעה), אשר עיגן אותה בשינויים בהמשך (להלן – החוק או חוק הוראת השעה). ממילא, על פי הליך איחוד המשפחות וההבטחה המפורשת כאמור, היה על העותר לקבל מעמד של קבע עוד בשנת 2000, כשנתיים לפני פרסום החלטת הממשלה. כפי שניתן ללמוד מתשובות המשיב לפניית מטעם העותר ובן זוגו, הסיבה היחידה לאי מתן המעמד במועד הינה הפלייה בוטה של העותר ובן זוגו הישראלי, מחמת נטייה מינית. על כן, תיקון המעוות, כפי שהיה צריך להיעשות עוד בשנת 2000, אינו נוגד את החלטת הממשלה או החוק.

הפסקת ההליך

21. הפעם, עקב החלטת הממשלה 1813, שוב לא ניתן לעותר רישיון לישיבת קבע כמובטח במכתב המשיב משנת 2001. תחת זאת, הוארך פעם נוספת רישיון הארעי שלו. כך שהה העותר בישראל כתושב ארעי, זו השנה השמינית במספר.

22. בסוף שנת 2002 נאלץ בן הזוג של העותר, מסיבות אישיות, לעזוב לצרפת ומאז חזר פעמים ספורות לביקורים קצרים בלבד. בנסיבות נותר העותר ללא מעמד בישראל. העותר המשיך לפנות למשיב 1 בניסיון להאריך את רישיון הישיבה שלו, בלשכות המשיב (בת"א וברמלה) נמסר לו כי עניינו מתעכב עקב חוק הוראת השעה. מאז שנת 2003 לא חודשו רישיונות הישיבה של העותר בישראל. עם זאת, העותר לא נדרש לצאת מהארץ, אלא להמתין לתשובה רשמית.

צילום מתעודת הזהות של תושב ארעי, האחרונה שהונפקה לעותר – מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/13.

23. בתאריך 24.5.2006 פנה העותר פעם נוספת ללשכת מינהל האוכלוסין ברמלה, אשר אחראית על אזור מגוריו, מודיעין, על מנת לברר מה קורה עם בקשתו למעמד בישראל. פקידת המשיב ברמלה, מסרה לעותר כי בקשתו מעוכבת עד לשובו של בן זוגו מחו"ל, אז לדבריה יוכל לפנות שוב. במועד זה שמע העותר לראשונה באופן רשמי כי המשיב מסרב לאשר את בקשתו למעמד בישראל.

24. בסוף חודש מאי השנה, נכנס העותר לעזה על מנת לבקר את ילדיו מנישואין קודמים. לאורך השנים הגיע העותר לעזה מספר פעמים לשם ביקור ילדיו, אולם תמיד ארכו ביקוריו זמן קצר ביותר שלא עלה על יומיים בלבד, לאחריהם חזר העותר למקום מגוריו בישראל. במהלך שהייתו בעזה נהג העותר להצניע את ביקורו, לא יצא מבית ילדיו ודאג שמבקרים שם לא יבחינו בו. זאת עקב החשש לחשיפת נטייתו המינית והשלכותיה הברורות על חייו. בנוסף, לאחר שנים של מגורים בישראל, יודע העותר כי מפגש עם בני החברה הפלסטינית

יעורר מיד את החשד כי עסק בשיתוף פעולה. חשד שכזה אף הוא משול לסכנת חיים חמורה.

מיצוי הליכים

25. יום לאחר שנכנס לעזה הגיע העותר למעבר ארז במטרה לצאת חזרה לישראל. נמסר לו כי הואיל ותעודת הזהות הישראלית שלו אינה בתוקף אין הוא יכול לעבור.

26. יצוין, כי עוד בשנת 1996 כאשר קיבל העותר תעודת זהות של תושב ארעי, נלקחה ממנו ע"י לשכת מינהל האוכלוסין בתל אביב תעודת זהותו הפלסטינית. התעודה לא הושבה ובידי העותר אין תעודת זהות פלסטינית.

27. בתאריך 6.6.2006 ניסה העותר לקבל היתר שהייה זמני בישראל דרך המת"ק ונאמר לו כי אין אפשרות היום להנפיק לו היתר.

28. הנה כי כן, בתאריך 6.6.2006 פנה עו"ד בלנק ממושרדה של הח"מ במכתבים למר ששי קציר, מנהל מינהל אוכלוסין, למשיב – שר הפנים מר רוני בר-און, וכן ליועמ"ש עזה, בפנייה בה הוסברו הנסיבות ההומניטאריות של המקרה והתבקש לאשר בדחיפות את כניסת העותר, באופן זמני, לישראל. כמו כן התבקש המשיב ליתן לעותר מעמד בישראל, כפי שהובטח לו בזמנו במסגרת הליך איחוד משפחות.

מכתבי עו"ד בלנק למנהל מינהל האוכלוסין, למשיב וליועמ"ש עזה – מצ"ב לעתירה ומסומנים ע/14 א-ג.

29. בתאריך 11.6.2006 התקבל מכתב המשיב, לפיו הבקשה הועברה לטיפול היחידה לפניות הציבור ונמסר טלפון לבירורים.

מכתב המשיב מצ"ב לעתירה ומסומן ע/15.

30. בתאריך 14.6.2006 שלחה הח"מ תזכורת ליועמ"ש עזה. באותו מועד שוחחה הח"מ גם עם עליזה ממחלקת פניות ציבור של המשיב, אשר ביקשה לשלוח למשיב בפקס בשנית את מכתבו של העותר. באותו היום נשלח המכתב למשיב בשנית.

תזכורת ליועמ"ש עזה מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/16.

31. בתאריך 12.6.2006 יצרה הח"מ קשר טלפוני עם עליזה, אשר מסרה כי על העותר להגיש ערעור כנגד החלטת המשיב. הח"מ הסבירה לעליזה כי הפנייה לשר ולמנהל מינהל האוכלוסין נעשתה עקב דחיפות הנושא וסכנת החיים בה נתון העותר, והוסיפה כי ידוע למשיב כי טיפול הלשכות בערעורים אורך זמן רב, אולם עליזה התעקשה כי הדרך היחידה לקדם את הטיפול היא באמצעות ערעור ללשכת מינהל באוכלוסין ברמלה. הח"מ מסרה לעליזה גם כי העותר מעולם לא קיבל תשובה רשמית בכתב לגבי הסירוב לבקשתו, מעולם

לא נדרש לעזוב את ישראל, וממילא לא ניתנה לו זכות השימוע, אולם לטענת עליזה, דברי פקידת הלשכה ברמלה מיום 24.5.2006, לפיהם על העותר לפנות כאשר יחזור בן זוגו לישראל, מהווים סירוב רשמי, הגם שאינו בכתב ואינו מאפשר השגה על ההחלטה.

32. נוכח השיחה עם עליזה מפניות הציבור של המשיב, הגישה הח"מ ביום 21.6.06, ערעור בעניינו של העותר, הפעם ללשכת מינהל האוכלוסין ברמלה. הערעור נשלח בפקס ובדואר ופורטו בו נסיבותיו העובדתיות וההומניטאריות של העותר. בערעור התבקש המשיב שוב ליתן לעותר מעמד של תושבות קבע, כפי שצריך היה להיעשות עוד בשנת 2000 ולא נעשה עקב הפלייה מחמת נטייה מינית. לכל הפחות, ביקשה הח"מ כי תאושר כניסתו הקצובה של העותר לישראל לשם הסדרת עניינו, שימוע בעניינו ומתן אפשרות לפנות לוועדה ההומניטארית של המשיב ולנציבות האו"ם לפליטים, בבקשה להסדיר את מעמדו של העותר בישראל או בכל מקום אחר בו לא יהיה נתון לסכנת חיים. הח"מ ביקשה לאור דחיפות הנושא וסכנת החיים בה מצוי העותר כי תשובת המשיב תינתן בתוך שבוע ימים.

ערעור העותר מצ"ב לעתירה ומסומן ע/17.

33. רק לאחר הגשת הערעור ביום 23.6.2006 התקבל במשרד הח"מ מכתב המשיב מיום 15.6.2006, בו הופנה העותר ללשכת מנ"א ברמלה על מנת להגיש "בקשה מתאימה". במכתב התעלם המשיב מתוכן מכתבו של העותר, לפיו הוא אינו יכול לצאת מעזה על מנת להגיש בקשה ואודות דחיפות עניינו. באותו שבוע התקבלה גם תשובת היועמ"ש מיום 15.6.2006, לפיה על העותר לפנות למשיב לשם הסדרת עניינו. בנוסף, נמסר כי העותר יכול לפנות אל משרד הוועדה האזרחית הפלסטינית ולהסביר את הסיבה לבקשתו. מובן מאליו, כי העותר אינו יכול לפנות לוועדה הפלסטינית ולהסביר את עניינו.

מכתב המשיב מצ"ב לעתירה ומסומן ע/18.

מכתב היועמ"ש מצ"ב לעתירה ומסומן ע/19.

34. עד למועד הגשת העתירה לא השיב המשיב לפנייתם ההומניטארית הדחופה של העותרים.

הטיעון המשפטי

הפלייה מחמת נטייה מינית

35. על המשיב לתקן את מחדלו המתמשך מזה שנים, אשר ככל הנראה נובע מהפליית העותר ובן זוגו בהליך איחוד המשפחות על רקע נטייתם המינית, באופן שמעמדו של העותר בישראל יוסדר. הנימוק הבלעדי שמסר המשיב לאי מתן תושבות קבע לעותר במועד, הינו "מאחר ולא מדובר כאן במסגרת רגילה של איחוד משפחות". (הדגשה שלי – ע.ל.). השוני בין המסגרת בה לקחו חלק העותר ובן זוגו לאותה "מסגרת רגילה" הינו ברור – העותר ובן זוגו הם ידועים בציבור בני אותו מין. עם זאת, המשיב לא העלה כל חשד בדבר אמיתות הקשר בין בני הזוג בהיעדר תעודת נישואין – אדרבא, המשיב אישר את המשך ההליך

כאשר המשיך להאריך את רישיונות ישיבת הארעי של העותר. דומה, כי השונות שהפריעה למשיב נובעת אך ורק מנטייתם המינית של הצדדים המבקשים.

36. ברור אם כן, כי העותר ובן זוגו הופלו לרעה. אילו לא היו זוג הומוסקסואלי, ואף אילו היו ידועים בציבור – היה בן הזוג הזר זוכה למעמד של תושבות קבע ואף היה זכאי לבקש להתאזרח בישראל, כבר לאחר 4 וחצי שנים של לקיחת חלק בהליך איחוד המשפחות, שגיבש המשיב, דהיינו בשנת 2000.

37. נאלץ, אם כן להזכיר למשיב, את דבר היותה של הזכות לשוויון זכות בסיסית בשיטת המשפט הישראלית. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה הזכות לשוויון במסגרת הזכות לכבוד כזכות יסוד חוקתית על-חוקית. זאת בעיקר כאשר הפגיעה בזכות באה על רקע השתייכות קבוצתית. ודוק: כי במקרה זה אין המדובר על שונות אשר יש בה להשפיע עניינית או מהותית על העניין, שכן לא נתעוררה כלל השאלה בדבר כנות הקשר. המשיב הכיר בקשר ונאות להמשיך בהליך איחוד המשפחות. המדובר, לכן, בהפליה בוטה באופן התנהלות ההליך עצמו. הפליה מחוסרת כל הצדקה ומנוגדת לדין.

ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 421 ;

בג"ץ 4541/95 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94, 133 ;

בג"ץ 5394/95 הופרט נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353 ;

בג"ץ 721/994 אל-על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ', פ"ד מח(5) 749, 760

בג"ץ 453/94 שדולת הנשים נ' ממשלת ישראל ואח', פ"ד מח(5) 501, 521-522.

38. וכבר נפסק, כי כאשר עומדת לדיון השאלה האם התייחסות שונה לתא המשפחתי, המורכב מבני זוג מאותו המין, מן ההתייחסות לתא המשפחתי, המורכב משניים בני המינים השונים, מהווה הפליה יש לשאול, האם השוני בין סוגי אותן משפחות רלוונטי לעניין הנדון:

השאלה אותה עלינו לשאול הינה האם השוני ביחס הוא רלבנטי לעניין הנדון. "העניין הנדון" הוא התא החברתי, חיי השיתוף והאחוזה, המצדיקים, לדעת אל-על, הענקת טובת הנאה לעובד (הקבוע) הדמות כרטיס טיסה שיאפשר לו ליטול עמו את זה שעמו הוא חי חיים משותפים. לעניין זה, השוני בין חיי שיתוף בין מינים שונים וחי שיתוף בין בני אותו מין הוא הפליה ברורה ובוטה. (עניין דנילוביץ', עמ' 762).

39. אכן, קביעתה של מערכת נורמות אחת לטיפול בעניינם של בני זוג ממינים שונים ומערכת נורמות שנייה לטיפול בעניינם של בני זוג מאותו המין מהווה הפליה פסולה בשל נטייה מינית ובשל מגדר. העותר זכה ליחס שונה אך ורק עקב היותו בן זוג של גבר, אך בשל נטייתו המינית. הפלייה כזו על רקע השתייכות קבוצתית אינה הפליה "שבסודה עומד

ייחוס מעמד נחות למופלה, מעמד שהוא פועל יוצא ממהותו הנחותה כביכול. בכך טמונה, כמובן, השפלה עמוקה לקורבן ההפליה. " (עניין מילר עמ' 132).

הבטחה מינהלית

40. הבטחת המשיב היא בגדר הבטחה מינהלית, אשר ניתנה במסגרת סמכותו החוקית. בשנת 1995 הבטיח לעותר ובן זוגו במפורש, ראש הממשלה אז, מר יצחק רבין ז"ל, כי בני הזוג ייקחו חלק בהליך איחוד המשפחות הסטנדרטי, וכי העותר יהיה זכאי לתושבות קבע בסיומו לאחר 4 וחצי שנים. חיזוק להבטחה זו מצוי בכתבה של עיתון "ידיעות אחרונות" שצורפה לעתירה. אולם, כאמור, היות והעותר מצוי בעזה, מבלי שלקח עמו את חפציו שבישראל, אין בידיו מסמכים מעבר לכך.

41. הבטחת המשיב הינה למעשה חזרה על כללי נוהל איחוד משפחות, שנקבעו ממילא ע"י המשיב בשיתוף עם פרקליטות המדינה, אולם בנוסף הובטחה לעותר – בהבטחה שלטונית מפורשת.

בבג"ץ 715/89 שריג נ' שר החינוך והתרבות ואח', תק-על 93(3), 1408, נפסק כי:

בבואה לטעון לקיום צידוק חוקי לשנות או לבטל הבטחתה השלטונית, תהא הרשות, לפחות בדרך כלל, מצופה להצביע על שינוי הנסיבות, אשר חל על מתן ההבטחה, ולשכנע את בית המשפט, שקיום הבטחתה, על רקע הנסיבות החדשות, שוב איננו מוצדק ואיננו מתיישב עם מילוי חובותיה כלפי הציבור. (בפסקאות 19 ו-20 לפסה"ד).

במקרה דנן אי העמידה בהבטחה המינהלית כמו גם בהליך איחוד המשפחות כתיקנו, התרחשה באופן מתמשך כבר משנת 2000, זמן רב לפני השינויים החוקיים שקרו עם פרסום החלטת הממשלה 1813 מיום 12.5.02 בעניין איחוד משפחות. על כן לא היה אז, כל שינוי נסיבות שהצדיק אותה. היא נבעה כאמור אך ורק מהפליית העותר.

ונציין, כי העותר לא חדל לאורך השנים מפניותיו בדבר אותה הבטחה מינהלית ובדבר המשך ההליך, אולם עד לחודש מאי השנה, נדחה בכל פעם ע"י פקידי המשיב, בטענה כי ימתין לשינוי בחוק האזרחות והכניסה לישראל. רק במאי השנה, בעת ביקורו בלשכה התברר לו כי לא עומדים כלל להאריך את רישיון הישיבה שלו וודאי שלא לשדרגו.

כללי הצדק הטבעי – הזכות לשימוע

42. לאחר שנים ארוכות של מגורים חוקיים בישראל והגם בהינתן שינוי הנסיבות שחל עם מעברו של בן זוגו של העותר לצרפת, הרי שמתן החלטה כה גורלית בנוגע לעותר כמו סיום ההליך, מחייבת שמיעת טיעוני העותר. זאת במיוחד, לאור הנסיבות ההומניטאריות המאפיינות מקרה זה ומשמעות הפסקת הליך מתן המעמד עבור העותר.

43. המשיב, לעומת זאת, לא זו בלבד שלא נתן לעותר להשמיע את טענותיו ולהציג ראיות המצדיקות המשך לקיחת חלק בהליך לקבלת מעמד בישראל מסיבות הומניטאריות, אלא שאף לא טרח כלל להודיע לעותר על הסירוב לבקשתו ודחה אותו בלך ושוב.

44. נזכיר כמובן, כי העותר היה אמור לסיים זה מכבר את ההליך. עקב התנהלות שתוארה, לפיה הוא לא קיבל תשובות מפורשות ומנומקות לאי קבלת המעמד הסופי, כי אם רק נמסר לו כי קבלת המעמד תדחה בזמן נוסף, לא מימש העותר, שלא היה מיוצג, את זכותו לפנות לערכאות.

פליטות על רקע נטייה מינית

45. הזכות למקלט מדיני הינה זכות יסוד במשפט הביני"ל, והיא מעוגנת בסעיף 14 להכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם משנת 1948 הקובע, כי:

Everyone has the right to seek and to enjoy in other countries asylum from persecution.

אמנת הפליטים משנת 1951 שבה ועיגנה זכות זו והעניקה לה משנה תוקף. קורבנות הנאציים, כמו גם קורבנות משטרים טוטליטאריים אחרים, ובהם יהודים רבים, שכנעו את אומות העולם הנאור להתאחד במטרה לשים קץ לתופעה ולאפשר לכל אדם, שנמלט מרדיפה במולדתו, מקלט בטוח במדינה אחרת, על מנת שיוכל לשקם את כבודו ואת ביטחונו. אמנה זו משקפת את מחויבותו המוסרית וההומניטארית של העולם החופשי. מדינת ישראל היתה בין יוזמי האמנה ובין המדינות הראשונות שחתמו עליה. ברבות השנים הלכה והתבססה הפרשנות, כי רדיפתו של אדם על רקע נטייתו המינית או המגדרית הינה רדיפה המזכה את האדם בהגנתה של האמנה, שכן רדיפה מסוג זה הינה רדיפה על רקע חברות בקבוצה חברתית מסוימת. מדינות המערב, לרבות ארה"ב, אירופה ואוסטרליה, החלו להעניק מקלט מדיני להומואים, לסביות וטרנסג'נדרס, אשר נרדפו על רקע נטייתם המינית במולדתם. כיום, רדיפתם של הומואים מוגנת ע"י האמנה כעניין שבשגרה ואין עוד עוררין על כך.

Secretary of state for the Home. Islam v. United Kingdom 2 AC 629(1999)

Appellant S395/2002 v. Australia (2000 9th Cir) 1087

46. הומוסקסואלים ממוצא פלסטיני הוכרו בעבר כפליטים בשל רדיפה על רקע נטייה מינית במולדתם וקיבלו מקלט מדיני בסקנדינביה. כך היה במקרה של ט"א, צעיר ממוצא פלסטיני, יליד עזה, אשר נמלט לישראל לאחר שסבל מרדיפה על רקע נטייתו המינית הן מצד בני משפחתו והן מצד שלטונות הרשות הפלסטינית. לאור סירובה של נציבות האו"ם לפליטים בישראל לטפל בבקשתו למקלט מדיני, הכינה הקליניקה לזכויות אדם באוניברסיטת ת"א בקשה להכרה במעמדו כפליט בחו"ל, ובנובמבר 2003 הוכר ט"א כפליט

וקיבל מקלט מדיני בשוודיה. כך היה גם בעניינו של א"ס, צעיר ממוצא פלסטיני, יליד שכס, שחי שנים בישראל בקרב ידידים ובני זוג יהודים. א"ס נחשף כהומוסקסואל ע"י התקשורת הישראלית, וחייו אוימו ע"י קרוביו. בסיוע ארגון זכויות אדם בינלאומי, א"ס ביקש מעמד פליט והוכר ע"י נציבות האו"ם בטורקיה. בסופו של התהליך קיבל אף הוא מקלט בשוודיה.

47. בדו"ח שפרסמה מחלקת המדינה האמריקאית אודות הפרת זכויות אדם בישראל ובשטחים, נכתב:

In the Palestinian territories several Palestinians alleged that PA security officers tortured Homosexuals because of their sexual orientation. Homosexuals were subject harassment physical abuse, and some were arrested. They were persecuted by both the public and by PA security.

הדו"ח המלא נמצא באתר הבית של מחלקת המדינה בכתובת:

www.state.gov/g/drl/rls/hrrpt/2003/27929.htm

48. גרוע במיוחד הוא מצבם של הומואים פלסטינים, אשר עבדו תקופה ממושכת בישראל. עקב קשריהם הרומנטיים עם ישראלים, הנתפסים כבלתי מוסריים וכמעידים על אי אמינות ממסדית, ועקב שהותם בישראל, מייד הם נחשדים בשיתוף פעולה עם ישראל. ודוקו: כי כאשר גבר פלסטיני נשוי לישראלית – ברורה סיבת שהותו הממושכת בישראל. בשונה מכך, גבר הנמצא דרך קבע בישראל תקופות ממושכות ללא אצטלת נישואין – נחשד מייד בשיתוף פעולה עם ישראל. האשמת הומוסקסואלים בשיתוף פעולה עם ישראל מהווה כר נוח לרשויות להטיל עליהם עונשים כבדים, עינויים ואף משמשת לעיתים כעילה להוצאתם להורג.

כתבות שפורסמו אודות מצבם של הומוסקסואלים פלסטיניים המצויים בשטחים – מצ"ב לעתירה ומסומנות ע/20.

טעמים הומניטאריים

49. במכתביו של העותר למשיב, פורטו הטעמים ההומניטאריים של המקרה, ובראשם סכנת החיים בה הוא עלול להיות נתון בכל עת.

על טיבן של הסכנות המאפיינות את מצבו של העותר ניתן ללמוד גם ממכתב האגודה לזכויות הפרט בנושא שנשלח למשיב. המכתב מצ"ב לעתירה ומסומן ע/21.

50. מחובתו של המשיב לתת דעתו קודם כל לסכנה האורבת לעותר כתוצאה מהמשך שהייתו בעזה. על פי סעיף 3(2) לחוק הוראת השעה נתונה למשיב הסמכות להעניק רישיון לשיבה

בישראל מטעמים הומניטאריים. סעיף זה מאפשר למשיבים להפעיל שיקול דעת במקרים מיוחדים. בעניין חשיבותו של השיקול ההומניטארי במדינת חוק, נפסק:

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

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

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

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

51. עוד על המשיב לשקול את העובדה, כי העותר אשר נכנס לישראל כדין, הינו אדם ישר והגון, מעולם לא חטא ולא פגע באיש. העותר תמיד עבד והתמחה בתחום המסעדות. הוא צפוי להיות תושב פרודוקטיבי, אשר תורם למדינה המארחת אותו ואינו נופל עליה לנטל.

52. במקרה דנן, בו מלכתחילה לא היה העותר מגיע למצבו הנוכחי בהיעדר ההפליה החמורה מצד המשיב, מחויב האחרון לפחות לבחון את טענותיו ההומניטאריות של העותר.

53. גם נסיבותיו האנושיות של העותר, אשר כל רכושו נותר נעול בדירתו השכורה, והמסעדה בניהולו נותרו שוממת, מצדיק התחשבות, שתאפשר לעותר להיכנס לישראל לתקופה קצובה על מנת לסגור את ענייניו הפתוחים ולקחת את חפציו.

סיכום

54. אלמלא הפלייתו הבוטה של העותר מחמת נטייתו המינית היה הלה תושב קבע של מדינת ישראל זה מכבר. מתן המעמד לעותר היה מוצדק לאחר 20 שנות חיים משותפים בישראל עם בן זוגו. ויוער, כי עוד לפני שנת 1996 עת החלו בני הזוג בהליך איחוד המשפחות, שהה העותר בישראל באופן חוקי מתוקף היתרי שהייה. הפלייה זו יש לתקן וכיום לאור הנסיבות ההומניטאריות הקיימות, מסתברות השלכותיה ביתר שאת.

55. העותר התגורר בישראל במשך שלושה עשורים ומעולם לא נדרש לעזוב את הארץ. העותר בנה בישראל את חייו – הוא דובר עברית על בוריה, כל חבריו ישראלים, הוא בעל עסק

בישראל, דירתו השכורה נותרה נטושה וחפציו נעולים בה. כעת אין לעותר כל אפשרות להתאקלם מחדש בעזה, והוא מסתתר בדירת ילדיו. שמועות בדבר נטייתו המינית, כמו גם מגוריו הממושכים בישראל המחשידים מיד בשיתוף פעולה עם השלטונות הישראליים – עלולים לגזור את מותו והוא חושש לחייו.

56. לכן מבקש העותר כי תותר כניסתו לישראל לשם העברת עניינו לוועדה הבינמישרדית לעניינים הומניטאריים או לשם מימוש זכותו לשימוע. נזכיר כי העותר היה תושב ארעי במשך 9 שנים, מעולם לא נמסר לו רשמית על הסרוב לבקשתו וממילא לא ניתנה לו זכות שימוע, בדבר אי הארכת מעמדו. לחלופין מבקש העותר כי תותר כניסתו לישראל, כך שיוכל להגיש בקשה לנציבות הפליטים בישראל ועד אשר ימצא לו מקלט מדיני במדינה אחרת.

57. בכל מקרה יש לאפשר לו להיכנס לישראל ללא דיחוי לשם הסדרת עניינו – העותר מוכן לכל סוג של תנאי או מגבלה שיוטלו עליו (חובת התייצבות קבועה, ערבות של ערב ישראלי), שיבטיחו את יציאתו לאחר התקופה שתקבע, ובאם יסרב המשיב לבקשתו למעמד בישראל.

58. עתירה זו נתמכת בתצהיר שנגבה באמצעות הטלפון והחתימה עליו הועברה בפקס, בתיאום טלפוני. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל תצהיר זה שאיכותו נמוכה ואת ייפוי הכוח שאף הוא ניתן בפקס, בהתחשב בקשיים האובייקטיביים בנוגע לגישה בין העותר לבאת כוחו.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

ירושלים, היום 6 יולי, 2006

עדי לוסטיגמן, עו"ד

ב"כ העותר