

- בעניין: 1. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_, דרכון ירדני, \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין יליד 26.6.1995)
4. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין יליד 28.11.1996)
5. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטין יליד 6.1.1999)
6. \_\_\_\_\_ חמאדה, ת.ז. \_\_\_\_\_ (קטינה, ילידת 13.11.2002).
- העותרים 1 ו-2.  
ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואחי  
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269  
טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

**העותרים**

- נ ג ד -

**מדינת ישראל – משרד הפנים:**

1. שר הפנים  
2. מנהל מינהל האוכלוסין  
3. מנהל לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית  
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים  
רח' מח"ל 7, מעלה דפנה, ירושלים  
טל: 02-5419555 ; פקס: 02-5419582

**המשיבים**

**עתירה למתן צו על תנאי**

מוגשת בזאת עתירה למתן צו-על-תנאי, המופנה אל המשיבים והמורה להם ליתן טעם:

- א. מדוע לא יחזרו בהם מסירובם לבקשת איחוד המשפחות של העותרים, ויאשרו מחדש את הבקשה.
- ב. בהתאם לכך, מדוע לא ישיבו לעותרת 2 את תעודת הזהות הארעית (א/5) שהיתה ברשותה.
- ג. מדוע לא יכללו במתווה הליך איחוד המשפחות את התקופה בה העותרת כבר לקחה חלק בהליך.
- ד. מדוע לא יתחשבו בשנים הרבות בהן מתגוררת העותרת בישראל בניסיון להסדיר את מעמדה, בקביעת מתווה ההליך שיחודש.

**פתח דבר**

1. עניינה של העתירה בהחלטת המשיב לסרב לבקשה המחודשת לאיחוד משפחות, שהגיש העותר 1 (להלן: "העותר"), תושב ישראל מירושלים המזרחית עבור העותרת 2 (להלן: "העותרת"), אשתו, אזרחית ירדן ואם ארבעת ילדיו הקטינים. לטענת המשיב הטעם לסירוב, הוא מעבר העותרים מחלק אחד של כפר צור באהר לחלקו האחר של הכפר, חלק זה, טוענים המשיבים, מצוי מחוץ לתחום ירושלים. בני משפחת העותרים מנהלים את מרכז חייהם על כל היבטיו בעיר. אף על פי כן, מסרבים המשיבים לבחון מחדש את בקשת איחוד המשפחות ולהשיב לעותרת את מעמדה בישראל. גם ערר שהוגש בנושא סורב.
2. עמדה זו, לפיה קיימת אבחנה בין חלקי הכפר השונים, המצדיקה חציצת דין בניהם, לא התקבלה במסגרת בג"ץ 9156/03 בדבר חומת הפרדה באזור זה. אדרבה, המדינה הסכימה לשנות את תוואי חומת הפרדה, כך שתכלול בתחומיה גם את חלק הכפר צור באהר, הקרוי ואדי חומוס, בו מתגוררים העותרים.

3. בתביעה קיבוצית כנגד המוסד לביטוח לאומי, ב"ל 10177/05, אשר הוגשה לבית הדין לעבודה בעניינם של תושבי הכפר מואדי חומוס – נקבע כי יראו את תושבי אותו חלק של הכפר כתושבי, כפר הומוגני אחד שתושביו הינם תושבי המדינה. בהתאם לכך, מכיר המוסד לביטוח הלאומי במשפחת העותרים, אשר זכאים לביטוח בריאות וקצבת ילדים.
4. גם המשיבים המשיכו להכיר בתושבות העותר וילדיו. בשנת 2002 רשם המשיב את חלא, בתו הקטנה של העותר, כתושבת קבע בתעודת הזהות שלו. בשנת 2005 חידש המשיב את תעודת הזהות של העותר.
5. החלטתו המלאכותית של המשיב למנוע את הליך איחוד המשפחות בין העותר לאשתו – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני. העותרים מבקשים מבית המשפט הנכבד, להורות למשיבים לפעול בהתאם לזכותם החוקתית של העותרים לחיי משפחה, בהתאם לטובת ילדיהם ובהתאם למושכלות אנושית וקיומית בסיסית – ולאשר את בקשת העותרים לאיחוד משפחות.

### **העובדות**

וזוהי התשתית העובדתית המהווה בסיס לטענות העותרים:

### **הצדדים לעתירה**

6. העותר 1, הוא תושב מדינת ישראל, המתגורר בכפר צור באהר כל חייו. הוא אב לארבעה ילדים - העותרים 3-6, תושבי קבע של המדינה ונשוי לעותרת 2, אזרחית ירדן.
7. העותרת 2 אזרחית ירדן, היא אשתו של העותר ואם ארבעת ילדיו, אשר מתגוררת מאז נישואיה עם משפחתה באזור ירושלים, כמפורט בעתירה.
8. העותרים 3-6 הם ילדיהם הקטינים של העותרים 1 ו-2, אשר נולדו ונרשמו בישראל, כתושבי קבע. הם מתגוררים בירושלים עם הוריהם.
9. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם בקשות לקבלת מעמד בישראל, לרבות בקשות לרישום ילדים. הוא גם השר המוסמך לטפל בעניינים הנובעים מחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: "**חוק הוראת השעה**").
10. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות להסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית. כמו כן, המשיב 2 משתתף בהליכי קביעת המדיניות בנוגע לבקשות לקבלת מעמד בישראל מתוקף חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.
11. המשיב 3 (להלן: "**המשיב**") מנהל את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול ואישור בקשות להסדרת מעמדם של ילדים, המוגשות על ידי תושבי הקבע של המדינה המתגוררים בירושלים המזרחית.

## עניינם של העותרים 1-6

12. העותרים 1 ו-2 (להלן **העותרים**) נישאו בשנת 1994 והגישו בקשה לאיחוד משפחות באותה שנה. העותר נולד וגדל כל חייו בכפר צור באהר בירושלים. העותרת, אזרחית ירדן, התגוררה בישראל כדין מאז נישואיה ועד לאישור בקשת איחוד המשפחות בשנת 1998. למעלה מ-4 שנים המתינו העותרים לאישור בקשתם.

אישור על הגשת בקשת אחמ"ש מצ"ב ומסומן **ע/1**.

13. בספטמבר 1998, משאושרה הבקשה, קיבלה העותרת תעודת זהות של תושבת ארעית. זאת על שום סיום מכסת החודשים המותרים ברישיונות ביקור.

אישור על רישיון לישיבת ארעי, מצ"ב לעתירה ומסומן **ע/2**.

14. במהלך שנת 1999 עברו בני הזוג מבית הורי העותר, שבכפר צור באהר לבית שבנו, המצוי בחלקה האחר של הכפר, המכונה ואדי חומוס. הבית נבנה על חלקת אדמה, אותה קבל העותר בירושה מאביו. העותרים לא היו מודעים לסטאטוס השונה של חלקי הכפר וסברו כי הם עדיין מתגוררים בתחום ירושלים. אכן, שכונת ואדי חומוס מצויה בכפר צור באהר. ההפרדה בין שני האזורים לא סומנה בכל צורה והינה וירטואלית בלבד. בהקשר זה נאמר כבר עכשיו, כי הכפר צור באהר הוקף מכל צדדיו בהתיישבות יהודית. המקום היחידי המאפשר בנייה בהתאם לגידול הטבעי של המשפחות הוא באזור הדרומי מזרחי של הכפר – המכונה שכונת ואדי חומוס. (על כך יורחב בהמשך).

תעודה תושב עדכנית, המעידה על היות העותר תושב ירושלים, מצ"ב לעתירה ומסומנת **ע/3**.

15. בשנת 1999 הגישו העותרים בקשה לחידוש רישיון הישיבה של העותרת במסגרת הליך איחוד המשפחות.

אישור על הגשת בקשה לחידוש רישיון לישיבת ארעי מצ"ב ומסומן **ע/4**.

16. זמן לא רב לאחר אישור הבקשה החלה האינתיפאדה השנייה ועמה גזרות חדשות במשרד הפנים. בסמוך לכך, נודע לעותרים כי חומת הפרדה עומדת לנתק את שכונתם מיתר חלקי הכפר ולהותירה בצד המזרחי של חומת הפרדה. העותרים ותושבים נוספים משכונתם פנו לבג"ץ. בשנת 2003, בעקבות העתירה – בג"ץ 9156/03, בה לקחו העותרים חלק, שונה תוואי החומה כך שהשכונה, ובכללה – ביתם של העותרים, נותרה בצדה המערבי של החומה. זאת, מתוך הכרתה של המדינה בפגיעה החמורה הצפויה לתושבים כתוצאה מבנייתה של החומה בתוואי שהוצע במקור.

הסכמה אליה הגיעו הצדדים ולה ניתן תוקף של פס"ד, בבג"ץ באשר לשכונת ואדי חומוס מצ"ב ומסומנת **ע/5**.

17. באפריל 2005, הצליחו העותרים ותושבים נוספים מהכפר במאבק משפטי נוסף, אל מול המוסד לביטוח לאומי, (ב"ל 10177/05) אשר חויב להכיר בהם כתושבי המדינה.

החלטת ביה"ד לעבודה מצ"ב לעתירה ומסומנת **ע/6**.

18. ביום 21.6.2001 כתב המשיב לעותרים כי בקשתם מסורבת מחמת מגוריהם מחוץ לתחום. העותרים לא קיבלו את הודעתו הכתובה של המשיב, אשר ניתנה להם רק בעת ביקורם בלשכה בשנת 2005.

הודעת המשיב על סירובו לבקשה, על גביה כתוב כי ניתנה ביד רק בשנת 2005, מצ"ב ומסומנת ע/7.

### המגעים המחודשים עם המשיב

19. בעקבות השינויים המשפטיים לעיל, במסגרתם הודיעה המדינה מפורשות כי שכונת ואדי חומוס הינה חלק הומוגני בלתי נפרד מהכפר צור באהר הירושלמי – גייסו העותרים משאביהם לשם פנייה מחודשת למשיב. הפנייה המחודשת לא הייתה פשוטה, שכן הגשתה הייתה כרוכה בתשלום אגרה ובתשלום לעו"ד, שהתווסף על המשאבים שהשקיעו העותרים לאורך השנים במאבקם המשפטי. העותרים פנו תחילה לעו"ד, אשר הסתבר להם כי ככל הנראה לא פנה בעניינם. ביום 5.6.2006 הגישו העותרים פנייתם המחודשת למשיב באמצעות הח"מ. בפנייתם ביקשו תחילה לברר האם תלויות ועומדות פניות בעניינם (זאת לאחר שלא הצליחו לברר זאת עם עורך דינם הקודם). העותרים יידעו את המשיב בדבר תוצאות ההליך המשפטי בעניין שכונת ואדי חומוס, אשר כעת מאפשר בחינת בקשתם לאיחוד משפחות. בהתאם לכך, ביקשו העותרים לאפשר להם להגיש בקשה חדשה בהקדם האפשרי.

פניית העותרים מיום 5.5.2006 מצ"ב ומסומנת ע/8.

20. ביום 16.7.2008 פנו העותרים למשיב בתזכורת לפנייתם הקודמת וביקשו שוב לקבוע עבורם תור להגשת בקשה מלאה לאיחוד משפחות.

פניית העותרים מיום 16.7.2006 מצ"ב ומסומנת ע/9.

21. ביום 19.7.2006 הזמין המשיב את העותרים ליום 7.8.2006 לשם הגשת בקשה מלאה לאיחוד משפחות. ודוקו, כי התור להגשת הבקשה נקבע למועד מאוחר בחודשיים ימים מפנייתם המקדמית של העותרים.

מכתב המשיב מיום 19.7.2006 מצ"ב ומסומן ע/10.

22. הנה כי כן, ביום 7.8.2006 הגיעו העותרים ללשכת המשיב והגישו בקשה לאיחוד משפחות. לבקשתם צירפו הוכחות מקיפות להוכחת מרכז חייהם המשותף בירושלים, ובהן, תצהירים, תעודות לידה של הילדים, פנקסי חיסונים מירושלים, תדפיס מקופת חולים, המעיד על הכרת הקופה והמוסד לביטוח לאומי במשפחה, תעודות בתי ספר ירושלמים עבור הילדים ועוד. במכתבם הסבירו העותרים את נסיבותיה המיוחדות של הבקשה. לאורך, ביקשו כי משתאושר יושב לעותרת המעמד הארעי שהיה ברשותה. העותרים הדגישו כי לאורך כל השנים, המשיכו לחיות בירושלים ולנהל את מרכז חייהם בכל רובד אפשרי בעיר: העותר עובד מאז ומתמיד בבנייה בירושלים ומשלם מיסים למדינה, ילדי העותרים לומדים בב"ס ירושלמי בכפר צור באהר, חבריהם ירושלמים. עוד ביקשו העותרים כי, לאחר שנים בהן לא ביקרה העותרת בירדן פן לא תוכל לשוב לבעלה וילדיה - יאפשר המשיב לעותרת לצאת לירדן ולשוב לביתה בירושלים.

בקשת העותרים מיום 7.8.2006 מצ"ב ומסומנת ע/11.

23. ביום הגשת הבקשה, 7.8.2006, שלח המשיב לעותרים בקשה להשלמת מסמכים.  
מכתב המשיב מיום 7.8.2006 מצ"ב ומסומן ע/12.
24. ביום 27.9.2006 שלחו העותרים למשיב מכתב, אליו צורפו המסמכים וההסברים שביקש.  
מכתב העותרים מיום 27.9.2006 מצ"ב ומסומן ע/13.
25. ביום 7.12.2006 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.  
מכתב העותרים מיום 7.12.2006 מצ"ב ומסומן ע/14.
26. ביום 25.2.2007 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.  
מכתב העותרים מיום 25.2.2007 מצ"ב ומסומן ע/15.
27. ביום 5.4.2007 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.  
מכתב העותרים מיום 5.4.2007 מצ"ב ומסומן ע/16.
28. בין לבין, פנו העותרים למשיב בשיחות טלפון רבות ובמכתבים לשם אישור יציאתה של העותרת לביקור משפחה בירדן, תוך הבטחת שובה לביתה ומשפחה שבירושלים. העותרים הסבירו כי בשל העמימות המשפטית בנוגע למעמד אזור מגוריה – לא ביקרה העותרת את משפחה משך שנים ארוכות מהחשש שלא תוכל לשוב לביתה. לבסוף, ביום 7.5.2007 הודיע המשיב כי עדיין לא הסתיימה בחינת מרכז החיים של המשפחה ועל כן לא ניתנת הכרעה בבקשת איחוד המשפחות לגופה. עם זאת, המשיב נעתר לבקשת העותרים לאפשר לעותרת לצאת לירדן ולשוב לישראל. הוחלט, כי העותרת תקבל רישיון ביקור לחצי שנה, אשר יאפשר לה לצאת ולחזור. בהתאם להחלטה זו הגיעו בני הזוג ללשכת המשיב מצוידים במכתב הח"מ וקיבלו רישיון ביקור לחצי שנה.  
מכתב הח"מ וצילום הויזה שקיבלה העותרת - מצ"ב ומסומנים ע/17 א ו-ב.
29. ביום 2.7.2008 שלחו העותרים מכתב תזכורת בו ביקשו את הכרעת המשיב בבקשת איחוד המשפחות.  
מכתב העותרים מיום 2.7.2008 מצ"ב ומסומן ע/18.
30. גם ביום 14.8.2007 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.  
מכתב העותרים מיום 14.8.2007 מצ"ב ומסומן ע/19.
31. ביום 29.10.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת נוסף.  
מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/20.
32. ביום 7.11.2007 שוחחה הח"מ עם הגב' זיונית פסקל, עובדת לשכת המשיב. הח"מ הזכירה, כי הבקשה בבדיקה כבר שנה וחצי ושאלה היכן עומד הטיפול. הגב' פסקל השיבה כי הבקשה עדיין בבדיקה. ביום 25.11.07 שוחחה הח"מ עם פקידת המשיב, הגב' נעמי שער, אשר הבטיחה לבדוק את הנושא ולהשיב.

33. במכתב מיום 3.12.2007 הודיע המשיב כי החליט לסרב לבקשת איחוד המשפחות. לטענת המשיב, פסה"ד של ביה"ד לעבודה אינו מתייחס לשאלה האם ואדי חומוס מצוי בשטח ירושלים. לטענת המשיב, הואיל ובני הזוג לא המציאו חשבונות ארנונה המעידים על המצאות שכונתם בישראל – נמצא ביתם באזור ואדי חומוס שבנפת בית לחם.

מכתב המשיב מיום 3.12.2007 מצ"ב ומסומן ע/21.

34. ביום 10.12.2007 השיבו העותרים לטענות שהעלה המשיב במכתבו. בין היתר כתבו העותרים:

תשובתכם מהווה המשך זלזול משווע בזכויותיהם של מרשיי. לאחר שנה וחצי של היעדר מענה ענייני לבקשת איחוד המשפחות, הינכם טורחים לציין: "ככל הנראה פסה"ד מתייחס לאוכלוסיה שגרה מחוץ לתחום ישראל, ונמצאה בתוך תוואי גדר הפרדה, אך אין בפסק הדין כדי לקבוע מתן מעמד בישראל" (סעיף 4 ג) למכתבכם, הדגשה שלי – ע.ל.

עוד הנכם כותבים בסעיף 4(ב) למכתב, כי אין בפסה"ד התייחסות למעמד אזור ואדי חומוס.

וכי אינכם יודעים מהו מעמד אזור ואדי חומוס? כמשרד הפנים של מדינת ישראל חזקה עליכם לדעת ולכלל הפחות, לאורך שנה וחצי, לברר, מהן השכונות המצויות בתוך ומחוץ לירושלים. אם אתם אינכם יודעים, כיצד ידעו הפונים אליכם לקבלת שירות? תשובה לפיה, לא ברור אם השכונה בתוך או מחוץ לירושלים, על בסיסה הינכם דוחים את בקשת מרשיי לאיחוד משפחות, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

לגופו של עניין, מרשיי היו בין התובעים מאזור ואדי חומוס, ופסק הדין לכן, מתייחס לעניינם. וכך נקבע:

א. הוא בעל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

ב. הוא תושב בכפר צור באחר, לרבות בשטח הכפר שבין גדר הפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר בדרך קבע ושלא באופן ארעי. (ר' פסה"ד).

ללמדנו, אזור ודאי חומוס הינו חלק מהשכונה הירושלמית צור באחר ותושביו הינם תושבי ישראל, על פי חוק הכניסה לישראל ועל פי חוק הביטוח הלאומי. בהתאם לפסק דין זה הוכר מרשי ע"י המוסד לביטוח לאומי, והוא וילדיו זכאים לביטוח בריאות ולקצבת ילדים. יתר על כן, מה משמעות היותו של אדם תושב ישראל על פי חוק, אם הגם שמכירים בו כתושב ברשומות ותושב בפועל לצורך הביטוח הלאומי, נאסר עליו לחיות בביתו עם אשתו, אם ילדיו?

מכתב העותרים מיום 10.12.2007 מצ"ב לעתירה ומסומן ע/22.

35. ביום 1.1.2008 שלח המשיב מכתב תשובתו (שהתקבל ע"י העותרים לקראת סוף אותו חודש), בו הודיע, כי הוא עומד על סירובו. לטענת המשיב, על פי חומר המוסד לביטוח לאומי מצוי אזור ואדי חומוס מחוץ לתחום. מתשובת המשיב ניתן ללמוד, כי הוא אינו מוצא לנכון לבחון היכן מקיימת המשפחה בפועל את מרכז חייה.

מכתב המשיב מיום 1.1.2008 מצ"ב ומסומן ע/23.

36. נוכח החלטת המשיב מוגשת העתירה דנן. יצוין, כי לעותרים נדרשו מספר חודשים על מנת לגייס כסף לשם הגשת העתירה. למרות שהעותר וארבעת ילדיו הקטינים הינם תושבי קבע – אין זכאים העותרים לתמיכת המדינה בסיוע משפטי. עמותות שונות, אשר נותנות סיוע משפטי הינן בעלות משאבים מוגבלים ולא היה בידם לסייע לעותרים.

**הכפר צור באהר - רקע**

37. בשנת 1967, לאחר המלחמה, סיפחה ישראל לתחום ירושלים שטח משטחי הגדה המערבית וכללה אותו בתוך תחומי העיר ירושלים. השטח המסופח כלל את העיר העתיקה, השכונות הסמוכות לה, וכן 28 כפרים פלסטיניים, שסופחו גם הם למרחב העירוני. לתושבי השטח המסופח ניתן מעמד של תושבי קבע בישראל. כך היה גם בעניינו של הכפר צור באהר, שהפך בפועל, לאחר שנת 1967, לאחת משכונותיה של ירושלים.
38. דא עקא, שקו תחום השיפוט החדש של העיר שורטט בחופזה, ומבלי שניתנה בהכרח הדעת לגבולותיה האמיתיים של כל שכונה ושכונה מהשכונות הסובבות את ירושלים. כך היה גם באשר לכפר צור באהר. קו תחום השיפוט שהותווה בשנת 1967 לא כלל את כל שטחו של הכפר צור באהר, ולמעשה חילק את הכפר לשניים: החלק הארי של אדמות הכפר סופח לאחר שנת 1967 לתחומה המוניציפאלי של העיר, ואילו שאר אדמות הכפר (בעיקר החלק הדרומי-מזרחי שלהן) נותרו מחוץ לגבולות העיר.
39. עם זאת, במשך כל השנים, מדובר היה ב"קו וירטואלי". זאת, מכיוון שבפועל לא ניתן כל ביטוי מוחשי בשטח למיקומו של קו תחום השיפוט המוניציפאלי. לא הוקמה כל גדר לאורכו של הקו, ולא הוצב כל סימן היכר אחר, שיכול להצביע כי הקו עובר בנקודה זו אחרת באדמות הכפר צור באהר. דהיינו, גם לאחר שנת 1967, הכפר צור באהר נשאר מאוחד, הוא לא חולק בשום שלב, והתושבים המשיכו להחזיק ולעבד את אדמותיהם, גם את אלה המצויות מחוץ לקו המוניציפאלי. זאת, כפי שהיה בעבר.
40. יצוין, כי להתפתחויות בשטח מאז שנת 1967 היתה השפעה מכרעת על מצבו המיוחד של הכפר צור באהר כיום. במהלך השנים הקימה המדינה סביב הכפר שכונות, שנועדו להתיישבות של יהודים. רבות מן האדמות עליהן נבנו אותן שכונות הופקעו מתושביו של הכפר צור באהר. כך, נכלא הכפר בין שכונות שונות, שמנעו את התפתחותו מכיוונים שונים. מצפון, חסום הכפר על ידי שכונת תלפיות מזרח. ממערב, חסום הכפר על ידי קיבוץ רמת רחל. מדרום-מערב, חסום הכפר על ידי ההתנחלות החדשה בהר-חומה.
41. כתוצאה משינויים אלה, נמנעה התפתחותו של הכפר כמעט לכל הכיוונים, כמפורט לעיל. בשל המחסור הקשה בשטחים לבנייה, נוצרה בכפר מצוקת דיור חמורה. הכיוון היחיד אליו יכול היה הכפר להתפתח, על מנת להקל במעט על מצוקה זו, היה הכיוון הדרום-מזרחי. ואכן, במרוצת השנים החלה להיבנות השכונה הדרום-מזרחית של הכפר, חלקה על אדמות הנושקות לקו המוניציפאלי וחלקה על אדמות הנמצאות מעבר לקו המוניציפאלי. יצוין, כי גם הבתים שנבנו מעבר לקו זה – שכאמור, היה וירטואלי עד לאחרונה – מרוחקים, לכל היותר, מאות מטרים בלבד מקו תחום השיפוט.
42. הנה כי כן, ברבות השנים נוצר מצב בו מרביתו של הכפר צור באהר נמצא בתוך התחום המוניציפאלי של ירושלים ומיעוטו (בהערכה גסה – פחות מ-10% מאדמות) מצוי מחוץ לתחום. ויודגש: גם השכונה הדרום-מזרחית בנויה על אדמותיו ההיסטוריות של הכפר, אשר מגיעות באזור זה עד בסמוך לכפר עבידייה, הנמצא צפונית-מזרחית לבית לחם. עם זאת, וכמפורט לעיל, עד לאחרונה, לא הייתה כל הבחנה בין שני "חלקיו" של הכפר, המחוברים ברצף בנייה. גם היום משהוקמה החומה ממזרח לכפר כולו – נשמרה המציאות של הכפר ככפר אחד.

### **בניית חומת הפרדה באזור צור באהר**

43. ביום 2.9.2003 החליטה ממשלת ישראל על הקמת חומת הפרדה באזור ירושלים ("יעוטף ירושלים"). באזור הכפר צור באהר תוכנן תוואי החומה לעבור בסמוך לקו תחום השיפוט המוניציפאלי של ירושלים, מעט מזרחית לו. תוואי החומה המתוכנן אמור היה להותיר כ-1,600 דונם משטחי השכונה הדרום-מזרחית, בהם גרו באותה תקופה קרוב לאלף איש – בצדה המזרחי של החומה. כתוצאה, עתידים היו אותם אנשים להיות מנותקים מכפרם, ממשפחתם, מהעיר ירושלים, ממקומות העבודה שלהם, מבתי הספר הנמצאים בכפר, ועוד ועוד.

44. כדי לנסות למנוע תוצאה קשה זו, פתחו תושבי השכונה הדרום-מזרחית של הכפר, ובכללם העותרים, בהליכים משפטיים, שסופם בעתירה שהוגשה לבג"ץ באוקטובר 2003 (בג"ץ 9156/03 דאוד ג'בור ו-32 אח' נ' מנהלת קו התפר ואח'). בעקבות הגשת העתירה הסכימה המדינה להזיז את תוואי החומה באזור זה כמה מאות מטרים לכיוון דרום-מזרח, כך שרוב בתי אותה שכונה ייכללו בצד "הישראלי" של החומה. הסכמה זו קיבלה תוקף של פסק דין ביום 30.12.2003.

(ההודעה המוסכמת שהוגשה לבג"ץ צורפה כנספח ע/5 לעיל).

45. יצוין, כי הסכמתה זו של המדינה נבעה בראש ובראשונה מהכרתה בפגיעה הקשה בחיי אותם תושבים, שתיגרם אם תיבנה החומה בתוואי המתוכנן. כך עולה ממסמך שהועבר לידיהם של העותרים בבג"ץ 940/04 אבו טיר ו-10 אח' נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח'. באותו מסמך מציין עוזר היועץ המשפטי לגדה המערבית בסעיף 32 (א):

**הפגיעה בתושבי הכפר צור באהר – על פי התוואי המתוכנן כיום למכשול באזור המדובר, עתידים כשבע מאות וחמישים מתושבי צור באהר למצוא עצמם מופרדים מהכפר. מדובר בתושבים ישראלים. הפגיעה המתוארת קשה במיוחד שכן מדובר בקהילה אורגנית אחת, כאשר התושבים שצפויים להתגורר ממזרח למכשול יופרדו מבני משפחותיהם ומהמוסדות הציבוריים המשרתים אותם.** (ההדגשה הוספה – ע.ל.).

המסמך מצ"ב, מסומן ע/24.

46. כאמור, כתוצאה מהגשת העתירה בעניין (בג"ץ 9156/03), ולאור העובדה כי המדינה הכירה בפגיעה הקשה הצפויה בתושבי השכונה הדרום-מזרחית – הוזז תוואי חומת הפרדה, כך שיכלול את תושביה של אותה שכונה, ובכללם – העותרים בעתירה דן.

### **המאבק להכרת המוסד לביטוח לאומי**

47. אולם צרותיהם של תושבי השכונה הדרום-מזרחית לא תמו בכך. במהלך שנת 2004 החל המוסד לביטוח לאומי (להלן: "המל"ל") לשלוח הודעות לתושבי השכונה הדרומית, בהן הודיע להם על ביטול מעמדם כתושבים על פי חוק הביטוח הלאומי. בהתאם, החלו אותם תושבים לקבל הודעות מקופות החולים, על ביטול הביטוח הרפואי שלהם. הודעה מסוג זה קיבלו גם העותר ובני משפחתו, שהיו מבוטחים במל"ל. בתגובה, הגישו אותם תושבים – בכללם, העותר ובני משפחתו – תביעה בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים (בל 10177/05) ועד הכפר צור באהר לנושא הביטוח הלאומי ו-52 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי ואח'. במסגרת התביעה, דרשו התושבים מבית המשפט ליתן פסק דין הצהרתי, לפיו הם מהווים



תושבי ישראל, על פי חוק הביטוח הלאומי. זאת, לאור העובדה כי מרכז החיים שלהם היה ונותר בישראל.

48. בעקבות הגשת התביעה התקבל ביום 11.4.2005 פסק דין, בו נקבע:

**לאור הסכמות הצדדים, וההודעה, ובשים לב לכך שמדובר בכפר הומוגני אחד, ועל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לנתבע, הרי שכל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום, וכל עוד תתקיים גדר הפרדה במתכונת המתוכננת, יראה הנתבע במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות חלים עליו הן לעניין הזכויות והן לעניין החובות המוטלות לפיהם לאמור:**

1. הוא בעל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

2. הוא תושב הכפר צור באהר, לרבות בשטח הכפר שבין גדר הפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר דרך קבע ושלא באופן ארעי.

לאור האמור, בטלות ההודעות שנשלחו לתובעים. (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

פסק הדין צורף לעיל כנספח ע/6.

49. הנה כי כן, גם במסגרת הליך זה הכירה המדינה, כי במצב הנוכחי, יש לראות בתושבי השכונה הדרום-מזרחית של צור באהר כתושבי ישראל לצורכי חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות. נוכח העובדה שמדובר בחלק מכפר הומוגני אחד, ונוכח העובדה שחומת הפרדה חובקת את השכונה לתחום ירושלים ויוצרת חציצה בלתי עבירה בינה לבין השטחים, מרכז החיים של תושבי השכונה הוא בישראל. שלילת זכויותיהם של תושבי השכונה על בסיס קו מוניציפאלי וירטואלי, שאינו מעוגן במציאות, הינה שרירותית, ותפגע קשות בחייהם של תושבי השכונה ובזכויותיהם.

50. עקרונות אלו יפים גם לענייננו. הזכויות בביטוח הלאומי, בדומה לעניין מימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה דרך איחוד משפחות, נקבעות לפי מבחן מרכז החיים. העקרונות שנקבעו לעניין הזכויות הסוציאליות יפים גם לענייננו: השכונה הדרום-מזרחית מהווה חלק בלתי נפרד מהכפר צור באהר, מרכז חייהם של תושביה נמצא בירושלים ואשר על כן – אין לפגוע בזכויות תושבי השכונה המגיעות להם על פי דין.

### **המסגרת המשפטית**

51. המשיב מסרב לבקשת העותרים לממש בישראל את זכותם החוקתית לחיי משפחה. הטעם לכך היא טענה עמומה בדבר היעדר מרכז חיים בישראל. נביט אפוא על מושג "מרכז החיים" בשיטת המשפט בישראל.

### **המונח מרכז חיים**

52. מספר חוקים עושים שימוש במונח "מרכז חיים" לתיאור זיקתו של אדם אל מקום מסוים כך למשל, **סעיף 1 לפקודת מס הכנסה** קובע (לאחר התיקון משנת 2002) כי "תושב ישראל" או 'תושב'... לגבי יחיד – מי שמרכז חייו בישראל". לצד הגדרה כללית זו מונה החוק את מבחני העזר הבאים לקביעת מקום מרכז החיים:

**לשם קביעת מקום מרכז חייו של יחיד, יובאו בחשבון מכלול קשריו המשפחתיים, הכלכליים והחברתיים, ובהם בין השאר:**

(א) מקום ביתו הקבוע;

(ב) מקום המגורים שלו ושל בני משפחתו;

(ג) מקום עיסוקו הרגיל או הקבוע או מקום העסקתו הקבוע;

(ד) מקום האינטרסים הכלכליים הפעילים והמהותיים שלו;

(ה) מקום פעילותו בארגונים, באיגודים או במוסדות שונים.

לאחר מכן מופיעה חזקה, הניתנת לסתירה, שלפיה מי ששהה בישראל מספר ימים מינימאלי, במהלך תקופה מוגדרת, ייחשב כמי שמרכז חייו הוא בישראל.

53. דוגמא נוספת היא חוק יישום תכנית ההתנתקות, התשס"ה-2005. גם בחוק זה נעשה שימוש במונח "מרכז חיים", לצורך קביעת הזכאות לפיצויים על פי החוק, וגם בו, כמו בפקודת מס הכנסה, נמנו מבחני עזר לקביעת מרכז החיים. וכך נאמר בסעיף 2(ב) לחוק:

לשם קביעת מקום מרכז חייו של תובע לעניין חוק זה, יובאו בחשבון מכלול קשריו המשפחתיים, הכלכליים והחברתיים, ובהם, בין השאר:

1. מקום המגורים שלו ושל בני משפחתו;

2. חברותו באגודה שיתופית התיישבותית או באגודות שיתופיות אחרות של יישוב מפונה.

54. גם בתיקון שהתקבל ביולי 2005 לחוק שיפוט בתי דין רבניים בישראל (נישואין וגירושין), תשי"ג-1953, ישנה התייחסות למושג "מרכז החיים". בתיקון הוספה ההגדרה הבאה למונח "מקום מושב" של אדם (ראו סעיף 4א(ו) לחוק): "המקום שבו נמצא מרכז חייו או מקום מגוריו הרגיל".

55. גם הפסיקה התייחסה לסוגיה של קביעת מרכז חייו של אדם. בו"ע (ירושלים) 138/05, גבריאל סלוק נ' ועדת הזכאות לפי חוק יישום תוכנית ההתנתקות, תק-של 2006(3), 15698, קבע השופט מ' סובל, בסעיף 10 לפסק דינו:

התכונה המאפיינת יותר מכל את מבחן "מרכז החיים" הנה גמישותו ויכולת התאמתו למערכת העובדות הספציפיות העומדת לדיון, באופן המגשים קרוב ככל הניתן את מטרת ההסדר המשפטי נשוא הדיון. אין בכך מקריות. המחוקק "בחר במתכוון במושג גמיש זה, כדי לאפשר לשופטים למלאו תוכן בהתאם לנסיבות" (א.ח. שאקי "סמכות בינלאומית ודתית וברירת הדין – לענין חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות" הפרקליט כ' (1964) 259, 260). תוכן זה "אינו ניתן לקביעה מיכנית, קבועה מראש, מכוחה של פיקציה כלשהי" (א.ח. שאקי "כללי משפט בינלאומי פרטי בחוק הירושה" עיוני משפט ג' (1973) 51, 56). יתרונו של מרכז החיים הוא בהיותו "ללא ספק קריטריון אובייקטיבי, מקורי ומוצלח, הנותן לבית המשפט שיקול דעת לקבוע את 'מקום מושבו' של אדם ובעטיו את 'דין מקום מושבו' לפי מירב הזיקות שיש לאותו אדם אל אחת המדינות... על פיו ניתן לגלות מרכז חייו האמיתי של אותו אדם, ועל ידי כך להחיל עליו דין שהוא באמת הדין האישי שלו. (מ. שאוה, הדין האישי בישראל (כרך ראשון, מהדורה רביעית מורחבת - 2001) עמ' 66 ו-410). (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

ובהמשך, נקבע בסעיף 11:

מרכז החיים הוא מושג נורמטיבי. לפיכך בירור מקום מרכז החיים איננו בירור עובדתי גרידא. הבירור מערב בתוכו עובדות ומשפט גם יחד. יישום המבחן נעשה באמצעות שני מבחני-משנה משולבים: מבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי (ע"פ 3025/00, לעיל, בעמ' 123; דנ"פ 8612/00, לעיל, בעמ' 459; ע"א 4127/95, לעיל, בעמ' 321-322; בג"ץ 6627/98, לעיל, בעמ' 323). המבחן האובייקטיבי מתחקה אחר הזיקות

הפיזיות הקושרות את האדם אל מקום מסוים: מקום המגורים שלו; מקום המגורים של בני משפחתו; המקום שבו מופקת הכנסתו; מקום הימצאות עיקר נכסיו; מקום חיי הקהילה שלו; מקום חינוך ילדיו; ועוד כיוצא בזה נתונים פיזיים הבאים לידי ביטוי מוחשי בשטח. המקום אליו קשור האדם במירב הזיקות האלה הוא מקום מרכז חייו האובייקטיבי. המבחן הסובייקטיבי מתעניין בזיקות הנפשיות הקושרות בין האדם למקום: כוונה לעזוב מקום מגורים או לחזור אליו בעתיד; הסיבה להימצאות במקום מסוים או להיעדרות ממנו; הרגשת שייכות למקום; וכן הלאה. (ההדגשות הוספו – ע.ל.).

56. גם פסיקת בית הדין לעבודה קובעת כי שאלת מרכז החיים היא שאלה שהתשובה אליה תלויה במכלול הנסיבות. באחת הפרשיות נקבע:

הנסיבות המיוחדות נובעות ממצב מיוחד, הקשור בתוצאות מלחמת ששת הימים. כתוצאה מצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967 נוצר מצב, שבית מסוים הוא בתחום ישראל, ובית אחר, הנמצא במרחק קטן ממנו, הוא מחוץ לישראל. המעבר משטח אחד לשני אינו מעבר ממדינה למדינה. הבא מהשטח השני לשטח הראשון אינו זקוק לאשרת כניסה לא כתייר ולא כתושב ארעי. יש והמגורים הם בשטח האחד, ומקור הפרנסה - עבודה או עסק - הם בשטח השני. יש ומטעמים משפחתיים עוברים חדשות לבקרים מבית לבית. במצבים כאלה לא ייתכן להגיע לתוצאה, שתושבות מתחלפת מיום ליום. התשובה היחידה למצבים אלה היא בראיה כוללת ובחיפוש מענה לשאלה, לאיזה "שטח" קיימת הזיקה העיקרית ולאיזה שטח - הזיקה היא זמנית, משנית או חולפת. (דב"ע מה/73-04 סנוקה נ' המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יז (1), 79, סעיף 11 לפסק הדין). (ההדגשה איננה במקור – ע.ל.).

57. על הקושי שבקביעת מרכז חייו של אדם במקרה בו ביתו נמצא במקום אחד, ומרכז חייו, מבחינות אחרות, נמצא במקום אחר – עמדה כבי' השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש בהקשר של קביעת מרכז חייו של אדם לצורך קביעת מקום מושבו על פי סעיף 135 לחוק הירושה:

לא אחת מתלבט בית המשפט בשאלה מהו מקום מושבו של אדם אשר מחלק את שגרת חייו בין שתי מדינות שונות, קביעה ההופכת להיות קשה יותר ויותר בנסיבות החיים של העולם המודרני בו הניידות קלה. יש ואדם מתגורר במקום אחד ומנהל עסקיו במקום אחר, משפחתו מתגוררת במדינה מסוימת, אך יש לו פעילויות עסקיות, ציבוריות ואחרות במדינה אחרת, בה הוא נמצא בחלק ניכר מתקופות השנה ומשקיע מזמנו וממנו. יש המחלקים את זמנם ועניינם בתקופות שונות של השנה במדינות שונות. כל אלה מקשים על זיהוי ברור של מרכז חייו של אדם. בענייננו הבעייתיות שבקביעת "מרכז חייו" של אדם הופכת להיות קשה שבעתיים עת מדובר במקומות כה קרובים, אשר מבחינה פיזית-גיאוגרפית אין כל קושי לקיים שגרת חיים בשניהם כאחד, ועם זאת בכל אחד מהם שוררת שיטת משפט שונה; אלא שהמחוקק ראה נגד עיניו את חייו של כל אדם כנעים סביב מרכז אחד לצורך חלוקת ירושתו, ועל כן אין לנו אלא לקבל עמדה זו ולהכריע את הדין על פי "מירב הזיקות" הכורכות את המנוח לאותו מקום. (ע"א 4631/90 ג'ול נ' ג'ול, פ"ד מט(5), 656, עמ' 658-659). (ההדגשה שלי – ע.ל.).

58. כאשר אנו באים לקבוע היכן נמצא מרכז חייו של אדם, ניתן להיעזר גם במבחנים בהם קבעה הפסיקה בשאלת קביעתה של "האזרחות האפקטיבית" (למשל, בשאלות של דיני הסגרה. ראו לעניין זה: ע"פ 6182/98 שמואל שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג(1), 625). כך, למשל, קבע בית המשפט העליון:

מקום שאדם הוא בעל שתי אזרחויות, הדעה הרווחת כיום היא שהולכים אחר האזרחות 'האפקטיבית', הפעילה, המעשית והבולטת (ע"א 86/63 אל-צפדי נ' ברוך בנימין, פ"ד י"ז (3), 1419, 1426).

59. בית הדין הבינלאומי בהאג נדרש לשאלה זו בפרשת Nottebohm וציין פרמטרים שונים אותם יש לקחת בחשבון כאשר קובעים מהי אזרחותו האפקטיבית של אדם:

**International arbitrators have decided in the same way numerous cases of dual nationality, where the question arose with regard to the exercise of protection. They have given their preference to the real and effective nationality, that which accorded with the facts, that based on stronger factual ties between the person concerned and one of the States whose nationality is involved. Different factors are taken into consideration, and their importance will vary from one case to the next: the habitual residence of the individual concerned is an important factor, but there are other factors such as the centre of his interests, his family ties, his participation in public life, attachment shown by him for a given country and inculcated in his children etc. (Liechtenstein v. Guatemala, 1955 I.C.J. Rep. 4, 22).**

(ההדגשה שלי – ע.ל.)

60. בדומה ל"אזרחות האפקטיבית", גם בבואנו לקבוע מהו מרכז חייו של אדם, יש לבדוק להיכן מוליכות אותנו מירב זיקותינו. כמפורט לעיל, מקום המגורים משמש אחד הפרמטרים החשובים לקביעת מרכז החיים, אולם הוא איננו היחיד (ראו לעניין זה גם ו"ע 138/05 האמור, בסעיף 12 לפסק הדין). יש לבחון גם היכן גרה יתר משפחתו, היכן נמצאים נכסיו, היכן הוא עובד לפרנסתו, היכן ממוקמת קהילתו הקרובה, היכן מתחנכים ילדיו, וכיו"ב. גם בפן הסובייקטיבי, יש לבחון את הזיקות הנפשיות הקושרות בין האדם למקום: כוונתו להישאר באותו מקום בעתיד, הסיבה להימצאות במקום מסוים, הרגשת שייכות למקום, ועוד.

61. כאמור לעיל, לעיתים ההתלבטות בקביעת מרכז החיים נובעת מהעובדה שביתו של האדם נמצא במקום מסוים, ואילו מרכז חייו מכל בחינה אחרת נמצא, גיאוגרפית, סמוך מאוד לביתו, אך במקום בו שוררת שיטת משפט אחרת. כפי שיפורט בהמשך, גם בענייננו מדובר במצב דומה.

62. עם זאת, במקרה נשוא עתירה זו קביעת מרכז חיי העותרים – פשוטה: המדינה הכירה בכך שגם אותם בתים, שהינם חלק מהכפר צור באהר אך מצויים מטרים ספורים מחוץ לתחום השיפוט של העיר ירושלים – מהווים חלק בלתי נפרד מהכפר צור באהר ומהעיר ירושלים. מתוך הכרה זו הסכימה המדינה להזיז את תוואי חומת ההפרדה כך שבית העותרים, ובתים אחרים באותה שכונה, ייכללו בצד ה"ירושלמי" של החומה. ומתוך הכרה זו, ומאחר שהחומה יוצרת כיום מכשול בלתי עביר בין אותה שכונה ליתר חלקי הגדה המערבית, ובאופן המסכל בין היתר את היכולת לנהל את מרכז החיים בגדה - הסכימה המדינה שאין לפגוע בזכויותיהם המהותיות של תושבי השכונה (באותו הקשר מדובר היה בזכויותיהם על פי חוק הביטוח הלאומי). המדינה הכירה בכך שמרכז חייהם לכאורה, של מי שביתו מצוי מצדה המערבי של החומה, הינו בירושלים.

### היישום לעניין תושבי הכפר צור באהר

63. אכן מרכז חייהם של תושבי הכפר צור באהר המתגוררים בשכונה הדרום-מזרחית הינו ירושלים. רבים מהם כלל לא ידעו עד להפעלת הגזרות כנגדם (ביטול מל"ל בשלב מסוים, בניית חומת הפרדה שנבלמה ועוד), כי הם מתגוררים "מחוץ לתחום". מרכז חייהם של אותם תושבים – אשר כל מבוקשם היה לצאת ממרכז הכפר הצפוף לאזור מרווח יותר – היה ונותר הכפר צור באהר וירושלים בכללותה. כך בכל אחד מהאלמנטים המרכיבים את "מרכז חייו" של האדם: מקום העבודה, מקום קבלת השירותים השונים (בריאות, דואר, שירותים מוניציפאליים שונים), מקום לימודיהם של הילדים, מקום התפילה, מגורי הקהילה, קרובים וחברים ועוד. לא רק זאת, אלא שמחמת בניית החומה אין לתושבי ואדי חומס כל גישה לשטחי הגדה.

### היישום לעניין משפחת העותרים

64. העותרים, ככל תושבי השכונה הדרום-מזרחית, הם תושבי הכפר צור באהר, הכלול בשטחה של ירושלים החל משנת 1967. הכפר צור באהר והעיר ירושלים מהווים את מרכז חייהם של העותרים ומשפחתם לכל דבר ועניין. ביתם נמצא על אדמות הכפר. העותרים מקבלים חשמל ומים מתוך ירושלים. הם מחוברים לקו ניח של חברת "בזק". ארבעת ילדי העותרים, נולדו בבתי החולים בירושלים, חוסנו בירושלים, הם תושבי קבע של מדינת ישראל. הילדים לומדים בבתי ספר הממוקמים במרכז הכפר, והשייכים לעיריית ירושלים. העותר עובד במשך כל השנים בתוך ישראל בעבודות בניין ומשלם מיסים למדינת ישראל. בית הוריו של העותר מצוי בחלקו הארי של הכפר, המצוי בשטח ירושלים, שם גרים מרבית בני משפחתו (מקצתם גרים בשכונת ואדי חומס). העותרים וקרובי משפחתם מבקרים אלו את אלו באופן תדיר ורצוף, ומשתתפים באירועים משפחתיים. העיר ירושלים, על שווקיה ואזורי המסחר שבה, מהווה את מרכז החיים העסקי של העותרים. העותרים כלל לא עוברים לצדה המזרחי, הגדתי של השכונה.

65. גם בפן הסובייקטיבי קשורים העותרים בכל היבט לירושלים. לעותרים אין כל כוונה לעזוב את כפרם, בו מתגורר העותר מאז נולד. כל קשריהם החברתיים והמשפחתיים של בני המשפחה מצויים בכפר - הוא סביבת המגורים היחידה אותם הם מכירים, הוא תבנית נוף ילדותם, במלוא מובן המילה. מעל לכל, אין להם כל מקום מגורים אחר אליו הם מרגישים שייכות כלשהי.

66. דברי החקיקה והפסיקה שצוינו לעיל מספקים פרמטרים להתייחסות לשם הקביעה מהו "מרכז חייו" של אדם (מקום המגורים הקבוע, מקום האינטרסים הכלכליים, מקום העבודה, מקום לימודי הילדים, וכו'). העותרים הוכיחו מעל לכל ספק – גם על פי פרמטרים אלה – כי מרכז חייהם בירושלים. כאמור, "מרכז חיים" הוא מונח שמעיד על מציאות החיים בכללותה, ושאלת המגורים היא רק מרכיב אחד במציאות זו.

67. במקרה דנן, כבר הכירה המדינה בכך שהשכונה הדרום-מזרחית מהווה חלק בלתי נפרד מצור באהר. לאור זאת, הכלילה המדינה את השכונה בצידה המערבי של החומה, ולאור זאת גם חזרה בה המדינה מהחלטתה לשלול את מעמדם של תושבי השכונה כתושבים על פי חוק הביטוח הלאומי ועל פי חוק הכניסה לישראל. גם המשיב, אינו מתכחש לעובדת היותו של העותר תושב קבע בפועל, אשר זכאי להסדרת מעמדם של ילדיו, לקבלת

שירותים, לחידוש ת"ז. אשר על כן, לעובדה שביתם של העותרים נבנה בנסיבות מורכבות על גבול התחום המוניציפאלי, מטרים ספורים בלבד מעבר לתחום, שנכנס לצד הירושלמי של החומה, ישנה חשיבות משנית בלבד בהקשר זה. על המשיב לבחון היכן מצוי מרכז חיי המשפחה על פי מכלול הנסיבות והפרמטרים ולהפעיל את שיקול דעתו לאורך של מכלול הראיות לקיום מרכז חיים. בהתאם לכך, יש להעניק משמעות גם לעובדה שקו תחום השיפוט, עד להקמתה של החומה, היה וירטואלי בלבד. לאותם תושבים שעברו להתגורר על אדמותיו של הכפר הנמצאות בסמוך לקו, אך מעברו המזרחי, לא היה כל יסוד להניח כי ביתם נמצא "מחוץ לירושלים", ובוודאי לא שיערו כי במגוריהם שם הם מסכנים את זכויותיהם האזרחיות, שלהם ושל ילדיהם.

68. לסיכום פרק זה יאמר, כי לא יעלה על הדעת כי זרועות שונים של מדינה אחת יפעילו מדיניות סותרת באותו נושא ממש. במקרה שלפנינו סותר אף משרד הפנים את מדיניותו שלו – כאשר מחד הוא מכיר בעותר וילדיו כתושבים ומאידך מונע מהם לממש את זכותם החוקתית לחיי משפחה משום, ככל הנראה, שאינם תושבים.

### הטיעון המשפטי

69. התנהלות המשיב מנוגדת למדיניות מדינת ישראל ביחס לאזור ואדי חומס ולחובות המשיב כלפי התא המשפחתי ועקרון טובת הילד. הזכות לחיי משפחה וטובת הילד הוכרו כזכויות חוקתיות במדינת ישראל, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. המשיב, אם כן, פוגע בזכותם החוקתיות והאזרחיות של העותר וילדיו, תושבי מדינת ישראל.

### הפרת זכויות יסוד של האדם

70. התנהלות המשיב רומסת את זכויות האדם של העותרים. בעוד המשיב מתעלם מהדין – מצויים העותרים משך שנים ארוכות במצב של מתח וחוסר וודאות כשאימת הגירוש לירדן של אם המשפחה מטילה צל כבד על כל רובדי חייהם.

### הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

71. התנהגות המשיב כמפורט לעיל פוגעת בזכותם של העותרים לחיות בצוותא ולקיים תא משפחתי כפי שבחרו. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. בפסק הדין בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה –

המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

72. המשפט הישראלי מכיר בערך של חיי משפחה תקינים כערך מרכזי ויסודי הראוי להגנת החברה:

[...] שמירה על שלמות המשפחה מהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. התא המשפחתי הינו 'התא הראשוני... של החברה האנושית' (השופט חשין בע"א 238/53 כהן ואח' נ' י"מ); הוא 'מוסד המוכר על ידי החברה כאחד היסודות שבחיי החברה' (הנשיא אולשן בע"א 337/62 ריזנפלד נ' יעקובסון ואח'). שמירתו של מוסד המשפחה הינו חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל.

כב' השופט ברק, כתוארו אז, בבג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 749, 783.

לעניין זה ראו עוד: בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלונים נ' מ"י, פ"ד מ"ט(1) 330, 337; דנ"א 2401/95 נתמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פבאלויה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108.

73. המשפט הבינלאומי קובע כי לכל אדם חירות להינשא ולהקים משפחה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אושררה ע"י ישראל ביום 3.10.91, כי:

**יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם....**

ראו עוד: ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב-10.12.48, ס' 18(1); סעיף 17(1) וסעיף 16(3) לאמנה הבינ"ל בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

74. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו בטיפול בבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר עוסקת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה בסבירות והוגנות.

### הפגיעה בילדי העותרים

75. ילדיהם הקטינים של העותרים, תושבי מדינת ישראל, נפגעים באופן קשה ובלתי הפיך, מהיות אמם חסרת מעמד בישראל, מועמדת פוטנציאלית לגירוש. על המדינה מוטלת החובה הברורה והטבעית לא רק למנוע פגיעה שכזו, כי אם להגן באופן אקטיבי על טובתם של קטינים תושבי המדינה.

76. המשיבים מתעלמים מעקרון טובת הילד, הוא עקרון יסוד בהפעלתו של כל שיקול דעת מינהלי או שיפוטי בנוגע לקטינים. כל עוד הוא קטין וכל עוד הורהו מתפקד כראוי, טובת הילד מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו. העמדת הילד בסכנת פירוד

מהורהו, מהווה מטבע הדברים התערבות בתא המשפחתי בניגוד לטובתו, ובאופן אשר פוגע בהתפתחותו.

77. 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).

78. 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.

79. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221), אותה אישרה 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, 3(1), 4, 5, 7, 9(1), 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-2, 17, 23, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

## סיכום

80. מדינת ישראל הכירה בכך שהשכונה בה מתגוררים העותרים היא חלק אינטגרלי מהכפר הירושלמי-ישראלי צור באהר. לכך ניתן ביטוי בהסכמת המדינה בבג"ץ, כי השכונה כולה תהייה בצד הישראלי של חומת הפרדה ובהכרת בית הדין לעבודה והמוסד לביטוח הלאומי בתושבי הכפר כולו, כתושבים על פי חוק הכניסה לישראל. המשיב הכיר גם במעמד בני משפחת העותרים דנן, כאשר הסדיר את מעמדם של ארבעת ילדי המשפחה כתושבי קבע וחדש את תעודת הזהות של העותר.



81. אין לקבל את מדיניות המשיב, אשר מכיר בעותר כבעל מעמד וזכויות במקום מגוריו, אך לא מכיר בזכותו החוקתית לחיי משפחה עם אשתו:

**...זכויות הפרט אינן מסתיימות במתן הצהרות חגיגיות. זכויות הפרט הן חומר של יום יום. אם הזכויות לא יעמדו במבחן המעשה, הן יהפכו עד מהרה למטבעות שחוקים המוטלים הלוך ושוב, תוך יצירת אשליה חולפת של כיבוד זכויות, המתפוגגת בשל מחסומים בירוקרטיים בלתי עבירים, המוצבים על כל צעד ושעל. (עת"מ (י-ם) 769/04 אמינה נ' שר הפנים)**

82. משמעות החלטת המשיב הינה גירוש העותרת לירדן, תוך קריעתה מארבעת ילדיה הקטינים, תושבי המדינה, מבעלה ומביתה. לחלופין, תגרום החלטת המשיב להגירה כפויה של העותר וילדיו, תושבי המדינה מביתה. הטעם לכך תמוהה בלשון המעטה, שכן העותרים מקיימים את מרכז חייהם בישראל. העותרת אזרחית ירדן, נטולת כל בעיה ביטחונית או פלילית ואף אין חולק על נישואיה הכנים לעותר. יפים ומדויקים גם דבריו של השופט אוקון בעת"מ (י-ם) 411/05:

**לא יעברו שנים רבות ונשפשף את עינינו סביב השאלה איך השלמנו עם מה שברור כבר עתה. הערמת המכשולים הבירוקרטיים היא דרך אחרת לומר את מה שברור מאילו, והוא שבקשות אלה אינן רצויות למשיב. לא ניתן שלא לתמוה בכמה "כלפי חוץ" בירוקרטי ובכמה "טיעונים" לגליסטיים אנו מוכנים להתעטף ואלו להטים מינהליים ניתן לעשות – כדי למנוע טיפול ענייני בבקשות מסוג זה – החל מהתור הפיזי מול הלשכות וכלה במסמכים אותם יש להערים אצל המשיב. קיומו של חוק ראוי, מחייב מנגנון מתקבל על הדעת, אשר יאפשר להגשימו. קיומו של חוק ראוי עם אמצעים בלתי מתקבלים על הדעת אינו רעה פחותה מאיסור גורף. על מנת שלא נראה בעינינו כרוכלים העוסקים בענייני רישוי כמו בפרקמטיה זולה, מוטב שהחוק יכובד, וטענות של היעדר קשר נישואין תקף ואמיתי בין בני זוג הורים לשבעה ילדים, כאשר האחרון שבהם הוא בן שלוש, יהיו מבוססות על טענות של ממש, ולא על שיחת טלפון שלא נענתה בנוסף למגורים נפרדים לצרכי פרנסה.**

83. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא לחייב את המשיבים לנהוג על פי שלטון החוק ועל פי אמות מידה של סבירות והגינות ולהבטיח את טובתם וזכויותיהם של תושבי המדינה ושל ילדיהם.

מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לצו על תנאי, להפכו למוחלט ולחייב את המשיבים בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין.

ירושלים, 3.7.2008

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