

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

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל ואח'
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 -

שר הפנים ואח'

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

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרת

העותרת מתכבדת להגיש בזאת עיקרי טיעון מטעמה.

1. בעתירה זו מבוקש לבטל את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **החוק או הוראת השעה**), ככל שהוא חל על ילדים קטינים של תושבי הקבע של ישראל, בהיותו בלתי חוקתי.
2. בפני בית-המשפט הנכבד תלויות ועומדות עתירות ציבוריות נוספות כנגד חוקתיות החוק, אשר עניינן נדון יחד עם העתירה דנן: 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, ועל כן לא חזרה עליהן, במסגרת העתירה דנן. במסגרת העיסוק בחוקתיות הוראת השעה, לעתירה דנן היבט ייחודי: **השלכותיו הקשות של החוק על חייהם של ילדים מאחת מהקבוצות המוחלשות ביותר באוכלוסיית ישראל: ילדי ירושלים המזרחית**.
3. כבר עתה יודגש, כי החלת החוק על ילדים איננה משרתת כל מטרה ביטחונית ממשית. כפי שיפורט להלן, נימוקיה של המדינה בהקשר זה עמומים ומעורפלים, ואינם מבוססים על נתונים רלוונטיים.
4. לעומת זאת, פגיעתו של החוק בזכויות חוקתיות קשה היא. החוק פוגע בזכותם החוקתית של תושבי ישראל לחיי משפחה עם ילדיהם, ובזכותם לשוויון, כאשר הנפגעים העיקריים הם ילדי תושבי הקבע בירושלים המזרחית, שגילם מעל 14 שנה. ללא הסבר ביטחוני ברור, יוצר ההסדר שבחוק אפליה חריפה, כפולה ומכופלת, בין אותם ילדים לבין ילדים בגיל צעיר יותר; בין ילדים אלו לבין ילדים ששני הוריהם ישראלים; בין ילדים אלו לבין ילדים של מהגרים יהודים; בין ילדים אלו לבין ילדים של בני-זוג, שאחד מהם תושב שטחים ובן הזוג הישראלי הוא אזרח.

5. נראה כי הטעמים היחידים לאפליה הזו הם דמוגרפיים וכלכליים: האפשרות לתפוס אוכלוסיה של "צאצאים לבני הלאום הערבי" ולהדיר אותה ממעגל בעלי הזכויות במדינה. זאת, תוך חסכון בעלויות הנדרשות לשם מתן זכויות סוציאליות.

פגיעתו של החוק בילדים

נזכיר תחילה את הסעיפים בהוראת השעה, אשר להם השלכה על עניינם של ילדיהם של תושבי הקבע.¹

הגדרת "תושב אזור" – רישום באזור מהווה ראייה חלוטה

6. 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.

7. סעיף זה, לאחר תיקונו בשנת 2005, הרחיב את תחולת ההגדרה של "תושב אזור", באופן אשר כולל, לכאורה, 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 הפירוש המורחב שמעניקים המשיבים להגדרה זו, מפסיק מרשם האוכלוסין להוות ראייה לכאורה לנכונות הפרטים הרשומים בו, והופך לראייה חלוטה, עליה לא ניתן להשיג בשום מקרה. נעיר, כי שאלת פרשנותו של סעיף זה תלויה ועומדת כיום בפני בית המשפט הנכבד במסגרת ע"מ 1621/08 **מדינת ישראל – משרד הפנים נ' זיאד חטיב**.

8. נציין, כי הגדרת תושב אזור על פי מרשם האוכלוסין הפלסטיני, כאשר הרישום בו מהווה ראייה חלוטה – הינה עיוות של הדין הישראלי, למטרה פסולה – החלת החוק על מספר רב ככל האפשר של אנשים. בהקשר של הילדים, נאחזים המשיבים בסעיף זה ומסרבים 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 שמרכז חיי המשפחה היה מאז ומתמיד בישראל. (לסיבות בעטיין נרשמים ילדים במרשם האוכלוסין בשטחים – ראו סעיפים 17-18 לעתירה).

9. נראה כי הרחבת ההגדרה של "תושב השטחים" בחוק המתוקן נועדה להתגבר על מכשול שהציבה הפסיקה בפני מאמציהם של המשיבים, 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. ערעורים שהגישו המשיבים על פסקי דין אלה נדחו (ראו ע"מ 5569/05 **עויסאת ואח' נ' שר הפנים ואח'**, פסק דין מיום 10.8.2008 (להלן:

¹ כזכור, החוק אינו חל בעניינם של ילדיהם של אזרחי ישראל, שבשל העובדה שנוודו לאזרחים – יירשמו כאזרחים, עם לידתם.

עניין עויסאת). יצוין, כי באותם ערעורים לא נדרש בית המשפט הנכבד לדון בשאלת פרשנותה של ההגדרה הנוכחית למונח "תושב אזור".

10. 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

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. 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.

בראש ובראשונה: מדובר בהיתר שמאפשר שהייה ותנועה חופשית בתוך ישראל, ולכן אינו שונה מבחינה ביטחונית מהאשרה שניתנת לילדים קטנים יותר. כפי שציין נציג השב"כ בדיון בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת, ערב תיקון מס' 1 לחוק, ההבדל הוא בזכויות הסוציאליות הניתנות לילדים. כן קיימים הבדלים בפרקטיקה של הוצאת ההיתרים והארכתם, הבדלים להם השפעה מהותית על חייהם של ה"נהנים" מאותם היתרים.

נפרט מעט בעניין 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. 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. (בעניינים אלה פורט בהרחבה בעתירה – ראו סעיפים 43-59 לה).

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 לשכת 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"ס 612/04 **דהוד ואח' נ' שר הפנים ואח'**). עם זאת, למרות התחייבותו בפני בית המשפט, המשיבים אינם עומדים 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 משרד הפנים, 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.

15. 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, בעצם אי-מתן המעמד ובקבלת זכויות סוציאליות בסיסיות, וכן אפליה בחופש התנועה, הנוצרת כתוצאה ממשטר ההיתרים הבעייתי שתואר לעיל. בעניין זה עוד יפורט בהמשך.

16. יצוין, כי לא ידוע מה יעלה בגורלם של הילדים המקבלים היתרי מת"ק, כאשר יגיעו לגיל 18. אמנם, אומרים לנו המשיבים, בסעיף 165 לתשובתם, כי "קטינים שקיבלו רישיון ישיבה או היתר שהייה, לפי העניין, ימשיכו להנות מאותו מעמד גם לאחר שהגיעו לגיל 14 או לגיל 18, לפי העניין. זאת, בתנאי שהם ימשיכו להתגורר דרך קבע בישראל, והיעדר מניעה פלילית או ביטחונית".

עם זאת, כבר עתה מתברר כי מאחורי הצהרה זו אין ממש. כך למשל, כאשר עסקינן בילדים שקיבלו מעמד זמני, בשל הוראות החוק, ומבקשים לבוא בברית הנישואין.

טול, למשל, 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, לפי מדיניותו הנוהגת של משרד הפנים, להוסיף ולקבל את היתר השהייה, בתירוץ שהיתר זה ניתן לה על בסיס מגוריה עם אביה או אימה, התושבים. כיום, לאחר שהתחתנה, שאלה זו, של הפרדה בין קטין להורהו התושב, איננה עוד על הפרק. 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?

לא מדובר בתסריט תיאורטי. מקרים מעין אלה מתחילים להצטבר אצל העותרת. סכנת הגירוש מישראל לא חלפה מפוא מעל ראשם של אותם ילדים מתבגרים.

החלת סעיף המניעה הביטחונית הדרקוני על עניינם של הילדים

17. 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, 2א3, 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.

18. 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.

19. יצוין, כי על פי הסעיף, לא נדרש כל חשד ביטחוני נגד 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.

20. 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.

"הסעיף ההומניטרי" שהוסף לחוק

21. 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.

22. נראה כי בחקיקת סעיף זה, ביקש המחוקק לרפא את הפגמים הרבים שבחוק, עליהם עמדו השופטים בבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים, תק-על 2006(2), 1754 (להלן: פרשת עדאלה). כפי שהוסבר בעתירה, 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. למותר לציין, כי חריג הומניטרי מיועד בראש ובראשונה למקרים לא שגרתיים, 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'.

23. 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, השווה כדון בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד.

24. 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

25. 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, שגילאיהם 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.

26. 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.

27. 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.

28. גם החריג ההומניטרי פוסח על עניינם של הילדים. כפי שפורט בעתירה, הדבר נעשה בניגוד לעמדת בג"ץ בפסק דין **עדאלה**, ותוך הליך חקיקה מהיר ופגום (ראו סעיפים 98-128 לעתירה).

התייחסות בית המשפט לעניין זכויות הילדים

29. 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.

30. 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.

31. 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:

לכבוד 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 הישראלי 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)). לילד 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). (פרשת עדאלה, עמ' 1770). (ההדגשות הוספו – י.ב.).

32. 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 בפני 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.)

33. 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. (פרשת עדאלה, עמ' 1908). (ההדגשה הוספה – י.ב.).

34. 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 השהה 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 הורהו הישראלי.

35. 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.
36. 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.
37. 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.
38. 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"², הרי שעצם הוספת ה"חריג ההומניטרי" לחוק איננה מסייעת בידם. גם לאחר תיקון החוק, מוסיף עצם רישום הילדים בשטחים, על פי פרשנות המשיבים, 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.

העותרת תפנה להלן לדיון בזכויות היסוד אותן מפירה הוראת השעה, ותתייחס גם לעמדת המשיבים בעניין. באשר לניתוח החוקתי המלא, מופנה בית המשפט הנכבד לעתירה.

² ראו סעיף 1א3 לחוק המתוקן.

הפרת זכויות יסוד של האדם

39. נקודת המוצא היא, שכל 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.

40. הזכות לזהות ולנתינות מוכרת, אם כן, כזכות יסוד, בדין הבינלאומי אשר אומץ על-ידי מדינת ישראל. הוראת השעה חותרת תחת זכות זו.

תשובת המדינה לעתירה

41. תגובת המשיבים, המתייחסת לכלל העתירות שהוגשו נגד חוקתיות הוראת השעה, עוסקת בקיצור נמרץ בטענות שהועלו במסגרת העתירה דנן. מתוך תגובה בת 80 עמודים, מקדישים המשיבים לעניינם של הילדים שני עמודים בלבד. עמדת המשיבים מתמצית באמירה המופיעה בסעיף 162 לכתב התשובה, ולפיה: "אפילו לשיטת אלה הסוברים כי קיימת להורה הישראלי זכות להתגורר בישראל עם ילדיו, זכות זו הוגשמה בהוראות המקנות לשר הפנים סמכות להעניק לנער היתר ישיבה בישראל. מטעם זה בלבד דין העתירה האמורה להידחות, כיוון שהחוק לא פוגע בכל זכות חוקתית".

42. דין טענה זו להידחות. **ראשית**, כמפורט בהרחבה בעתירה דנן, פסק הדין בעניין **עדאלה** קובע מפורשות כי הזכות לחיי משפחה היא זכות חוקתית, והיא כוללת בחובה את זכותו של בן הזוג הישראלי לגדל בישראל את ילדיו. פסק הדין גם קבע כי הוראת השעה פוגעת בזכות לחיי משפחה. המחלוקת בין השופטים היתה בעיקרה בשאלת מידתיות הפגיעה. **שנית**, כפי שיפורט להלן, מתן היתרי שהייה זמניים לילדים איננה מגשימה, בשום צורה, את הזכות לחיי משפחה. **שלישית**, בקביעתם לפיה, כביכול, "החוק לא פוגע בכל זכות חוקתית", מתעלמים המשיבים גם מפגיעת החוק בזכותם של תושבי הקבע בישראל לשוויון. נעסוק בעניינים אלה אחד לאחד. נפתח בפגיעה בזכות לחיי משפחה.

הזכות לחיי משפחה וזכותם של ילדים להגנת החברה

43. 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.

44. 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 שופטים³ מתוך 11 שופטי ההרכב, קבעו שהוראת השעה פוגעת בגרעין הקשה של הזכות לחיי משפחה ולכבוד האדם. הנשיא (בדימי') אי ברק סיכם, בפסקה 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 לעשות כן במדינתו שלו.** זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. (ההדגשה הוספה – י.ב.).

45. 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. סעיף 8 **לאמנה האירופית להגנה על זכויות אדם**.

46. פסיקת בתי המשפט הציבה גבולות חוקתיים באשר להתערבות המדינה בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם. פסיקה זו פורטה בהרחבה בעתירה, ולא נחזור עליה. כמפורט לעיל, גם שופטי בית המשפט הנכבד בבג"ץ **עדאלה** התייחסו לעניין זה.

כיצד ממומשת בפועל זכותו החוקתית של התושב לחיי משפחה עם ילדו?

47. במילים אחרות, מהם הפרמטרים הנכללים במסגרת הזכות החוקתית, כאשר מדובר בילדו של תושב ישראל?

48. עניין **עויסאת**, שהובא בפני בית משפט זה, עסק במתן מעמד לילדים על פי חוק הכניסה לישראל. אמנם, אותו עניין עסק במתן מעמד על פי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, דהיינו במתן מעמד לילדים שנולדו בישראל. עם זאת, כדברי הנשיא (בדימוס) ברק **בעדאלה**, "אף שתקנה זו לא חלה,

³ הנשיא (כתוארו אז) ברק, השופטת (כתוארה אז) בייניש, השופט גיוראן, השופטת פרוקצ'יה, השופטת חיות, השופט (כתוארו אז) ריבלין, השופט עדיאל והשופט לוי. יצוין, כי השופט עדיאל סבר שהפגיעה מידתית בנסיבות.

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" (ראו סעיף 28 לפסק דינו). מכל מקום, גם פרשנות המשיבים להוראת השעה איננה מבחינה בין ילדי תושבים שנולדו בישראל, לכאלה שנולדו מחוצה לה. גם על הראשונים, אם נרשמו בשטחים, יש, על פי פרשנות זו, להחיל את הוראת השעה.

בעניין עויסאת, נקבע כי:

כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי... יש להתחשב באופייה המיוחד של תקנה 12 כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם, וזאת בשני היבטים מרכזיים. הראשון, הוא ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו, כלומר בזכותו החוקתית של ההורה לחיי משפחה. ההיבט השני נוגע לזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו. התייחס לכך הנשיא א' ברק בעניין עדאלה: "ההיבט השני [של כיבוד התא המשפחתי] 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... לילד 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" (פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בעניין עדאלה).

שני היבטים אלה – האחד, המתמקד בזכויותיו של ההורה בעל המעמד בישראל לחיות עם ילדו בישראל, והאחר, המתמקד בקטין, שאף שאין לו מעמד בישראל יש להתחשב בזכויותיו העצמאיות שלא להיות מופרד מהוריו – עומדים הם בבסיס תכליתה של תקנה 12. על רקע זה נדרש שר הפנים להפעיל את סמכותו כך שיינתן לשיקולים אלה משקל משמעותי, שיגשים את תכליתה המיוחדת של התקנה. אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטין לקשר רציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך שמרכז חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד. (עניין עויסאת, בסעיף 20). (ההדגשה הוספה).

49. עוד נקבע, בפרשה שעסקה גם היא במתן מעמד על פי תקנה 12, 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 הורהו המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. אף מנקודת מבט של הענקת רשיונות ישיבה בישראל נראה כי אין הצדקה ליצירת פער כזה, שכן ההצדקות אשר עמדו בבסיס מתן רשיון הישיבה להורה יחולו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו.

(בג"ץ 979/99 קרלו ואח' נ' שר הפנים, תק-על 99(3) 108, עמ' 109). (ההדגשה הוספה).

50. הנה כי כן, מתן מעמד לילדו של תושב, על פי חוק הכניסה לישראל, כולל בחובו מספר אלמנטים: שלמות התא המשפחתי; השוואת מעמדו של הילד למעמד הורה התושב; וטובת הילד. העותרת תטען להלן, כי עמדת המדינה מתייחסת רק לאחד מהאלמנטים שצוינו לעיל, דהיינו לאפשרות להורה התושב לחיות עם ילדו בישראל. זאת, בהתעלמות מהמרכיבים האחרים. יצוין, כי גם בעניין זה, הפתרון שנמצא – מתן היתר שהייה – חלקי וחסר. מתן היתר שהייה זמני לילדו של תושב מתעלם כליל מעקרון השוואת המעמד ומטובת הילד – עקרון על במשפט הישראלי והבינלאומי.

עקרון השוואת המעמד

51. 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 (בדימו') 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.).

52. בפסק הדין בעת"ם 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 מצוין 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.).

53. עולה מן המקובץ, כי פסיקת בתי המשפט רואה בתקנה 12 **חולייה משלימה להוראות חוק האזרחות, התשי"ב-1952 וחוק השבות, התש"י-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.

54. 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.

55. 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 תחומים⁴. 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.

טובת הילד

56. **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 אישררה 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 13(1) לאמנה:

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

57. השופט מ' חשין התייחס לעניין באחת הפרשיות:

⁴ 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.

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 ישתחוו לשיקול טובת הילד. (בג"ץ 5227/97 מיכל דויז נ' בית-הדין הרבני הגדול תק-על 3)98, 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.

58. במסגרת חובותיה של מדינה להבטיח כי טובת הילד תכובד, ניתן למצוא את החובות לאפשר לילד לשמור על מערכת יחסים תקינה עם הוריו, לממש את זכותו לחינוך, ולאפשר לו קבלתן של זכויות סוציאליות וחברתיות אחרות:

Recommendation No. R(84)4 defines such responsibilities "as a collection of duties and powers which aim at **ensuring the moral and material welfare of the child, in particular by taking care of the person of the child, by maintaining personal relationships with him and by providing for his education, his maintenance, his legal representation and the administration of his property**".

The Recommendation on policy to support positive parenting [Recommendation No. R(2006)19] recommends that the governments of member states **acknowledge the essential nature of families and of the parental role and create the necessary conditions for positive parenting in the best interests of the child and take all appropriate legislative, administrative, financial and other measures to this effect.**

The goal of policy and measures should be **the harmonious development (in all its dimensions) and proper treatment of children, with due regard for their fundamental rights and dignity.**

(COUNCIL OF EUROPE ACHIEVEMENTS IN THE FIELD OF LAW, FAMILY LAW AND THE PROTECTION OF CHILDREN, Prepared by the Secretariat of the Directorate General of Human Rights and Legal Affairs (DG-HL), CJ-FA (2008) 2, Strasbourg, August 2008).

כיצד נקבעת בפועל טובת הילד?

59. בעתירה פורטו בהרחבה השיקולים אותם יש להביא בחשבון כאשר דנים בשאלה: מהי טובתו של הילד המסוים או טובתה של קבוצת ילדים. שיקולים אלה פורטו, בין היתר בדו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בחקיקה, בראשות השופטת ס' רוטלוי, משנת 2003 (להלן: דו"ח רוטלוי). הדו"ח כולל מודל, אותו מציעה הוועדה 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".

60. 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.

61. 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?

בעתירה פורט מצבם הכלכלי הקשה בו שרויים ילדי ירושלים המזרחית. מצב, הנובע מהזנחה רבת שנים של כלל רשויות השלטון בישראל. מדובר בקבוצה לא קטנה של ילדים, אשר אחוזים גבוהים ממנה מוגדרים, מלכתחילה, כילדים בסיכון. אלה אפוא "הילדים המסוימים", אשר את עניינם מורה לנו לבחון דו"ח רוטלוי. כאשר תוצאת ההחלטה היא הותרתם של ילדים אלה ללא זכויות סוציאליות, ללא ביטוח בריאות, במעמד תלוש וללא עתיד ברור – ברי כי לא ניתנה תשומת הלב למאפייניה המיוחדים של קבוצת ילדים זו.

62. באשר לשיקול מימד הזמן בחיי הילד, מציין 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 מציין 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. האם יוכלו אי פעם לקבל מעמד בישראל? האם יוכלו כלל להישאר בהיתר בישראל, לאורך זמן? היכן ובאילו תנאים יוכלו לבנות את משפחתם?

63. **לסיכום עניין זה :**

מכל האמור לעיל, עולה כי עמדתה של המדינה, לפיה די במתן היתר השהייה הזמני לאותם ילדים, כדי לממש את הזכות לחיי משפחה – איננה יכולה לעמוד. בהקשר זה, קבע בית המשפט האירופי לזכויות אדם, כי החובה לאפשר את הזכות לחיי משפחה כוללת בחובה את החובה להסדיר מעמד, ולהבטיח שאדם לא ימצא עצמו במצב ארעי ובלתי ברור לאורך זמן. בהקשר זה נקבע, כי גם כאשר ניתנים היתרי שהייה, אין הדבר מעיד בהכרח כי לא נפגעה הזכות לחיי משפחה. יש לבחון את הזכויות המהותיות שמקנה אותו היתר ספציפי :

Where the domestic legislation provides for several different types, the Court must analyse the legal and practical implications of issuing a particular permit.

(*Sisojeva et al v Latvia*, ECHR Grand Chamber, Application No. 60654/00, judgment of 15 January 2007, para. 91).

64. מקרה נוסף שהובא בפני בית המשפט האירופי לזכויות אדם, עסק בעניינה של מהגרת, אשר קיבלה משך שנים היתרי שהייה מתחדשים בצרפת⁵. בית המשפט קבע כי סירובה של צרפת להעניק לאותה אישה מעמד של קבע במדינה פגע בזכותה לחיי משפחה, כיוון שלא נתאפשר לה לחיות בהרגשה של וודאות ובטחון לגבי מעמדה. זאת, תוך פגיעה בזכויותיה הסוציאליות ובאפשרותה להתפרנס. בעניין פסק דין זה קבע המלומד Thym :

[The Court in the case of *Ariztimuno Mendizabal v France*] deliberately takes up the original conclusion on the general indifference of Article 8 ECHR towards the structure of national immigration law by confirming that the provision 'does not guarantee the persons concerned

⁵ *Ariztimuno Mendizabal v France*, ECtHR, Application No. 51431/99, judgment of 17 January 2006, para. 66, 70-1

the right to a particular type of residence permit (indefinite, temporary or other), **as long as the solution proposed by the authorities allows for the effective exercise of their right to respect for private and family life**... the Court continues with an examination of the effects of the **'precarious and uncertain situation the applicant sustained for a long period'** and which **'had important consequences for her in material and psychological terms (precarious and uncertain employment, social and financial difficulties, impossibility to open a bar in default of a *carte de séjour* required for the exercise of the profession she was trained for)'**.

(Thym D., **Respect for private and family life under Article 8 ECHR in immigration cases**, International Comparative Law Quarterly, Vol 57, January 2008. pp 87-112).

65. כך נקבע באשר לבגירים. מקל וחומר חלות קביעות אלה באשר לקטינים. כפי שראינו, הסדרת עניינם של הילדים נשוא העתירה באמצעות היתרי שהייה זמניים פוגעת בזכותם החוקתית לחיי משפחה העומדת להוריהם התושבים. הותרת ילדים כה רבים ללא מעמד, ללא זכויות סוציאליות ותוך פגיעה קשה בחופש התנועה שלהם – פוגעת בגסות בתא המשפחתי ובאוטונומיה של ההורים בקבלת החלטות הנוגעות לילדיהם.

66. אולם 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, יישאר הילד בלית ברירה עם הורהו בישראל, אך ללא מעמד יציב וברור, כל עוד קשיי החיים ללא מעמד לא יכניעו את המשפחה.

הפגיעה בזכות לשוויון

67. תשובת המדינה מתעלמת כליל מהפגיעה בזכות לשוויון. בבג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת**, תק-על 2006(2) 1559 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 ישראלים 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 ישראלים 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.

68. באשר לשאלה האם החוק פוגע בזכות לשוויון של ערבים אזרחי ישראל ותושביה, קובע הנשיא (בדימו') 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 ההרכב⁶.

69. 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, 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.

70. 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 ושאינם אזרחים.**

הזכות להתפתחות

71. 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 מימושן של זכויות אלה. זכויות אלה כלולות **בזכות להתפתחות**, אשר מצאה את ביטויה בסעיף 6 לאמנה בדבר זכויות הילד, ולפיו:

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

⁶ 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.

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 ולשוויון⁷.** 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').

72. 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 (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.

73. 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 שפורט בעתירה, 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.

74. ראינו תחילה שהוראת השעה איננה מאפשרת לתושבי ירושלים המזרחית וילדיהם ליהנות מהזכות לחיי משפחה באופן שיגשים את עקרון טובת הילד ויאפשר להורים וילדיהם לקיים חיים שאפשר לכוונתם בגדר הנורמאלי. כעת ראינו, כי אין מדובר רק בפגיעה בזכות לחיי משפחה, אלא גם בזכות לשוויון. ההימנעות ממתן מעמד בישראל, ההימנעות ממתן זכויות סוציאליות – כל אלה גורמות שילדים רבים כל כך נידונים לחיים של תלישות, של "לא כאן ולא שם", חיים נעדרי כבוד. בכך מופלים הוריהם – תושבי קבע במדינת ישראל – ביחס להורים אחרים. תושבי הקבע בירושלים המזרחית אינם יכולים להעניק אפוא לילדיהם את מה שכל הורה אחר במדינה יכול (ואף חייב, על פי חוקי המדינה⁸) להעניק לילדו.

⁷ ראו: 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

⁸ לעניין חובות ההורה כלפי ילדו, כפי שאלו מופיעות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות ובחוק העונשין, ראו סעיפים 149-150 לעתירה.

75. יצוין, כי בהקשר זה פגיעתו של החוק איננה רק פגיעה **תוצאתית**. מדובר בהפליה המעוגנת בהוראת השעה עצמה, המפלה לרעה את הילדים עליהם חל החוק לעומת ילדים אחרים המתגוררים בישראל, ילדיהם של אזרחים או תושבים אחרים. כך, מופלים הילדים, שגילם מעל 14 שנה, ביחס לילדים בגיל צעיר יותר; ביחס לילדים ששני הוריהם ישראלים; ביחס לילדים של מהגרים יהודים; ביחס לילדים של בני-זוג, שאחד מהם תושב שטחים ובן הזוג הישראלי הוא אזרח.

76. כידוע, עקרון אי-ההפליה הוא עקרון בסיסי גם במשפט העמים. כאשר חורגת המדינה באופן כה בוטה מעקרון זה, בוודאי כאשר עסקינן בזכויותיהם של ילדים, נטל ההצדקה לכך עובר אליה:

Several general international law principles are particularly relevant as potential tools for the protection of child migrants... One of these is the cardinal **non-discrimination principle**. International law does not prohibit all distinctions between people, only those that are arbitrary, disproportionate, or unjustifiable. **Given the moral and legal imperative to treat all human beings, including children and non-citizens, as of equal worth, the onus is on those who seek an exception to the equality principle to justify it.**

(Abram, E.F., **The Child's right to family unity in international immigration law**, Law & Policy, Vol 17, 1995. p 417). (ההדגשה הוספה).

77. כפי שנראה להלן, המשיבים לא עמדו בנטל זה. אפלייתם של ילדי תושבי הקבע בירושלים המזרחית איננה מבוססת על טעמים ענייניים. גם בהקשר זה אפוא, דינו של החוק – לפחות באשר הוא חל על ילדים – בטלות.

פגיעה בזכויות: למטרות דמוגרפיות וכלכליות

היעדר טענות ביטחוניות ממשיות

78. אל מול הפגיעה הממשית בזכויותיהם של תושבי ירושלים המזרחית וילדיהם, טוענים המשיבים טענות עמומות באשר לסיכון ביטחוני הנשקף מאותם ילדים.

79. זאת יש להדגיש: נתוני המדינה מתייחסים באופן כללי למעורבות, לכאורה, של קטינים בטרור. מעולם לא הביאה המדינה כל נתון המתייחס למעורבותם בפיגועים של ילדים שקיבלו מעמד בישראל או היתר שהייה. המדינה לא ציינה נתונים בהליכים שהתקיימו בפני בית המשפט הנכבד בעתירות שנדונו בעניין **עדאלה**. המדינה לא הביאה נתונים בתגובתה המקדמית לעתירה זו. וגם בהמשך, בכתב התשובה, לא הובאו כל נתונים בהקשר זה.

80. זאת ועוד. המדינה מעולם לא סיפקה הסבר הגיוני לשאלה מדוע ניתן להעניק לאותם ילדים היתרי שהייה, המאפשרים תנועה חופשית ברחבי ישראל, אך לא ניתן להעניק להם מעמד:

בסעיף 164 לכתב התשובה מציינים המשיבים כי "צעירים אלה יזוהו כתושבי האזור, ולכן תנועתם בישראל לא תהיה חופשית. באופן זה יוקטן הסיכון מנערים אלה למרות שהייתם בישראל".

81. מדובר בטענה עמומה, המהווה, במידה רבה, זריית חול בעיני בית המשפט. הרי אותם ילדים, שיכלו למכשולים הבירוקרטיים וקיבלו היתר שהייה, יוכלו להסתובב עם ההיתר בכיסם, בכל מקום בישראל. אם וכאשר ייעצרו לבדיקה על ידי כוחות המשטרה, הם ישוחררו לאלתר, שכן הם שוהים בישראל באופן חוקי. אותם ילדים גם לא ייעצרו לבדיקה בתדירות רבה יותר מזו שנעצרים חבריהם, בעלי המעמד בישראל. כידוע, החלטה לעכב אדם לבדיקה מתבצעת על פי חזות חיצונית כללית. אין בינה לבין מעמדו בישראל של המעוכב דבר. כאשר מחליט איש כוחות הביטחון לעצור אדם לבדיקה, הוא איננו יודע מהו סוג התעודה או ההיתר שמחזיק אותו אדם בכיסו. עניין זה מתברר רק במהלך הבדיקה עצמה. כאשר ברור כי לנבדק מעמד בישראל, או כי הוא מחזיק היתר שהייה בתוקף – משוחרר אותו אדם, כאמור, לאלתר.

82. לסיכום עניין זה: 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 כנה⁹, 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.

שיקולים דמוגרפיים וכלכליים

83. מאחר שנימוקים ביטחוניים ממשיים אינם בנמצא, האפשרות היחידה העולה על דעת העותרת, היא כי החלת החוק על ילדים נובעת משיקולים דמוגרפיים-גזעניים, וכן משיקולים כלכליים.

84. בנקודה זו שבים אנו ונזכרים בדיונים שקדמו להחלטת הממשלה 1813 במאי 2002. אנו נזכרים במצגת שהביא שר הפנים בפני הממשלה ערב ההצבעה על החלטה 1813, בה מתואר כיצד "זרים בעלי לאום ערבי" מתרבים ומתעצמים, מולידים ילדים רבים, "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.

85. ועוד אנו נזכרים בהליכי חקיקת החוק ותיקונו. אנו נזכרים בדיונים בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת בהם נאמר – מפי אנשי השב"כ ואנשים אחרים – כי כלל לא נשקפת מקטינים כל בעיה ביטחונית, וכי בעניינם השיקולים הם בפן הכלכלי. כל זאת פורט בהרחבה בעתירה.

86. 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

⁹ לתהיות בדבר אמינות השיקול הביטחוני, ראו: בג"ץ עדאלה, סעיף 24 לפסק דינו של השופט סי' גיבוראן; סעיפים 13-14 לפסק דינה של השופטת אי' פרוקציה.

טוענים שמשעה שאותם ילדים בני 14-18 מקבלים היתרי שהייה, משמעות הדבר היא שאינם מהווים עוד סיכון ביטחוני.

87. 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. 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?

סיכום

88. העותרת תטען אפוא כי דינו של החוק, לפחות ככל שהוא חל על ילדים, להתבטל. 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.

ירושלים, 12 במרץ, 2009.

יותם בן הלל, עו"ד
ב"כ העותרת

(ת.ש. 50717)