

בעניין:

1. _____ חרבאווי, ת.ז. _____
2. _____ חרבאווי, מס' דרכון ירדני _____
3. _____ חרבאווי, מס' דרכון ירדני _____
4. _____ חרבאווי, מס' דרכון ירדני _____
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או בנימין
אחסתיבה (מ"ר 58088) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או
דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או חוה
מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או
עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרות

- נ ג ד -

1. מדינת ישראל
2. שר הפנים
3. הוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6466713

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יסדירו את מעמדם של העותרים 2-4 בישראל, כך שתינתן להם אשרה מתחדשת מסוג א/5, לאור העובדה כי למרות הגדרתם כ"תושבי אזור", אין להם זיקות לאזור, הם אינם רשומים באזור והם התגוררו שם תקופה מוגבלת בלבד בילדותם;
2. מדוע לא יאמצו בעניינם של העותרים 2-4 פרשנות, אשר תתאם לרציונאל ההומניטארי העומד בבסיס סעיף 3א(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**), שתאפשר ליתן להם רישיון ישיבה בישראל מטעמים הומניטאריים.

הצדדים לעתירה

3. העותר 1 (להלן: **העותר**), הינו תושב קבע במדינת ישראל, נשוי לגב' רוקייה אבו חלימה, אזרחית ירדן, אשר לוקחת חלק בהליך לאיחוד משפחות עימו. העותר הינו אביהם של העותרים 2-4 ושל בת נוספת, _____.

4. העותרים 2-4 (להלן גם: **הילדים**) הינם אזרחי ירדן שאינם רשומים בשטחים. שהייתם בישראל מוסדרת באמצעות אשרות תייר מתחדשות. מעמדם של העותרים 2-4 אינו משודרג, עקב החלטת המשיבים לראות בהם "תושבי אזור" על פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.
5. יוער, כי הבקשה ההומניטארית הוגשה גם בשם בת נוספת של העותר, _____ . הבת _____ נישאה בינתיים ועברה לירדן, ולכן אינה צד לעתירה זו.
6. העותרת 5 היא עמותה הפועלת לקידום זכויות האדם ומטפלת בין השאר, בזכויותיהם תושבי ירושלים המזרחית אל מול הרשויות בישראל.
7. המשיב 2 הוא השר שהסמיכה המשיבה 1 לקבל או לדחות את ההמלצות המוגשות לו על ידי המשיבה 3.
8. המשיבה 3 הינה הוועדה ההומניטארית, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 ומטפלת במקרים חריגים אשר אינם נופלים בגדרי הכללים של הוראת השעה. הוועדה מוגדרת כוועדה מייעצת, והיא מעבירה למשיב 2 את המלצתה בדבר בקשות המוגשות לה.

סיפורם של העותרים

9. העותר, תושב ירושלים, נולד, גדל והתחנך בירושלים. כשהיה בן 12 לערך, התגרשו הוריו. אחותו הצעירה והוא המשיכו להתגורר עם אביו אשר נישא בשנית בעוד אמו עברה לגור עם משפחתה בשטחים. בשנת 1973, כשהיה גבר צעיר, עבר להתגורר בעמאן עם אמו. המעבר נבע מרצונו של העותר להיות לצד אמו ולהגן עליה, במיוחד עקב המצב הרגיש באשר לאביו יש אישה ומשפחה חדשה. כמו כן, העותר לא רצה במגורים בגדה המערבית. השניים חיו בירדן יחד, והעותר ביקר לעתים תכופות בישראל, את אביו, אחותו ומשפחתו שחיה כאן. בשנת 1989 נישא לאשתו, גב' רוקיה אבו חלימה, אזרחית ירדן. בירדן נולדו להם ארבעה ילדים, התאומים _____ ו_____ והבנות _____ ו_____. במהלך כל התקופה שמר העותר על זיקתו לירושלים, והגיע לביקורים ממושכים בגפו ועם משפחתו.
10. בשנת 1999 עברה המשפחה להתגורר בסמיכות לירושלים, באל עזרייה אשר בשטחים. זאת, מתוך אילוץ כלכלי ומתוך התחשבות באמו הקשישה של העותר, שהייתה מחוסרת מעמד בישראל. העותר ומשפחתו היו משפחה היחידה, והם טיפלו בה באופן בלעדי. גם במהלך כל תקופה זו שמר העותר על זיקותיו לירושלים. המשפחה שהתה בירושלים על בסיס יומיומי וניהלה בה את מרכז חייה. העותר עבד בירושלים וילדיו למדו בה. הילדים לנו בעיר מדי שבוע אצל בני משפחתם. בשנת 2003 חזרה כל המשפחה לירושלים, ביתם עד לימים אלה. **בעת שובה של המשפחה לירושלים הילדים היו אז קטינים, בני 13 ו-10.**
11. שהות המשפחה לסירוגין בירושלים רבתי "מחוץ לתחום" ובירושלים, היוותה תקופת בנינים בין מדינות ההורים: ירדן וישראל, ופתרון זמני לאמו של המזמין, שנפטרה בשנת 2008.

הילדים, אשר בגרו כאן בארץ, אינם מבקרים בשטחים, זולת מקרים נדירים של אירועים משפחתיים מורחבים. הם מחוסרי זיקות לשטחים. משפחתם הגרעינית חיה כאן ומשפחתם המורחבת מתגוררת בירדן וירושלים.

12. במהלך אותה תקופת בנייה למדו הילדים בבית הספר "ריאד אל אקסא" בעיר העתיקה. לאחר הלימודים נהגו לשהות עם משפחתם הירושלמית, משפחת סבס ודודתם בעיקר, וכך גם בסופי שבוע ובחגים נהגו ללון בירושלים. למעשה, אף שבית ההורים היה באופן זמני על גבולה של ירושלים, מטעמי מצוקה כספית של המשפחה ועל מנת לגונן על הסבתא המבוגרת, במרבית שעות היום בילו הילדים בירושלים. אין להם חברים מאל עזרייה, מרכז חייהם הוא כאן מיום שובם מירדן. המשפחה כולה מתגוררת בישראל באחת עשרה השנים האחרונות. ברי כי זיקותיהם נתונות לישראל, בה הם בונים את חייהם כאנשים צעירים בימים אלה. את החלק המעצב של חייהם הבוגרים, עברו כאן.

13. העותרים 2 ו-3 עובדים בסופרמרקט בשכונת וואדי ג'וז בעיר, והעותרת 4 לומדת באוניברסיטה. העותרים 2 ו-3 ניסו ללמוד במכללה למדעים בירושלים ואולם הדבר לא התאפשר שכן אינם מחזיקים בתעודת זהות ישראלית. שלושת הילדים נתקלים בקושי ממשי למצוא בן/בת זוג, לאור העובדה כי הם אינם מחזיקים בתעודת זהות ישראלית אלא באשרת תייר בלבד.

בקשות להסדרת מעמדם של העותרים 2-4

14. הליכים שונים בבקשות להסדרת מעמדם של הילדים התקיימו בראשית שנות האלפיים. בבקשה לאיחוד המשפחות במסגרתה קיבלו הילדים את אשרותיהם הנוכחיות הוגשה ביום 8.8.2007 ללשכת רשות האוכלוסין בירושלים המזרחית (להלן: **הלשכה**). הטיפול בבקשה התארך זמן רב, והוגשה על ידי ב"כ קודם השגה לוועדת ההשגה לזרים (השגה 196/09) בדרישה ליתן החלטה בבקשה.

15. במסגרת ההשגה, הודיעה רשות האוכלוסין ביום 12.8.2010 כי הוחלט ליתן לילדים אשרה מסוג ב/1. במכתב הזימון לקבלת האשרות אשר צורף להודעת המשיב בהשגה נכתב כך:

בהתאם להגדרת תושב אזור, כפי שמופיע בתיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) תיקון תשס"ה 2005, לא ישודרג מעמד ילדיו של מר חרבאווי היות ובני המשפחה מאז שובם מירדן בשנת 99 התגוררו באזור עד ליולי 2003, ובעת הגשת הבקשה ביום 8.8.2007, היה גיל הילדים מעל 14.

הודעת המשיב בהשגה ומכתב הזימון שצורף לו מצ"ב ומסומנים ע/1.

16. ביום 25.5.2011, לאחר שהמשפחה העבירה את הטיפול בעניינה למוקד להגנת הפרט, פנה המוקד בשמם ללשכה בבקשה להלין על ההחלטה להגדיר את הילדים כ"תושבי אזור" וכתוצאה מכך לא לשדרג את מעמדם.

בקשה לשדרוג מעמדם של הילדים למעמד א/5 מיום 25.5.2011 מצ"ב ומסומנת ע/2.

17. ביום 14.7.2011 נתקבלה תשובת הלשכה מאותו יום, אליה צורף המכתב הנ"ל של הלשכה מיום 12.8.2010, בשנית, ונכתב כי "הובהר כי מעמד ילדיו של מר חרבאווי לא ישודרג, לאור מגוריהם באזור עד לשנת 2003".
- מכתב הסירוב לבקשת השדרוג מצ"ב ומסומן ע/3.
18. ביום 25.8.2011 הוגש ערר על החלטת הסירוב.
- ערר מיום 25.8.2011 מצ"ב ומסומן ע/4.
19. כבר ביום 29.8.2011 נתקבל סירוב הלשכה מאותו יום לערר.
- הודעת סירוב לערר מיום 29.8.2011 מצ"ב ומסומנת ע/5.
20. ביום 5.10.2011 הוגשה השגה על הסירוב לערר. ההשגה קיבלה את המספר 560/11.
- השגה 560/11 מיום 5.10.2011 מצ"ב ומסומנת ע/6.
21. כתב תשובה להשגה הוגש ביום 12.7.2012.
- כתב תשובה להשגה, ללא נספחיו, מצ"ב ומסומנת ע/7.
22. ביום 9.8.2012 הוגשה תגובת המשיגים לכתב התשובה להשגה.
- תגובה מיום 9.8.2012 מצ"ב ומסומן ע/8.
23. ביום 12.11.2012 נדחתה ההשגה. בסוף ההחלטה נקבע, כי הילדים הם "אזרחי ירדן ותושבי אזור", ולאור העובדה שהיו מעל גיל 14 בעת הגשת הבקשה להסדרת מעמדם, אין מקום לרשום אותם במרשם האוכלוסין הישראלי.
- החלטה על דחיית ההשגה מצ"ב ומסומנת ע/9.

הבקשה ההומניטארית

24. ביום 15.1.2013 הוגשה עבור הילדים, בשם העותר 1, בקשה הומניטארית (להלן: **הבקשה**) לוועדה לעניינים הומניטאריים מיוחדים, היא המשיבה 3.
25. בראש הבקשה נתבקש המשיב 2 להפעיל את סמכותו על פי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) ולהעניק לילדים (ולאחותם _____, שאינה צד לעתירה זו כאמור) מעמד ארעי מסוג א/5.
26. בבקשה נטען, כי נוכח העובדה שמדובר בילדים שהגיעו ארצה בגילאים כה צעירים, וזיקותיהם לאזור, גם בעת שהתגוררו שם, היו חלשות מאוד, ישנה הצדקה ליתן להם מעמד מטעמים הומניטאריים. כן נטען, כי בהיעדר מעמד באזור אסור לילדים להתגורר שם, אך מאידך כל

שקיבלו במדינה אליה היו זיקותיהם שנים ארוכות, וכן התגוררו בה בתשע השנים עובר להגשת הבקשה, הינו אשרת תייר ללא זכויות.

הבקשה ההומניטארית מיום 15.1.2013 מצ"ב ומסומנת ע/10.

27. תזכורות לבקשה נשלחו בימים 18.4.2013, 23.5.2013, 23.9.2013, 27.10.2013.

התזכורות מצ"ב ומסומנות ע/11.

28. ביום 23.2.2014 נתקבלה החלטת המשיב 2 מיום 12.2.2014, לפיה הבקשה נדחת. טעמי הדחייה היו כדלהלן:

א. נולדת בירדן, אך שנים רבות התגוררת באזור, לכן החוק חל על הבקשה שהגשת. סעיף 1 לחוק מגדיר על מי חל החוק:

"תושב אזור" מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור..."

ב. טענתך שזיקתך לישראל גדולה, אינה מהווה טעם הומניטארי מיוחד למתן רישיון לישיבת ארעי בישראל.

ג. העובדה שלמדת בירושלים, בזמן שהתגוררת באזור, אינה הופכת את בקשתך לבקשה הומניטארית מיוחדת למתן רישיון לישיבת ארעי.

החלטת המשיב 2 לדחות את בקשתו של העותר 2, אשר זהה להחלטתו באשר לבקשותיהם של העותרים 3 ו-4, מצ"ב ומסומנת ע/12.

29. כבר ביום 24.2.2014 נשלחה בקשה למשיבה 3, לקבל את פרוטוקול הדיון בוועדה ההומניטארית בעניינם של העותרים. לאור העובדה כי נימוקי החלטת המשיב 2 התעלמו מטענות מרכזיות שהועלו בבקשה, הייתה לדעת העותרים חשיבות מכרעת לעיון באותו פרוטוקול.

בקשה לקבלת הפרוטוקול מיום 24.2.2014 מצ"ב ומסומנת ע/13.

30. תזכורות לבקשה לקבל את הפרוטוקול נשלחו בימים 30.4.2014, 29.5.2014, 30.6.2014, 27.7.2014, 28.8.2014, 28.9.2014. כמו כן נערכו שיחות טלפוניות עם מזכירות הוועדה בימים 5.8.2014, 10.6.2014.

תזכורות לבקשה לקבל את הפרוטוקול מצ"ב ומסומנות ע/14.

31. ביום 27.10.2014 התקבל, סוף סוף, פרוטוקול הדיונים של המשיבה 3. מעיון בפרוטוקול מתברר, שלא בכדי המתנינו העותרים לקבלו, בטרם פנו בעתירה לבית משפט נכבד זה. מתברר, כי נערכו שני דיונים בעניינים של העותרים – האחד ביום 12.12.2013 והשני ביום 30.1.2014. בדיון הראשון, בו נכחו כל חברי הוועדה למעט מר עמוס ארבל, ראש אגף מרשם ומעמד ברשות

האוכלוסין, טענה יו"ר הוועדה כי אין בבקשה טעם הומניטארי מיוחד למתן רישיון לשיבת ארעי. נציג מתאם פעולות הממשלה בשטחים ויתר חברי הוועדה סברו, לעומת זאת, שהעותרים ירדנים, ואין להם זיקה להוראת השעה. סוכם כי "צריך לדון בכך מחדש לאור החוק ולאור השימועים שנערכו להם".

32. בדיון השני נכחו כל חברי הוועדה. בתמצית אותו דיון תוארו עובדות המקרה של העותרים וצוין, כי "העובדה שהם בעלי אשרת 1/1 במשך מספר שנים אינה מהווה טעם הומניטארי מיוחד וגם כי לטענתם אין להם זיקה לאזור אינה מהווה טעם הומניטארי מיוחד (שנים התגוררו באזור ולמדו בירושלים – אינו מהווה מרכז חיים בישראל)". בתמצית אותו דיון אין כל זכר לעמדת חברי הוועדה מהדיון הקודם, לפיה העותרים הינם ירדנים ואין להם זיקה להוראת השעה. תחת זאת, המליצה הוועדה למשיב 2 לדחות את הבקשה מאחר ואין בה טעם הומניטארי מיוחד. בניגוד להוראות הנוהל המסדיר את עבודת הוועדה, וכפי שיפורט בהמשך, לא פורטו בתמצית הדיון השני עמדותיהם הפרטניות של כל חברי הוועדה לגבי מהות הבקשה והמלצתם לגביה.

פרוטוקול הדיון בוועדה מצ"ב ומסומן ע/15.

33. העותרים סבורים כי המלצת הוועדה, והחלטת המשיב 2 שניתנה על בסיסה, מוטעית ומתעלמת מטענות מרכזיות שהועלו בבקשה. מכאן עתירה זו.

המסגרת המשפטית

המחלוקת בין שופטי המיעוט לשופטי הרוב סובבת סביב אחת השאלות הקשות בחיינו כמדינה הנאבקת בטרור, המתמודדת כל שנות קיומה עם בעיות ביטחון, ובה בעת עומדת על שמירת אופייה הדמוקרטי. השאלה שעמדה בפנינו היא, אפוא, מהם שולי הסיכון, שיש בידנינו ליטול על עצמנו ומהם האמצעים שעלינו לנקוט כדי להגן על ביטחוננו תוך צמצום הפגיעה בזכויות אדם עד כדי המידה החיונית להגנה על המדינה ועל חיי תושביה. על אף חילוקי הדעות, כולנו שותפים להכרה בחשיבותם של ערכים אלה וחיפושנו אחר נקודת האיזון, הביאו כל אחד מאיתנו למסקנותיו.

(סעיף 18 לפסק דינה של כב' הנשיאה בדימוס, השופטת בייניש, בבג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים, להלן: עניין גלאון)

34. מהם "שולי הסיכון", אם כן, שיש ליטול במקרה כמו זה של העותרים, אזרחי ירדן, שאינם רשומים בשטחים, אשר התגוררו בשטחים באזור הצמוד לירושלים, תקופה מוגבלת, בהיותם קטינים מתחת לגיל 14, והם נעדרי כל זיקה לשטחים מזה שנים ארוכות, וגם בעת מגוריהם שם היו זיקותיהם לשטחים מוגבלות? זוהי השאלה שביסוד עתירה זו.

35. להלן ייטען, כי החלטת המשיבים מנוגדת לתכלית הביטחונית המוצהרת של הוראת השעה וכן לפסיקה עדכנית של בית משפט נכבד זה בעניין הצורך בהרחבת מעגל הזכאים לרישיון ישיבה של ממש בישראל, במסגרת הוראת השעה. העותרים יטענו כי המשיבים לא שקלו כראוי את

היעדר זיקותיהם לשטחים ואת העובדה כי מרכז חייהם התנהל – מאז שנת 1999 – בישראל. עוד יטענו העותרים כי החלטת המשיבים מנוגדת לרציונאלים שבבסיס מדיניות המשיב באשר להסדרת מעמדם של ילדי תושבים.

תכלית הוראת השעה: ביטחונית

36. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, הן המדינה והן בית המשפט העליון הדגישו, כי תכליתה של הוראת השעה היא ביטחונית בלבד:

מהו תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל? בשאלה זו נחלקו הדעות בעתירה שלפנינו. מקצת העותרים והמשיבה 4 (עמותת "הרוב היהודי לישראל") סברו כי תכליתו של החוק אינה אך ביטחונית וכי היא גם "דמוגרפית". לטענתם, החוק נועד לבלום את הגידול באוכלוסיה הערבית בישראל בדרך של נישואין לתושבי האזור. **המשיבים לעומתם טענו בפנינו כי תכליתו של החוק היא ביטחונית בלבד. הנני סבור כי הדין עם המשיבים.** לדעתי, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונית ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק.

(שם, סעיף 79 לפסק דינו של כב' הנשיא בדימוס, השופט אהרון ברק).

37. גם בתצהיר התשובה של המדינה בעניין גלאון, הבהירה המדינה שמטרת הוראת השעה הינה ביטחונית, והיא באה למנוע השתקעות בישראל של אנשים המצויים ב"פרופיל הסיכון":

החוק נחקק כהוראת שעה, המתייחסת לתקופת המלחמה. הוא אינו מבקש לחוקק מדיניות דמוגרפית ארוכת שנים. החוק אינו מונע לחלוטין כניסת נתיני אויב. בנוגע לתושבי האזור, החוק מבוסס על פרופיל סיכון משוער של מחבלים וסייענים. בפועל עיקר פעולתו היא **דחיית מימוש המגורים בישראל ולא שלילת הזכות, ככל שקיימת.**

הוראות החוק ממוקדות בסיכון הביטחוני, ואינן עונות כלל על תכלית דמוגרפית. הרי אם החוק היה מיועד לתכלית דמוגרפית לא היה מקום לאשר השתקעות בישראל של נתיני אויב המצויים מחוץ לפרופיל הסיכון...

... לעומת זאת, החוק שלפנינו, אינו מונע, ברוב המקרים, השתקעות בישראל אלא דוחה את ההשתקעות עד ליציאת בן הזוג הזר מפרופיל הסיכון... אף הנתונים המעידים על אלפי נתיני אויב שהשתקעו בישראל בשלוש השנים האחרונות מעידים כי לחוק אין תכלית דמוגרפית.

(שם, סעיף 153, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך תצהיר התשובה הנ"ל מצ"ב ומסומן ע/16.

38. הנה כי כן, תכלית הוראת השעה היא ביטחונית, ועל כן בקשות הומניטאריות המוגשות למשיבה 3 על פי אותה הוראת חוק צריכות להיבחן בהתחשב בכך. נראה, שגם חברי הוועדה היו מודעים לכך בישיבתם הראשונה, כאשר כל חברי הוועדה למעט יושבת הראש שלה סברו שהילדים הינם ירדנים ואין להם זיקה להוראת השעה.

39. הבקשה הוגשה למשיבה בכדי שתבטל את ההחלה ה"טכנית" של הוראת השעה על הילדים, במובן זה שתכיר בעובדה שלמרות הגדרתם כתושבי אזור – הגדרה אשר הייתה בבסיס הבקשה ההומניטארית, שהרי אחרת לא היו מגישים כלל את הבקשה לוועדה המיועדת לתושבי אזור – הרציונאל הביטחוני לא חל עליהם. זאת, בשל העובדה שתקופת מגוריהם באזור, בשכונה צמודה לירושלים, הייתה מוגבלת הן מבחינת זמן והן מבחינת הזיקות שלהם לשטחים, ומנגד, זיקותיהם לישראל היו מרובות ומגוונות. לאור העובדה כי הסיכון הביטחוני העולה מן הילדים נמוך יותר מזה העולה מתושבי אזור "רגילים" – כך גם לדעת הגורמים המקצועיים בוועדה – היה על המשיבים ליתן לילדים רישיון ישיבה מסוג א/5, תחת הותרתם כתיירים נצחיים.

התפתחויות משפטיות לאחר פסק דין גלאון

40. בעת האחרונה, החלו שופטי בית משפט נכבד זה להפנות את תשומת לבה של המדינה לצורך להתייחס למצבם של אנשים, החיים בישראל משך שנים ארוכות באמצעות היתרי שהייה צבאיים, במסגרת הליך לאיחוד משפחות עם בני משפחה ישראלים. בעניינם של אנשים אלו, אשר בקשתם לחידוש היתר נבחנה מחדש כל שנה, משך שנים רבות, התכלית הביטחונית של הוראת השעה, אשר מצדיקה לכאורה אי-שדרוג מעמד, אינה רלוונטית יותר, ועל כן יש לשדרג את מעמדם:

במצב דברים זה, נדמה כי ההוראה בדבר הקפאת השדרוג של אלה הנכללים בגדר הוראות המעבר אינה מתחייבת עוד מהתכלית הביטחונית של חוק הוראת השעה – תכלית שעליה עמד בית משפט זה בבואו לבחון את חוקתיותו. ראשית, בעניינם של האחרונים לא זו בלבד שניתן לבצע בדיקה אינדיבידואלית, אלא שבדיקה זו אכן מתבצעת הלכה למעשה מדי שנה במועד חידוש היתר. שנית, מדובר באנשים הנתונים כבר למעלה מעשור לבחינתם של גורמי הביטחון, שכן ההיתרים מתחדשים רק בכפוף להיעדר קיומה של מניעה ביטחונית. שלישית, גם לאחר שדרוג מעמדו של אדם בישראל – משהייה מכוח היתר מת"ק לשהייה מכוח רישיון ישיבת ארעי מסוג א/5 (וזו הקטגוריה שאליה מכוונים דברינו) – מוסיף הוא להיות נתון לבחינה ביטחונית, על רקע ההוראות הקבועות בנהלי המשיב במסגרת הליך המדורג.

על כן, גם להשקפתי מן הראוי כי המחוקק ידרש שוב לסוגיית המגבלה על שדרוג מעמדם של מי ששהים בישראל כדין מכוח היתר שהייה בהתאם להוראות המעבר הקבועות בחוק הוראת השעה.

(פיסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בע"מ 6407/11 דג'אני נ' משרד הפנים (להלן: עניין דג'אני), ההדגשה הוספה, נ.ד.).

41. הצורך למצוא פתרון עבור אנשים שמעמדם הוקפא משך זמן רב לאור הוראת השעה, חזר ועלה בפסקי דין נוספים של בית משפט נכבד זה: ע"מ 4014/11 אבו עיד נ' משרד הפנים, פסקה 38 לפסק דינה של כב' השופטת ברק ארז; ע"מ 9168/11 פלוני נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט זילברטל; ע"מ 6480/12 דחנוס (רג'בי) נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט רובינשטיין; ע"מ 9167/11 חסן נ' משרד הפנים, פסק דינו של כב' השופט מלצר.

42. דברים אלו יפים בהשאלה לענייננו. גם במקרה של העותרים, מדובר באנשים בעלי פרופיל סיכון מופחת והשארתם תלויים בין שמיים וארץ, שוהים בישראל באמצעות אשרה שלא מקנה שום זכות מהותית, אינה משרתת את התכלית הביטחונית של הוראת השעה ולכן מדובר בהחלטה פסולה. כשעסקינן במי שהגיעו הנה עם אביהם התושב, בהיותם ילדים צעירים, החלטה זו ודאי אינה אנושית.

מתן מעמד מטעמים הומניטאריים בראי פס"ד גלאון

43. לצד המחלוקת שניטשה בין שופטי בית משפט העליון בעניין גלאון סביב חוקתיותה של הוראת השעה, עולה מפסק הדין כי אין מחלוקת לעניין עבודת המשיבה 3 והסמכויות המסורות לה. בעניין זה נראה כי לא נחה דעתם לא של אלו שהכשירו את החוק ולא של אלו שצידדו בביטולו. אלו ואלו קבעו כי יש מקום לייעל ולהרחיב את מעגל החוסים בגדרי הוועדה ההומניטארית.

44. כב' השופט רובינשטיין – שהיה בין שופטי הרוב שצידדו בהכשרת הוראת השעה – קובע כי:

על הרשויות להניח תדיר "אצבע על הדופק" הן בכל הנוגע לצרכים הבטחוניים, והן בכל הנוגע לאפשרות לייצר כלים אפקטיביים שפגיעתם קלה יותר. עליהן גם לשקוד ולבחון את האפשרות לייעל את הטיפול במקרים חריגים; הן בגדרי הוועדה ההומניטרית, והן באמצעות חשיבה על מנגנונים נוספים העשויים להקל על אותם זוגות אשר נמנע מהם, לעת הזאת, לקבוע את ביתם המשותף בישראל.

העמדה התומכת בחוקתיותה של הוראת השעה איננה פוטרת את המחוקק, ואת הרשות המבצעת, מחיפוש דרכים למיתון ההכרעה גם מטעם נוסף: הרוח הנכונה של מאמץ ללכת לקראת מי שלא חטא, המשלם - כפי שלמרבה הצער יארע במצבי מלחמה - מחיר בשל מי שחטאו. במקרים רבים סוברת מערכת הביטחון, במבט ראשון, כי לכלי ביטחוני מסוים אין תחליף, ובמבט שני - לאחר השקעה מרובה של מחשבה ומשאבים - נמצא לו תחליף ראוי.

(עניין גלאון, ההדגשות הוספו, נ.ד.).

45. הנשיאה בדימוס, כב' השופטת בייניש, מתייחסת אף היא בפסק דינה לעבודת הוועדה ההומניטארית ועל הצורך להרחיב את סוגי המקרים אשר יוגדרו על ידי הוועדה הנכבדה כמקרים הומניטאריים. כך היא קובעת כי:

צריך, וגם אפשר, למתן את הפגיעה על ידי שינוי של ההסדר – בין אם על ידי עריכת בדיקה פרטנית של מבקשי איחוד המשפחות; בין אם על ידי מתן אפשרות להפריך את חזקת הסיכון ובין אם על ידי הרחבה של האפשרות לקבל מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים.

46. לעמדתם של כבי' השופטים רובינשטיין ובייניש הצטרף כבי' השופט הנדל אשר בדבריו בעניין עבודתה של הוועדה הנכבדה קובע כי:

חריג נוסף בחוק המתוקן הוא התיקון בדבר הוועדה ההומניטארית (סעיף 1א3). גם לחריג זה יש משקל בבחינת הפגיעה החוקתית. יש לציין כי הנתונים מלמדים שה"פתרון" של הוועדה ההומניטארית חל על קבוצה קטנה של מבקשים. אולם, חריג זה נותן מענה מסוים שאין להתעלם ממנו. יתרה מכך, **זעתי היא, מבלי לתחום גבולות, כי יש מקום לפרש את סמכויות הוועדה באופן רחב יותר מכפי שנעשה היום.** החוק המתוקן קובע בסעיף ה(1) כי:

העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד.

הוראה זו, כמעט ככל הוראה, ניתן לפרשה בצמצום או בהרחבה. **זעתי היא שיש לפרשה בצמצום מסוים וגם בכך להרחיב את שיקול הדעת של הוועדה ההומניטארית.**

(ההדגשות הוספו, נ.ד.).

47. הנה כי כן, נקבע בפסק הדין בבירור כי את סמכויות הוועדה יש לפרש באופן שיאפשר שימוש נרחב יותר מהקיים כיום בחריג ההומניטארי, כך שיותר מהפונים לוועדה הנכבדה, יקבלו מענה למצוקתם.

48. נחבר, אם כן, את שני העניינים בהם נגענו עד כה: הראשון, התייחסות עקבית של בית משפט נכבד זה למקרים של אנשים שהרציונאל הביטחוני חלש יחסית במקרה שלהם, וקביעתו שיש למצוא פתרון בעניינם ולשדרג את מעמדם; והשני, העמדה המפורשת, הן בקרב שופטי הרוב והן בקרב שופטי המיעוט בפסה"ד בעניין גלאון, לפיה יש להרחיב את מעגל הנהנים מהחלטות הוועדה ההומניטארית. מחיבור זה יוצא, כי במקרה כמו זה של העותרים – של סיכון ביטחוני מופחת, היעדר זיקות לאזור, ניהול מרכז חיים בישראל – יש מקום ברור ליתן רישיון ישיבה מסוג א/5.

49. יפים לסיכום עניין זה דבריו של בית המשפט המחוזי בירושלים בעת"ם 3683-09-14 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו):

ככל שהדין הקיים והפסיקה מאפשרים את שדרוג המעמד – במסגרת החוק הקיים – אין להימנע מלעשות כן.

(שם, פיסקה 24. ההדגשה הוספה, נ.ד.).

שאלת הזיקות

50. מעבר להיעדר סיבה ביטחונית להותרתם של העותרים כשבאמתחתם אשרת תייר בלבד, הרי שקיימים טעמים נוספים לעמדתם.

51. טעם עיקרי הינו שאלת הזיקות. בבואנו לבחון את זיקות המשפחה לאזור, למעמד ההורה יש היבט מכריע. והרי, בני הזוג חרבאווי אינם תושבי אזור. ללא הורה שרשום כתושב אזור, הילדים, אשר הגיעו לארץ בעודם קטינים, אינם יכולים לקבל מעמד באזור ואין להם כל סטטוס חוקי שבאמצעותו הם יכולים לחיות שם. ר' לעניין זה, בהשאלה, פסה"ד בעת"ס 8390/08 סיאם נ' שר הפנים (לא פורסם), שם נקבע כי חזקה על אנשים – ובכללם אלו הפונים לקבלת סעד מבית המשפט – כי הם שומרי חוק ואינם מתגוררים במקום בו אין להם סטטוס חוקי. אם כן, גם בענייננו, טווח הבחירה של העותרים אינו כשל תושב אזור "רגיל", שכן הם אינם יכולים לגור באזור, גם לו היו רוצים בכך.

52. יפים לענייננו דבריו של בית משפט נכבד זה בפסק הדין בעע"ס 1621/08 משרד הפנים נ' חטיב, בו נכתב בסיכום הדברים:

לאחר בחינת הגדרת "תושב אזור" כפי שתוקנה בשנת 2005, באנו לכלל מסקנה כי לצורכי הוראת השעה תושב אזור הינו אחד משניים – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולעניין זה אין חשיבות בבחינת זיקותיו לאזור בפועל, או מי שנמצא באזור אך אינו רשום בו. לעניין אחרון זה תידרש, מטבע הדברים, בחינה מהותית – בהתאם למבחן מירב הזיקות – באשר לתושבותו בפועל שמבקש המעמד.

(שם, ההדגשה הוספה, נ.ד.).

53. ודוק: העובדה כי העותרים השלימו עם הגדרתם כתושבי אזור, אין משמעה כי על המשיבים לא מוטלת מלאכת בחינת זיקותיהם בכדי להחליט באיזה אופן ובאיזו מידת פגיעה יחילו עליהם את הוראת השעה. בהתחשב בעובדות, כי הילדים התגוררו על התפר ממש, בצמוד לירושלים ובטרם בניית חומת הפרדה באותו אזור¹; הילדים למדו בירושלים בבית ספר בעיר העתיקה; לא הילדים הם שבחרו להתגורר באזור והעניין לא היה בשליטתם או נתון להחלטתם, אלא להוריהם בלבד; הילדים שמרו על זיקות מרובות לעיר ובכלל זה בילו בה אצל משפחתם ולנו בה; הילדים התגוררו באזור תקופה מוגבלת שהסתיימה לפני 11 שנה ומאז הם מתגוררים בירושלים ואין להם כל זיקה לשטחים.

54. לעניין שאלת הזיקות, מפנים העותרים גם לפסה"ד בעע"ס 5569/05 משרד הפנים נ' עוויסאת, שם נפסק כי באשר לילדים שהתגוררו בשטחים, יש לפרש את החוק כך שיפגע בטובתם של

¹ ועדת השרים לענייני ביטחון לאומי החליטה רק ביום 5.9.2003 על הקמת שלב ג' של המכשול באזור עוטף ירושלים (למעט אזור מעלה אדומים) (ר' פסק דין בבג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל), ולכן ברי שבתקופת מגורי המשפחה בעזריה טרם הייתה שם חומה.

ילדים באופן המועט האפשרי; פסה"ד בעת"ס 52454-12-10 מוראר נ' משרד הפנים, שם בחן בית המשפט מהותית את שאלת הזיקות של העותר וכן להסכמה בין הצדדים בע"ס 1895/09 משרד הפנים נ' חמאדה, שם עלתה על הפרק שאלת איחוד המשפחות של תושב ישראלי עם אישה ירדנית, אשר התגוררה עם בעלה וילדיה בשכונת ואדי חומוס שעל קו התפר, מחוץ לתחום ירושלים. במסגרת הערעור, ולאחר שבני הזוג עברו להתגורר בתוך השטח המוניציפאלי של ירושלים, הוסכם כי משרד הפנים יראה בה אזרחית ירדנית, ולא תושבת שטחים כמשמעות מונח זה בהוראת השעה. זאת, חרף מגוריה משך מספר שנים בשטחים, בוואדי חומוס ולאור זיקותיה החד-משמעיות לישראל ולא לאזור.

גיל הילדים עם שובם לירושלים

55. כמתואר לעיל, הילדים שבו לירושלים בשנת 2004, עת היו בני 13 ו-10. אמנם, הבקשה להסדרת מעמדם כתושבי קבע הוגשה רק בעת שעברו את הגיל המכריע על פי הוראת השעה – גיל 14 – ואולם, **לגילם בעת שובם ארצה יש חשיבות.**

56. בעקבות ערעור בע"ס 8630/11 רדואן נ' שר הפנים הסכים משרד הפנים לשנות את נהליו העוסקים בהסדרת מעמדם של ילדי תושבי קבע, כך שבקשות להסדרת מעמד יכולות להיות מוגשות עובר למילוי דרישת משרד הפנים לקיים מרכז חיים של שנתיים בישראל. **גיל הילד בעת הגשת הבקשה – ולא גיל הילד בתום מילוי דרישת השנתיים – יהיה הגיל הקובע** באשר לאשרה שתינתן לילד.

הודעת המשיב בע"ס 8630/11 באשר לשינוי מדיניותו מצ"ב ומסומנת ע/17.

57. אמנם המדיניות החדשה של משרד הפנים מוחלת רק על בקשות אשר הוגשו מספטמבר 2013 והלאה, ואולם הרציונאל שעומד בבסיס שינוי הנוהל יפה לענייננו: **אין לפגוע בילדים במובן זה שתינתן להם אשרת תייר בלבד, תחת רישיון ישיבה של ממש, רק בשל נהלי המשיב אשר דורשים הוכחת מרכז חיים במשך שנתיים עובר לכניסה להליך הסדרת מעמד.**

פרוטוקול הדיונים בוועדה והחלטת שר הפנים

58. כפי שהתברר, הייתה משמעות רבה לעיון בפרוטוקול הדיונים בוועדה ההומניטארית בעניינם של העותרים, ולא בכדי המתינו העותרים לקבלת הפרוטוקול עובר להגשת עתירה זו.

59. עמדת הוועדה השתנתה מקצה לקצה בין שני הדיונים – הראשון ב-12.12.2013 והשני ב-30.1.2014.

60. בדיון הראשון, כל חברי הוועדה, למעט יושבת הראש (ומר עמוס ארבל שעמדתו לא ידועה שכן הוא נעדר מהדיון), סברו שהעותרים "ירדנים ואין להם זיקה ל'הוראת השעה'". כמו כן הוסף שצריך "לדון בכך מחדש לאור החוק ולאור השימועים שנערכו להם".

61. יצוין, כי לעותרים לא נערך שימוע במסגרת הטיפול בבקשה ההומניטארית, ונראה שהמשיבים הסתמכו על שימוע שנערך להם במסגרת הליכי התקיפה של הגדרתם כ"תושבי אזור".

62. בדיון השני, באופן תמוה וללא הסבר, נכתב בתמצית הדיון כי "הוועדה סבורה שאין טעם הומניטארי מיוחד למתן רישיון לישיבת ארעי". כך, התהפכה עמדת הוועדה ב-180 מעלות, ללא כל הסבר, נימוק או פירוט.
63. בניגוד להוראות נוהל 1.14.0001 (אשר מסדיר את עבודת המשיבה 3) בסעיף 6.3.3, אין כל תיעוד בפרוטוקול באשר לעמדות כל חבר וחבר בוועדה, כפי שהועלו בדיון השני ביום 30.1.2014.
- נוהל 1.14.0001 וועדה מקצועית מטעמים הומניטריים מיוחדים מצ"ב ומסומן ע/18.
64. תפנית כה חדה בעמדת חברי הוועדה חייבת להיות, לדעת העותרים, מנומקת ומוסברת כדבעי, ובכלל זה תיעוד עמדות חברי הוועדה באשר לעמדתם העדכנית וסיבת שינוי עמדתם.
65. בנוסף, על המשיב 2, שר הפנים, הייתה מוטלת החובה להפעיל שיקול דעת עצמאי, לצד מילוי חובת ההיוועצות עם הוועדה. לשון החלטתו הסופית של המשיב 2 זהה ללשון המלצת הוועדה. מכך עולה החשש, כי המשיב 2 לא התייחס בהחלטתו לעמדות חברי הוועדה כפי שהובאו בדיון הראשון ולא נתן להם כל משקל, ובכך התפרק משיקול דעתו.

סיכומם של דברים

66. המשיבים בחרו להחיל על העותרים את הוראת השעה, עקב העובדה שמגוריהם בעזריה במשך ארבע שנים, בילדותם, מספיקים לשם הגדרתם כ"תושבי אזור", חרף היותם אזרחים ירדנים שאינם רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני.
67. את דבקותם העיקשת בעמדתם המשיכו המשיבים גם כאשר באו להחליט בבקשתם של העותרים לקבל רישיון ישיבה מסוג א/5 מן הוועדה ההומניטאריה. המשיבים כשלו ביצירת אבחנה סבירה ומידתית בין אנשים שנופלים בהגדרת "תושב אזור" באופן מובהק, ובין אנשים שמוגדרים ככאלו מכורח נסיבות שלא היו בשליטתם. נסיבות, שלו היו המשיבים בוחנים כראוי, היה מסתבר להם שהם לא יוצרים אצל העותרים סיכון ביטחוני אשר מצדיק החלה דוקנית של הוראות הוראת השעה במקרה שלהם.
68. תחת החלטתם הלקונית, היה על המשיבים לקבוע כי לאור העובדה כי העותרים התגוררו זמן קצר ומוגבל בילדותם באזור אך בצמוד לירושלים, תוך ניהול מרכז חייהם בעיר, ולאור העובדה שהם ירדנים ולא להם ולא להוריהם אין מעמד באזור ולא יכול להיות להם מעמד שם, יש טעמים הומניטאריים של ממש לשדרוג מעמדם.
69. המשיבים מתעלמים באופן עקבי מפסיקות בית משפט נכבד זה אשר קבע בהקשרים שונים כי יש להרחיב את מעגל "תושבי האזור" המקבלים רישיון ישיבה מסוג א/5, ובוחרים להוציא אל הפועל את החוק באופן עיוור, כבמצב "טייס אוטומטי".

70. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, שיכלול את הסעדים שהתבקשו ברישא של עתירה זו, ולאחר שמיעת תשובת המשיבים, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיבים את הוצאות העותרות ושכ"ט עו"ד.

25 דצמבר, 2014

נועה דיאמונד, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 67758]