

בעניין: המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל (מ.ר. 35418) ו/או יוסי
וולפסון (מ.ר. 26174) ו/או חוה מטרס-עירון (מ.ר. 35174)
ו/או סיגי בן-ארי (מ.ר. 37566) ו/או ענת קדרון (מ.ר.
37665) ו/או עביר גיובראן (מ.ר. 44346) ו/או עידו בלום
(מ.ר. 44538)
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרת

- נ ג ד -

1. שר הפנים
2. מפקד כוחות הצבא בגדה המערבית
3. אלוף פיקוד הדרום

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צאלח א-דין 29, ירושלים
טל': 02-6466590; פקס': 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

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

- א. מדוע לא יבוטל חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **החוק** או **הוראת השעה**), ככל שהוא חל על ילדים קטינים של תושבי קבע של ישראל, בהיותו בלתי חוקתי;
- ב. מדוע לא יבוטל החוק, בהיותו סותר את בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח' (להלן: **פסק דין עדאלה**);
- ג. מדוע לא יבוטל החוק בהיות הליך חקיקתו רצוף פגמים מהותיים, ובכלל זאת – היות ההליך מנוגד לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002;
- ד. לחלופין: מדוע לא ייקבע, כי החוק איננו חל על עניין הסדרת מעמדם של ילדים של תושבי ישראל, ותחת זאת ייקבע, כי כל ילד שאחד מהוריו תושב קבע של ישראל והוא מתגורר בישראל באופן קבוע עם הוריה זה - זכאי למעמד של תושבות קבע בישראל.

תוכן העניינים

3 פתח דבר
4 הוראות החוק
4 כללי
5 הגדרת "תושב אזור" – רישום באזור מהווה ראיה חלוטה
8 הכלל - איסור מתן מעמד, והחריג העוסק בילדים
11 החלת סעיף המניעה הביטחונית הדרקוני על עניינם של הילדים
12 "הסעיף ההומניטרי" שהוסף לחוק
12 סיכום: הוראות החוק הנוגעות לעניינם של הילדים
13 תנאי החיים בירושלים המזרחית
15 ילדים ונוער
17 דוגמאות לפגיעתו הקשה של החוק
17 משפחת מוראר
18 משפחת אבו גווילה
19 משפחת ג'ולאני
21 הטיעון המשפטי
22 תיקון מס' 2 לאור בג"ץ עדאלה
22 כללי
23 התייחסות בית המשפט לעניין זכויות הילדים
26 הליך חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)
26 חקיקת החוק המקורי והתיקון הראשון לחוק
30 חקיקת התיקון השני לחוק
34 הפרת זכויות יסוד של האדם
34 הזכות לחיי משפחה וזכותם של ילדים להגנת החברה
37 טובת הילד
40 חובות ההורה כלפי ילדיו
41 הזכות לשוויון
41 עקרון השוואת המעמד בין ילד להורהו המשמורן
44 הזכות להתפתחות
44 הפגיעה בזכויות: למטרות לא כשרות – דמוגרפיות וכלכליות
48 פגיעה בזכויות מבלי שמתקיים קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי
49 הפגיעה בזכויות: בלתי-מידתית - בחירת האמצעי היותר פוגעני
49 החובה להפעיל שיקול דעת בעת החלטה על רישום ילד
51 סנקציה קולקטיבית
53 הפגיעה בזכויות היא בלתי מידתית במובן הצר
54 סיכום

קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש - גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול.

(השופט מ' חשין בע"א 6106/92 פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, תק-על 94(2), 1166, עמוד 1168).

פתח דבר

1. עניינה של עתירה זו הוא המובן מאליו: ביטולו של חוק אשר בית משפט נכבד זה קבע שאינו חוקתי. עניינה של עתירה זו הוא גם בניסיונם הנפסד של המשיבים "להתאים" את נוסחו של החוק המתוקן לפסיקתו של בית המשפט. ניסיון זה נועד לכישלון, בהיותו מותר על כנו את הרעיון המרכזי והפסול של החוק: דחיית בקשות למתן מעמד בישראל על-בסיס קולקטיבי, מתוך מניעים דמוגרפיים-גזעניים. הסדר זה, קבע בית המשפט הנכבד בבג"ץ עדאלה, פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכות לחיי משפחה ובזכותם של הערבים בישראל לשוויון.
2. בפני בית-המשפט הנכבד תלויות ועומדות עתירות ציבוריות נוספות כנגד חוקתיות החוק: בג"ץ 830/07 טבילה ואח' נ' שר הפנים ואח', בג"ץ 544/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים ואח' ובג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים. העותרת מסכימה לטענות שבאותן עתירות, ואינה מרגישה צורך לחזור עליהן כאן, אלא ככל שהדבר נדרש לצורך **ההיבט הייחודי של העתירה הנוכחית: השלכותיו הקשות של החוק על חייהם של ילדים מאחת מהקבוצות המוחלשות ביותר באוכלוסית ישראל: ילדי ירושלים המזרחית**.
3. עתירה זו מתמקדת בהחלת החוק על ילדיהם של תושבי הקבע בישראל. במסגרת החוק, ככלו המשיבים את ידיהם הם, כך שלא יוכלו להפעיל שיקול דעת בבקשות למתן מעמד בישראל לילדים בגילאים מסוימים שהוגדרו על-ידם כ"תושבי האזור". מדיניות זו, הנמשכת כבר למעלה מחמש שנים (תוך ניגוד ציני לחקיקת החוק כ"הוראת שעה"), נובעת, גם כשהיא מוחלת על ילדים, ממניעים זרים – דמוגרפיים, גזעניים וכלכליים. על מניעים אלה אפשר ללמוד מהדיונים שקדמו לחקיקת החוק, על תיקונו, ומניסיונם הנואל של המשיבים להצדיק – גם את החלתו על ילדים – בנימוקים ביטחוניים.
4. במוקד העתירה עומדים אפוא ילדים. ילדים, המתגוררים עם הוריהם התושבים בתחומי ישראל, אשר למרות זאת – החוק משאירם ללא מעמד. ילדים, שכתוצאה מכך עלולים להינתק מעל הוריהם ומעל אחיהם האחרים – להם החוק מאפשר לתת מעמד בישראל. ילדים, אשר כל חטאם היה שנולדו בזמן הלא נכון, במקום הלא נכון או נרשמו במרשם הלא נכון – כך שכיום "נאלצים" המשיבים להחיל עליהם את החוק.
5. ברקע העתירה עומדת המציאות הקשה בירושלים המזרחית – מקום מגוריהם של רבים מאותם ילדים. מציאות בה מודרים תושבי מדינת ישראל מזכויות בסיסיות בתחומי החינוך, הרווחה, התשתיות, ועוד. מציאות בה נולדים וגדלים ילדים ישירות אל תוך מעגלים של עוני ופשעה. מציאות בה מוגדרים למעלה מ-50% מהילדים המטופלים על ידי רשויות הרווחה **כילדים בסיכון**.

6. העותרת תטען, כי החוק דינו להתבטל, לפחות ככל שהוא חל על ילדים. החוק פוגע בזכויות אדם המוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כפי שקבע בית משפט נכבד זה בבג"ץ עדאלה. הפגיעה היא לתכלית פסולה ואינה הולמת את ערכי המדינה כמדינה דמוקרטית. לחלופין תטען העותרת, כי הפגיעה היא מעל ומעבר לנדרש. בנוסף תטען העותרת, כי דין החוק להתבטל, ככל שהוא חל על ילדים, בשל פסלות הליכי קבלתו, שעמדו, בין היתר, בניגוד משווע לחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.

הוראות החוק

כללי

7. עיקרו של החוק הוא בביטול שיקול הדעת העומד לשר הפנים בהענקת מעמד בישראל לפי חוק האזרחות ולפי חוק הכניסה לישראל. במוקד החוק הכוונה – והתוצאה – של מניעת איחוד משפחות בין ערבים מישראל לבין בני עמם שבשטחים הכבושים.

8. ככל שמדובר בילדיהם של אזרחי ישראל, פגיעתו של החוק בהם היא על-ידי הרס התא המשפחתי בו הם גדלים. מעמדם האזרחי של הילדים עצמם אינו נפגע: בהיותם ילדיו של אזרח הם אזרחים מלידה, ללא קשר למקום היוולדם או למקום המגורים שלהם או של מי מהוריהם. במסגרת העתירה הנוכחית לא נעסוק בהשפעת החוק על ילדים אלו.

9. שונה מצבם של ילדים של מי שאחד מהוריהם הוא תושב קבע של ישראל, אך אינו בעל אזרחות – ולענייננו: תושבי ירושלים המזרחית.

10. תושבי ירושלים המזרחית קיבלו את מעמדם כנתיני ישראל בעקבות סיפוח מזרח העיר לישראל בשנת 1967. מדובר בתושבים המקוריים של העיר העתיקה, השכונות המקיפות אותה והכפרים ומחנות הפליטים שסופחו למרחב העירוני. למרות שנקבע שמעמדם נתון להם לפי חוק הכניסה לישראל, יש לומר: ישראל היא שנכנסה לשכונותיהם; לא הם שחצו את גבולות ישראל להתיישב בה. חשוב לזכור נתון זה כאשר המשיבים מנסים להתייחס לחוק מהפרספקטיבה של דיני הגירה.

ועוד יש לזכור את זיקתם החברתית העמוקה של תושבי ירושלים המזרחית לשאר תושבי השטחים שנכבשו בשנת 1967. דורי דורות היתה ירושלים המרכז העירוני החשוב של כלל הגדה המערבית, וכך גם לאחר 1948. גם הסיפוח לישראל בשנת 1967 לא שינה את מערך הזיקות בין המרכז האורבני בירושלים ובין תושבי העיר לבין שאר השטחים ואוכלוסייתם. מבחינת המשפט הבינלאומי ההומניטרי, מדובר באוכלוסייה מוגנת (ראו סעיף 47 לאמנת ז'נבה). עובדות אלו הן משמעותיות מבחינת ריבוי הזוגות בהם אחד מבני הזוג הוא תושב ירושלים המזרחית ומשנהו תושב השטחים – וממילא מבחינת התוצאה המפלה של החוק, והפגיעה הרחבה שלו בילדי ירושלים המזרחית.

11. בעוד שמעמדם של ילדי אזרחים מוקנה להם מלידה על-פי חוק האזרחות, מעמדם של ילדי ירושלים המזרחית מוסדר בשני אופנים, שהיחס ביניהם טרם הוכרע סופית בפסיקה:

א. **תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל**, מקנה לילדי תושבים את מעמד הוריהם. במקרה של חוסר זהות בין מעמד ההורים, קובעת התקנה שיוקנה מעמד האב או האפוטרופוס. במקרה

שההורה השני מתנגד לכך, מהווה שר הפנים מעין "בורר", והוא הקובע אם לילד יינתן מעמד האב או מעמד האם. מקובל, והדבר גם עוגן בפסיקה, שקביעת שר הפנים נעשית בהתאם למרכז החיים של ההורה המשמורן.

לפי לשונה, תקנה 12 חלה רק על ילדים שנולדו בישראל, ולא על ילדים שנולדו מחוצה לה (לרבות בשטחים), אם כי הועלתה בפסיקה (כפי שנראה) אפשרות לפרש את התקנה באופן רחב יותר.

בדעת הרוב בבג"ץ עדאלה נקבע, מפי כב' המשנה לנשיא (כתוארו אז) מ' חשין, כי החוק אינו פוגע בהליכים לפי תקנה 12, ואינו מונע משר הפנים לקבוע כי מעמדו של ילד של תושב ישראל, שנולד בישראל, יהיה מעמד של תושבות קבע במדינה. עם זאת, כפי שנראה, משרד הפנים מיישם את החוק גם על ילדים שלתקנה 12 תחולה ישירה עליהם. שר הפנים רואה עצמו אנוס על-פי הדיבור שלא לקבוע שילד שנולד בישראל הוא תושב קבע של המדינה, אם אותו ילד נרשם במרשם התושבים הפלסטיני.

ב. תקנה 12 לא חלה, לפי לשונה, בעניינם של ילדים שנולדו לתושב מחוץ לישראל (אף כי בפסיקה הועלתה האפשרות להרחיב את התקנה בדרך של פרשנות).

לפי הפרקטיקה המקובלת על המשיב, מעמדם של ילדים שנולדו מחוץ לישראל מוסדר על-פי הסמכות הכללית של שר הפנים, להעניק מעמד בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. עם זאת, הפסיקה קבעה (וקביעה זו יושמה כעיקרון על ידי המשיב), שהעיקרון המכוון את שיקול הדעת של השר הוא מרכז החיים של ההורה המשמורן. דהיינו: אם ההורה המשמורן חי בפועל בישראל, זכאי הילד למעמד בישראל.

התוצאה של החוק היא שמשרד הפנים רואה עצמו מנוע מליישם את עקרון שוויון המעמד בין ההורה המשמורן לילדו.

12. לצד ההוראה השוללת את שיקול הדעת משר הפנים, נקבעו בחוק הוראות נוספות הנוגעות ישירות לילדים. כך נקבע, שילדים מעל גיל 14 יוכלו בנסיבות מסוימות לקבל היתרי כניסה לישראל, שיאפשרו להם לחיות בה ולנוע בה – אולם לא יינתן להם מעמד המקנה להם זכויות סוציאליות ובריאותיות. להוראה זו השלכות קשות במיוחד לגבי אוכלוסיית ירושלים המזרחית, שהיא מהעניות והמוחלשות בישראל.

הוראה זו גם "מושכת את השטיח" מתחת לטענות הביטחונית להצדקת החוק. כפי שהודה גם נציג השב"כ בדיונים בחוק בוועדת הפנים של הכנסת, מדובר בהוראה שאין לה שום יסוד ביטחוני. מדובר בשיקולים דמוגרפיים וכספיים גרידא.

להלן נרחיב לגבי הוראות החוק, כפי שהן כיום (לאחר תיקון מס' 2 לחוק), אשר להן השפעה על מעמדם של ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית.

הגדרת "תושב אזור" – רישום באזור מהווה ראיה חלוטה

13. בסעיף 1 לחוק, סעיף ההגדרות, נקבע:

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

14. סעיף זה, לאחר תיקונו בשנת 2005, הרחיב את תחולת ההגדרה של "תושב אזור", באופן אשר כולל לא רק את תושבי השטחים, המתגוררים בהם בפועל, אלא אף את כל מי שרשום במרשם האוכלוסין בשטחים, גם אם לא התגורר שם מעולם. על פי הגדרה מורחבת זו, מפסיק מרשם האוכלוסין להוות ראיה לכאורה לנכונות הפרטים הרשומים בו, והופך לראיה חלוטה, עליה לא ניתן להשיג בשום מקרה.

15. הגדרה חוקית שכזו הינה חסרת תקדים ומנוגדת לרשת חקיקתית ענפה במשפט הישראלי, ובייחוד לחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה-1965. מטרתו הברורה של חוק מרשם האוכלוסין היא להסדיר את נושא הרישום במרשם, כך שישקף נכונה את מצב האוכלוסייה הרשומה בו. רישום מעיד, על מצב דברים לכאורה, שהינו אמיתי לפחות בסמוך למועד בו התבצע. ככל שמתברר בהמשך כי מצב הדברים השתנה, או כי הרישום מוטעה, הרי שניתן לתקנו. זאת על מנת להשיג את התוצאה לשמה נעשה הרישום מלכתחילה - שיקוף מצב הדברים הנכון. כך רישום ככלל וכך גם היה מאז ומתמיד, בהתייחס למרשם האוכלוסין הישראלי והפלסטיני, בהקשר של הקניית מעמד לילדים.

16. הגדרת תושב אזור על פי מרשם האוכלוסין הפלסטיני, כאשר הרישום בו מהווה ראיה חלוטה – הינה עיוות של הדין הישראלי, למטרה פסולה – החלת החוק על מספר רב ככל האפשר של ילדים. המשיבים מסרבים לבחון את טענת ההורה התושב, לפיה ילדו אינו תושב פלסטיני בפועל, בטענה כי אין לסתור את הכתוב, בבחינת הרישום עומד ממעל. זאת חרף ידיעת המשיבים כי, במקרים רבים נרשמו ילדים בשטחים, על אף שמרכזי חיי המשפחה היה מאז ומתמיד בישראל.

17. במאמר מוסגר יצוין, כי קיימות סיבות שונות לרישומו של ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין בשטחים. זאת, על אף שהילד איננו תושב שטחים. כך, למשל, תושב קבע ישראלי המתגורר בחו"ל משך תקופה מסוימת לצורך עבודה או לימודים, אינו מורשה באותה תקופה, וכן שנתיים לפחות לאחר מכן, לרשום את ילדיו בישראל, שכן הקניית המעמד מותנית בהוכחות למרכז חיים בישראל של שנתיים לפחות. במקרים כאלה נאלצות המשפחות להסדיר את מעמד ילדיהן בשטחים, שכן בהיעדר מעמד לא ניתן להוציא עבורם מסמכי נסיעה וכן כדי לא להותירם מחוסרי מעמד. בבעיה דומה נתקלים גם זוגות צעירים, שלאחר נישואיהם התגוררו בשטחים, עד שנבנה ביתם בירושלים או התפנתה יחידת דיור של אחד האחים. בתקופה בה מתגורר הזוג בשטחים, מעדיפים ההורים לרשום את ילדיהם שם – מסיבות דומות.

כמו כן, קיימים מקרים לא מועטים בהם חזרו נשים וילדיהן להתגורר בירושלים, בחיק בני משפחתם, לאחר גירושין מבן הזוג או לאחר פטירתו. בתקופה בה התגוררו אותן נשים בשטחים, נרשמו הילדים שם, לעיתים גם על ידי הבעל – כדי לנסות ולסכל את חזרת האישה, עם ילדיה, לישראל.

מכשול נוסף העומד בדרך לרישום ילדיהם של תושבים בישראל, היא מדיניות המשיבים והבעייתיות בעבודת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. במהלך השנים השתנתה מדיניות רישום הילדים תכופות, ומעולם לא זכתה לפרסום. בד בבד עם מדיניות זו, שררה

בלשכה שבירושלים המזרחית, לאורך השנים, בעיית נגישות קשה – אנשים נאלצו לעמוד במשך למעלה משבוע בתור או קנו את תורם. כאשר כבר הצליחו להיכנס בשערי הלשכה התבקשו למלא טפסים בשפה העברית, תצהירים המצריכים תשלום לעורך דין, מסמכים וחשבונות משניים ארוכות קודם לכן. גם כאשר הצליחו לעמוד בתנאים, עד שהצליחו להגיע ללשכה פעם נוספת כדי להגיש את הבקשה, הועמדו בפניהם דרישות נוספות, שונות ויקרות. תושבים רבים שהצליחו לעמוד בדרישות המכבידות, לא זכו למענה מהלשכה בירושלים המזרחית משך זמן רב. בלית ברירה, רשם ההורה הזר את הילד במרשם האוכלוסין הפלסטיני. זאת על מנת שלא להותירו מחוסר מעמד בעולם ולאפשר את רישומו במוסדות חינוך. יצוין, כי בהיעדר מספר מזהה, קשה מאוד לרשום ילד לגן או לבית-ספר או לקבל עבורו שירותים חיוניים אחרים.

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

19. הרחבת ההגדרה של "תושב השטחים" בחוק המתוקן נועדה להתגבר על מכשול שהציבה הפסיקה בפני מאמציו של המשיב, לצמצם את המקרים בהם יינתן מעמד בישראל לילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית. בשורה של פסקי דין שניתנו בבית-המשפט לעניינים מינהליים, נקבע שההגדרה "תושב שטחים" שבחוק מתייחסת למצב התושבות בפועל ולא לרישום. בהתאם לכך, נדרש משרד הפנים לבדוק אינדיווידואלית בקשות בעניין מעמדם של ילדים, שנטען שהם בפועל תושבי ירושלים המזרחית, אף שנרשמו בשטחים.

20. בפס"ד בעת"מ 822/02 גושה ואח' נ' מנהל הלשכה האזורית למינהל אוכלוסין, שניתן בהקשר לפרשנות המשיבים לחוק דן לפני התיקון, פסק השופט יי עדיאל:

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

[...]

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

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

ב"כ המשיב... הוסיפה וטענה, כי לגישתו של המשיב, פסק-דינו של כב' השופט עדיאל בעת"מ (י-ם) 822/02 בעניין גושה הנו "פסק-דין מוטעה", ועל כן אין הוא מונחה על-ידו... גישתו האמורה של המשיב, נדחתה, כאמור, פעם אחר פעם, בפסיקת בית המשפט לעניינים מנהליים: בפסק-דינו של כב' השופט עדיאל בעת"מ (י-ם) 822 בעניין גושה...; בפסק-דינה של כב' סגנית הנשיא מ' ארד בעת"מ (י-ם) 577/04 בעניין אלקורד...; בפסק הדין שניתן על-ידי בעת"מ 387/04 בעניין עוויסאת; ובפסק-הדין שניתן לאחרונה, ביום 24.5.05 ע"י כב' השופטת י' צור בעת"מ 1277/04 זכריה ואח' נ' שר הפנים – שבו נמתחה ביקורת על התעלמותו של המשיב מפסיקתו החוזרת ונשנית של בית-משפט זה.

[...]

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

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

23. ויש להדגיש: משרד הפנים רואה את החוק כחוסם גם הליכים לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, כאשר הילד, שנולד בישראל ומרכז חייו בישראל, נרשם מטעם זה או אחר בשטחים.

הכלל - איסור מתן מעמד, והחריג העוסק בילדים

24. סעיף 2 לחוק קובע:

בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא

ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור.

סעיף זה הוא עיקרו של החוק - הוא מבטל את סמכותו של שר הפנים מכוח חוק הכניסה לישראל וחוק האזרחות, להפעיל שיקול דעת בנוגע למתן רישיונות ישיבה בישראל לתושבי הגדה המערבית ועזה, ואת סמכותו של המפקד הצבאי בשטחים אלו להפעיל שיקול דעת בנוגע למתן היתרי שהייה בישראל. הסעיף מבטל הלכה למעשה את נוהל איחוד המשפחות של אזרחים ותושבים עם בני זוג שהם תושבי השטחים.

25. סעיף 3א לחוק עוסק בשאלת הילדים:

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו –

- (1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווה כדין בישראל;
- (2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

26. סעיף 3א עושה אפוא הבחנה בין ילדים בגילאים שונים, ויוצר שני מעמדות שונים זה מזה:

א. **ילדים עד גיל 14:** ילדים להם רשאי שר הפנים להעניק מעמד בישראל.

ב. **ילדים מעל גיל 14:** ילדים להם לא רשאי שר הפנים להעניק מעמד בישראל, ולכל היותר יוענק להם היתר שהייה בישראל.

27. מהותו של ההיתר הניתן לילדים מעל גיל 14 (להלן: **היתר מת"ק**) (בהשוואה למעמד של תושבות קבע או תושבות ארעית):

מדובר בהיתר מטעם הצבא, המקביל לאשרה הניתנת לתיירים. והניתן ככלל, לתקופה בת חצי שנה בכל פעם. מגרעותיו של היתר זה:

א. בשונה ממעמד של תושבות קבע, או אף תושבות ארעית, היתר מת"ק אינו מקנה כל זכויות סוציאליות. כך, למשל, ילדיה של תושבת ישראל לא יהיו זכאים לקבל קצבאות ילדים או קצבאות נכות, אם חלילה יזדקקו לכך. בנוסף, אותם ילדים לא יהיו זכאים לביטוח בריאות ממלכתי. אם יחלו ויזדקקו לאבחון רפואי, טיפול, או אשפוז, על אף היותם ילדיה של תושבת ישראל, המתגוררים בישראל עם אמם, לא יהיו ילדים אלו זכאים לתמיכת מדינת ישראל. זאת, בניגוד לילדיהם של שאר תושבי המדינה. כמפורט בהמשך, היעדר הזכאות לביטוח בריאות ממלכתי, הוא משמעותי וחמור במיוחד בעניינם של ילדי ירושלים המזרחית, אשר גדלים כבר כך לתוך מציאות של היעדר תשתיות נאותות, עוני ומצוקה.

ב. משרד הפנים מפנה את הזכאים להיתרים אלה למפקדות התיאום והקישור בשטחים, באמצעות טופס המכונה "הפניה למת"ק". הפניה זו ניתנת לתקופה של שנה, וניתנת להארכה לתקופה דומה בכל פעם. כאשר אדם מבקש להאריך את "ההפניה למת"ק" שברשותו, הוא מחויב לפנות ללשכת מינהל האוכלוסין חודשיים לפני שפג תוקף ההפניה הקודמת. זאת, במטרה שההפניה החדשה תהיה מוכנה עבורו ביום בו יוזמן ללשכה – בסמוך מאוד ליום בו עומד תוקף ההפניה הנוכחית לפוג. עניין זה הוסדר רק בעקבות עתירה שהגיש המוקד (עת"מ 612/04 דהוד ואח' נ' שר הפנים ואח'). ניתן לצפות בנוהל שהוצא בעקבות העתירה באתר המוקד, בקישור:

<http://www.hamoked.org.il/items/6791.pdf>

עם זאת, למרות התחייבותו בפני בית המשפט, המשיב אינו עומד במקרים רבים בנוהל זה, כך שהזכאים לקבלת היתרים אינם יכולים לקבל מבעוד זמן את ההפניות, שהן תנאי לקבלת ההיתרים עצמם. כתוצאה, נשארים רבים מהם, ובכללם – ילדים, ללא היתרים בתוקף, לעיתים תקופות של חודשים ארוכים.

ג. בעיותיהם של הזכאים להיתרי המת"ק אינן מסתכמות בכך. כאמור, ניתנות ההפניות לתקופות של שנה, אולם ההיתרים עצמם ניתנים, ככלל, לתקופות בנות ששה חודשים לכל היותר. כלומר, לפחות פעמיים בשנה צריכים לצאת ילדים, הזכאים להיתרים, מביתם בירושלים למפקדות התיאום והקישור הנמצאות בשטחים. במקרים רבים, כאשר מגיעים אותם ילדים למת"ק, מצוידים בהפניה מטעם המשיב, מתברר כי ההיתר עבורם טרם הוכן. לעיתים מתברר כי המת"ק סגור באותו יום. לעיתים מדובר בתקופות ארוכות יותר, בהן המת"קים אינם עובדים, עקב שביתה, למשל. כלומר, מדובר בעוד מכשול בדרכם של ילדים להשגת היתר שיאפשר תנועה חופשית, ברמה זו או אחרת. גם במקרה זה, שהייה של ילדים רבים ללא היתרים בתוקף היא תוצאה שכיחה.

ד. לבסוף, לא למותר לציין כי ילדים אשר להם היתרי מת"ק בלבד – בדומה לכל מי שנחשבים "תושבי שטחים" – אינם יכולים לעבור בכל מחסום בירושלים וסביב לה. מעברם מוגבל רק למספר מצומצם מאוד של מחסומים (המכונים "מעברים"). עובדה זו מגבילה – ובמקרים רבים, גם מייקרת – את אפשרות התנועה של כל בני המשפחה, אשר נאלצים לעבור יחד עם אחיותיהם/אחיהם/ילדיהם באותו מעבר.

28. לסיכום עניין זה: האופן שבו מסדיר החוק את עניינם של הילדים מעל גיל 14 מפלה את אותם ילדים ביחס לילדים אחרים בני גילם, ילדיהם של ישראלים אחרים. בנוסף, מופלים אותם ילדים גם ביחס לילדי תושבים במצב דומה, שגילם נמוך מגיל 14. אפליה זו היא, בראש ובראשונה, בקבלת זכויות סוציאליות בסיסיות, וכן אפליה בחופש התנועה, הנוצרת כתוצאה ממשטר ההיתרים הבעייתי שתואר לעיל. בעניין זה עוד יפורט בהמשך.

29. יצוין, כי לא ידוע מה יעלה בגורלם של הילדים המקבלים היתרי מת"ק, כאשר יגיעו לגיל 18. האם יוארך תוקפו של ההיתר? אם כן – עד מתי? אם ייקרעו אותם ילדים מעל הוריהם ויגורשו מישראל?

מה יעלה, למשל, בגורלה של אישה צעירה, אשר קיבלה עד היום היתרי מת"ק, הגיעה לגיל 18, ומבקשת כיום להתחתן עם בחיר ליבה, תושב ירושלים? אם תחיה עם בן זוגה, לא תוכל להוסיף ולקבל את היתר השהייה, שהרי אין כאן שאלה של הפרדת ילד מהורהו השווה כדין בישראל. מצד שני, על פי הוראות החוק, בן זוגה לא יוכל להגיש בקשה לאיחוד משפחות עימה, בהיותה צעירה מדי (מתחת לגיל 25). האם תיאלץ אישה זו לשהות באופן בלתי חוקי בישראל? האם תיאלץ לצאת עם בן זוגה מישראל, תוך סיכון מעמד התושבות של בן הזוג?

החלת סעיף המניעה הביטחוני הדקונוי על עניינם של הילדים

30. הוראת חוק נוספת החלה על ילדי התושבים בחתך הגילאים 14-18 היא סעיף 3(ד) לחוק, הקובע כדלקמן:

לא יינתן היתר לשהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור, לפי סעיפים 3, 1א3, 3א(2), 3ב(2) ו-3(3) ו-4(2), ולא יינתן רישיון לישיבה בישראל לכל מבקש אחר שאינו תושב אזור, אם קבע שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, בהתאם לחוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב האזור או המבקש האחר או בן משפחתם עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל; בסעיף זה, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובני זוגם.

לעניין זה, רשאי שר הפנים לקבוע כי תושב האזור או המבקש האחר עלולים להוות סיכון ביטחוני למדינת ישראל, בין השאר על סמך חוות דעת מאת גורמי הביטחון המוסמכים ולפיה במדינת מושבו או באזור מגוריו של תושב האזור או המבקש האחר מתבצעת פעילות העלולה לסכן את ביטחון מדינת ישראל או אזרחיה.

סעיף זה כולל שתי הוראות חמורות, המוחלות, בין היתר, על ילדי תושבים בגילים 14-18.

31. ברישא של הסעיף נקבע כי לא יינתן היתר שהייה בישראל, בין השאר גם אם נקבע, בהתאם לחוות דעת של גורמי הביטחון המוסמכים, כי תושב אזור או בן משפחתו עלולים להוות סיכון ביטחוני. "בן משפחה" לצורך סעיף זה, הינו, בן זוג, הורה, ילד, אח ואחות ובן זוגם. לדוגמא, במקרה של ילד בן 14, בנה של תושבת ישראל, די בחוות דעת של גורמי הביטחון, לפיה גיסו של הילד עלול להוות סכנה ביטחונית, לשם הפרדת הילד מאמו וגירוש הילד לשטחים. זאת, אף אם הילד מעולם לא פגש את גיסו וממילא אינו מצוי עמו בכל קשר.

32. יצוין, כי על פי הסעיף, לא נדרש כל חשד ביטחוני כנגד הילד עצמו כדי להפריד בינו לבין אמו או אביו. גם לגבי בן המשפחה של הילד, שאינו צריך להיות מדרגה ראשונה, אין צורך לבסס חשד ביטחוני. על פי הסעיף, לא נדרשת הרשעה בגין עברה ביטחונית, ולא נדרש כי החשוד יהיה מבוקש, עצור או אף מצוי תחת חקירה. די בחוות דעת של גורמי הביטחון, לפיה אותו בן משפחה רחוק עלול להוות סכנה ביטחונית, על מנת להפריד בן הורים לילדיהם הקטינים.

33. בסיפא של הסעיף הגדיל המחוקק לעשות, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק, וקבע כי שר הפנים רשאי לקבוע כי תושב השטחים, או כל מבקש-מעמד אחר, מהווה סיכון ביטחוני רק על סמך הקביעה כי באזור מגוריו או במדינת מושבו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את מדינת ישראל או

אזרחיה. מדובר בתוספת דרקונית במיוחד, העלולה להביא לתוצאות קשות ואבסורדיות, גם באשר לילדיהם של תושבים. טול מקרה בו בנה בן ה-15 של תושבת ישראל, המתגורר עמה בישראל – נרשם על ידי אביו, תושב בית לחם, במרשם האוכלוסין של השטחים. על פי החוק, נחשב אותו ילד כ"תושב אזור". בהתאם לכך, פעילות כלשהי, המתבצעת בעיר בית לחם, שיש בה כדי לסכן את ביטחון המדינה, עלולה למנוע מאותו ילד אפילו היתר לשהייה בישראל. יתכן גם, שפעילות מסוג זה, המתבצעת בנפת בית לחם, תביא לאותה תוצאה. כך גם, על פי לשון הסעיף, עלולה פעילות כלשהי בשטחי הגדה בכלל להביא גם היא, על פי החלטת השר, להפרדה בין ילד קטין להוריו.

"הסעיף ההומניטרי" שהוסף לחוק

34. בתיקון מס' 2 הוסף לחוק סעיף 1א3, המאפשר לשר הפנים לאשר מעמד ארעי בישראל מטעמים הומניטריים מיוחדים, על פי המלצת ועדה מקצועית שמינה לעניין זה.

35. נראה כי בחקיקת סעיף זה, ביקש המחוקק לרפא את הפגמים הרבים שבחוק, עליהם עמדו השופטים בפרשת עדאלה (ראו להלן). ייאמר כבר עתה, כי **מרבית השופטים בפסק הדין סברו שהחוק אינו חוקתי, אך לא משום שנעדר בו חריג הומניטרי, אלא משום שההסדר העיקרי בו הוא של דחיית בקשות על-בסיס קולקטיבי, וללא בדיקה פרטנית. חמור מכך. ה"חריג ההומניטרי" שהוסף מצומצם מכל כיוון, עד שהוא מאבד כל תוכן ממשי.** כך למשל, המעמד המרבי שניתן לקבל לפי "החריג ההומניטרי" הוא זמני. בנוסף, אין בסעיף מענה למקרים ייחודיים. החריג אינו ישים אלא אם "בן משפחה" של המבקש שוהה כדין בישראל, ו"בן משפחה" מוגדר רק כבן זוגו של המבקש, הורה או ילדו. חריג הומניטרי מיועד בראש ובראשונה למקרים לא שגורתיים, לנסיבות ייחודיות, שאינם נופלים בהכרח להגדרה צרה זו. בעיה קשה נוספת היא אפשרותו של שר הפנים להכפיף את החריגים ההומניטריים למכסה. עצם הקביעה השרירותית של מכסות היא בלתי נתפסת, ועומדת בניגוד גמור לרעיון של 'חריג הומניטרי'.

36. יצוין, כי ילדיהם של תושבי הקבע אינם יכולים למצוא מזור בסעיף זה. זאת, בהתאם לס"ק ה (1) הקובע 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.

37. אשר על כן, לרשימת הפגמים של סעיף "החריג ההומניטרי", מצטרפת הקביעה כי לא ניתן יהיה לסייע לילדיהם של תושבי הקבע בהיעדר טעם הומניטרי נוסף בעניינם. דהיינו, **עצם מגוריו של ילד בישראל, יחד עם הורה התושב, אינו מהווה טעם הומניטרי מספק להעניק לו מעמד.**

סיכום: הוראות החוק הנוגעות לעניינם של הילדים

38. לטענת המשיבים, התיקונים שנעשו בחוק בשנים 2005 ו-2007 נועדו להקל ולהפוך את החוק למידתי. למראית עין, אכן הוספו בחוק הקלות שונות גם בעניינם של ילדים. עם זאת, בד בבד עם הסכמת המשיבים ליתן לילדי התושבים, שגילאייהם 14 עד 18, היתר לשהות בישראל והעלאת הגיל בו ניתן להעניק לילד מעמד, מ-12 (בחוק לפני התיקון) ל-14, הרחיבו המשיבים את הגדרת

- המונח "תושב אזור", כך שגם ילדים אשר נולדו בישראל וחיים בה, והחוק לא חל עליהם במתכונתו הקודמת, ייכללו בגדר החוק.
39. בנוסף, על פי סעיף 3ד לחוק, אם יציגו גורמי הביטחון חוות דעת לפיה, בן משפחה, כגון גיסו של הילד, עלול להוות סיכון ביטחוני, תישלל מילד בטווח הגילאים 14-18 האפשרות לקבל ולו היתר שהייה בישראל והוא יעמוד בפני גירוש.
40. ילדים מעל גיל 14 אינם זכאים, על פי החוק, למעמד ומכאן שאין הם זכאים לכל זכויות סוציאליות ולביטוח בריאות, זאת גם אם נמצא כי הם מתגוררים עם אמם, תושבת ישראל, או עם אביהם, התושב, בירושלים, יתכן אף במשך כל חייהם. בנוסף, החוק אינו נותן מענה לשאלת מעמדם של אותם ילדים, כאשר יגיעו לגיל 18: האם יופרדו ממשפחתם ויגורשו לשטחים, גם אם אינם מכירים בהם נפש חיה?
41. גם החריג ההומניטרי פוסח על עניינם של הילדים. נראה להלן, כי הדבר נעשה בניגוד לעמדת בג"ץ בפסק דין עדאלה, ותוך הליך חקיקה מהיר ופגום.
42. עד כאן הרקע התיאורטי. נעבור עתה לבחינת ההשפעה שיש לחוק על חיי היומיום של ילדי ירושלים המזרחית ומשפחותיהם. נפתח ברקע כללי, באשר לתנאי החיים השוררים בירושלים המזרחית, ונמשיך בסיפוריהן של מספר משפחות הנפגעות כתוצאה מהחוק.

תנאי החיים בירושלים המזרחית¹

43. אין זה סוד כי ירושלים המזרחית היא מן המקומות העניים והמוזנחים בישראל. במשך שנים ארוכות נמנעות רשויות המדינה מהשקעה ומפיתוח מזרח העיר. כתוצאה, סובלת האוכלוסייה מעוני ומחסור, מליקויים חמורים באספקת שירותים ציבוריים, מתשתיות במצב ירוד ומתנאי מגורים קשים.
44. לא מדובר בגזירת גורל. הזנחה זו היא רק אחת מפניה של מדיניות גלויה של ממשלות ישראל לדורותיהן, שעיקרה השגת רוב יהודי בירושלים ודחיקת תושביה הפלסטינים של העיר אל מחוצה לה. כדי להשיג מטרה זו, נוקטת ישראל, במהלך השנים, הן במדיניות של שלילת הזכויות האזרחיות של תושבי ירושלים המזרחית (למשל, שלילת מעמד התושבות של תושבי העיר והטלת מגבלות רבות על הליכי איחוד המשפחות ורישום הילדים) והן במדיניות של אפליה מכוונת בתחומים שונים. כך, מופלים תושבי העיר המזרחית לרעה בכל הקשור למדיניות התכנון והבנייה, מדיניות הפקעת הקרקעות, השקעות בתשתיות פיזיות ובשירותים הממשלתיים והעירוניים הניתנים להם. נביא להלן מספר נתונים, המלמדים על חומרתו של המצב.
45. **שיעור העוני בירושלים המזרחית** גבוה ביותר מפי שניים וחצי משיעור העוני בשאר חלקי ירושלים: לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה משנת 2003, **64% מהמשפחות הערביות**

¹ הנתונים בפרק זה לקוחים מהמקורות הבאים: מזכר מאת הגב' רניה הריש מסאלחה, מנהלת לשכת הרווחה בירושלים המזרחית, מיום 22.4.2007; מכתבה של עו"ד טלי ניר מהאגודה לזכויות האזרח בישראל למנכ"ל משרד ראש הממשלה, מיום 11.2.2007; מסמך רקע של הקואליציה להחלת חוק חינוך חובה חינוך לילדים בגיל הרך בירושלים המזרחית, מדצמבר 2006 (במסמך מפורטים המקורות עליהם הוא מסתמך); יובל וורגון, "החינוך במזרח-ירושלים", דו"ח של מחלקת המחקר של הכנסת, אוקטובר 2006. המסמכים מצורפים לעתירה ומסומנים 1/ע, 2/ע, 3/ע-4/ע בהתאמה.

פלסטיניות בירושלים חיות מתחת לקו העוני לעומת 24% מהמשפחות היהודיות בירושלים. תחולת העוני בקרב האוכלוסייה הערבית בירושלים גבוהה באופן ניכר גם מתחולת העוני בקרב האוכלוסייה הערבית בישראל, בה מדד העוני עומד על 48% מהמשפחות.

46. **תנאי המגורים בירושלים המזרחית הם צפופים וקשים**. כך, למשל, בשנת 2003 הייתה צפיפות הדיור בשכונות הערביות כמעט כפולה מאשר בשכונות היהודיות: 1.8 נפשות לחדר לעומת 1.0 נפשות לחדר בקרב האוכלוסייה היהודית.

47. **תחום הרווחה**. האפליה בתחום זה מתבטאת, בין היתר, בתקני כוח האדם המוקצים לטיפול בתושבי מזרח העיר. על אף שמדובר בשליש מן האוכלוסייה בירושלים, מוקצים לטיפול באותם תושבים רק 15% מכלל התקנים. בנוסף, מספר הלשכות במזרח העיר קטן בחצי ממספר הלשכות באזורים האחרים (3 לעומת 6). דבר זה מקשה על פריסה טובה של שירותי הרווחה ומקטין את הנגישות אליהם, כך שרבים מן הנוזקים לאותם שירותים כלל אינם זוכים להם. כתוצאה, העומס המוטל על העובדים הסוציאליים הוא בלתי אפשרי. כיום, מטפל כל עובד סוציאלי בירושלים המזרחית בכ-360 משקי בית, בעוד העובדים הסוציאליים במערב העיר מטפלים בכ-165 משקי בית בממוצע.

48. **זוגמא נוספת – תחום החינוך**. חוק לימוד חובה, תש"ט-1949, חל על כל ילד בגיל חינוך חובה הגר בישראל, בלא קשר למעמדו במרשם האוכלוסין במשרד הפנים.² במלים אחרות, החוק אינו מבחין בין ילדים במעמד של אזרחים לבין ילדים במעמד תושב קבע או במעמד אחר, וקובע כי חינוך חובה חנם חל על כל ילד או נער בגיל 5–16 הגר בישראל. למרות זאת, ולמרות פסיקת בג"ץ, שקבע כי יש לאפשר לילדים בגיל חינוך חובה בירושלים המזרחית להירשם ללימודים סדירים, כאמור בחוק לימוד חובה,³ הזכות לחינוך של אלפי ילדים פלסטינים בירושלים המזרחית מיושמת כיום באופן חלקי בלבד, ומערכת החינוך במזרח העיר סובלת מבעיות חמורות הדורשות טיפול ייחודי ומיידי.

49. במוקד הבעיות הקיימות בתחום זה, עומדת בעיית **המחסור החמור בכיתות לימוד**. בשנת הלימודים תשס"ו עמד המחסור בכיתות לימוד בירושלים המזרחית על 1,354 ובשנת 2010 צפוי לעמוד המחסור בכיתות לימוד על 1,883 כיתות. למרות פסיקת בג"ץ משנת 2001,⁴ שחייבה את משרד החינוך ואת עיריית ירושלים לבנות בתוך ארבע שנים 245 כיתות לימוד חדשות, נבנו עד היום רק כ-40 כיתות חדשות. התוצאה היא שמדי שנה נדחים ילדים רבים המבקשים ללמוד בבתי ספר בירושלים המזרחית ושיעור הנשירה בחינוך העל יסודי בירושלים המזרחית עומד על כ-50% מהתלמידים.

50. **תחומים נוספים**. גם מערכת התכנון והבינוי סובלת ממחסור מתמשך בתקציבים, אשר יצר פער עצום בין צרכי האוכלוסייה למענה שניתן לה. ישנם גם ליקויים חמורים באספקת מגוון שירותים ציבוריים, כגון שירותי תעסוקה ושירותי דואר. תשתיות רבות בירושלים המזרחית

² משרד החינוך, חוזר המנכ"ל תשס"ו/10 (א): החלת חוק חינוך חובה על ילדי עובדים זרים, 1 ביוני 2000.
³ בג"ץ 3834/01 מ' מוחמד חמדאן ו-27 אח' נ' עיריית ירושלים ואח', ובג"ץ 5185/01 פאדי בריה (קטיין) ו-911 אח' נ' עיריית ירושלים ואח', פסק-דין חלקי, ניתן ב-29 באוגוסט 2001.
⁴ שם, שם.

הינן במצב קשה וסובלות מתקלות רבות, כדוגמת תשתיות המים והביוב ותשתיות הכבישים. כן סובלת העיר המזרחית מתנאי תברואה קשים.

51. **לסיכום:** ההזנחה המתמשכת ואפליה בתקציבים ובשירותים מצד הרשויות, הביאו למצב של עוני עמוק ובעיות מערכתיות בתחומים רבים. השלכותיו של מצב הן גם שורה של תופעות חברתיות קשות, בהן: פגיעה במערכת המשפטית; עליית ברמת האלימות במשפחה; ירידה בתפקוד ילדי המשפחה, הבאה לידי ביטוי באחוז נשירה של כ-50% מבתי הספר התיכוניים ובכניסה לשוק העבודה השחור בגיל צעיר; פנייה לעבריינות וסמים; בעיות בריאות ותזונה ועוד.

ילדים ונוער

52. אך טבעי הוא, שהעוני, מערכות החינוך והרווחה הקורסות והיעדר התשתיות, ישפיעו באופן קשה יותר על אוכלוסיות שהן, מלכתחילה, פגיעות יותר. מטבע הדברים, נתמקד באוכלוסיית הילדים והנוער.

53. **ואכן, מצבם של הילדים בנתוני העוני גרוע אף יותר מהמצב הכללי בעיר המזרחית: 76% מהילדים בירושלים המזרחית חיים מתחת לקו העוני לעומת 38% מהילדים היהודים.** בעוד שחלקה של האוכלוסייה הפלסטינית מכלל אוכלוסיית ירושלים עומד על 33%, הרי שחלקה בקרב העניים הוא 55% ובקרב הילדים 57%. משמעות הדבר היא כי יותר מ-80,300 ילדי ירושלים המזרחית חיים בתנאי עוני מתמשכים.

54. הנה כי כן, לתוך מציאות זו, של הזנחה, עוני ופשיעה – נולדים ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית. למכלול הבעיות הללו, מתוספת כעת (ולמעשה, כבר מזה שנים רבות) בעיית הסדרת מעמדם של אותם ילדים. בין אם מדובר בילדי תושבים שנולדו מחוץ לישראל, אך חיים בה עם הוריהם מזה שנים, ובין אם מדובר בילדים שנולדו בירושלים, חיים בה משך מרבית או כל חייהם – ורק נרשמו בשטחים. לשכת הרווחה בעיריית ירושלים מודעת לבעיה זו וגם היא מתייחסת לעניין כעוד נדבך במכלול בעיותיהם של תושבי ירושלים המזרחית – כגון: מצוקה כלכלית ותנאי דיור קשים – שהוזכרו לעיל. (לעניין זה, ראו מכתבה של גבי רניה הריש מסאלחה, מנהלת לשכת הרווחה בירושלים המזרחית, מיום 22.4.2007, שצורף לעתירה זו כ-ע/1).

55. ואכן, גורמי הרווחה בירושלים המזרחית מתמודדים עם אלפי ילדים ובני נוער החיים במצוקה ונתונים לסיכונים רבים. מנתוני אגף הרווחה של עיריית ירושלים עולה, כי כיום מוכרים ללשכות מזרח ירושלים 14,737 ילדים ובני נוער בסיכון. למעשה, 50% מהילדים המטופלים במזרח העיר מוגדרים כילדים בסיכון. זאת, לעומת כ-15% מהילדים בכלל אוכלוסיית ישראל. יצוין, כי נתון זה אינו משקף את המספר בפועל של הילדים ובני הנוער בסיכון במזרח ירושלים, כיוון שכיום המחסור החמור בכוח אדם ובתשתיות רווחה אינו מאפשר מיפוי ממצה של האוכלוסייה.

56. במרץ 2006 הוגש לראש הממשלה ולשר הרווחה דו"ח הוועדה הציבורית לבדיקת מצבם של ילדים ונוער בסיכון ובמצוקה, בראשות פרופ' הלל שמיד (להלן: דו"ח שמיד). על הקמת הוועדה החליטה ממשלת ישראל ביום 16 בנובמבר 2003. דו"ח שמיד מגדיר מי הם ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה (הגדרה המתבססת על כעשרים סעיפים באמנה לזכויות הילד ועל הגדרות מקובלות בספרות המקצועית ובקרב קובעי המדיניות בארץ):

ילדים ובני נוער בסיכון ובמצוקה – חיים במצבים המסכנים אותם במשפחתם ובסביבתם וכתוצאה ממצבים אלו נפגעה יכולתם לממש את זכויותיהם על פי האמנה לזכויות הילד בתחומים האלה:

- **קיום פיזי, בריאות והתפתחות**
- **השתייכות למשפחה**
- **למידה ורכישת מיומנויות**
- **רווחה ובריאות רגשית**
- **השתייכות והשתתפות חברתית**
- **הגנה מפני אחרים ומפני התנהגויות מסכנות שלהם עצמם.**

בנוסף, מציין דו"ח שמיד מצבים מגבירי סיכון:

במצבים אלו נכללים **קשיים כלכליים**, מצבי משבר במשפחה (מחלה קשה של אחד ההורים, מות הורה, פרידה), הגירה, **השתייכות לקבוצות מיעוט**, מוגבלות, ליקויי למידה, מעבר בין מסגרות, **חיים בסביבה ענייה או מסכנת**. (ראו דו"ח שמיד, בעמוד 67) (ההדגשות אינן במקור – י.ב.).

את דו"ח הוועדה ניתן למצוא בקישור:

<http://www.zavit3.co.il/DOCS/shmid%20report2006.pdf>

57. עולה מהאמור, שכלל אוכלוסיית הילדים והנוער המתגוררת בירושלים המזרחית, גם זו שאינה מוגדרת רשמית על ידי רשויות הרווחה כ"ילדים ונוער בסיכון", חיה בסיטואציה בה נפגעת באופן ממשי אפשרותה לממש את זכויותיה הבסיסיות, הן מבחינת תנאי המחיה הקשים, הן מבחינת הבעייתיות בהסדרת הזכויות הסוציאליות, ובכלל זה הזכות לביטוח בריאות, והן מבחינת הזכות להתפתחות (לעניין זה – ראו בהמשך), ועוד.
58. בנוסף, מציין דו"ח שמיד שאחד מהגורמים המגבירים סיכון הוא ההשתייכות לקבוצת מיעוט תרבותית. הדו"ח פירט את המאפיינים הנוגעים לדבר באשר למיעוט הערבי ועמד על האינדיקטורים לסיכון לקבוצה זו (עמודים 98-100 לדו"ח). כאמור לעיל, מצבם של תושבי ירושלים המזרחית הוא אף קשה יותר ממצב כלל האוכלוסייה הערבית בישראל.
59. לסיכום עניין זה, נאמר כי המציאות עליה הוחלה הוראת השעה, היא מציאות המקשה מלכתחילה על התפתחות תקינה של ילדים ובני נוער. כאשר נתונים אלה, של עוני ואפליה בשירותים ובתשתיות, חוברים למניעת זכויות סוציאליות מרבים מילדי ירושלים המזרחית, כתוצאה מהחוק, ברי כי החשיפה לגורמי סיכון, בקרב אותם ילדים, עולה. כאשר עובדת השתייכותם של ילדים אלה לקבוצת המיעוט הערבי, המופלית לרעה ממילא, חוברת למניעת מתן המעמד להם – הדבר מערער עוד יותר את תחושת ההשתייכות של ילדי העיר המזרחית למשפחתם ולחברה בכללותה.
60. נעבור כעת לבחינת בעיותיהן הפרטניות של משפחות שונות בעיר – בעיות הנובעות מהחוק, ומהאופן בו הוא מיושם על ידי המשיבים.

דוגמאות לפגיעתו הקשה של החוק

61. ההסדר שבחוק בסוגיית הילדים הינו הסדר גורף, אשר פגיעתו קולקטיבית, ומטבע הדברים - נרחבת. המוקד להגנת הפרט מטפל ברבות מהמשפחות הנפגעות. נביא להלן דוגמאות למצבים שונים אליהם נקלעות משפחות, כתוצאה מהחוק. לצערנו, הפכו זה מכבר מצבים אלה לשגרת יומן של אותן משפחות.

משפחת מוראר

62. הגב' ____ מוראר היא תושבת קבע בישראל, בת 39, אלמנה ואם חד-הורית. לאחר נישואיה עברה להתגורר בחברון עם בן זוגה, תושב העיר. בשנת 1999, לאחר פטירתו של בן הזוג, חזרה הגב' מוראר להתגורר בבית הוריה שבירושלים. מאז ועד היום היא מתגוררת בעיר, יחד עם חמשת ילדיה. עקב שהייתה הממושכת בחברון, שלל המשיב את תושבותה, אך זו הוחזרה לה בעקבות פנייה של המוקד להגנת הפרט.

63. ____, ילדתה הגדולה של הגב' מוראר, נולדה בשנת 1986 בירושלים, אך נרשמה במרשם האוכלוסין בשטחים. שאר ילדיה - ____, ____, ו ____ - נולדו בגדה ונרשמו במרשם האוכלוסין בשטחים. במקביל להשבת מעמדה, פנתה הגב' מוראר באוקטובר 2004 למשיב וביקשה לרשום את ילדיה במרשם האוכלוסין הישראלי. לאור נוסחה של הוראת השעה באותם ימים, הסכים המשיב לרשום רק את שני ילדיה הקטנים, ____ ו ____, במרשם האוכלוסין, במעמד של תושבים ארעיים לשנתיים. זאת, בשל גילם, שהיה בשעת הגשת הבקשה נמוך מ-12 שנה.

64. גם לאחר תיקון הוראת השעה, באוגוסט 2005, מיאן המשיב להסדיר את מעמדם של הילדים הגדולים, ובשל כך הוגשה עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים (עת"מ 311/06). רק בעקבות הגשת העתירה הסכים המשיב לבחון את עניינם של הילדים הגדולים. בהתאם לתיקון הוראת השעה, ובהתאם לגיל הילדים, קיבלו ____ ו ____ היתרי מת"ק בלבד. באשר לילדה הגדולה ____ - המשיב מסרב עד לעצם היום הזה להסדיר את מעמדה בישראל בטענה כי ביום החזרת תושבותה של אימה, היתה ____ בת למעלה מ-18 שנה. זאת, למרות ש ____ נולדה בישראל, והיתה צריכה לקבל מעמד של תושבת, כמעמדה של אימה.

65. כתוצאה מהוראות החוק, ומהאופן בו מיישמן המשיב, נראית התמונה הסבוכה של המשפחה כך: האם, הגב' מוראר, בעלת מעמד של תושבת קבע. הילדים ____ ו ____, בעלי מעמד של תושבים ארעיים. הילדים ____ ו ____, **משוללי מעמד בישראל**, ושהייתם מוסדרת על ידי היתרים זמניים, שאינם מקנים זכויות סוציאליות. ____, הבת הגדולה, **איננה זכאית גם להיתר שהייה**, והיא לפחות מבחינתו של המשיב, איננה קיימת כלל. יצוין, כי עניינה עדיין תלוי ועומד בפני בית המשפט.

66. לילדים ____ ו ____, משוללי המעמד בישראל, אין לאן ללכת. רוב בני משפחתו הגדתית של אביהם המנוח כבר אינם בין החיים. האח היחידי שנותר בחיים סובל ממחלות כרוניות קשות, ואינו יכול לפרנס את משפחתו הענפה שלו, בת 11 הנפשות. מזה שמונה שנים מרכז חיי הילדים הוא ירושלים. כאן הם מתגוררים עם אימם, אחיהם ואחיותיהם, כאן הם לומדים, וכאן גרים חבריהם.

67. למרות שהמשפחה, ככל משפחה, מהווה "רקמה אנושית אחת", כמאמר השיר, השוני בין מעמד חבריה רב. מלבד הזכויות הסוציאליות, להן לא זכאים האחים הגדולים, מתבטא השוני גם בסיטואציות טריוויאליות אחרות שמעלים החיים. מעבר במחסומים, למשל. האם והאחים הקטנים יכולים לעבור בכל מחסום בירושלים וסביב לה. האחים הגדולים מוגבלים רק למספר מצומצם מאוד של מחסומים (המכונים "מעברים"), אשר רק בהם מותר ל"תושבי שטחים" לעבור. עובדה זו מגבילה – ובמקרים רבים, גם מייקרת – את אפשרות התנועה של המשפחה כולה. דוגמא נוספת: מציאת עבודה. הבן ____ לומד חשמלאות רכב. כאשר יסיים וירצה לעבוד בישראל, מדינתו, חלק אינטגרלי מהעבודה צפוי לכלול נהיגה ברכב ישראלי. אפשרות זו לא ניתנת ל"תושב שטחים", כך שספק אם יוכל ____ למצוא עבודה במקצועו.

אולם מלבד בעיות "פרוזאיות" אלה, מעיקות על הילדים הגדולים שאלות כבודות משקל הרבה יותר: האם יוכלו להמשיך להתגורר בישראל לאחר גיל 18? האם יאלצו להיפרד מעל אימם ומעל אחיהם הקטנים? ומעל לכל – לאן ילכו?

משפחת אבו גווילה

68. הגב' ____ אבו גווילה היא תושבת ירושלים, שנישאה בשנת 1988 לתושב רמאללה. עד לשנת 1997 התגוררו בני הזוג בדירות שכורות שונות בירושלים ובשכונות בגדה, הסמוכות לירושלים. החל משנת 1997 מתגוררים בני הזוג ברציפות בירושלים. כיום מתגוררת המשפחה בכפר עקב. בקשה לאיחוד משפחות שהגישה הגב' אבו גווילה עבור בן זוגה, תלויה ועומדת כיום בלשכת המשיב.

69. במהלך השנים נולדו לבני הזוג שבעה ילדים: ארבעת הילדים הגדולים – ____, ____, ו____ – נולדו במהלך השנים 1989-1995 ברמאללה. שלוש הילדות הקטנות – ____, ו____ נולדו בשנים 1999-2002 בירושלים.

70. הגב' אבו גווילה ביקשה כבר בשנת 2000 להסדיר את מעמד ילדיה. תחילה סירב המשיב לבקשה בטענה ש"לא הוכח מרכז חיים בישראל". הגב' אבו גווילה ערערה על החלטה זו, אך משלא נתקבלה תשובה לערר, פנתה למשיב ביולי 2002, באמצעות העותרת, בבקשה חדשה לרישום ילדיה. לאור החלטת הממשלה 1813 ממאי 2002, סירב המשיב לטפל ברישום של חלק מהילדים, ועל כן הוגשה בעניין עתירה לבית המשפט לעניינים מינהליים. ההליכים בעתירה זו נפסקו, ובמקומה הוגשה לבג"ץ עתירה נגד חוקיות החוק, בנוסחו הראשון (עת"מ 10650/03), שעסקה בהחלת החוק על עניינים של ילדי התושבים. עתירה זו נדונה יחד עם העתירות האחרות נגד החוק. ביום 14.5.2006 ניתן פסק הדין העתירות (בג"ץ עדאלה). בפסק הדין לא נתקבלה כל הכרעה עקרונית באשר לעותרת וילדיה, ולכן הוגשה עתירה נוספת לביהמ"ש לעניינים מינהליים, שעדיין תלויה ועומדת (עת"מ 771/06).

71. כיום, על פי החלטות המשיב העדכניות בבקשותיה של הגב' אבו גווילה, ניתן לבתה הקטנה, ____, מעמד של תושבת קבע בישראל; לילדים ____, ____, ו____ ניתן מעמד של תושבות ארעית; ואילו לשני ילדיה הגדולים, ____, ו____, אשר עודם קטינים, **נקבע כי לא יינתן מעמד**. המשיב החליט כי שהייתם בישראל תוסדר באמצעות **היתרי מת"ק**. יצוין, כי בעת הגשת הבקשה לרושם היו ____, ו____ בני פחות מ-14 שנה, אולם נוסחו של החוק באותה תקופה איפשר

להעניק מעמד רק לילד שגילו היה מתחת לגיל 12. המשיב נתלה בכך והחליט אפוא להעניק להם היתר שהייה בלבד.

72. כתוצאה מהחלטה זו חיים ____ ו ____ בעיר בה גדלו כל חייהם, ירושלים, בביתם, במעמד של תיירים ולא מכוח תיעוד ישראלי. זאת, למרות שכל משפחתם חיה בירושלים, ובה מתנהלים חייהם, בכל מובן אפשרי. בהיעדר מעמד בישראל, ובשונה מאחיהם האחרים, יחיו ____ ו ____ ללא זכאות לזכויות סוציאליות, קצבת ילדים, קצבת נכות אם יזדקקו לה חלילה, וללא ביטוח בריאות. אולם אפילו רק כדי להמשיך ולחיות בישראל בהיתר, יאלצו ____ ו ____ להגיע מספר פעמים בשנה לשטחים, על מנת לחדש את ההיתרים שבידיהם (ההיתרים ניתנים למספר חודשים כל פעם). בתקופות כדוגמת עוצר, סגר, כתר, התרעה, שיפוצים במת"ק או שביתה – מצבים המתרחשים חדשות לבקרים – לא יוכלו ____ ו ____ להאריך את תוקף היתרי השהייה שלהם ויהיו חשופים לאימת מעצר, לגירוש ולפירוד ממשפחתם.

73. בדומה לילדי משפחת מוראר, גם ____ ו ____ אבו גווילה נאלצים להתמודד יום יום עם המציאות אותה כפו עליהם החוק ומדיניות המשיב. העיכובים הרבים והממושכים במעבר המחסומים גורמים לכך שהילדים נמנעים, במקרים רבים, לצאת מביתם ומשכונתם. כך למשל, נמנעים ____ ו ____ לבקר את משפחתה של אימם, המתגוררת בירושלים, וזאת לאור מחסום קלנדיה הניצב בדרכם. ויודגש: בעיות אלה במעבר מחסומים מתקיימות גם כאשר יש ברשותם היתר שהייה בתוקף.

74. בכך לא מתמצות הבעיות. לאחרונה, כאשר יצאה ____ לטיול, שאורגן מטעם בית הספר בו היא לומדת, נעצר האוטובוס לבדיקה שגריתית, על ידי חיילים. ____, שאין ברשותה תיעוד ישראלי אלא היתר שהייה בלבד, הורדה מהאוטובוס. הדקות הארוכות בהן בדקו החיילים את ההיתר שברשותה נראו בעיניה כנצח. את המבוכה וההשפלה שספגה ____ בעומדה ליד החיילים מחוץ לאוטובוס, בעת שכל ילדי כיתתה ממתינים רק לה, היא לא תשכח במהרה.

75. אולם גם הפגיעה הקשה בחופש התנועה של ____, איננה יכולה להשתוות לבעיה מהותית נוספת בה היא נתקלת בימים אלה. ____ היא כיום בת 17 שנים וחצי. לא מעטים הם המחזרים, המתעניינים באפשרות לבקש את ידה בעתיד הקרוב. ____ יודעת לספר, כי אחת השאלות הראשונות אותן היא נשאלת היא האם יש ברשותה תעודת זהות. במציאות שיצרה הוראת השעה, ניתן בהחלט להבין את אותם תושבי ירושלים שאינם מעוניינים להכניס עצמם למערכת יחסים בה אין לבת זוגם העתידית מעמד מוגדר, ולא ידוע מתי – ואם בכלל – תזכה לכך בעתיד הקרוב. תשובתה השלילית של ____ לשאלה זו, מרתיעה מאוד את אותם מחזרים, המעדיפים לחזור בהם מהתעניינותם. כך, תקופה כה משמעותית בחייה של מי שהיא כיום כבר אישה צעירה, תקופה אשר אמורה היתה להיות מרגשת וחוייתית, הופכת – בחסות החוק, מבית מדרשם של המשיבים – למפח נפש מתמשך.

משפחת ג'ולאני

76. הגב' ____ ג'ולאני היא תושבת מדינת ישראל, גרושה ואם חד-הורית. משפחתה מתגוררת בבאב חוטה שבעיר העתיקה. בשנת 1989 נישאה הגב' ג'ולאני לתושב אלעזרייה, ועברה להתגורר עמו

- שם. בתקופה זו נולדו לבני הזוג חמשת ילדיהם. מלבד בנה השני, ____, כל הילדים נולדו בישראל. בשל קשיים כלכליים, שהקשו על תשלום לבית חולים ישראלי, ילדה ____, את ____, באלבירה.
77. לאחר סכסוכים קשים, שהחלו זמן קצר לאחר מועד הנישואין, נפרדה הגב' ג'ולאני מבן זוגה בשנת 1999 וחזרה להתגורר, יחד עם ילדיה, בירושלים. תחילה התגוררה בבית משפחתה שבעיר העתיקה, ומאוחר יותר עברה המשפחה להתגורר בעיסאווייה. מספר שנים אחר כך, התגרשה מבן זוגה וקיבלה אפטרופסות על הילדים.
78. שלושת ילדיה הגדולים של הגב' ג'ולאני נרשמו בזמנו על ידי אביהם במרשם האוכלוסין בשטחים. כאמור, עוד משנותיו הראשונות של קשר הנישואין, לא היו היחסים בין בני הזוג טובים, והאב קיווה שרישום הילדים במרשם בשטחים יסייע לו בהשארותם בחזקתו, אם וכאשר יגיעו הנישואים לקיצום.
79. לאחר גירושיה מבעלה והסדרת עניין האפטרופסות על הילדים, הגישה הגב' ג'ולאני בקשה לרישום חמשת ילדיה במרשם האוכלוסין הישראלי. לאחר למעלה משנה הודיע המשיב כי ילדיה הקטנים של ____, ו- ____, יירשמו במעמד של **תושבי קבע**, וכי ____, הילד השלישי, שהיה ביום הבקשה בן כמעט 12 שנה, יירשם במעמד של **תושב ארעי**. ל ____, הבת הגדולה, החליט המשיב להעניק, **היתר שהייה** בישראל. למרות ש ____, נולדה בישראל, ועל פי תקנה 12 היא זכאית להירשם כתושבת קבע, החליט המשיב להחיל עליה את הוראת השעה. מאחר וביום הגשת הבקשה היתה ____, בת למעלה מ-14 שנה, ניתן לה, כאמור, רק היתר שהייה. גם באשר לבן השני, ____, החליט המשיב שלא להעניק לו מעמד בישראל אלא להסדיר את שהייתו באמצעות ה**יתרי שהייה** בלבד. ____, נולד בגדה, ולכן תקנה 12, כלשונה, אינה חלה עליו. בעת הגשת הבקשה היה ____, בן פחות מ-14 שנה, אולם נוסחו של החוק באותה תקופה איפשר להעניק מעמד רק לילד שגילו היה מתחת לגיל 12. המשיב נתלה בכך והחליט אפוא להעניק לו היתר שהייה בלבד.
80. החלת החוק גם על ילדי תושבים שנולדו בישראל, והיעדר האפשרות להעניק מעמד בישראל לילדים בגילים 14-18, באים לידי אבסורד של ממש, במקרים כמו עניינם של הגב' ג'ולאני וילדיה. המדובר באישה חד-הורית, גרושה, המגדלת את ילדיה לבדה. מרכז חיי המשפחה נמצא כבר למעלה משבע שנים בירושלים: כאן חיה המשפחה, כאן לומדים הילדים בבית הספר, כאן חיים חבריהם של הילדים לספסל הלימודים. יצוין, כי ילדיה של הגב' ג'ולאני ממעטים לבקר אצל אביהם, והקשר שלהם עימו רופף למדי. אותה מדינה, מדינתה של אמם - האפטרופוסית הבלעדית עליהם - אשר אליה ורק אליה זיקתם, מסרבת להסדיר בה את מעמדם ולנהוג על פי חובתה לפעול לטובתם.
81. ילדיה של הגב' ג'ולאני חיים אפוא כבר זמן רב ללא נוכחותה של דמות אב. בהקשר זה יש לציין גם, כי ליציבותה של הסביבה לאחר הגירושין יש השפעה נכבדת על הסתגלותם של הילדים למצב החדש. גירושין מלווים במקרים רבים גם בשינויים כגון הרעה במצב הכלכלי, מעבר למקום מגורים ולבית ספר חדש (כמו במקרה דנן), וכד'. ככל שדרגת השינויים בחיי הילדים גבוהה יותר,

כך עולה הסבירות להשפעות קשות יותר על תפקודם⁵. החלת הוראת השעה מכניסה את המשפחה כולה בשנית לכאוס, ומערערת עוד יותר תא משפחתי שברירי זה.

82. לא למותר לציין, כי החברה בישראל הכירה בקושי האימננטי הטבוע במוסד המשפחה החד-הורית. הכרה זו באה לידי ביטוי, בין היתר, בחקיקת **חוק משפחות חד הוריות, התשנ"ב-1992**, המקנה להורה היחיד קדימות בקבלת ילדיו למעון, בהכשרה מקצועית ובזכויות להלוואות מוגדלות מטעם המדינה לצרכים שונים. כמו כן, התפתחו במהלך השנים הטבות נוספות, שלא במסגרת חוק משפחות חד הוריות, כגון: הנחה במיסי עירייה (ארנונה), קבלת מענק לימודים מהמוסד לביטוח לאומי, נקודת זכות לצורכי הקלה במס הכנסה ועוד.

הנה כי כן, החלת החוק על ילדיהם של תושבי ישראל, מוליכה להתעלמות גם ממקרים בהם ברור כל כך שהעוול זועק לשמים. מצופה היה, שהמשיב יקל על ילדים במצבם של ילדי משפחת גיולאני, ויפעל בהתאם לחשיבות המיוחדת שמייחסת החברה למוסד המשפחה החד הורית. תחת זאת, מחילה מדינת ישראל את החוק במקרים אלה ומעבירה את המסר שילדי תושבי הקבע בירושלים המזרחית אינן זכאים להגנת החברה, בבחינת יש שווים, ויש השווים פחות.

הטיעון המשפטי

83. להלן תטען העותרת כדלקמן:

א. בית המשפט בבג"ץ עדאלה קבע שהחוק, בנוסחו הקודם, פוגע בזכות לחיי משפחה ובזכות לשיוויון באופן בלתי מידתי. תיקון מס' 2 לחוק לא ריפא פגמים אלה ואף החריפם.

ב. הותרת נוסחן של הוראות החוק, במסגרת תיקון מס' 2 לחוק, על כן, מתעלמת גם היא מפסיקת השופטים בבג"ץ עדאלה. במסגרת עתירה זו, נתייחס לכך מהפרספקטיבה של הפגיעה בילדים.

ג. הותרת נוסחן של הוראות החוק על כן נובעת משיקולים זרים, דמוגרפיים וכלכליים, ועומדת בסתירה לתכליתו הלכאורית של החוק - התכלית הביטחוניית. הדבר נכון כדרך כלל, אך בולט במיוחד בנוגע להשלכות החוק על ילדים.

ד. הליך חקיקתו של החוק היה רצוף, לכל אורכו, פגמים מהותיים. בנוסף, סטה הליך החקיקה באופן חריף מהכללים הקבועים בחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002.

ה. החוק פוגע בזכויות יסודיות של תושבי ישראל וילדיהם. זכויות אלו הן זכויות חוקתיות מוגנות. הפגיעה בזכויות קשה ואינה עומדת במבחן פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו:

1. החוק נועד לקדם מטרות פסולות ונגוע בגזענות.

⁵ ראו ש' סמילנסקי, "פסיכולוגיה וחינוך של ילדים להורים גרושים", הוצאת אח בע"מ, 1990, עמודים 21-22.

2. כבילת ידיו של המשיב, באופן שאינו רשאי להפעיל שיקול-דעת במקרים פרטניים, הוא אמצעי פסול ולא מידתי, גם להשגתה של מטרה ראויה כלשהי. אמצעי זה עומד בניגוד לתפיסות יסודיות של המשפט, המחייבות התייחסות אינדיווידואלית לכל אדם ושוללות מעשי שרירות ופגיעות קולקטיביות.
3. כבילת שיקול הדעת היא גם בבחינת בחירה באמצעי הפוגעני יותר, שכן כל מטרה ראויה ניתנת להשגה גם באמצעות האמצעי המידתי יותר של הפעלת שיקול דעת קונקרטי.
4. פגיעתו של החוק בילדים ובמשפחות, ופגיעתו בשוויון ובכבוד האדם, הן כה קשות, בעוד שתכליתו במקרה הטוב עמומה והיפותטית, שהחוק אינו עומד גם במבחן המידתיות במובנו הצר.
84. לאור זאת, תטען העותרת, שיש להכריז על בטלות החוק ככל שהוא נוגע לילדים. לחלופין, ניתן יהיה לפרש את החוק באופן שהוא אינו מונע הענקת מעמד לקטינים, ילדיו של תושב ישראל.

תיקון מס' 2 לאור בג"ץ עדאלה

כללי

85. בפסק דין עדאלה שניתן במאי 2006, דחה בית-המשפט העליון עתירות נגד הוראת השעה. חמישה⁶ מאחד-עשר השופטים שבהרכב, ובראשם הנשיא בדימוס א' ברק, סברו שהחוק אינו חוקתי ודינו בטלות. חמישה אחרים⁷ סברו שהחוק עומד בתנאי החוקתיות, אולם ציינו (למעט השופט גרוניס), כי יש לרכך את הוראותיו. השופט האחד-עשר, אדמונד לוי, שהיווה את לשון המאזניים בפסק הדין, קבע שהחוק אינו חוקתי ופגיעתו בזכות לחיי משפחה ובזכות לשוויון איננה מידתית. עם זאת, קבע השופט לוי, כי יש לאפשר לכנסת להחליפו בהסדר אחר בתוך תשעה חודשים. בסעיף 9 לפסק דינו, קבע השופט לוי:

נקודת המוצא לעמדתי, המבקשת לתור אחר אמצעים פוגעניים פחות מזה שננקטו בחוק האזרחות, נשענת על ההנחה כי בסופו של יום לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק, בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית של המבקש להתאחד עם בן זוגו... ברם, כדי לעשות את כל אלה דרוש זמן, וסבורני כי הצבתה של מסגרת על פיה יידרשו המשיבים להעמיד בתוך תשעה חודשים הסדר משופר, היא סבירה. (בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים תק-על-2006(2), 1754, עמ' 1924).

בסעיף 11 לפסק דינו, הוסיף השופט לוי:

אציע לחברי, כי בכפוף לאמור לעיל, נדחה את העתירות ככל שהן נוגעות לעשייתו בעת הזו של צו מוחלט המורה על בטלותו של חוק האזרחות מחמת היותו בלתי חוקתי. עם זאת, אדגיש כי אם לא

⁶ הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) ביניש, השופט גיוראן, השופטת פרוקציה והשופטת חיות.
⁷ המשנה לנשיא (בדימוס) חשין, השופט גרוניס, השופט (כתוארו אז) ריבלין, השופטת נאור והשופט עדיאל.

ישכילו המשיבים למלא אחר שהתבקשו, ספק בעיני אם יוכל החוק להתמיד ולצלוח את הביקורת השיפוטית גם בעתיד. (שם, שם).

86. גם ההסדר החדש, כפי שבא לידי ביטוי בתיקון מס' 2 לחוק, אינו עומד בדרישות בג"ץ. מדובר בהסדר שעיקרו דחיית בקשות על-בסיס קולקטיבי, וללא בדיקה פרטנית. בכך, הסדר זה אינו משנה את קביעת בית משפט נכבד זה בפרשת עדאלה, לפיה החוק הזה פוגע פגיעה שאינה מידתית בזכות לחיי משפחה ובזכותם של הערבים בישראל לשוויון. כפי שהראינו בסעיפים 37-34 לעיל, ה"חריג ההומניטרי" שהוסף לחוק מצומצם מאד, עד שהוא מאבד כל תוכן ממשי. מכל מקום, וכאמור לעיל, הוספת החריג, כשלעצמה, איננה יכולה לרפא את הפגמים הרבים שבחוק.
87. יתרה מכך, בתיקון מס' 2 קיימות גם הרחבות של אותו הסדר דרקוני. כך, למשל, אם עד היום הוחל הסדר זה רק על תושבי השטחים, הרי שמעתה הוא יוחל גם על אזרחי מדינות אחרות ותושביהן. מיהן אותן מדינות? הממשלה תקבע. כך גם בעניין המניעה הביטחונית. על פי תיקון מס' 2 לחוק, שר הפנים רשאי לקבוע כי תושב השטחים, או כל מבקש-מעמד אחר, מהווה סיכון ביטחוני רק על סמך הקביעה כי **באזור מגוריו או במדינת מושבו מתבצעת פעילות העלולה לסכן את מדינת ישראל או אזרחיה**. תוספת זו מאיימת לאיין ולסתום כל סדק אפשרי בחומת הסירוב הבצורה של הוראת השעה.

התייחסות בית המשפט לעניין זכויות הילדים

88. תיקון מס' 2 לחוק מהווה המשך של מגמת ההתכחשות לצרכיהם ולטובתם של ילדיהם של תושבים, עליהם חל החוק. מנסחי התיקון, דהיינו – המשיבים, הגדילו לעשות, והתעלמו לחלוטין מעניינם. כאמור, מנסחי התיקון התהדרו בניסיונם להתאים את התיקון לקביעותיו של בג"ץ בפרשת עדאלה. אולם בדומה לנושאים אחרים, גם בעניין הילדים, הם חטאו למטרתם. התעלמותם מהשפעת החוק על ילדיהם של תושבי ישראל עומדת בסתירה לקביעותיו של בג"ץ, גם בנושא זה.
89. שופטי בג"ץ בפרשת עדאלה התמקדו בחוות דעתם בהשפעתה הקשה של הוראת השעה על זכויותיהם של ישראלים הנישאים לתושבי השטחים. על אף שאחת מן העתירות, בהן נתבקש בג"ץ להכריע במסגרת פסק דינו, עסקה באופן מפורש בסוגיית השפעת החוק על ילדים (עתירת המוקד להגנת הפרט – בג"ץ 10650/03 אבו גווילה ואח' נ' שר הפנים ואח'), רוב השופטים מיעטו לדון בעניין, ועל כך יש להצטער. עם זאת, מדבריהם של מי מהשופטים שבחרו להתייחס לנושא, עולה תמונה ברורה, לפיה סעיפי החוק העוסקים במעמד הילדים מהווים חלק מהסדר פסול ובלתי חוקתי. יתרה מכך, גם דעתה של אחת משופטות הרוב, השופטת מ' נאור, שהחליטה שלא לפסול את החוק, לא היתה נוחה מהאופן בו מוחל החוק על ילדים. נפרט זאת.
90. הנשיא (בדימוס) א' ברק התייחס בפסק דינו לזכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו מחד, ולזכותו של הילד לגדול בתא משפחתי שלם ויציב מאידך:

לכיבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות

ליהנות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה ישראלי לחיות עימו בישראל. **ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים.** זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' (טרם פורסם)). **ילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם.** אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו" (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2), 321, 331). (בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754, עמ' 1770). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

91. גם השופט ס' ג'ובראן, שהצטרף לעמדת הנשיא (בדימוס) א' ברק, התייחס בסעיפים 11-14 לפסק דינו למשמעות הרבה שיש לחיים המשותפים של ילד עם הוריו, ולחובת המדינה להישמר מפני פגיעה בהם, להוציא מקרים בהם משרת הדבר את טובת הילד:

גידולו של הילד על-ידי הוריו, מבטא בו זמנית הן את זכותו של הילד לגדול בבית הוריו והן את זכותם של הוריו להיות אלו שיגדלוהו. שילוב זה של אינטרסים, מגלם בתוכו את מהותם של יחסי ההורים וילדיהם, במסגרת חיי המשפחה, אשר על המדינה להישמר מפני פגיעה בהם ולעשות כן רק באם הדבר מחייב את טובת הילד.

ובהמשך:

אין חולק, כי בכפייתו של פירוד בין הילד ובין מי מהוריו, יש משום פגיעה חמורה ביותר בזכויותיו של הילד לגדול בחיק משפחתו ובחיק הוריו. זאת, כל עוד מדובר כמובן במשפחה מתפקדת, אשר אין בעצם הימצאותו של הילד בחיקה משום פגיעה בו...

אין מדובר אך על פגיעה ב"טובת הילד", אלא בפגיעה ב"זכות" של ממש, העומדת לילד לגדול בחיק הוריו ואשר על המדינה מוטלת חובה להימנע בפעולותיה מפני פגיעה בזכות זו (ראו ע"א 2266/93 פלוני, קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1), 221, 234-235). בקריעתו של התא המשפחתי, בהפרדת הילד מאחד מהוריו, יש משום פגיעה קשה בזכויותיו של הילד, פגיעה אשר המדינה מחויבת להימנע ממנה ככל הניתן...

כך גם בכל הנוגע לזכותו של ההורה, הרי שמוקנית לו זכות טבעית, המוגנת על-ידי המשפט, לגדל את ילדו בחיקו ולא להיות מופרד ממנו, כל עוד אין בכך משום פגיעה בטובת הילד...

אין ספק, כי בהפרדת ההורה מילדו, בהפרדת הילד מאחד מהוריו, בביתור התא המשפחתי, יש משום פגיעות חמורות ביותר הן בזכויותיהם של ההורים והן בזכויותיהם של ילדיהם. פגיעות אלו מנוגדות לכללי בראשית של המשפט הישראלי ועומדות בסתירה לעקרונות של הגנה על כבודם של ההורים וילדיהם כבני אנוש, להם מחויבת מדינת ישראל כחברה במשפחת העמים המתוקנים. (ההדגשות הוספו – י.ב.)

92. אחת משופטות הרוב בפסק הדין, השופטת מ' נאור, ביטאה את חוסר שביעות רצונה מהאופן בו מוחל כיום החוק על קטינים. בסעיף 24 לפסק דינה, קבעה השופטת נאור כי אם יוארך תוקפו של החוק:

אוסף כי ראוי לשקול גם, לטעמי, העלאה ניכרת של גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק. (בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים תק-על 2006(2), 1754, עמ' 1908). (ההדגשה הוספה – י.ב.)

93. גם המשנה לנשיא (כתוארו אז) מ' חשין, שכתב את חוות הדעת המרכזית של עמדת הרוב, התייחס לנושא בפסק דינו. בסעיף 22 מתאר השופט חשין את ההקלות שנעשו בחוק, לדבריו, עם קבלת תיקון מס' 1 לחוק, באוגוסט 2005. בעניין זה הוא קובע:

כן נקבע (בסעיף 3א) כי לשם מניעת הפרדתו של קטין מהורה משמורן השהיה כדין בישראל, לא יחול האיסור שבחוק על קטין עד לגיל 14 שנים, וכי באישורם של שר הפנים ומפקד האזור תותר שהייתו בישראל של קטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים, גם כאן למניעת הפרדה מהורה המשמורן. מן הראוי להדגיש, כי הוראת סעיף 3א לחוק עניינה אך ורק בקטינים תושבי האזור שלא נולדו בישראל והמבקשים להצטרף להורה משמורן החי בישראל. קטין שנולד בישראל לאזרח או לתושב ישראל, זכאי לקבל מעמד של הורה כהוראות סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 ותקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974. (ההדגשה הוספה – י.ב.)

בהמשך, מוסיף חשין בסעיף 67 לפסק דינו:

החוק אינו חל כלל על ילד הנולד בישראל להורה ישראלי הואיל וילד כזה מקבל מעמד כשל הורה הישראלי.

94. הנה כי כן, לעמדת השופט חשין, מדובר בחוק מידתי. עם זאת, קביעתו מסתמכת, בין היתר, על ההנחה שהפגיעה בילדים פחותה מזו שמתבטאת בפועל בפרשנות של המשיבים. דהיינו, שאיננה

כוללת את כל אותם ילדים, אשר למרות שנולדו בישראל, מחילים עליהם המשיבים את החוק ומונעים מהם קבלת מעמד בישראל.

95. כאמור, שישה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב קבעו כי החוק פוגע בזכויות החוקתיות לחיי משפחה ולשוויון, באופן בלתי מידתי. אם מוסיפים לכך את השופטת נאור, הרי שקיים רוב מוצק בקרב שופטי בג"ץ נגד החלת החוק על ילדים. למצער, מדובר בעמדה הקוראת למחוקק לצמצם את תחולת החוק על ילדים.

96. לסיכום עניין זה נחזור ונדגיש – גם תיקון מס' 2 לחוק אינו עומד בעקרונות ובדרישות שהתווה בג"ץ, כפי שבאו לידי ביטוי בבג"ץ עדאלה. כפי שנראה להלן, גם תיקון זה אינו מרפא את הפגמים החוקתיים שדבקו בחוק עוד מראשיתו. למשיבים ניתנה ההזדמנות לתקן את החוק בעניינם של הילדים, כדי שלפחות בנושא זה יעלו הוראות החוק בקנה אחד עם דברי השופטים ועם רוח פסק הדין. מה חבל הוא ששוב נשכח עניינם של הילדים, ולא הוזכר אפילו במילה.

97. כתוצאה מכך, גם לאחר תיקון מס' 2 נותרים ילדים של תושבי ישראל, המתגוררים בה, ללא מעמד בישראל וללא זכויות סוציאליות. מאחר שעובדות אלה אינן נחשבות על ידי המשיבים כ"עניין הומניטרי"⁸, הרי שעצם הוספת ה"חריג ההומניטרי" לחוק איננה מסייעת בידם. גם לאחר תיקון החוק, מוסיף עצם רישום הילדים בשטחים להוות ראייה חלוטה להיותם "תושבי שטחים", ועל כן – תנאי מספיק להחלת החוק עליהם. גם לאחר תיקון החוק מוסיפה הסדרת עניינם של ילדים בגיל 14-18 להיות תלויה בטענה כזו או אחרת בדבר סיכון ביטחוני הנשקף מקרוב משפחתם. טענה כזאת תשלול אף אפשרות להעניק להם היתר שהייה זמני בישראל, ודינם אחד – גירוש.

הליך חקיקת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)

98. הליכי חקיקת החוק – הן החוק עצמו והן שני תיקוניו – מעידים על אדישות רבתי לזכויות ילדיהם של תושבי ישראל, עד כדי התכחשות מכוונת. כמו כן, בהליכים אלה נחשף שוב האופן הקלוקל בו מתקבלים רבים מהחוקים בישראל. מה מצער הוא, כי הדבר קורה בעת חקיקה של אחד החוקים החמורים, הגזעניים והפוגעניים ביותר שידעה המדינה.

חקיקת החוק המקורי והתיקון הראשון לחוק

99. בהצעת החוק המקורית לא הוזכר כלל עניין הילדים ולא ניתן למצוא כל רמז לכוונת המשיבים להחילו על ילדיהם של תושבי הקבע. גם בהצגת החוק במליאה, על ידי שר הפנים דאז, מר אברהם פורז, כלל לא הוזכר עניין זה.

הצעת החוק הכוללת דברי הסבר מצ"ב לעתירה ומסומנת ע/5.

פרוטוקול הדיון במליאה מיום 17.6.03 מופיע באתר הכנסת:
<http://www.knesset.gov.il/plenum/data/02651804.doc>

פרוטוקול הדיון במליאה מיום 18.6.03 מופיע באתר הכנסת:
<http://www.knesset.gov.il/plenum/data/02647304.doc>

⁸ ראו סעיף 1א3 לחוק המתוקן.

100. ההתעלמות מעניינם של הילדים נמשכה גם בדיוני ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת. הדיון בהצעת החוק המקורית, למרות הבעייתיות הרבה שבחוק זה, התפרס על פני שני דיונים בלבד, ודיון נוסף שהוקדש להצבעה. יוזמי החקיקה שנכחו בדיוני הוועדה – נציגי משרד המשפטים, נציגי הלשכה המשפטית של משרד הפנים ונציגי מנהל מינהל האוכלוסין – ניסו להמעיט, עד כמה שניתן, בהשפעת החוק על ילדים. זאת, על אף שכבר היו מודעים להשלכות החוק על ילדיהם של תושבי הקבע, שהרי מדיניות ההקפאה של בקשות לאיחוד משפחות, ובכלל זה החלתה על ילדים, החלה עוד מאז החלטת הממשלה, למעלה משנה לפני אותו דיון. ניסיונותיהם של היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד פרנקל-שור, של יו"ר הוועדה לשלום הילד, ח"כ מלכיאוור ושל נציגת המוקד להגנת הפרט, עו"ד לוסטיגמן, להעלות את הנושא על סדר היום – לא זכו, ככלל, להתייחסות ראויה.

101. היועצת המשפטית של הוועדה, עו"ד פרנקל-שור, אף הניחה על שולחן הוועדה הצעת חוק מתוקנת, ובה הצעות חלופיות לסוגיות שנמצאו לדידה בעייתיות בהצעת החוק הממשלתית. לעניין הפגיעה בילדים הוצעה היועצת המשפטית לשנות את סעיף 1 לחוק, הוא סעיף ההגדרות, כך שלפני הסיפא "ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור", יוסף "למעט ילד ולמעט תושב...". בכך ביקשה היועצת המשפטית להוציא עניינם של ילדים מתחולת החוק. כמו כן, בהצעתה הוסיפה היועצת המשפטית כי הגדרת ילד תהיה כהגדרתו בחוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002. גם הצעה זו לא זכתה למענה ענייני.

סיוטה מהצעת החוק שהניחה היועצת המשפטית לוועדה על שולחן הכנסת, מצ"ב ומסומנת ע/6.

102. הפגמים החמורים שבהליך החקיקה נמשכו גם בדיון הוועדה שהוקדש להצבעה על החוק. בדיון, ביקשו חברי הכנסת להעלות את הסתייגויותיהם להצעה, אולם יו"ר הוועדה, ח"כ יורי שטרן, החליט כי לא ייערך כל דיון על ההסתייגויות. זאת, על אף חוות דעתן של היועצת המשפטית לכנסת והיועצת המשפטית של הוועדה, שטענו כי הנוהל הוא כי יש לדון בהסתייגויות בוועדה בזמן ההצבעה על החוק, וכי כך מן הראוי לעשות.

103. מאחר שההסתייגויות לא נקראו, כמו גם ההצעה לתיקון החוק, שהניחה היועצת המשפטית לוועדה על שולחן הכנסת ביום הקודם, לא הובאה בפני חברי הוועדה החלופה שהוצעה בהצעות הנ"ל, והיא להכניס לסעיף ההגדרות של החוק משפט נוסף, לפיו החוק לא יחול על ילדים.

104. תחת זאת, הוצעה הממשלה תיקון משלה, לפיו יוסף לסעיף 3 לחוק משפט, על פיו ניתן יהיה לתת היתר שהייה בישראל או רישיון לישיבה בישראל כדי לא להפריד ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה כדין בישראל. תיקון זה הוסף לאחר הדיונים בוועדה, והובא בפני הוועדה בישיבה סגורה לחברי כנסת בלבד, שהוכרזה כהצבעה ללא דיון. לפיכך, לא ניתן להבין מדוע הוחלט על גיל 12 דווקא, ומדוע באשר לילד מעל גיל זה לא ניתן יהיה להפעיל שיקול דעת.

הפרוטוקולים המלאים של דיוני הוועדה מופיעים באתר הכנסת:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-14-01.html>

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-29-02.html>

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/pnim/2003-07-30-03.html>

105. ביום 31.7.03 דנה מליאת הכנסת בהצעת החוק בקריאה שנייה ושלישית. מספר חברי כנסת הביעו את הסתייגותם מתקינות ההליך בוועדה. כך למשל, ח"כ רומן ברונפמן, חבר הוועדה:

[...] ההצעות של עו"ד פרנקל-שור לא נדונו בוועדה בסופו של דבר, ולא הוצגו לחברי הוועדה, כדי שאנחנו נוכל לבחור חלופה אחת מול חלופה שנייה מול חלופה שלישית. זו הייתה הסיבה שפניתי ליו"ר הכנסת, ואני לא מרבה לעשות זאת בשבע שנות הכהונה שלי, זו פעם ראשונה שפניתי ליו"ר הכנסת וביקשתי לעצור הליך חקיקה לא תקין. (עמ' 9 לפרוטוקול הדיון במליאה).

בסופו של הדיון קיבלה הכנסת את החוק המוצע בקריאה שלישית.

את פרוטוקול הדיון במליאה ניתן למצוא באתר האינטרנט של המוקד להגנת הפרט:

<http://www.hamoked.org.il/items/5721.htm>

106. הצעת התיקון לחוק, שפורסמה במאי 2005, הוצגה על ידי המשיבים ככזו שנועדה להקל ולהפוך את החוק למידתי. למראית עין, אכן הוספו בחוק הקלות שונות גם בעניינם של ילדים. כך, אפשרה ההצעה להעניק היתרי מת"ק לילדי התושבים שגילם 12 עד 18 (במהלך הדיונים הועלה הגיל ל-14), וזאת ביחס לנוסח הקודם, שלא איפשר כלל את הסדרת שהייתם בישראל. עם זאת, כאמור לעיל, הרחיבו המשיבים את הגדרת המונח "תושב אזור", כך שגם ילדים אשר נולדו בישראל, והחוק לא חל עליהם במתכונתו הקודמת, ייכללו בגדר החוק. בנוסף, על פי סעיף 3(ד) לחוק המתוקן, אם יציגו גורמי הביטחון חוות דעת לפיה, בן משפחה, כגון גיסו של הילד, עלול להוות סיכון ביטחוני, תישלל מהקטין האפשרות לקבל ולו היתר שהייה בישראל והוא יעמוד בפני גירוש.

107. הליך החקיקה של התיקון ארך זמן רב יותר, בהשוואה להליך חקיקת החוק המקורי, והתקיימו בו ישיבות רבות יותר. עם זאת, גם הליך זה נגוע היה בפגם שורשי, לכאורה פרוצדוראלי, אך קשור בטבורו לפסול המהותי שבחוק. נבהיר זאת.

108. החוק לציון מידע בדבר השפעת חקיקה על זכויות הילד, התשס"ב-2002 (להלן: **החוק לציון מידע בדבר זכויות הילד**) מחייב פרוצדורות מיוחדות בחוקים שיש להם השפעה על גורלם של ילדים. עיקרו של החוק מצוי בסעיפים 2 ו-3 לחוק.

בסעיף 2 לחוק נקבעה מטרתו:

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

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

בסעיף 3 לחוק לציון מידע בדבר זכויות הילד נקבע כי:

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

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

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

(ההדגשה הוספה – י.ב.).

110. בישיבת ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 29.7.03 (כלומר, עוד בדיונים על חקיקת החוק המקורי) התייחסה היועצת המשפטית לוועדה לחוק, לאמור:

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

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

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

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

111. דברי היועצת המשפטית לוועדה זכו, בדומה לחוק עצמו, להתעלמות בלבד. בדברי ההסבר לחוק המקורי ולהצעת התיקון אין זכר לפגיעה בילדים שתיגרם כתוצאה ממנו. דבר הפגיעה בילדים הוזכר על-ידי חברי כנסת ונציגי ארגוני זכויות אדם במהלך הדיונים בוועדה, אך לא על-ידי מציעי החוק. כל שעשו הללו היה לאשר במהלך דיוני הוועדה כי אכן החוק יחול על ילדים, אך הכחישו כי תיווצר פגיעה – והרי היכן שאין זכות אין פגיעה בזכות. מציעי החוק מטעם משרד הפנים ומשרד המשפטים נמנעו מלספק נתונים ומידע בנושא ושאלות שהועלו על-ידי חברי כנסת ומוזמנים לוועדה נותרו ללא מענה.

חקיקת התיקון השני לחוק

112. ביום 18.12.2006 פורסמה הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2006. גם בהליך חקיקה זה דבקו פגמים למכביר. בדומה להצעת החוק המקורי ולהצעת התיקון הראשון בו, גם הצעה זו התעלמה לחלוטין מהשפעת החוק על ילדיהם של תושבי ישראל. הפעם עניינם לא הוזכר אף במילה. נראה כי נחה דעתם של מנסחי ההצעה כי ההסדר שקיים היה בחוק, לאחר תיקונו שנת 2005, היה מספק.

113. כמו כן, מועד העלאת הצעת התיקון היה בעייתי, בלשון המעטה. פסק דין עדאלה ניתן במאי 2006. תשעת החודשים שקבע בג"ץ כמסגרת הזמן לתיקון הוראת השעה עמדו לפוג ביום 16.1.2007 (לעניין פירוט עמדת השופטים בפסק הדין ראו סעיפים 85-97 לעיל). למרות הזמן הממושך שעמד לרשות המדינה, הובאה הצעת התיקון לקריאה ראשונה רק ביום 19.12.2006, פחות מחודש ימים לפני שפג תוקף החוק. על אף שמדובר היה בהצעת חוק קשה, פוגענית, אשר בוודאי שלא עמדה בדרישת המידתיות שהציב בג"ץ, נראה כי היה מי שסבר שחודש הוא זמן סביר לדיון רציני וענייני בהצעה, הכולל קריאה ראשונה, שנייה ושלישית, ובתווך – דיון ממצה בוועדה.

114. המשיבים הצליחו במשימתם. עד למועד פקיעת החוק התקיימה רק ישיבת וועדה אחת, ביום 8.1.2007. בשל הרצון להמשיך את הדיון בהצעת התיקון, הוארך החוק כמות שהוא בשלושה חודשים נוספים. לאור העובדה כי מדובר היה בסתירה בוטה לעמדת בג"ץ, הוגשו, לאחר הארכה נוספת זו, עתירות לבית משפט נכבד זה: בג"ץ 830/07 טבילה ואח' נ' שר הפנים ואח', בג"ץ 544/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים ואח' ובג"ץ 466/07 גלאון נ' שר הפנים. עתירות אלה עדיין תלויות ועומדות בפני בג"ץ.

115. נתעכב מעט באשר לדיון ביום 8.1.2007. בדיון ציין הח"מ את התעלמות הצעת התיקון מעניינם של ילדיהם של תושבי ירושלים, ואת העובדה שעד היום לא נתנה המדינה כל נימוק להחלת החוק על הילדים. עו"ד פרנקל שור, היועצת המשפטית של הוועדה, ציינה בדבריה כי:

בתחילת הישיבה אמר יו"ר הוועדה שהוא מעוניין לראות האם יש מקום להעלות את גיל הילדים. גם אם ניתן להעלות את גיל הילדים אבל לא ל-18, האם יש מקום למצוא איזה שהוא פתרון סוציאלי לאותה אוכלוסייה של ילדים? נכון שהממשלה לא התייחסה לכך בהצעת החוק, אבל זאת עמדה לגיטימית של הוועדה. אדוני (יו"ר הוועדה – י.ב.) יכול לקיים דיון בנושא. (ההדגשה אינה במקור – י.ב.).

116. גם יו"ר הוועדה דאז, מר גאלב מג'אדלה, התייחס לעניין:

אני עדין עומד על דעתי שלגילאים 16-18 (הכוונה, כנראה, לגילים 14-18 – י.ב.) אפשר לתת זכויות סוציאליות. אני לא מקבל את מה שאמר חבר הכנסת אחד מימין, שהוא רוצה אותם רעבים, ללא קופת חולים וביטוח לאומי. זה לא משרת את מדינת ישראל. מי שחושב שכשהשכן ברשות לידינו רעב זה משרת אותו, הוא טועה. אין סיכון בטחוני כשנותנים קופת חולים וביטוח לאומי. יש בזה מיליארדים, אבל אין בזה סיכון ביטחוני. בואו ניתן תקווה לאנשים שרוצים להיות בסדר. (ההדגשה אינה במקור – י.ב.).

את פרוטוקול הדיון מיום 8.1.2007 ניתן למצוא באתר הכנסת בקישור:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2007-01-08.rtf>

117. כאמור, לאחר דיון זה, כבר הוארך תוקפו של החוק בשלושה חודשים. ניתן היה לצפות, כי באותם שלושה חודשים יערכו דיונים אינטנסיביים בוועדה, במטרה ללבן כמה שניתן את מכלול הבעיות העולות מהחוק. תקוות אלה נתבדו. עד ליום קבלת תיקון מס' 2 לחוק התקיימו רק עוד שתי ישיבות ועדה בנושא, כאשר הראשונה שבהן הוקדשה, רובה ככולה, לדו"ח הוועדה המייעצת לבחינת מדיניות הגירה למדינת ישראל, שבראשה עמד פרופ' אמנון רובנישטיין. דו"ח זה, המבקש לקבוע עקרונות בסיסיים למדיניות הגירה למדינת ישראל, אמנם נוגע במהותו להוראת השעה, אולם אין בינו לבין הוראותיה הקונקרטיות של הוראת השעה דבר וחצי דבר.

118. הישיבה השנייה, והאחרונה, התקיימה בתאריך 20.3.2007, יום לפני יציאת הכנסת לפגרה. כתוצאה מהזמן הדוחק, ניסה יו"ר הוועדה החדש, ח"כ אופיר פינס-פז, 'לדחוס' כמה שיותר נושאים בעייתיים הקשורים בחוק אל תוך מסגרת הזמן המצומצמת של הדיון. לאור הזמן הקצר וריבוי המשתתפים בישיבה, נדון ניסיון זה לכישלון.

119. יצוין, כי לקראת הדיון פרסמה היועצת המשפטית של הוועדה הצעה משלה לתיקון החוק. גם בהצעה זו נפלו, לטעמה של העותרת, פגמים רבים. עם זאת, היא ניסתה להשיב על כנו את האופן בו היתה נבחנת בעבר בקשה לאיחוד משפחות. דהיינו, באופן פרטני, ולא בצורה של שלילה גורפת של שיקול הדעת של שר הפנים, כפי שעושה הוראת השעה. בעניין הילדים, ציינה ההצעה, יש לשקול הענקת תיעוד שונה מזה שניתן היום (ראו הערת שוליים בסעיף 9 להצעה).

טיוטת ההצעה לתיקון החוק, שהניחה היועצת המשפטית לוועדה על שולחן הכנסת, מצ"ב ומסומנת ע/7.

120. הצעתה של היועצת המשפטית לא זכתה לדיון רציני. כמוה גם רבים מדברי הביקורת האחרים שהופנו לגבי הצעת התיקון השני לחוק. באווירת ה'שוק' שאפפה את הדיון, נותר שוב עניינם של הילדים מחוץ לחוק. ניסיונות נואשים שעשה הח"מ להעלות עניין זה לסדר היום עלו בתוהו. הצעתה של היועצת המשפטית בדיון ביום 8.1.2007 לקיים דיון בנושא הילדים לא נדונה. דבריו המפורשים של יו"ר הוועדה הקודם, לפיהם יש להעניק לכל הילדים עד גיל 18 זכויות סוציאליות – נשכחו.

בסוף הישיבה אישרה הוועדה את הצעת התיקון, לאחר מספר תיקונים, אף לא אחד מהם בעניין הילדים.

יצוין, כי ביום כתיבת שורות אלה, טרם פורסם פרוטוקול הדיון בוועדה מיום 20.3.2007.

121. ביום 21.3.2007 הצביעה הכנסת על הצעת התיקון בקריאה שנייה ושלישית. במהלך הדיון במליאה שבו וחזרו חברי כנסת רבים על הביקורת הידועה, לצערנו, נגד הוראות החוק הגזעניות. כצפוי, החוק עבר ללא בעיות.

את פרוטוקול הדיון במליאת הכנסת מיום 21.3.2007 ניתן למצוא באתר הכנסת בקישור:

<http://www.knesset.gov.il/Tql//mark01/h0006939.html#TQL>

122. הנה כי כן, ניתן לומר בפה מלא כי בהליך החקיקה – מראשיתו ועד סופו – נפלו פגמים רבים. החל בהתעלמות המוחלטת מהחוק לציון מידע בדבר זכויות הילד, וכלה בהליך חקיקה מהיר ובעיקר בלתי ממצה. זאת, בניגוד מוחלט למהות החוק ולשאלות הקשות הניצבות במרכזו, שאלות שהן מהחמורות שידע ספר החוקים הישראלי.

123. סמכותו של בג"ץ להפעיל ביקורת שיפוטית על הליכי החקיקה של הכנסת הוכרה זה מכבר בפסיקתו של בית-משפט זה. (ראו: בג"ץ 761/86 מיעארי נ' יושב-ראש הכנסת, פד מב(4) 868; בג"ץ 975/89 Nimrodi Land Development Ltd. נ' יו"ר הכנסת, פד מה (3) 154; בג"ץ 8238/96 אבו עראר נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 26). בבג"ץ 4885/03 ארגון מגדלי העופות בישראל אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 14 (להלן: פרשת ארגון מגדלי העופות), פרשה השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש סקירה נרחבת בעניין זה. בבג"ץ 975/89 ובבג"ץ 8238/96, שצוינו לעיל, נקבע כי המבחן להתערבותו של בית-משפט זה בהליך החקיקה הוא אם הפגם שנפל בהליך החקיקה הינו "פגם היורד לשורש ההליך". בפרשת ארגון מגדלי העופות מבהירה השופטת ביניש כי השאלה מהו "פגם היורד לשורש ההליך" נקבעת על-פי עוצמת הפגיעה שפגם זה פוגע "בערכים מהותיים של משטרנו החוקתי" או בערכים הבסיסיים של משטרנו החוקתי, המונחים ביסוד הליך החקיקה (ראו סעיף 16 לפסק דינה). עם עקרונות היסוד של הליך החקיקה במשטרנו הפרלמנטרי והחוקתי מונה השופטת ביניש את עקרון הכרעת הרוב; את עקרון השוויון הפורמאלי (שלפיו "קול אחד לכל אחד" מחברי-הכנסת); את עקרון הפומביות; את עקרון ההשתתפות (שלפיו לכל חבר-כנסת יש זכות להשתתף בהליך החקיקה). (ראו סעיף 18 לפסק הדין).

124. העותרת תטען כי במקרה שלפנינו, עקרונות היסוד של הליך החקיקה שנפגעו פגיעה קשה וניכרת הינם עקרון ההשתתפות ועקרון הפומביות.

125. באשר לעקרון ההשתתפות: בבג"ץ 5131/03 ח"כ ליצמן נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נט(1) 577 הדגיש הנשיא ברק (בעמוד 588) כי השתתפות חבר הכנסת בהליך החקיקה אינו מתמצה רק ב"נגישות להליכי הבית" או בהשתתפות בדיון ובהצבעה, אלא היא כוללת גם את "האפשרות המעשית לגבש את רצונו" בנוגע להצעת החוק.

באשר לעקרון הפומביות: השופטת ד' ביניש בפרשת ארגון מגדלי העופות, קבעה (בסעיף 21 לפסק דינה) כי: "עקרון הפומביות בהליך החקיקה נועד להגביר את שקיפות עבודתה של הכנסת בהליך החקיקה ובכך אף להגביר את ה"דיווחיות" (accountability) של חברי הכנסת כלפי בוחריהם. חשיפתם של הצעות החוק ושל הליכי החקיקה בפני הציבור נועדה גם לאפשר לציבור להביע עמדתו ביחס להצעות החוק ולנסות לקחת חלק בהליך החקיקה באמצעות פנייה לנבחרינו."

126. בדברי ההסבר להצעת החוק לציון מידע בדבר זכויות הילד, נאמר כי:

לעיתים קרובות, השפעתן של הצעות חוק, הן פרטיות והן ממשלתיות, על ילדים וזכויותיהם אינה נלקחת בחשבון בעת קביעת מדיניות וגיבוש חקיקה. בשל כך, מוצע לקבוע כי בדברי ההסבר להצעת חוק, ייכלל מידע אודות אופי השלכות הצעת

החוק על ילדים, בהתאם לעקרונות אמנת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד (אשר אושררה בישראל ונכנסה לתוקפה עוד בשנת 1991). **הטלת חובה כזו תגרום לכך שהגורמים השונים ייקחו בחשבון את השלכות הצעת החוק על ילדים ויתנו דעתם לחלופות אפשריות אשר יפגעו פחות באוכלוסייה זו.** (ראו: הצעות חוק 3125, אי בתמוז התשס"ב, 11.6.2002) (ההדגשה הוספה – י.ב.).

127. כפי שהוזכר לעיל, במשך כל הליכי חקיקת החוק, על תיקוניו, לא פעלו המשיבים בהתאם לחובתם על פי החוק לציון מידע בדבר זכויות הילד. כתוצאה ממחדלם זה, השפעתו ההרסנית של החוק על ילדים לא הובאה לידיעת חברי הכנסת והציבור הרחב. פגיעה זו בעקרון הפומביות מנעה העלאת הנושא לתשומת הלב הראויה ויצירת דיון ציבורי בסוגיה. כתוצאה, קשה היה לצפות שהדיון בכנסת – הן במליאה והן בוועדה – יעמיק בעניין, ויועלו במסגרתו האספקטים השלייליים הרבים של החוק. בניסיונותיהם של ארגונים, כדוגמת העותרת, להעלות נושא זה על סדר היום לא היה די. ההליכים המהירים לאישור החוק ותיקוניו (לפחות התיקון השני לחוק) הביאו גם הם לכך שהאפשרות המעשית של חבר הכנסת לגבש את רצונו, ולתת את דעתו באשר לחלופות שיפגעו פחות בילדי התושבים – נפגעה אנושות. אשר על כן, ניתן לקבוע כי גם עקרון ההשתתפות של חברי הכנסת לא כובד.

128. לסיום עניין זה, יפים דבריו השופט מ' חשין בפרשת ארגון מגדלי העופות, בסעיף 3 לפסק דינו (באותו מקרה ביחס ל"חוק התוכנית להבראת כלכלת ישראל"):

העם בחר בנבחריו כדי שידונו לעומקן בהצעות חוק המונחות לפניהם, כדי שיהרהרו בתוכנן, כדי שישוחחו ביניהם, כדי שיחליפו דעות, כדי שיתווכחו, ועל דרך זו יפקחו כראוי על התנהלותה של הממשלה. אשר על-כן קרוי בית הנבחרים פרלמנט והוא מלשון PARLER, לדבר. כל אלה נעדרו מן הדיון בהצעת חוק התוכנית הכלכלית ולו משום שלא ניתנה לחברי הכנסת שהות לקרוא בעמקות את אשר הונח לפניהם, לקרוא, להרהר, להחליף דעות... מבחינה מהותית - ובה עיקר - נתקשה לתאר את הליך חקיקתו של החוק כהליך תקין. נתבונן בהליך החקיקה למתחילתו ועד סופו, וידענו כי הלכה למעשה היתה זו הממשלה שחקקה את חוק התוכנית הכלכלית. הכנסת כמו נתפרקה את סמכותה הראשונית לחקוק, והעבירה סמכותה לממשלה. הכנסת - מרצונה - ענתה אמן אחרי החלטת הממשלה, ויתרה מרצונה על סמכותה - על סמכותו העילאה של מחוקק - לקבוע סידרי חיים למדינה.

ביחס לאותו חוק, שגם הוא – בדומה להוראת השעה שלפנינו – שינה סדרי עולם, קבע השופט חשין בסעיף 4 לפסק דינו:

כמו נשכחו כל העיקרים העושים את הדמוקרטיה בישראל: הפרדת הרשויות, ביזור הסמכויות, שקיפות, פומביות, שיתוף העם בחקיקה. מה היה לה לכנסת - שמא נאמר: מה היה לה לממשלה - שכך נחפזה, ובהליך כה מזורז הֶאָבִיֵדָה בחוק התוכנית הכלכלית את ההסדרים הישנים? ... וכי מעשה שבכל-יום הוא שכך נהפכים סידרי חיים על פיהם? אלא שהכנסת נתנה ידה - וביודעין

- למהלך החפז שנעשה, ובכך התנצלה, למעשה, את סמכותה כגוף בעל הסמכות העליונה במדינה. יום חקיקתו של חוק התוכנית הכלכלית, למיצער ככל שמדברים אנו בפרק החקלאות שבו, אינו יום של הדר להליך החקיקה בכנסת.

הפרת זכויות יסוד של האדם

129. כל ילד שנולד בעולם זכאי להירשם כיצור אנוש המוכר על ידי השלטונות.

הילד יירשם תיכף לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על-ידם. (סעיף 7 (1) **לאמנה בדבר זכויות הילד** (כ"א 1038)).

ראו גם סעיף 8 לאמנה וכן סעיפים ו ו-טו להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם-1948, סעיף 24 לאמנה בדבר זכויות חברתיות ופוליטיות, סעיפים 16 ו-24 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 1040) שנכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992.

130. הזכות לזהות ולנתינות מוכרת, אם כן, כזכות יסוד, בדין הבינלאומי אשר אומץ על-ידי מדינת ישראל.

הזכות לחיי משפחה וזכותם של ילדים להגנת החברה

131. לתושבי ירושלים המזרחית עומדת הזכות לחיות בביטחה עם ילדיהם בישראל, כאשר מעמדם המשפטי מוסדר. על המדינה מוטלת החובה למנוע פגיעה באנשים אלה, בהיותם תושבי ישראל והורים לילדים. אך בזאת לא מסתיים תפקידה של המדינה. עליה להגן באופן אקטיבי על נתיניה, מפני פגיעה ביכולתם להעניק לילדיהם את ההגנה לה הם זקוקים.

132. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה לתמיכתם הגורפת של שופטי בית המשפט העליון בפרשת עדאלה. שמונה שופטים⁹ מתוך 11 שופטי ההרכב, קבעו שהוראת השעה פוגעת בגרעין הקשה של הזכות לחיי משפחה ולכבוד האדם. הנשיא (בדימוי) אי ברק סיכם, בפיסקה 34 לפסק דינו, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה 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 זוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו**

⁹ הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) בייניש, השופט ג'ובראן, השופטת פרוקצ'יה, השופטת חיות, השופט (כתוארו אז) ריבלין, השופט עדיאל והשופט לוי. יצוין, כי השופט עדיאל סבר שהפגיעה מידתית בנסיבות.

לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

133. גם המשפט הבינלאומי קובע כי יש להגן באופן רחב על הזכות לחיי משפחה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) **לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות**, כ"א 1037, אושרה 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: סעיף 16(3) **להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם**, שנתקבלה בעצרת האו"ם ב- 10.12.48; סעיף 17(1) **לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות**, כ"א 1040, נכנסה לתוקף לגבי ישראל ביום 3.1.1992).

134. בהמשך להוראות אלה, קבעה גם **האמנה האירופית להגנה על זכויות אדם**, בסעיף 8, כי:

(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

(2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

(Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1950).

135. פסיקת בתי המשפט הציבה גבולות חוקתיים באשר להתערבות המדינה בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם.

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר 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 אוטונומים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם - חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו** (ראה ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 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). (ע"א 2266/93 פלונים נ' אלמוני, פ"ד מט(1), 221, עמ' 237-238). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

136. בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח', תק-על 2005(2) 617, עמ' 654, קובעת הש' פרוקצ'יה כי:

הזכות להורות וזכותו של ילד לגדול בחיק הוריו הטבעיים הן זכויות שלובות זו בזו, היוצרות יחדיו את הזכות לאוטונומיה של המשפחה. זכויות אלה הן מיסודות הקיום האנושי, וקשה לתאר זכויות אנוש שתשווינה להן בחשיבותן ובעוצמתן. על השילוב האמור בין זכות ההורה הטבעי לילדו, וזכות הילד לגדול בחיק הוריו הביולוגיים עמדנו בפרשה אחרת, שם נאמר:

"המשפט רואה בקשר שבין הורה לילדו זכות טבעית בעלת מימד חוקתי, שלה שני פנים: האחד - זכותו של כל ילד להיות נתון למשמורת הוריו, ולגדול ולהתחנך על ידיהם; השני - זכותו של הורה, מכוח קשר דם, לגדל ולחנך את ילדו במשמורתו, ולקיים כלפיו את חובותיו כהורה... זכויות הילדים לקשר של הורות וזכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם יוצרות מערכת משולבת של זכויות וערכים אשר הביאו להכרה המשפטית באוטונומיה של המשפחה - הכרה השוללת התערבות חיצונית בשלמות התא המשפחתי אלא בעילות מוגדרות המוכחות היטב. הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ממכלול שיקולים, ובהם לטובת הילד ולזכויות ההורים הטבעיים מעמד כבד משקל... עומקו ועוצמתו של קשר ההורות, האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם, הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר." (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, בעמ' 894-895). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

137. בהקשר זה ציינה השופטת פרוקצ'יה באותו פסק דין פסיקה של בית הדין האירופי לזכויות אדם, שנדרש גם הוא לנושא ההגנה שעל המדינה להעניק לקשר שבין הורה לילדו:

The Court recalls that the essential object of article 8 is to protect the individual against arbitrary action by the public authorities...according to the principles set out by the Court in its case-law, where the existence of a family tie with a child has been established, the state must act in a manner calculated to enable that tie to be developed, and legal safeguards must be created that render possible, as from the moment of birth, the child's integration in his family... In this context, reference may be made to the principle laid down in Article 7 of the United Nations Convention on the Rights of the Child of 20 November 1989 that a child has, as far as possible, the right to be cared for by his or her parents. (Keegan v Ireland (App. No. 16969/90), European Court of Human Rights (1994) 18 EHRR 342, [1994] ECHR 16969/90, para 50).

138. לסיכום עניין זה, נאמר כי הזכות לחיי משפחה – אשר קובעה, כאמור, כזכות חוקתית בבג"ץ עדאלה – כוללת גם את זכותו של הילד לגדול במדינה יחד עם הוריו.

139. התייחסה לכך השופטת א' פרוקצ'יה, בדנ"א 6041/02 פלונים נ' פלוני (בהקשר של הוצאת ילד ממשמורת הורה), פ"ד נח(6) 246 :

הוצאת ילד ממשמורת הורה והעברתו לרשות הסעד או למעון נוגעת מעצם טיבה, לסוגייה בעלת אופי חוקתי הנוגעת לערך ההגנה על האוטונומיה האישית והמשפחתית של ילד והורהו ולערך החברתי החשוב שעניינו שמירה על קשר המשפחה הטבעי בין הורים לילדים ועל המארג הסבוך של זכויות וחובות הנובעות מקשר הורות זה. היא נוגעת בזכות הטבעית של ילד להיות נתון למשמורת הוריו, לגדול ולהתחנך על ידם; היא נוגעת לזכויותיו היסודיות כבן אנוש לחיים, לכבוד, לשוויון, לביטוי ולפרטיות (הצהרת זכויות האדם משנת 1948; האמנה בדבר זכויות הילד; ע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פד"י מח(2) 833, 836; דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי נ' פלונית, פד"י נ(1) 48, 100). היא נוגעת לזכויות הייחודיות של ילדים מכח היותם ילדים, ובהן הזכות לגדול בחיק משפחה ולשמור על קשר עם הוריהם (הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי, 2004, חלק כללי, עמ' 26); היא נוגעת לזכותו של הורה מכח קשר הדם, לגדל ולחנך את ילדו, כמו גם לקיים את חובותיו כלפיו מכח הורותו. זכויות הילדים לקשר עם הוריהם, וזכויות וחובות ההורים כלפי הילדים יוצרים מערכת שלובה של זכויות, חובות, וערכים הבונים את האוטונומיה של המשפחה. (דנ"א 6041/02 פלונים נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246, 275-276).

140. גם הנשיא (בדימי) ברק התייחס לעניין במפורש בפרשת עדאלה, בסעיף 27 לפסק דינו :

הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

לעניין היקפה של זכות זו, ראו דבריו של הנשיא (בדימי) ברק, שהובאו לעיל בסעיף 102.

טובת הילד

141. **עקרון טובת הילד** הוא עקרון יסודי ומושרש במשפט הישראלי. תכליתו של העקרון היא לכוון את הגורם המחליט - דהיינו, כל רשות מינהלית או שיפוטית - כאשר היא מקבלת החלטות הנוגעות לילדים, לעשות כן על פי אמת המידה של טובת הילד. **האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד**, אותה אישרה מדינת ישראל, והזוכה להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך למשל, קובע סעיף 3(1) לאמנה :

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה...

142. השופט מ' חשין התייחס לעניין באחת הפרשיות:

טובתו של הקטין הוא שיקול-על, והוא שיכריע. התעלמות מטובתו של הקטין; החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו של קטין; הכרעה בעניינו של קטין תוך עירובו של שיקול זר; אי-מתן משקל ראוי לשיקול טובתו של הקטין - כל אלה יעירו ויעוררו את סמכותנו להתערבות בהכרעות-דין הבאות לפנינו... וכפי שנאמר בדנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 119, 48: "שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחו לשיקול טובת הילד. (בג"ץ 5227/97 מיכל דויד נ' בית-הדין הרבני הגדול תק-על 98(3), 443, עמ' 446). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

לעניין זה, ראו גם את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, -236; 235; בג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

כיצד נקבעת בפועל טובת הילד?

143. **הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה**, בראשות השופטת ס' רוטלוי, הציגה בדו"ח שפרסמה בדצמבר 2003 (להלן: **דו"ח רוטלוי**), מודל שאותו היא מציעה לעגן בחוק לקידום זכויות הילד. מודל זה כולל, בין היתר, רשימת בקרה (checklist) המיועדת לכוון ולהנחות את הגורם המחליט בדבר השיקולים שעליו להביא בחשבון בעת קביעת טובתו של ילד (ראה דו"ח רוטלוי, החלק הכללי, מעמ' 136 ואילך). יש להתחשב, בין היתר, ב"רצון הילד, תחושותיו, דעותיו, ועמדתו לגבי העניין הנדון"; "גילו של הילד וקשריו המתפתחים"; "מימד הזמן בחיי הילד"; "ההשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד כתוצאה מן ההחלטה או הפעולה"; "קשרים ויחסים של הילד עם הוריו ועם אנשים משמעותיים אחרים בחייו"; "עמדת הורי הילד ואנשים משמעותיים אחרים בחייו של הילד על העניין הנדון"; "הידע המקצועי הרלוונטי לעניין הנדון".

באשר לרשימה זו מציין הדו"ח, בעמוד 141, כי:

על גורמים המקבלים החלטות **ביחס לילדים ככלל או ביחס לקבוצות של ילדים** (ובמרכזם משרדי הממשלה השונים והרשויות המקומיות) לנסח לעצמם רשימות בקרה המתאימות להקשר הנדון על ידם, בהתבסס על רשימת הבקרה המוצגת... רשימת הבקרה המוצעת בסעיף הינה רשימה פתוחה, שעליה יכול כל גורם מחליט להוסיף שיקולים נוספים ובלבד שאלו יהיו רלבנטיים להחלטה ויעלו בקנה אחד עם זכויות הילד ועם הגורמים הנמנים ברשימה. (ההדגשה במקור – י.ב.).

בחלק הכללי של דו"ח רוטלוי ניתן לצפות באתר משרד המשפטים בקישור:

http://www.justice.gov.il/NR/rdonlyres/658D27AD-F09E-4E67-A7F6-29971ADB0BF/0/DOH_HAVEADA_11.pdf

144. הילדים, שאת טובתם צריך לבחון במקרה דנן, הם כל אותם קטינים, ילדיהם של תושבי ישראל, שמרכז חייהם בישראל, אך שלמרות כל זאת – אוסר החוק לרושםם כתושבים. נראה כי בהחלטה להעניק לאותם ילדים היתרים זמניים – שחלקם, כאמור, אינם מקנים כל זכויות סוציאליות – לא הושקעה מחשבה רבה, אם בכלל, באשר להשפעה על טובתם של הילדים נשואי עתירה זו. בחינה, חלקית בלבד, של הפרמטרים המופיעים ברשימת בקרה שמופיעה בדו"ח רוטלוי ממחישה זאת.

145. למשל, באשר להשפעה על חיי הילד בהווה ובעתיד כתוצאה מההחלטה או מהפעולה מצוין הדו"ח, בעמוד 145, כי "סעיף זה מכוון את הגורם המחליט להקדיש מחשבה מיוחדת להשלכות שיהיו להחלטתו על הילד המסוים שבפניו בהווה – בטווח הקצר ובטווח הארוך. תכליתו להדגיש את חובתו בכל הנוגע להשלכת ההחלטה או הפעולה על חייו, להתייחס למאפייניו הייחודיים של הילד המסוים שבפניו במובחן מהסתמכות על הנחות בדבר "הילד הכללי" בלבד. כמו כן, תכליתו לכוון הגורם המחליט **לצורך להעריך**, בין בעצמו ובין בסיוע מומחים לפי העניין, **את ההשלכות האפשריות** לכל אחת מהאפשרויות להחלטה שעומדת על הפרק." (ההדגשות במקור – י.ב.).

בהקשר זה, ישאל השואל: האם, כאשר נקבע כי ילדים בגילאים 14-18 יקבלו לכל היותר היתר שהייה, היה מי שהעריך מהן השלכות של בחירה באופציה זו דווקא? האם שקל מי ששקל – מהן ההשלכות הכלכליות, החברתיות, הבריאותיות שיש להחלטה למנוע מאותם ילדים זכויות סוציאליות? האם היה מי שהתחשב בעובדה כי "הילד המסוים" במקרה זה הם ילדי ירושלים המזרחית, השרויים, כפי שראינו, בעוני מרוד? האם נלקחו בחשבון הנתונים המעידים על אחוזים כה גבוהים של נוער בירושלים המזרחית המוגדר, מלכתחילה, כנוער בסיכון?

146. באשר לשיקול מימד הזמן בחיי הילד, מצוין דו"ח רוטלוי, בעמוד 144, כי "תפיסת הזמן של ילדים שונה באופן משמעותי מתפיסתו בעיני מבוגרים – מה שנדמה בעיני מבוגרים כזמן קצר יכול לדמות בעיני ילדים כנצח נצחים... הימשכות הליכים פוגעת בילדים פגיעה חמורה יותר בשל היותם במצב תמידי של התפתחות ובשל השלכות הימצאותם באי ודאות ביחס למצבם על פני פרק זמן ממושך, והעמדתם למשך זמן ממושך במצב שאינו עולה בקנה אחד עם טובתם."

אי הוודאות, אותו מצוין הדו"ח, איננו מושג ערטילאי בעיניהם של ילדי התושבים, המוצאים עצמם למשך זמן רב במעמד בלתי מוגדר. הוא מקבל מימד מוחשי, בדמותם של חיילים המעכבים במחסומים גם ילדים בעלי היתרי מת"ק, וזאת למרות שבקשתם לאיחוד משפחות "אושרה". אי-הוודאות מקבל חיזוק כאשר לא נראה באופן מועד בו ניתן יהיה לשדרג את ההיתר שבידיהם. יותר מכל, מתגלם אי-הוודאות בחשש מפני היום בו ימלאו לאותם ילדים 18 שנה – האם יוכלו להישאר בישראל בהיתר? האם יוכלו אי פעם לקבל בה מעמד? היכן ובאילו תנאים יוכלו לבנות את משפחתם?

147. מכל האמור לעיל, עולה כי בהחילם את החוק על ילדיהם של תושבי ישראל, פוגעים המשיבים בזכותם החוקתית של הילדים לגדול יחד עם הוריהם בישראל. ביתורן של משפחות למעמדות שונים, הותרת ילדים כה רבים ללא מעמד כלל, ללא זכויות סוציאליות ותוך פגיעה קשה בחופש התנועה שלהם – פוגעת בגסות בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים בקבלת החלטות הנוגעות לילדיהם.

148. אולם, כפי שראינו, לא זו בלבד שהמשיבים מתעלמים מזכויות אלה העומדות לאותם ילדים, הם מתעלמים אף מטובתם של הילדים, המחייבת להעניק להם את האפשרות לגדול יחד עם הוריהם התושבים בישראל. על פי עקרון טובת הילד, כל עוד מדובר בקטינים, וכל עוד הוריהם מתפקדים כראוי, טובת הילדים מחייבת לאפשר להם לגדול בתא משפחתי התומך בהם. הסירוב לרשום ילד כתושב ישראל, כאשר הורהו תושב ישראלי שמקום מגוריו בישראל, משמעו – לכפות פירוד על הילד מהורהו, לפגוע בהתפתחותו ולהתערב בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. לחלופין, ישאר הילד בלית ברירה עם הורהו בישראל, אך ללא מעמד יציב וברור, כל עוד קשיי החיים ללא מעמד לא יכניעו את המשפחה.

חובות ההורה כלפי ילדיו

149. פגיעתו של החוק איננה מתמצית רק בשלילת הזכויות הבסיסיות מההורה ומילדו. היא גם מסכלת, באופו אקטיבי כמעט, את אפשרותו של ההורה להעניק לילדיו את צרכיהם הבסיסיים, כפי שמחויב ההורה על פי חוק. חובת ההורה כלפי ילדיו ואיסור ההזנחה הינן חובות המעוגנות היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל **סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962**, שכותרתו תפקידי ההורים, קובע:

אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם; וצמודה לה הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, והסמכות לייצגו.

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

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

וראו עוד **סעיף 373 לחוק**.

150. החוק מונע מההורה לפעול בהתאם לחובות אלו. בכך, הופך החוק הורים לעבריינים בעל-כורחם. חמור מזה: החוק מסכל את הכלי החברתי המרכזי להגנת גופם, חייהם וכבודם של הילדים. לא ייתכן שלהורה, שהחוק מחייב אותו להחזיק בילדו ולדאוג לכל צרכיו, וזאת תחת סנקציות פליליות, לא יתאפשר לעשות כן.

הזכות לשוויון

151. בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, תק-על 2006(2) 1559, עמוד 1576, הכריע בית המשפט העליון בשאלת שיוכה של הזכות לשוויון לזכות לכבוד האדם. נקבע כי הזכות לכבוד האדם כוללת בחובה את הזכות לשוויון, עד כמה שזכות זו קשורה לכבוד האדם בקשר ענייני הדוק (סעיף 40 לפסק דינו של הנשיא (בדימי) א' ברק). בפרשת עדאלה, קבע הנשיא (בדימי) א' ברק כי:

האם זכותו של בן זוג ישראלי לקיים תא משפחתי בישראל מתוך שוויון ביחס לבני זוג ישראליים אחרים לקיים תא משפחתי בישראל, מהווה חלק מזכותו של בן הזוג הישראלי לכבוד האדם? התשובה היא בחיוב. הן ההגנה על התא המשפחתי בישראל, והן ההגנה על שוויונו של תא זה ביחס לתאים משפחתיים של בני זוג ישראליים אחרים, מצויים בגרעינו של כבוד האדם. איסור האפליה של בן זוג אחד לעניין קיום התא המשפחתי שלו בישראל ביחס לבן זוג אחר, היא חלק מההגנה על כבוד האדם של בן הזוג המופלה.

152. באשר לשאלה האם החוק פוגע בזכות לשוויון של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, קובע הנשיא (בדימי) א' ברק בסעיף 51 לפסק דינו:

בעניין שלפנינו, התוצאה (ה-impact) של חוק האזרחות והכניסה לישראל הינה הגבלת זכותם של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, ושלהם בלבד, לחיי משפחה. זוהי תוצאה מפלה. אפליה זו אינה נשענת על הבחנה רלוונטית. אם נקבל אותה, "נעשה מעשה חמור של אפליה, ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו" (דברי השופט מ' חשין בפרשת סטמקה, בעמ' 759; ראו עוד דברי השופטת א' פרוקצ'יה בבג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, 451-450). המסקנה היא שהחוק פוגע בזכות החוקתית לשוויון.

לעמדה זו הצטרפו עוד שישה משופטי ההרכב¹⁰.

153. הנה כי כן, נקבע כי החוק פוגע בזכות החוקתית של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, לשוויון, כיוון שתוצאתו – הגבלת זכותם של ערבים, אזרחי ישראל ותושביה, ושלהם בלבד, לחיי משפחה – היא תוצאה מפלה. כפי שראינו, בסעיף 140 לעיל, הזכות לחיי משפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו. זכויות אלה, של ההורה ושל הילד, נפגעות כאשר לא ניתן להעניק לילד מעמד בישראל, על כל ההשלכות הנלוות לכך.

לפגיעה בזכותם של תושבי ירושלים המזרחית וילדיהם לשוויון יש גם פנים נוספים, שיפורטו להלן.

עקרון השוואת המעמד בין ילד להורה המשמורן

154. במשפט הישראלי אומץ העקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה. עקרון זה הוא תוצאה ישירה של כיבוד

¹⁰ השופטת (כתוארה אז) בייניש, השופט ג'ובראן, השופטת פרוקצ'יה, השופטת חיות, השופט (כתוארו אז) ריבלין והשופט לוי. יצוין, כי השופט ריבלין סבר שהפגיעה מידתית בנסיבות.

הזכות לחיי משפחה והאינטרס של שמירה על שלום הילד. כך למשל, קבעה באחת הפרשיות השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, כי:

ככלל, שיטתנו המשפטית מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. (בבג"ץ 979/99 קרלן (קטין) ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת ד' ביניש) (להלן: בג"ץ קרלו)). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

ראו לעניין זה גם: פסק דינו של הנשיא (בדימו') א' ברק בבג"ץ עדאלה, בסעיף 28 לפסק דינו; עת"מ (ת"א) 1195/06 אנה קספ ואח' נ' שר הפנים ואח' תק-מח 2006(3), 7671, עמ' 7678.

155. העותרת תטען, כי ההסדר שנקבע בחוק פוגע בעיקרון יסוד זה ומפלה לרעה את תושבי ירושלים המזרחית וילדיהם, ביחס לתושבים ואזרחים אחרים המתגוררים בישראל. כפי שיובהר להלן, הדין אינו אמור להבחין בהקשר זה בין אזרחים לתושבים או בין יהודים לבין מי שאינם יהודים. הוראת השעה מבחינה בין אנשים במקרה בו השוני אינו מוצדק, ומדובר אפוא באפליה פסולה. (לעניין זה, ראו למשל: השופט מ' חשין בבג"ץ 6051/95 רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד נא(3) 289, 311).

156. בעניינם של ילדים שנוולדו בישראל חלה באופן ישיר **תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: תקנה 12)**, הקובעת כי:

ילד שנוולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר.

157. עם זאת, בבג"ץ עדאלה, קובע הנשיא (בדימו') ברק מפורשות, בסעיף 28 לפסק דינו כי:

אף שתקנה זו לא חלה, על פי לשונה, על ילדי תושבים שלא נולדו בארץ נפסק כי התכלית לשמה נועדה תקנה 12 חלה גם על ילדיהם של תושבי קבע אשר נולדו מחוץ לישראל. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

הנשיא ברק ציין בהקשר זה את בג"ץ קרלו האמור, שם קובעת, כאמור, השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש, בסעיף 2 לפסק דינה, כי:

ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו.

וכן בסעיף 3 לפסק דינה:

כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם

במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

158. בהתאם לאמור, נבחן להלן את החשיבות אותה מייחסת פסיקת בתי המשפט לעקרון השוואת המעמד, כפי שזו השתקפה ביחס לתקנה 12. זאת, תוך שאנו זוכרים כי **התכלית לשמה נועדה תקנה 12 חלה גם על ילדיהם של תושבי קבע אשר נולדו מחוץ לישראל**, כדבריו של הנשיא (בדימ') א' ברק.

159. פסיקתו העדכנית של בג"ץ ושל בית המשפט לעניינים מינהליים (הדן כיום, בין היתר, בעתירות בעניין החלטות המשיבים באשר לאשרות כניסה ורישיונות ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל), העמידה את תקנה 12 לצידן של הוראות חוק אחרות הנוגעות לילדי אזרחים והשוואת מעמדם למעמד הוריהם. כך למשל, קבע הנשיא (בדימ') א' ברק בפרשת עדאלה (סעיף 28 לפסק דינו), כי:

המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (א4(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (א4(2)). בדומה, **תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974**, קובעת כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"ו-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו". (ההדגשה הוספה: י.ב.).

160. בפסק הדין בעת"מ 1158/04 נבהאן נ' הלשכה האזורית למינהל אוכלוסין, נקבע כי על פי תקנה 12, מי שנולד בישראל להורה תושב ישראלי, אשר נכנס כדין לישראל, זכאי לרכוש את מעמד הוריו או אחד מהוריו. הוא מציין כי:

מסקנה זו מתחייבת גם מהשוואה אחרת שנמתחת בתקנה 12. התקנה שואפת לחול על מי שנולד בישראל "ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, התשי"ו-1950... כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת החוק וכל יהודי שנולד בארץ אחרי תחילת תוקפו של החוק, דינו כדין מי שעלה לישראל לפי החוק. יתר על כן. גם יהודי שנולד בארץ אחרי תחילת תוקפו של החוק, דינו כדין מי שעלה לישראל לפי החוק... ואולם, החוק מקנה זכויות לא רק ליהודי-עולה, אלא הוא קובע כי "הזכויות של עולה לפי חוק זה וכן לפי כל חיקוק אחר", מוקנות גם "לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד יהודי". עצם אזכורו של סעיף 4 לחוק השבות, התשי"ו-1950, בתקנה 12, מלמדת שהתקנה שאפה להסדיר את מעמדם של מי שאינם עולים אלא תושבים בישראל. אין מקום ליצור פער מיותר בין ההסדר החל על עולים או על יהודים, לבין ההסדר החל על תושבים אחרים. אם חוק השבות הרחיב את ההסדר הקבוע בו בצורה כוללת, אין מקום למנוע בתחומי תקנה 12 תחולה של התקנה באופן דומה על ילדים של תושבי ישראל. (ההדגשה הוספה - י.ב.).

161. עולה מן המקובץ, כי פסיקת בתי המשפט רואה בתקנה 12 **חולייה משלימה להוראות חוק האזרחות, התשי"ב-1952 וחוק השבות, התשי"ו-1950**. הוראות אלה משמשות יחד כמעין מעטפת הגנה להורה – בין אם הוא אזרח או תושב, יהודי או לא יהודי – ולילדו. זאת, במטרה

להבטיח כי עקרון השוואת המעמד ביניהם יכובד. אמנם, תקנה 12 חלה, כלשונה, רק על ילדים שנולדו בישראל, אך כאמור, הרציונאל שבה – לפחות בכל האמור לעקרון השוואת המעמד – צריך לחול על כל ילדי התושבים, ללא קשר למקום לידתם.

162. החוק מונע תחולה זו. הוא שולל את האפשרות להעניק מעמד לילדיהם בני ה-14-18 של תושבי ישראל, רק בשל העובדה שנולדו מחוץ לישראל, גם במצבים בהם מרכז חייהם בישראל. יתרה מכך, בהתאם להגדרת "תושב אזור", שבסעיף 1 לחוק, די בכך שילדו של תושב רק נרשם במרשם האוכלוסין בשטחים, גם אם לא התגורר שם מעולם, כדי למנוע ממנו את האפשרות למעמד. נוצר אפוא מצב, בו תנאים משתנים – מקום הלידה, תאריך הלידה, ומקום הרישום – עליהם אין לאותם ילדים כל שליטה, חורצים את גורלם לחיים ללא מעמד בישראל.

163. החלת עקרון השוואת המעמד על תושבי ירושלים המזרחית וילדיהם מתבקשת גם לאור המעמד המיוחד של תושבים אלה. מדובר באנשים אשר בשנת 1967 מדינת ישראל הפכה אותם לתושבים. מבחינה זו, הסטטוס הממשי שלהם והיעדרו של סטטוס ממשי אחר מזכה אותם בזכויות אזרחיות ממש כפי שאלו ניתנות לאזרחים, להוציא במספר מוגבל של תחומים¹¹. אין כל זכר בחוק לאפשרות למנוע קטגורית את מתן המעמד לאותם ילדים. בהתאם לכך, אין כל עילה למנוע מראש את שיקול דעתו של השר בהענקת מעמד לילדי תושבים, בין אם נולדו בישראל ובין אם נולדו בשטחים. אין כל עילה למנוע מראש את החלת עקרון היסוד של השוואת המעמד – גם על אותם ילדים.

164. כאשר הוחלו החוק והמשפט הישראלי על ירושלים המזרחית, הוחל עמם גם עקרון השוויון ועקרון כבוד האדם וחירותו. בבוא המשיבים לחוקק חוק הנוטל מהם את הסמכות להסדיר מעמדם של ילדים במרשם האוכלוסין הישראלי, חייבים היו לתת את המשקל הראוי לזכותם של תושבי ירושלים המזרחית לשוויון עם שאר תושבי המדינה, אזרחים ושאיינם אזרחים, להוציא, כאמור, את אותם תחומים בהם קיים שוני.

הזכות להתפתחות

165. מלבד הפגיעה בזכויותיהם האזרחיות של הילדים והוריהם, פוגע החוק גם בזכויות החברתיות והכלכליות של הילדים. כאמור, החוק אינו מאפשר להעניק זכויות סוציאליות לילדיהם של התושבים, שגילם מעל 14. בכך, פוגע החוק בזכותם של הילדים לשמירה על בריאותם, להתפתחות יכולות וכישורים שיאפשרו להם לחיות בכבוד, ובזכותם לחיות ברמת חיים מינימאלית, שתאפשר את מימושו של זכויות אלה. זכויות אלה כלולות **בזכות להתפתחות**¹², אשר מצאה את ביטוייה בסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות הילד, ולפיו:

¹¹ על פי חוק הכניסה לישראל ישנה הבחנה בין תושבים לאזרחים בנושאים הבאים: הזכות להצביע בבחירות לכנסת, תלות המעמד במקום המגורים בפועל, כך שהמעמד "פוקע" אם התושב אינו מנהל מרכז חיים בישראל תקופה של כשבע שנים והשוני במסמכי הנסיעה. הבדל נוסף הוא שבניגוד לילדיהם של אזרחים ישראלים, ילדי תושבים שנולדים בישראל אינם מקבלים את מעמד הוריהם באופן אוטומטי, ומעמדם נקבע בהתאם לתקנה 12. נושא רישומם של ילדים שנולדו מחוץ לישראל ורק אחד מהוריהם תושב – אינו מוסדר בחוק או בתקנות, אך עד להוראת השעה, לא הוטל ספק בעצם היכולת להעניק להם מעמד.

¹² ראו: א' בן אריה ואח', "זכות הילדים להתפתחות – תפיסות ועמדות של ילדים ישראלים ופולסטיניים בנוגע לזכויות הילד", המשפט 22 (2006) 52-62, בעמוד 53. את המאמר ניתן למצוא בקישור:

http://www2.colman.ac.il/law/hamishpat_j/22/Ben%20Arye.pdf

- א. המדינות החברות מכירות בזכותן הטבעית של כל ילד לחיים.
 ב. המדינות החברות יבטיחו עד מירב המידה האפשרית את הישרדות הילד והתפתחותו.

זכות זו מהווה את הבסיס להתפתחותם התקינה של ילדים, והיא מכוונת לספק את כל צרכיהם הפיזיים, הנפשיים, החברתיים, הכלכליים והתרבותיים. **הזכות להתפתחות היא זכות ייחודית לילדים, בשל היותה קבוצת אוכלוסייה שמתפתחת בכל שלבי הילדות עד לבגרות.** ילד שאין לו תנאים נאותים להתפתח, הוא ילד שלא ייחנה מהזכות לכבוד ולשוויון¹³. יצוין, כי סעיף 6 האמור מהווה את המסגרת הכללית לזכות זו באמנה. סעיפים רבים אחרים מתייחסים באופן ספציפי לזכויות הקשורות בזכות להתפתחות. (כך למשל, הזכות להתפתחות פיזית – הזכות לבריאות – עוגנה בסעיף 24 לאמנה. הזכות להתפתחות נפשית עוגנה, בין היתר, בסעיפים 28 ו-29 לאמנה, העוסקים בחינוך, וכו').

166. הזכות להתפתחות זכתה למעמד של זכות יסוד בפסיקת בית משפט נכבד זה. כך, קבעה השופטת דורנר באחת הפרשיות:

זכותו של כל ילד - ואף היא זכות יסוד - כי צרכיו הפיזיים והנפשיים יסופקו ברמה הדרושה להתפתחותו התקינה, לזכות זו של ילד, שהוא חסר ישע התלוי באחרים, מעמד בכורה. (דנ"א 7015/04 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66).

ראו גם (בהקשר של זכותו של קטין בעל מוגבלות), פסק דינו של השופט א' לוי בבג"ץ 7974/04 פלוני נ' שר הבריאות, תק-על 2005 (2) 1376.

להשלמת התמונה בהקשר של זכות זו, ראו התייחסות נרחבת בדו"ח רוטלוי, עמודים 167-206.

167. את הזכות להתפתחות של ילדי תושבי הקבע, המתגוררים בישראל, יש לבחון גם באספקלריה של התנאים השוררים בירושלים המזרחית, התנאים בהם מתגוררים רבים מאותם ילדים. כפי שהראינו לעיל, כמעט בכל תחומי החיים מופלים ילדי ירושלים המזרחית, ביחס לתושבים ואזרחים אחרים במדינה. כך בתחום החינוך, בתחום הרווחה, בתחום התשתיות, ועוד. אין חולק כי במצב דברים זה, הזכות להתפתחות היא מן הזכויות הראשונות להיפגע. החלת הוראת השעה על ילדים אלה היא אפוא קיבוע נוסף של האפליה וההדרה, מהן עולה שוב, ריח רע של גזענות.

168. לאחר שקבענו כי הזכויות בהן פוגע החוק הן זכויות חוקתיות, נעבור כעת לבחון האם הפגיעה מוצדקת על פי "פיסקת ההגבלה".

הפגיעה בזכויות: למטרות לא כשרות – דמוגרפיות וכלכליות

169. החלת החוק על ילדיהם של תושבי הקבע נעשתה במסגרת מדיניות, שמטרתה המוצהרת היא כביכול הצורך להיזהר בהכנסת זרים לישראל בשל האיום הביטחוני. אף אילו היה מדובר בטענה

¹³ראו: ס' רוטלוי, "אחריות המדינה בקיום זכויות ילדים", המשפט 22 (2006) 3-11, בעמוד 10. את המאמר ניתן למצוא בקישור: http://www2.colman.ac.il/law/hamishpat_j/22/Rotlevi.pdf

כנה¹⁴, ברי כי טיעון זה אינו עומד למשיבים כאשר מדובר בילדים קטינים של תושבים, המתגוררים עם הוריהם בישראל, אשר לא להם ולא להוריהם מיוחסת מסוכנות ביטחונית. אדרבא, החלת החוק על ילדים, כמו גם הנכונות לצייד אותם בהיתרי מת"ק, ובה-בעת הסירוב להעניק להם מעמד קבע וזכויות סוציאליות, חותרים תחת אמינות הטיעון הביטחוני.

170. עד היום לא הציגה המדינה שום נתון הקושר בין ילדיהם של תושבי הקבע, שקיבלו מעמד או היתרי שהייה בישראל, לבין סיכון ביטחוני כלשהו. בתשובתם מיום 7.2.2006 לעתירות שהוגשו נגד החוק, הציגו המשיבים נתונים באשר למעורבותם של תושבי השטחים, שקיבלו מעמד במסגרת הליך של איחוד משפחות, בפעולות טרור (ראו סעיף 29 לתגובה והלאה). דא עקא, שהנתונים היחידים שהציגו המשיבים באשר לקטינים, נגעו למעורבותם של קטינים, באופן כללי, בפיגועים. כאמור, לא הוצג כל נתון באשר לקטינים שהינם ילדיהם של תושבי הקבע שקיבלו מעמד או היתר לשהייה בישראל.

את תשובת המשיבים ניתן למצוא באתר המוקד להגנת הפרט בקישור:

<http://www.hamoked.org.il/items/4488.pdf>

171. האפשרות היחידה העולה על דעת העותרת, היא כי החלת החוק על ילדים נובעת משיקולים דמוגרפיים-גזעניים, וכן משיקולים כלכליים.

172. על שיקולים אלה ניתן ללמוד עוד מהדיונים שקדמו להחלטת הממשלה 1813 במאי 2002. במצגת שהביא המשיב 1 בפני הממשלה ערב ההצבעה על החלטה 1813, מתאר מינהל האוכלוסין כיצד "זרים בעלי לאום ערבי" מתרבים ומתעצמים, מולידים ילדים רבים (10-12 ילדים לזוג), "פוטנציאל הגידול" שלהם עצום ורב, גם צאצאיהם מתחתנים ואלה יקבלו מעמד חוקי בישראל, וכך הלאה וכך הלאה. התפלגות הדורות עד נכדים ושילשים מתוארת בדיאגרמות המדברות בעד עצמן - ובסיומן חישוב כספי.

173. נוסף לכותרות גזעניות ממין "חבר מביא חבר" (עמוד 13 למצגת), מלמדת המצגת בפרק ששמו "מעט מהתקציב לאן? והתמורה?!" "כמה עולה לנו רק קצבת הילדים?" (הדגשה במקור – י.ב.). לשכת מינהל האוכלוסין מגיעה לתוצאה של 3.3 מיליארד ₪ ב-10 שנים! (בעמוד 16 למצגת). בולטים החישובים המדויקים שהביאו המשיבים אודות כספי המוסד לביטוח לאומי המבוזבזים על ערב רב ומתרבה, לעומת היעדר נתונים ביטחוניים ואחרים שהתבקשו.

מצגת מינהל האוכלוסין על בסיסה הצביעה הממשלה בעד החלטת הממשלה 1813, מצ"ב מסומנת ע/8.

174. "התעקשותם" של המשיבים להציג דווקא את התכליות הדמוגרפיות והכלכליות להחלת החוק על ילדי תושבים, נמשכה גם בהליכי חקיקת החוק ותיקונו. כך למשל, בדיון ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 11.7.05, התייחס לעניין עו"ד דני גבע, נציג השב"כ. מדבריו עולה, כי כלל לא נשקפת מקטינים כל בעיה ביטחונית. להלן חלקים מאותו דיון, המתייחסים לנושא (עמוד 31 לפרוטוקול הדיון):

¹⁴ לתהיות בדבר אמינות השיקול הביטחוני, ראו: בג"ץ עדאלה, סעיף 24 לפסק דינו של השופט ס' גיבוראן; סעיפים 13-14 לפסק דינה של השופטת א' פרוקציה.

דני גבע:

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

יוכי גנסי:

הם מדברים על זכויות סוציאליות, זו שאלה נפרדת.

דני גבע:

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

[...]

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

יוכי גנסי:

בהיבט הביטחוני.

[...]

מירי פרנקל-שור:

יכול להיות שיש מקום שהקטין שעבר יעלה מגיל 12 לגיל 16. השאלה שמופנית אליכם היא, מדוע אתם מצאתם לנכון את ההפרדה של גיל 12, והתשובה לא יכולה להיות מכיוון ש-12 נתנו בהוראת השעה המקורית מכיוון שאם אתה כבר בא ועושה את זה, מדוע הרף נקבע לגבי גיל 12? מה הרציונל של הדבר הזה?

היו"ר גאלב מג'אדלה:

מההיבט הביטחוני. דני בבקשה.

דני גבע:

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

(ההדגשות הוספו – י.ב.).

בפרוטוקול הדיון ניתן לצפות באתר הכנסת, בקישור:

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

175. בהמשך, בדיון ועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 25.7.05, חשף יו"ר הוועדה חה"כ מג'אדלה, את תוכן שיחתו עם "הגורמים המוסמכים" בנושא, כדלקמן (ראו עמוד 17 לפרוטוקול הדיון):

היו"ר ר'אלב מג'אדלה:

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

בפרוטוקול הדיון ניתן לצפות באתר הכנסת, בקישור:

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

פגיעה בזכויות מבלי שמתקיים קשר רציונאלי בין המטרה לבין האמצעי

176. כאמור, תכליתו המוצהרת של החוק הינה ביטחונית. אך נשיב ונדגיש: עד היום לא הציגה המדינה שום נתון הקושר בין ילדיהם של תושבי הקבע, שקיבלו מעמד או היתרי שהייה בישראל, לבין סיכון ביטחוני כלשהו. בעניין זה, ראינו לעיל את דבריו של נציג השב"כ בדיונים שנערכו בוועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (בדיון מיום 11.7.2005, עמוד 31 לפרוטוקול).

177. גם בדיונים על חקיקת התיקון השני לחוק, עלה עניין החלת החוק על ילדים. יו"ר הוועדה דאז, מר גאלב מג'אדלה, התייחס לעניין בדיון מיום 8.1.2007 (בעמוד 11 לפרוטוקול):

תבענו בדיון הקודם שאם לא נותנים מעמד קבע, שלפחות יתנו תנאים סוציאליים, כדי שלא יהיה עוד עוני. אני לא אגיד מה הייתה התשובה של גורמים פוליטיים בכנסת.

בסוף הישיבה, שב יו"ר הוועדה והתייחס לעניין (ראו עמוד 27 לפרוטוקול):

אני עדין עומד על דעתי שלגילאים 16-18 (הכוונה, כנראה, לגילאים 14-18 – י.ב.) אפשר לתת זכויות סוציאליות. אני לא מקבל את מה שאמר חבר הכנסת אחד מימין, שהוא רוצה אותם רעבים, ללא קופת חולים וביטוח לאומי. זה לא משרת את מדינת ישראל. מי שחושב שכשהשכן ברשות לידינו רעב זה משרת אותנו, הוא טועה. אין סיכון בטחוני כשנותנים קופת חולים וביטוח לאומי. יש בזה מיליארדים, אבל אין בזה סיכון ביטחוני. בואו ניתן תקווה לאנשים שרוצים להיות בסדר. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

את פרוטוקול הדיון מיום 8.1.2007 ניתן למצוא באתר הכנסת בקישור:

<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/pnim/2007-01-08.rtf>

178. הנה כי כן, הצהרותיהם של המשיבים סותרות אלו את אלו. מחד, טוענים המשיבים כי נשקפת סכנה מקטינים (אך אינם מביאים נתונים המצביעים על מעורבותם של ילדי תושבים בפעילות

אלימה נגד ישראל, ונראה כי נתונים אלה אינם נמצאים ברשותם). מאידך, המשיבים עצמם טוענים שמשעה שאותם ילדים בני 14-18 מקבלים היתרי שהייה, משמעות הדבר היא שאינם מהווים עוד סיכון ביטחוני.

179. לסיכום עניין זה, נאמר כי לאור תוכן המצגת שהציגו המשיבים, לאור התבטאויות שונות של חברי כנסת וחברי ממשלה, וכעולה מהדיונים שקדמו לחקיקת החוק ותיקוניו - לא ניתן עוד להכחיש, כי שיקולים כספיים ושיקולים דמוגרפיים, כמו גם גזענות לשמה, הן לפחות חלק מהתכלית שבבסיס החוק. למצער, מדובר בשיקולים בעלי משקל מכריע בכל הנוגע להחלת החוק על ילדיהם של תושבי הקבע במדינת ישראל.

180. לא יעלה על הדעת ששיקולים דמוגרפיים וכספיים יפגעו בזכותם הבסיסית של תושבי ישראל להסדרת מעמד ילדיהם. תכלית זו אינה תכלית ראויה, והיא אינה הולמת את ערכיה של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית.

181. עולה מהמקובץ, כי התנהלות המשיבים במקרה דנן עולה כדי היעדר תום לב באשר למניעים שעמדו מאחורי החלת החוק על ילדים, ומדובר אף בשקילת שיקולים זרים בעניין. השופט שמגר מתאר בפס"ד לוגסי מהי התנהגות שלא בתום לב מצד הרשות:

... כאשר הרשות הנותנת את הטעם, המהווה הסוואה או כיסוי חיצוני לכוונה הנסתרת האחרת, יודעת אל נכון, כי אין זהות בין הדברים שבפה לבין אלו שבלב. הרי לפנינו דוגמא אופיינית להעדר יושר או מירמה. (בג"ץ 376/81 משה לוגסי ואח' נ' שר התקשורת ואח'. פ"ד לו(2), 449, עמוד 459-460).

182. יפים לעניין זה גם דבריו השופט י' כהן, שקבע בעבר כי בבחינת מעשה הרשות יש לבחון "האם היתה לשיקול הפסול או למטרה הפסולה השפעה ממשית על מעשה הרשות, ואם כך היה הדבר, הרי יש לפסול את מעשה הרשות." (בג"ץ 392/72 אמה ברגר נ' הוועדה המחוזית לתכנון ולבנייה פ"ד כז(2), 764, 773).

183. בענייננו המטרה הזרה, הצינית, העומדת בבסיס החלטת המשיבים, גלויה על פניה ודומה כי אף לא נעשה ניסיון להסוותה. מהדברים שהובאו לעיל, ברור שלשיקולים הזרים, הדמוגרפיים והכספיים, ניתן 'מקום של כבוד' בהחלטת המשיבים להחיל את החוק על ילדיהם של תושבי ישראל. שהרי כיצד ניתן להצדיק את תכליתו הביטחונית של החוק, בהקשר זה, כאשר ניתן להעניק לאותם ילדים היתר שהייה בישראל? כיצד מניעת הזכויות הסוציאליות מאותם ילדים משרתת תכלית ביטחונית זו?

הפגיעה בזכויות: בלתי-מידתית - בחירת האמצעי היותר פוגעני החובה להפעיל שיקול דעת בעת החלטה על רישום ילד

184. כפי שראינו, העיקרון המנחה ברישום ילדיהם של תושבים קבוע בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל: ילד ששני הוריו תושבים, ילד שאביו תושב וילד שאפוטרופוסו תושב, זכאים למעמד מכוח התקנות. ילד שאמו תושבת יהיה תושב מכוח התקנות, אם שר הפנים יקבע זאת לאחר שיקול-דעת, כשהקריטריון היחיד שהיה מקובל כל השנים לעניין זה הוא קריטריון מרכז החיים.

אותם קריטריונים נהגו במשך השנים גם לגבי ילדים שנולדו מחוץ לישראל, כמעט ללא אבחנה.

החוק כובל את שיקול-דעתם של המשיבים בכל הנוגע להענקת רישיונות ישיבה בישראל. החוק לא הוחל, על כן, על מעמד שהוקנה על-ידי תקנה 12 (גם אם קביעת המעמד כרוכה בהפעלת שיקול דעת). זאת, עד לתיקונו הראשון של החוק בשנת 2005. כאמור, במסגרת תיקון זה, נקבע כי הגדרת "תושב אזור", כוללת לא רק את תושבי השטחים, המתגוררים בהם בפועל, אלא אף את כל מי שרשום במרשם האוכלוסין בשטחים, גם אם לא התגורר שם מעולם. הרשויות, שיזמו את התיקון, מפרשות אותו כמונע משר הפנים מלהפעיל את ההליכים לפי תקנה 12 על ילדים שנולדו בישראל ומתגוררים עם הוריהם התושבים בישראל, אם נרשמו בשטחים. פרשנות זו אינה עולה לכאורה בקנה אחד עם דברי המשנה לנשיא (כתוארו אז) בבג"ץ עדאלה, אך מוחלת הלכה למעשה.

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

186. האמצעי של כבילת שיקול הדעת הוא אמצעי העומד גם בניגוד לתפיסות יסוד של המשפט. הרשות המינהלית חייבת לשקול באופן ענייני בקשה להפעיל סמכות שברשות הנתונה לה, ולעשות בה שימוש בסבירות, במידתיות, בתום לב, ללא שרירות, מבלי שנשקלים שיקולים זרים ותוך מתן משקל ראוי לזכויות היסוד ולעקרונות היסוד של שיטתנו המשפטית (ראו רענן הר זהב, המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז-1996), בעמ' 103-109, 435-440, והאסמכתאות המובאות שם; בג"ץ 3648/97 ביג'לבהן פטל ו-31 אח' נ' שר הפנים ו-3 אח', פ"ד נג (2), 728, בעמ' 770).

חובה זו של הרשות היא מיסודות המשפט המינהלי ומצאה את ביטויה בפסיקה גם בהקשר של מתן המעמד לילדים. (ראו לעניין זה: בג"ץ 48/89 עיסא נ' מינהלת הלשכה האזורית ואח', פ"ד מג(4), 573).

כבילת שיקול דעתן של הרשויות משמעה לאלץ אותן לפעול בשרירות.

חוק המחייב את הרשויות לפעול בשרירות, את המשיב להיות "רשע ברשות התורה", הוא חוק החותר תחת יסודות המשפט המינהלי, המבוסס כולו על השילוב של הקניית סמכות ושיקול דעת. זהו חוק החותר גם תחת אפשרות הביקורת השיפוטית, שכן בהיעדר שיקול-דעת מצד הרשות, גם לא ניתן להעביר את שיקול הדעת תחת שבט הביקורת.

והנה, בעצם, הרציונל העמוק של החוק כולו: הרשות המבצעת מבקשת לנהוג בשרירות ובגזענות, וכדי לחסום את הביקורת השיפוטית על החלטותיה, היא מעבירה (בהליך חקיקה חפוז ולא תקין) הוראת חוק שכביכול קושרת את ידיה – ובעצם קושרת את ידיהם של בתי-המשפט. למעט בית-משפט נכבד זה שבכוחו לבטל את ההוראה.

זהו חוק "עוקף בג"ץ" מהסוג הגרוע ביותר. חוק שכזה דינו אחת: להתבטל.

סנקציה קולקטיבית

187. בשלילת האפשרות להעניק מעמד בישראל לילדים של תושבי קבע שגילם למעלה מ-14 שנים, מסמך החוק בשרטוט גס אוכלוסייה שלמה, על בסיס לאומי, ומטיל עליה גזירה איומה וגורפת, ללא אבחנה. מדובר למעשה בסנקציה קולקטיבית על מאות ואולי אלפי ילדים, על לא עוול בכפם.

מילדים אלה נמנעת קבלת מעמד במקום בו הם חיים. מהוריהם, תושבי המדינה, נמנעת הזכות להעניק לילדיהם מעמד בארצם.

188. נימוקם של המשיבים, באשר לצורך להחיל את החוק באופן קולקטיבי, כי קיימות מגבלות לאבחון הפרטני בשאלה – האם אדם מהווה סיכון ביטחוני. בסעיף 28 לתשובתם מיום 7.2.06 לעתירות שהוגשו נגד החוק, מציינים המשיבים את אותן מגבלות נטענות. כך, למשל, הם קובעים כי "בנסיבות הזמן והמקום מובן שקיימים אצל רשויות הביטחון פערי מידע בנוגע לפעילותם של תושבי האזור, בעיקר אלה המתגוררים באזורי A ו-B". ברי כי טענה זו איננה יכולה להתקבל כאשר מדובר בילדים, שהוכיחו כי הם חיים עם הוריהם התושבים בישראל, דהיינו – במקום בו אין לרשויות הביטחון מניעה להשיג כל מידע שיחפצו אודותיהם.

את תשובת המשיבים ניתן למצוא באתר המוקד להגנת הפרט בקישור:

<http://www.hamoked.org.il/items/4488.pdf>

189. כן מציינים המשיבים באותו מקום, כי "הסיכון מגיע ממי שיכול להיכנס לישראל דרך קבע באמצעות תיעוד ישראלי המאפשר גם לינה בישראל, ולנוע בה כדין בכל שטחי המדינה". גם נימוק זה איננו רלוונטי לאותם ילדים. הרי למי מאותם ילדים שבקשתו מאושרת והוא עובר את הבדיקות הביטחוניות הקפדניות – מאשרים המשיבים קבלת היתר שהייה בישראל, המאפשר תנועה חופשית ולינה בתחומי המדינה.

דוגמאות אלה מתוספות לעובדה שהמשיבים לא הביאו כל ראיות על מעורבותם של אותם ילדים בפעילות כלשהי נגד ישראל (ראו סעיף 170 לעיל).

190. הנה כי כן, עמדתם זו של המשיבים מענישה באופן גורף ילדים והורים, וזאת מבלי שהמשיבים טרחו אפילו להסביר את תכליתה של הסנקציה הקשה – שלילת זכות כה יסודית. בית המשפט העליון פסל בעבר, בעילה של חוסר מידתיות, ענישה קולקטיבית. כך למשל, בפסה"ד בעניין בן עטיה, בו נדונה שלילת זכותו של בית ספר לקיים בחינה, לאחר שנתגלו בו מקרים רחבי היקף של העתקה בבחינות קודמות, קבע בית המשפט:

אירועם של מקרים רבים יחסית, של פגיעה בטוהר הבחינות מלמד על רפיון הפיקוח, והדרך להתמודד עם התופעה היא בהגברת יעילותו של הפיקוח ובהענשה הולמת של הנוגעים בדבר, ולא בפגיעה בתלמידי "המחזור הבא ובמוסד החינוכי ומוריו". (בג"ץ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט (5) בעמ' 1, 8).

בעניין נשוא עתירה זו מקבלת עמדת בית המשפט הנכבד משנה תוקף, וזאת לאור העובדה שהפסקת הטיפול לא נובעת ממעשיהם או מחדליהם של מי מאותם ילדי תושבים, ואינה קשורה אליהם בכל דרך שהיא.

191. שאלת חוקיותה של סנקציה קולקטיבית עלתה לאחרונה גם בבג"ץ שעסק בחוקיותו של חוק הנזיקים האזרחיים (תיקון מס' 7), התשס"ה-2005, שקבע כי המדינה לא תהיה אחראית בניזקין לנזק שנגרם באזור עימות בשל מעשה שביצעו כוחות הביטחון. הנשיא (בדימ') א' ברק התייחס לעניין בהרחבה, כולל בהקשר של פסק דין עדאלה:

אכן, הדרך המידתית היא בבחינה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה. בחינה זו תבדוק אם המקרה נופל לגדרה של "פעולה מלחמתית", תהא הגדרתה אשר תהא. ניתן להרחיב הגדרה זו, אך אין להחליף בדיקה אינדיבידואלית זו בשלילת אחריות גורפת. עמדתי על כך בפרשת עדאלה:

הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה. עיקרון זה מקובל בפסיקתו של בית המשפט העליון... **הגבלה גורפת של זכות, אשר אינה מבוססת על בדיקה אינדיבידואלית, הינה אמצעי חשוד בחוסר מידתיות. כך הדבר במשפטנו-שלנו. כך הדבר במשפט המשווה.** (פיסקה 69 לפסק דיני). (בג"ץ 8276/05 עדאלה נ' שר הביטחון תק-על 2006(4), 3675, בעמוד 3693). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

192. בהמשך, מתייחס הנשיא (בדימ') א' ברק גם לעמדות השופטים האחרים בעניין בפרשת עדאלה:

השופטת ד' ביניש ציינה כי "אי ביצוע בדיקה אינדיבידואלית וקביעת איסור גורף מעניקים שוליים רחבים מדי לערך הביטחון בלי לקיים התמודדות הולמת עם ערכים וזכויות העומדים אל מול ערך זה" (פיסקה 11 לפסק דינה). בדומה ציינה השופטת א' חיות כי "צורכי הביטחון, עם כל חשיבותם, אינם יכולים להכשיר איסורים קיבוציים גורפים שאינם קשובים לפרט... יש בהחלט מקום לחזקת מסוכנות שמבקשים המשיבים להחיל בסוגיה זו של איחוד משפחות בין ערבים אזרחי ישראל ובין תושבי האזור. יחד עם זאת, ועל מנת שאימת הטרור לא תעבירונו על מידותינו הדמוקרטיות, מן הראוי שחזקה זו תהא ניתנת לסתירה במסגרת בדיקה אינדיבידואלית ופרטנית אותה יש לאפשר בכל מקרה ומקרה" (פסקאות 4 ו-5 לפסק דינה). השופטת א' פרוקצ'יה הדגישה בפסק דינה כי "עלינו להישמר מסכנה אורבת הטמונה בפגיעה גורפת בבני אדם המשתייכים לציבור מסוים על-ידי הדבקת תווית של סיכון בלא אבחנה... נגן על ביטחון חיינו באמצעות אמצעי פיקוח אינדיבידואליים גם אם יש בכך כדי להעמיס עלינו מעמסה נוספת" (פיסקה 21 לפסק דינה). השופטת מ' נאור ציינה כי "איני חולקת על חשיבותה של עריכת בדיקה אינדיבידואלית, במידה שהדבר אפשרי... ככלל מקובל עלי כי פגיעה בזכות יסוד הינה חשודה בחוסר מידתיות אם היא נעשית

על בסיס גורף ולא על בסיס של בחינה אינדיבידואלית (פיסקה 20 לפסק דינה). השופט א' ריבלין הדגיש אף הוא את חשיבותה של הבדיקה האינדיבידואלית, אך סבר כי באותה פרשה אין בבדיקה זו כדי להגשים את מטרת החוק. השופט א' לוי הדגיש בפסק דינו כי **"בסופו של יום לא יהיה מנוס מהמרתו של האיסור הגורף שבחוק, בהסדר שבבסיסו תעמוד בדיקה פרטנית"** (פיסקה 9 לפסק דינו). (הדגשה הוספה – י.ב.).

לבסוף, ציין הנשיא (בדימ') א' ברק כי:

המקרה שלפנינו שונה מפרשת עדאלה. עם זאת, קיימים קווי דמיון ביניהם. בשני המקרים נפגעו זכויות אדם חשובות ביותר. תיקון מס' 7 שולל את הזכות בנוזיקין, ובכך עשוי להעמיד את הניזוק או משפחתו בפני חוסר כל. **בשני המקרים, בחרה המדינה בשלילה גורפת** ("אין המדינה אחראית בנוזיקין") **על-פני בדיקה אינדיבידואלית של כל מקרה ומקרה**, אם יש בו "פעולה מלחמתית". (שם, שם). (הדגשה הוספה – י.ב.).

193. לסיכום עניין זה: המשיבים בחרו במקרה דנן באמצעי הפוגעני יותר, והגבילו את שיקול דעתם שלהם באופן שעל פי החוק - אין באפשרותם להעניק לילדים בגילאים 14-18 מעמד בישראל. מדובר בסנקציה קולקטיבית. אמצעי זה יהיה לעולם חשוד בחוסר מידתיות. הדבר נכון לגבי החוק בכללותו. הדבר נכון שבעתיים באשר לילדים. כפי שראינו, גם התואנות הקלושות בהן משתמשים המשיבים, באשר לאי יכולתם לבצע בדיקה אינדיבידואלית, אינן רלוונטיות בעניינם של ילדים המתגוררים עם הוריהם התושבים בישראל.

הפגיעה בזכויות היא בלתי מידתית במובן הצר

194. ראינו את היקף הפגיעה במשפחות. ילדיהן של משפחות מוראר, אבו גווילה וג'ולאני הם דוגמאות ספורות בלבד.

195. לכל משפחה הקשיים שלה. לכל משפחה המאפיינים הייחודיים שלה. אך המשותף לכולן הוא חוסר היכולת להתמודד כיום מול הוראותיו הקולקטיביות של החוק. משפחות רבות מחולקות היום למעמדות שונים. מילדים רבים נמנע המעמד במדינה בה הם חיים, בה הם מבקשים לנוע בחופשיות, לנסוע יחד עם בני כיתתם לטיול מטעם בית הספר, מדינה בה הם מבקשים למצוא בן זוג ולהקים משפחה. ילדים אינם מקבלים את הזכויות הרפואיות והסוציאליות להן הם זכאים, מתוקף היותם ילדים של תושבים. וכל זאת בגין נתונים שרירותיים, שלאותם ילדים לא יכולה היתה להיות כל השפעה עליהם: תאריך לידתם, מקום לידתם ומקום רישומם.

196. החלת החוק על ילדיהם של תושבי ירושלים המזרחית הינה רק נדבך נוסף ב"טיפול" המפלה והמשפיל לו זוכים תושבי ירושלים המזרחית. כפי שראינו, הנפגעים הישירים ממדיניותה המפלה של ישראל, בכל התחומים, הם הילדים. די אם נזכיר, כי לפחות 50% מילדי ירושלים המזרחית נחשבים ילדים בסיכון, בכדי להסיק בדבר ה"תרומה" המכרעת שיש להוראת השעה על זכויותיהם של ילדי אלה ועל עתידם.

197. הפגיעה בילדים היא אפוא ודאית ומוחשית. תכליות החוק, לעומת זאת, הן לכל היותר עמומות, היפותטיות ומסתוריות. ההנחה שילד בן 14 עשוי להפוך בעתיד למפגע מסוכן שינצל לרעה את תושבותו, אינה רק, כפי שראינו, הנחה היפותטית ולא מבוססת, אלא יש בה משום שיפוט מוקדם, משפיל ומרושע.

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

סיכום

198. חוק האזרחות והכניסה לישראל ("הוראת שעה") מהווה הפרה בוטה של זכויות יסוד של תושבי ישראל וילדיהם: הזכות להענקת מעמד לקטינים, להגנה על התא המשפחתי, לשמירה על טובתם של קטינים, הזכות לשוויון, זכותם של קטינים לקשר עם הוריהם וזכותם של הורים לקשר עם ילדיהם הקטינים. החוק פוגע בזכותם של התושבים וילדיהם למעמד, באצטלה של סיכון ביטחוני קולקטיבי, אותו מייחסים המשיבים לילדים, על לא עוול בכפם, ומבלי שיהיה לכך כל עיגון במציאות.

199. המשיבים יצרו מציאות עגומה, לפיה במשפחה אחת בקשה להסדרת מעמדם של שני ילדים נדחית, ואילו הסדרת מעמדם של ילדים אחרים מאושרת. זאת, על אף שכולם ילדים של תושב מדינת ישראל ומתגוררים עימו בישראל.

200. חורה הדבר מאוד, שבכל אספקט שהוא, מנהלת המדינה, על כל שלוחותיה, מדיניות של איפה ואיפה בעניינם של ילדי התושבים. כך, באשר לתקציבים המופנים לרווחת ילדי ירושלים המזרחית וחינוכם, בהשוואה לאזורים אחרים בעיר ולשאר חלקי המדינה. וכך, באשר להפלייתם והפליית הוריהם בזכויות האזרחיות להן הם זכאים. בסירובה להעניק לאותם ילדים מעמד אזרחי בישראל, מוסיפה אפוא המדינה חטא על פשע. כתוצאה, מתרחב אי השוויון, ומתחדד עוד יותר המסר שמועבר לתושבים וילדיהם, כי אינם רצויים כאן. כיצד הדבר תורם לשיקולי הביטחון, העומדים – לכאורה – בבסיס החוק? למשיבים הפתרוניס.

201. ילדיהם של תושבי הקבע, מהם נמנע מתן המעמד, נידונים לחיים של תלישות ואי ודאות. מה יהיה כאשר יגיעו לגיל 18? האם יוארך תוקפו של היתר השהייה שברשותם? אם כן – עד מתי? האם ייקרעו מעל הוריהם ויגורשו מישראל? בכך מתעלמים המשיבים מחובתם הבסיסית לפעול בהתאם לטובתם של הילדים, דווקא בגילאים בהם הקשר למשפחה ולסביבה הוא כה חיוני להתפתחותם. למותר לציין, כי זכותם של הילדים להתפתחות תקינה נפגעת גם מאי-מתן הזכויות הסוציאליות, להן היו זכאים כתוצאה מקבלת המעמד בישראל. כך גם הופכים המשיבים את הוריהם של הילדים לעבריינים בעל כורחם, ומונעים מהם את האפשרות לספק לילדיהם אפילו את הצרכים הבסיסיים ביותר, כפי שמחייב החוק.

אשר על כן, ומכל הטעמים האמורים לעיל, 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.

ירושלים, היום 7 ביוני, 2007

יותם בן הלל, עו"ד
ב"כ העותרת

יוסי וולפסון, עו"ד
ב"כ העותרת

(ת.ש. 50717)