

1. מ' סובח, ת.ז. _____
2. ח' סובח, ת.ז. _____
3. נ' סובח, ת.ז. _____ (קטינה ילידת 22.3.2006)
4. סמא סובח, ת.ז. _____ (קטינה, ילידת 3.7.2008)
העותרות 3 ו-4 באמצעות הוריהן, העותרים 1 ו-2.
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.
כולם על ידי ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח' מרח' שמואל הנגיד 27, ירושלים 94269
טל: 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

מדינת ישראל – משרד הפנים:

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

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

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

- א. מדוע לא יחזרו בהם מהחלטתם לבטל את מעמדו של העותר 1, וישיבו לו את מעמדו כתושב קבע.
- ב. הואיל ותושבי ישראל מירושלים המזרחית לא היגרו לישראל, ואף לא נכנסו לישראל כיתר מבקשי המעמד מכוח חוק **הכניסה** לישראל, התשי"ב-1952, כי אם חיו בה עוד טרם הוספה לירושלים המזרחית ע"י ישראל להיות חלק משטחיה הרשמיים של המדינה - מדוע לא יקבעו המשיבים, כי מעמדם המיוחד של תושבי ישראל מירושלים המזרחית אינו פוקע ולא יישלל מהם, בהתאם לתקנות 11(א) ו-11(ג) לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974.

פתח דבר

1. עניינה של העתירה בהחלטת המשיב 3 (להלן - **המשיב**) לשלול את מעמדו בישראל של העותר 1 (להלן - **העותר**), על שום, רכישת "גרין קארד" אמריקאי, אשר נכון להיום תוקפו פקע.
2. מעמדו של העותר נשלל ללא התראה מוקדמת וללא שימוע, וחרף הסבריו, שניתנו במסגרת ערר, כי מעולם לא ניתק את זיקותיו מישראל, לא רכש מעמד קבוע בכל מקום אחר, והינו מקיים את מרכז חייו עם אשתו ובנותיו בירושלים. תשובת המשיב לערר ניתנה שלוש שנים תמימות לאחר הגשתו, ולאחר שבוטלה אשרת השהייה בארצות הברית מסוג "גרין קארד" שניתנה לעותר.
3. הרציונל העומד מאחורי תקנות הכניסה לישראל, לפיהן יפקע מעמד של תושבות בהינתן תנאים מסוימים, נועד למקרים בהם מהגר, אזרח של מדינה זרה, רכש מעמד בישראל, אולם בהמשך ניתק את זיקותיו ממנה, או בחר לרכוש מעמד במדינה חדשה ולקשור את זיקותיו אליה דווקא.

4. נסיבות אלה כלל אינן דומות לעניינו של העותר, אשר מעולם לא בחר להגר לישראל ולרכוש בה מעמד, כי אם נולד בה, גדל בה, כמו גם הוריו, סבו וסבתו והוריהם, ומעולם לא ניתק את זיקתו אליה - ארצו.

5. משמעות החלת תקנות הכניסה לישראל לעיל, על עניינו של העותר, הינה ביטול בוטה של חירותו של העותר, חופש התנועה, העיסוק, ההתפתחות האישית, והפלייתו ללא סיבה, מתושביה האחרים של המדינה, אשר נהנים מכל אלה. בביטול מעמדו של העותר, רומס המשיב את זכויותיו של העותר כאדם וכנתין משטר דמוקרטי ובזז למהלכו הטבעי והאנושי של בחור צעיר.

העובדות

וזוהי התשתית העובדתית המהווה בסיס לטענות העותרים :

הצדדים לעתירה

6. העותר 1, הוא תושב מדינת ישראל, שמעמדו נשלל. הוא נשוי לתושבת העיר, מתגורר בה, ומגדל בה את בנותיו, אף הן תושבות המדינה.

7. העותרת 2, (להלן – **העותרת**), תושבת מדינת ישראל, היא אשתו של העותר ואימן של העותרות 3 ו-4.

8. העותרות 3 ו-4, הפעוטות נ' וס', בנותיהן הקטינות של העותרים 1 ו-2 (להלן – **העותרים**), אשר נולדו בישראל ונרשמו בה כתושבות קבע. הילדות מתגוררות בירושלים עם הוריהן.

9. העותרת 5 היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.

10. המשיב 1 הוא השר המוסמך על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לטפל בכל הנושאים הנובעים מחוק זה, ובהם נושא שלילת התושבות.

11. המשיב 2 הוא מנהל מינהל האוכלוסין בישראל. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול בנושאים העולים מחוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו.

12. המשיב 3, מנהל את הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית. בהתאם לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, האציל המשיב 1 למשיבים 2 ו-3 מסמכויותיו בנוגע לטיפול בשלילת מעמדם האזרחי של תושבי המדינה מירושלים המזרחית.

ענינם של העותרים 3-1

13. העותר, נולד בירושלים ביום 7.7.1981, התגורר בעיר בשכונת ראס אל עמוד, למד וגדל בעיר.

14. ביוני שנת 1998, בעודו קטין בן 17, נסע העותר לארה"ב. מטרת הנסיעה היתה לטייל, לעבוד ולחסוך כסף. דרך דודו אזרח ארה"ב, קיבל העותר "גרין קארד" – אשרת שהייה בארה"ב, המוגבלת בזמן, ומאפשרת גם עבודה.

15. בין יוני 1998 למאי 2005 חילק העותר את חייו בין ירושלים לארה"ב. העותר הגיע לירושלים מדי שנה, ושהה בעיר משך מספר חודשים. בשנים מסוימות אף שהה העותר זמן רב יותר בירושלים, מאשר בארה"ב.

תעודת ברור פרטים על נוסע, שהנפיק המשיב, המפרטת את כניסותיו ויציאותיו של העותר בין ירושלים לארה"ב, מצ"ב ומסומנת ע/1.

16. העותר לא השתקע בארה"ב. הוא התגורר בדירה שכורה, לא רכש בית או נכסים. העותר לא רכש אזרחות אמריקאית, אלא מעמד זמני בלבד, אשר איפשר לו לעבוד ולחסוך כסף.

17. ביום 6.11.2004 חתם העותר על חוזה נישואין ירדני עם העותרת 2, תושבת ישראל מירושלים המזרחית, לה נישא בהמשך. העותרים תכננו להקים את ביתם ומשפחתם בירושלים.

18. בחודש מאי 2005 לקראת נישואיו לתושבת ישראל, הגיע העותר לישראל עם מטלטליו המועטים, אשר שרתו אותו בחו"ל. מאז לא שב עוד לארה"ב.

19. ביום 7.7.2005 התקיימה מסיבת החתונה של העותר ובת זוגו. לאחר החתונה ומשלא מצאו דירה בירושלים, עברו העותרים להתגורר אצל אחות העותר, אצלה התגוררו מרבית הזמן עד למעבר לדירה השכורה. העותר עובד כנהג אוטובוס, אולם נתקל בקשיים רבים בעבודתו, בשל החלטת המשיב לבטל את מעמדו. העותרת עובדת במשרד נסיעות.

חומר חקירה מהמוסד לביטוח לאומי אודות מקומות מגורי העותרים, מצ"ב ומסומן ע/2.

20. לאחר שהתאפשר הדבר כלכלית ומשמצאו בית מתאים, עברו העותרים ביום 1.9.2006 להתגורר בשכירות בשכונה הירושלמית, צור באהר. (לאחר שמצאו העותרים דירה שכורה וידעו שיעברו להתגורר בה בספטמבר 2006, עברו להתגורר בינתיים, לקראת המעבר, אצל הורי העותרת ובהמשך לתקופה קצרה אצל דודתו של העותר).

21. ביום 22.3.2006 נולדה בירושלים בתם הבכורה של העותרים, נ', אשר נרשמה במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבת קבע. ביום 3.7.2008 נולדה בירושלים בתם השנייה של העותרים, ס', גם היא רשומה כתושבת קבע במרשם האוכלוסין הישראלי. העותרת והבנות הפעוטות מוכרות על ידי המוסד לביטוח לאומי, מבוטחות בקופת חולים בעיר ומקבלות קצבת ילדים. עקב החלטת המשיב ועל אף שהמוסד לביטוח לאומי הכיר במגורי המשפחה בירושלים – בוטל מעמדו של העותר כתושב ישראל על ידי המוסד לביטוח לאומי. הוא אינו זכאי לזכויות סוציאליות, לרבות ביטוח בריאות.

המגעים עם המשיב

22. ביום 19.6.2005, לאחר שובו ארצה דרך קבע, פנה העותר ללשכת המשיב לשם חידוש תעודת המעבר שברשותו (לסה פסה). פקידי המשיב סרבו ליתן לו טיפול ובכלל זה לחדש את תעודת הנסיעה.

23. למחרת ביום 20.6.2005 חזר העותר ללשכת המשיב, לאחר שהתקשרו אליו משם וביקשו ממנו להגיע. בלשכה ניתן לעותר מסמך סטנדרטי לפיו הוא "חדל" מלהיות תושב עקב רכישת מעמד קבוע בארה"ב. המדובר על מכתב שהוא למעשה טופס קבוע, על גביו סימן המשיב את החלק בו כתוב רכישת מעמד של קבע ורק השלים במילה ארה"ב. לעותר לא ניתנה זכות לשימוע טרם שלילת המעמד. פקידת המשיב נתנה לעותר לסה פסה בתוקף לחצי שנה ואמרה לו לצאת מהארץ ולא לשוב אליה.

הודעת שלילת התושבות, מסומנת ע/3.

24. עוד באותו היום – 20.6.2005, הגיש העותר בלשכה ערר כנגד הסירוב.

קבלה על הגשת ערר (לעותר אין עותק מהערר עצמו, שנכתב במקום, בלשכת המשיב), מצ"ב ומסומנת ע/4.

25. **שלוש שנים** נדרשו למשיב להשיב לערר שהגיש העותר. **שלוש שנים** שבהן הוסיף העותר לחיות בארצו, ביתו, בהמתנה, וללא זכויות. כך, עד שלבסוף ביום 2.6.2008, התקבל מכתב לאקוני מאת טלי כהן, ראש ענף בלשכת המשיב, לפיו:

...מתכבדת להודיעך כי החלטתנו לגבי פקיעת התשובות של הנ"ל נעשתה כדין.

תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/5.

26. הודעת המשיב התקבלה חודשיים לאחר פוג תוקף מעמדו "הקבוע" של העותר בארה"ב, על פי הרישום שעל הכרטיס. תוקפו של הגרין קארד האמריקאי הינו 10 שנים או חצי שנה לאחר עזיבת המחזיק בו את ארה"ב, על פי המוקדם. הלכה למעשה לא שב העותר לארה"ב כבר ממאי 2005, ולכן רישיון הישיבה שלו בארה"ב פג עוד בסוף 2005.

27. הנה כי כן, ומשהעותר אינו מחזיק עוד בכל מעמד חדש שנרכש ולמעשה הינו חסר מעמד, פנה העותר למוקד להגנת הפרט, אשר ביום 21.8.2008 הגיש בשמו ערר נוסף. בערר נטען, כי גרין קארד איננו מהווה מעמד של קבע, וכיום אינו מהווה עבור העותר מעמד כלל, שכן תוקפו פג. עוד הוסבר כי העותר מעולם לא עזב את ישראל במטרה להשתקע בכל מקום אחר, כל זיקותיו נתונות למולדתו ירושלים, בה הוא אף מקיים בשנים האחרונות באופן בלעדי את מרכז חייו. משכך, התבקש המשיב לשקול מחדש את ההחלטה בעניין העותר.

הערר מצ"ב ומסומן ע/6.

28. במכתב מיום 14.9.2008 (שהתקבל במוקד ביום 18.9.08) הפנה המשיב לתשובתו מיום 2.6.08, והוסיף כי יש לראות תשובתו שם כסופית.

תשובת המשיב, מצ"ב ומסומנת ע/7.

הטיעון המשפטי

29. התנהלות המשיב הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ועומדת בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. התנהלות המשיב מנוגדת אף לחוק הכניסה לישראל, עליו הוא מבקש לסמוך החלטתו וסותרת את המשפט הבינלאומי, בו מחויבת המדינה. המשיב רומס את זכויותיו של העותר, פוגע בזכותם החוקתית לחיי משפחה של העותרים, תושבי המדינה ופועל בניגוד לעקרון טובת הילד, בו הוא מחויב.

עולת שלילת התשובות – המסגרת המשפטית

30. הטעם שמצא המשיב לשלילת מעמדו האזרחי של העותר בארצו הינו רכישתו לכאורה של מעמד קבע בארה"ב. טענה זו מגוחכת במיוחד נוכח פוג תוקפו של אותו 'מעמד קבוע'. אכן, למשיב תפיסה מעניינת באשר למושג – קבע. לדידו של המשיב ניתן לבטל במחי יד ללא הודעה מראש וללא שימוע מעמד של תושב קבע במדינת ישראל, בשל רכישת מעמד 'קבוע' ו'יציב' בארה"ב, אשר בינתיים פג.

31. סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 קובע כי מי שאינו אזרח ישראלי, יישב בישראל מכוח רישיון שיוצא מכוח חוק זה. הסמכות להעניק רישיונות ישיבה נתונה לשר הפנים – אשר לאחר שנת 1967, החליט להעניק לתושבים, שאדמתם סופחה למדינת ישראל, תשובות קבע. הגם שסמכותו של שר הפנים רחבה באשר למתן רישיונות לישיבה בישראל, הרי שאין היא רחבה כלל ועיקר בנוגע לביטול רישיונו של מי שהינו כבר תושב ישראלי. באשר לתושבים, הם מעולם לא ביקשו לרכוש בישראל מעמד, כי אם קיבלו, בעל כורחם, את סיפוחם, יחד עם השטח, שאחרת היו נדונים לגירוש ונישול מבתיהם ואדמותיהם.

32. היקף הסמכות לביטול רישיון ישיבה מכוח חוק הכניסה לישראל עוגן בתקנות הכניסה לישראל.

תקנה 11(ג) לתקנות הכניסה לישראל, קובעת כי תוקפו של ישיבת קבע יפקע, בין היתר:

"אם בעל הרישיון עזב את ישראל והשתקע במדינה מחוץ לישראל".

תקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל, קובעת:

"לעניין תקנות 10 ו-11 יראו אדם כמי שהשתקע במדינה מחוץ לישראל אם נתקיים בו אחד מאלה:

(1) הוא שהה מחוץ לישראל תקופה של שבע שנים לפחות...

(2) הוא קיבל רישיון לישיבת קבע באותה מדינה;

(3) הוא קיבל את האזרחות של אותה מדינה בדרך של התאזרחות".

33. החזקות המנויות בתקנה, הינן חזקות לכאורה, כאשר ברשותו של התושב לשכנע כי חרף התקיימותן, למעשה לא השתקע במדינה מחוץ לישראל. ר' בג"ץ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, לא פורסם, 6.6.1995.

34. בצדק לא טען המשיב, כי העותר השתקע במדינה מחוץ לישראל. כפי שניתן לראות מתיעוד "פרטים על נוסע", העותר מעולם לא ניתק את זיקותיו מישראל והמשיך לנהל בה את מרכז חייו,

לסירוגין לאורך השנים, בהן עבד בארה"ב (ובישראל בחלק השנה, בה חזר לביתו). כל שחפץ העותר בעודו נער צעיר, בדומה לנערים ישראלים רבים בני גילו, היה לטייל, לעבוד ולחסוך קצת כסף לקראת הקמת משפחה משלו בירושלים.

35. למרות, שנקבע כי חוק הכניסה לישראל הוא החוק שחל על תושבי המדינה מירושלים המזרחית, הרי שלמעשה הם כלל לא נכנסו לישראל, כי אם ישראל נכנסה אליהם, כאשר חיברה לה את אדמתם יחדיו עם שטחי המדינה. לכן, על אף תחולת חוק הכניסה לישראל, שתכליתו הסדרת הגירה, הואיל ותושבי ירושלים לא היגרו לישראל, יש להתייחס אליהם באופן שונה. השוני בין תושב המדינה מירושלים המזרחית לעומת מהגר אשר רכש כאן מעמד הינו תהומי וצריך היה להיות ברור. טלו, כדוגמא, אזרח אמריקאי, אשר הגיע לישראל בבגרותו כשחקן כדורסל וברבות מספר שנים קיבל מהמדינה מעמד של קבע. זיקותיו המרביות של אותו אזרח הינן לארץ אזרחותו במקור. אולם, משבחר בבגרותו לקשור את זיקותיו לישראל הוענק לו מעמד של קבע. במקרה זה, יש הגיון כי אם ניתק האזרח האמריקאי את זיקותיו מישראל והלך ממנה לבלי שוב, או אם למשל, עבר לשחק כדורסל בפריז, ניתק את זיקותיו מישראל ורכש לעצמו מעמד בצרפת – לא יוסיף הלה עוד להיות תושב קבע של המדינה. כיצד ניתן כלל להעלות על הדעת החלת דינו של מקרה כמו זה, על עניינו של העותר? העותר לא הגיע לישראל משום מקום. אין לו אזרחות במקום אחר – לא קודמת ולא נרכשת. אין לו ארץ "מקור" לשוב אליה. הוא מעולם לא ניתק את זיקותיו מישראל. משפחתו נמצאת פה. אף על פי כן, שש המשיב להפעיל בעניינו את סמכותו, הלקוחה מעולמות אחרים, לשלילת תושבותו.

36. בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה (פ"ד מב(2) 424, 433), קבע כב' הנשיא ברק כי המבחן המכריע לעניין ביטול מעמדו של תושב קבע הינו מציאות החיים, בפועל. מציאות זו צריכה להצביע, בצורה ברורה וחד משמעית, על כך שתושב הקבע ביקש לנתק את זיקת הקבע שלו עם ישראל וליצור זיקה חדשה עם מדינה אחרת.

37. לא היא בענייננו. אדרבא, מציאות החיים של העותר, מצביעה באופן ברור וחד משמעי על זיקותיו לישראל, אותן מעולם לא ביקש ולו ברמז לנתק.

38. יתר על כן, בג"ץ עווד ניתן לפני כ-20 שנה על רקע נסיבות אותו מקרה, בו ביקשה המדינה לגרש את העותר, מר עווד, מישראל בגין סכנה ביטחונית הנשקפת ממנו. בית המשפט נדרש לשאלה אם ניתן לגרש את העותר מטעמים ביטחוניים, ואגב כך הכריע כי הגירוש מותר עקב פקיעת התושבות של העותר, אשר התגורר שנים ארוכות בארה"ב, מבלי ששמר על זיקתו לישראל, נישא שם לאמריקאית, נולדו לו ילדים אמריקאים, ורכש אזרחות אמריקאית. מפסק דין עווד משתמע כי הטעם לשובו של העותר לישראל הוא פוליטי – באופן המסכן את ביטחון המדינה ולמרות שזיקותיו אליה נותקו.

39. המשיב אימץ לחיקו בחום את הלכת עווד והרחיב אותה באופן משולח רסן, המהלך אימים על תושבי המדינה, המבקשים לחיות את חייהם כאחד האדם, תוך מימוש חופש התנועה. חופש העיסוק. והאוטונומיה הבסיסית להתפתחות אישית.

40. היחשפות לפרשנותו מרחיקת הלכת של המשיב לפרשת עווד, משכיחה לרגע, כי מעמד הקבע ניתן לפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית על מנת שיוכלו להוסיף ולהתגורר בבתיהם (בדומה למעמד

האזרחות שניתן לפלסטינים-ישראלים בשנת 48), שאחרת היו מסתכנים בגירוש. זוהי אינה אשרת כניסה, כפי שניתנת למהגרים, שלא מכבר הגיעו לישראל (עניין עווד, בעמ' 430-429) בדיוק משום כך, הרישיון, כדברי בג"ץ, ניתן לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית בדין ולא בחסד (שם, בעמ' 431). דברים אלה שקבע בית המשפט בעניין עווד, מתיישבים עם מעמדם המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית.

41. היום יותר מתמיד, בדפוסים המודרניים של תנועת בני אדם בכפר הגלובלי, שהייה ממושכת בחו"ל אינה סותרת בהכרח את הזיקה העמוקה הנמשכת בין אדם לבין ארץ הולדתו. המשך יישומה של הלכת עווד, כפי שמצאה ביטוי במדיניות המשיב, גוזר על תושבי ירושלים המזרחית כלא בארצם. הם אינם יכולים ללמוד ולפתח השכלתם מחוץ לישראל (הלימודים בחו"ל הינם תנאי היום להתקדמות אקדמית), הם אינם יכולים למצוא פרנסה ועסקים מחוץ לישראל. עליהם להיות מוגבלים בתכנון חייהם, אחרת, לשיטת המשיב, סימנו כי הם מנתקים את זיקתם למולדתם וביתם, באופן המאפשר לשלול מהם את מעמדם.

42. בעת"מ 8141/08 הדרה נ' מנהל לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית, (פסק דינו של כב' השופט עדיאל מיום 12.11.2008), התגורר תושב ישראל מירושלים בארה"ב משך למעלה מ-7 שנים ורכש בה מעמד של קבע. בהמשך שב להתגורר בירושלים עם אשתו וילדיו שהוסיפו להתגורר בישראל לאורך כל השנים. בית המשפט הנכבד פסק, בצטטו מן ההלכה שהתגבשה בנושא, כי:

קיומו של מרכז חיים בישראל הוא פועל יוצא של מציאות חיים, אך מציאות חיים זו עשויה להשתנות, שאז "...בעל רישיון לישיבת קבע עלול לאבד את רישיונו אם המציאות משתנה כך שמבחינה אובייקטיבית אין הוא עוד תושב הארץ... על העתקת מרכז חיים ניתן ללמוד ממכלול זיקות וקשרים, שאף אחד מהם אינו מהווה מבחן ממצה" (עע"מ 5829/05 דארי נ' משרד הפנים, לא פורסם, 20.9.07). בין מכלול הזיקות האמורות, יש למנות גם את משך השהייה במדינה זרה, כמו גם קבלת רישיון לישיבת קבע באותה מדינה. לעניין זה קובעת "תקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל ... 'חזקת השתקעות', אם נתקיימה אחת העובדות המנויות בתקנה, אך חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי בעל הרישיון..." (בג"צ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, לא פורסם, 6.6.95). "משמעותה של סתירה החזקה הנה הצגת הוכחה משכנעת מצד בעל הרישיון לכך שחרף התקיימות אחד או יותר מהאירועים המנויים בתקנה 11א, מרכז חייו נותר בישראל..." (עת"מ (י-ם) 457/06 אבו חאג' נ' שר הפנים, לא פורסם, 4.5.07). (שם, סעיף 41).

בית המשפט הנכבד קבע כי הואיל ומשפחתו של העותר הוסיפה להתגורר בישראל, נוכח ביקוריו של העותר בישראל לאורך השנים ובשל שובו להתגורר בישראל בשנים שקדמו להגשת העתירה – לא ניתק העותר את זיקותיו לישראל. הנה כי כן, קבע בית המשפט הנכבד כי רישיון לישיבת הקבע של העותר לא פקע.

ור' גם עת"מ 666/05 נסרין זידאן נ' שר הפנים, פסק דינה של כב' השופטת, ס' הנשיאה, י' צור, מיום 9.3.2006

43. זאת ועוד. פרשת עווד יצאה מנקודת הנחה, כי דיני חוק הכניסה חלים במלואם על תושבי ירושלים, להם נתונה בכל עת הזכות לרכוש אזרחות בישראל. בפועל, לאורך השנים הערימו המשיבים קשיים על קבלת האזרחות (ידיעת השפה העברית, על אף היות השפה הערבית שפה רשמית בישראל והוכחה בדבר ויתור על המעמד בירדן, גם למי שאין כלל מעמד ואין ביכולתו להשיג הוכחה זו). האפשרות להתאזרח עבור תושב המדינה מירושלים, גם אם ירצה בה, אינה נגישה כלל. ודוקו, לא במקרה, לא ניתן לתושבי ירושלים המזרחית מעמד של אזרחים. מדינת ישראל מעולם לא חפצה בהתאזרחותם (כמו גם בסיפוחם, להבדיל מסיפוח אדמתם), מטבע הדברים גם רבים מתושבי השטח הכבוש מירושלים מזרחית ראו קושי בהתאזרחות.

אין בכך כדי להפוך אותם למהגרים לא רצויים בארצם, מולדתם. אין בכך כדי להפוך מעמדם הפקר.

הדין הבינלאומי – איסור על גירוש תושבים מקומיים – טיהור אתני בחסות הבירוקראטיה

44. הוראות הדין הבינלאומי מצדדות בזכותם של אנשים לשוב לארצם, הגם הם אינם אזרחי אותן מדינות:

45. סעיף 13(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) קובע:

כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו, ולחזור לארצו.

46. סעיף 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), אשר אושררה ע"י מדינת ישראל בשנת 1991 (כ"א 1040) מוסיף וקובע:

לא תמנע באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא.

47. באשר לסעיף 12(4) ולעניין האורח השרירותי, קבעה ועדת זכויות האדם של האו"ם בפרשנותה המוסמכת להוראות האמנה, כי משמעות הביטוי כוללת פעולות חקיקה, פעולות מינהליות ושיפוטיות שעשו מדינות:

In no case may a person be arbitrarily deprived of the right to enter his or her own country. The reference to the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State Actions, legislative, administrative and judicial, it guarantees that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable. (The Human Rights Committee's General Comment 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 of 2 November 1999, para. 21)

48. בהקשר שלנו, חשוב במיוחד הפירוש שניתן לצירוף "ארצו הוא" ("his own country"), אשר לא נבחר במקרה. ניסיונות שנעשו לצמצם ביטוי זה, כך שהזכות תעמוד רק לאותם אנשים שהם אזרחים במדינה אליה הם מבקשי לשוב, נדחו. זאת כדי שלא תמנע האפשרות גם מאנשים, שעל פי החוק הפנימי באותה מדינה אינם נחשבים כאזרחים בה, לשוב אליה. (ר' לעניין זה: H. Hannum, *the right to leave and return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhof, 1987, p.56)

ור' עוד, M.J. Bossuyt, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on the Civil and Political Rights*, (1987), 261.

49. הבחירה בנוסח הרחב, דהיינו "ארצו הוא" עולה בקנה אחד עם סעיף 21(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ולפיו כל מדינה שהיא צד לאמנה מתחייבת להבטיח לכל אדם המתגורר בתחומה, והכפוף לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא אפליה מכל סוג שהוא.

50. גם ועדת האו"ם לזכויות האדם, הפרשנית המוסמכת של האמנה, קבעה כי הזכות לחזור למדינה שבסעיף 12(4) לאמנה, איננה עומדת רק למי שהם אזרחיה של אותה מדינה. היא בוודאי חלה, קובעת הוועדה, גם על מי שבשל קשריו המיוחדים לאותה מדינה, איננו יכול להיחשב בגדר "זר". כדוגמא, מציינת הוועדה, כי זכות זו תעמוד גם לתושבי שטחים שעברו לחיות תחת שלטונה של מדינה זרה, והם אינם אזרחיה. (General Comment 27, para 20).

51. למען הסר ספק, יש לציין כי הדעת הרווחת בקרב מלומדים היא כי הזכות לשוב על פי סעיף 12(4) לאמנה, היא זכות העומדת לפרטים ולא לקבוצות גדולות של אנשים, אשר גורשו או היגרו למדינה זרה כתוצאה ממלחמות או קונפליקטים.

אפליה

52. בשלילת מעמדו של העותר משום שקיבל רישיון עבודה בארה"ב וחילק את חייו זמנית בין ישראל לארה"ב, נוקט המשיב בדרך של אפליה פסולה ונוהג על פי מדיניות של איפה ואיפה בין תושבי ישראל בני הלאום הערבי לבין תושבי ישראל היהודים, המתגוררים מחוץ לגבולותיה המוניציפאליים של ישראל.

53. משמעות שלילת המעמד בנסיבות כאלה קובעת מציאות בה רק לתושבי המדינה מירושלים המזרחית, אסור לרכוש השכלה, ופרנסה מעבר לים. שאחרת – יאבדו את זכותם לשוב לביתם, לאדמתם, למשפחתם. רק תושבי ירושלים המזרחית כפופים לפרקי זמן מוגבלים בהם מתאפשר להם לטייל בחו"ל, להתגורר במדינה אחרת עקב נישואין או מכל טעם אחר. רק הם נדרשים לספק הסברים לשאיפותיהם האינדיבידואליות למימוש עצמי וכן לרצונם לשוב הביתה. הסברים שממילא אינם מניחים את דעתו של המשיב, אשר מצדו בוחר תמיד בפרשנות שתנפה עוד תושב מהלאום הפלסטיני ממרשם האוכלוסין.

54. כאשר הוחלו החוק והמשפט הישראלי על ירושלים המזרחית, הוחל עמם גם עקרון השוויון ועקרון כבוד האדם וחירותו.

55. בבוא המשיב להפעיל את סמכותו לביטול תושבות הקבע של העותר, חייב היה לתת את המשקל הראוי לזכותו של העותר, כתושב קבע של המדינה מירושלים המזרחית, לשוויון עם שאר תושבי המדינה, ולהשוות ככל האפשר את חופש התנועה שלו לחופש התנועה של שאר תושבי המדינה, בני הלאום היהודי. הוא הדין לעניין חופש העיסוק, החירות האישית ושאר זכויות היסוד של האדם בישראל.

הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

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

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לעניין זה ראו עוד:

בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד 48, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלונים נ' מ"י, פ"ד מ"ט(1) 330, 337; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פבאלויה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108.

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

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

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

58. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה.

הפגיעה בנ' וס' - בנות העותרים

59. העותרות הקטינות נפגעות מהיות אביהן, מפרנסן, חסר מעמד. על המדינה מוטלת החובה הברורה והטבעית לא רק למנוע פגיעה שכזו, כי אם להגן באופן אקטיבי על טובת הילד. עמד על כך רוב גורף משופטי בית המשפט העליון בפסק דין עדאלה:

הזכות לחיי משפחה אינה מתמצית בזכות להינשא ולהוליד ילדים. הזכות לחיי משפחה משמעותה גם הזכות לחיי משפחה משותפים (דברי הנשיא ברק בסעיף 27 לפסק דינו)

60. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בעניין חשיבות התא המשפחתי וגבולות חוקתיים על התערבות המדינה בקיומו, ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, 235-236:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקית טבעית וראשונית, בבחינת הקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד לח (1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראו ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית'. (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (3) 421, בעמ' 434).

61. המשיבים מתעלמים מעקרון טובת הילד, הוא עקרון יסוד בהפעלתו של כל שיקול דעת מינהלי או שיפוטי, אשר יש בו כדי להשפיע על קטינים.

הפרת כללי הצדק הטבעי:

אזהרה מראש והודעה על המידע שביסוד ההחלטה

62. ההלכה קובעת חובה להודיע מראש לנפגע על ההחלטה שבדעתה של הרשות לקבל, ולפרט את העובדות, המידע והשיקולים עליהם היא נסמכת. חובת גילוי היסודות העובדתיים עשויה לחייב את גילוי הראיות, עליהן מתכוונת הרשות להסתמך בקבלת החלטתה הפוגעת באדם.

כל זאת – לפני קיום השימוע, על מנת שידע האדם למה להתייחס, כך שהשימוע יתמלא בתוכן ממשי. ראו בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 189; ראו גם דברי השופט גולדברג בבג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקר המדינה ואח', פ"ד מט(3) 771, בעמ' 790.

63. כמתואר לעיל, במקרה שבפנינו לא מצא המשיב לנכון להמתין עם ביטול המעמד עד למיצוי זכות הטיעון של העותר והזדרז ראשית לשלול ממנו מעמדו. העותר הגיש ערר כנגד ההחלטה עוד באותו היום בו נודע לו על ביטול מעמדו, אולם דווקא אז, לא אצה למשיב הדרך והוא לא מיהר לבחון את הערר, אלא במשך שלוש שנים תמימות, בהן שהה העותר בביתו בישראל, ללא מעמד. לאחר שלוש שנים הודיע המשיב לאקונית, כי עדיין הוא סבור שמוצדק לבטל את המעמד.

זכות השימוע

64. אין חולק היום על זכותו של תושב לשימוע בעניין ביטול רישיונו לשיבת קבע. כך גם מתחייב מההלכה הפסוקה.

ראו למשל: בג"ץ 3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493; ראו עוד סדרה של פסקי דין שניתנו בשנת 1997: בג"ץ 3210/97 אוליוור נגד שר הפנים ואח', תקדין (2) 262; בג"ץ 3124/97 אימן ואח' נ' שר הפנים, תקדין (2) 360; בג"ץ 3125/97 יוסף ואח' נ' שר הפנים ואח', תקדין (2) 681. גם בפסקי הדין בעניין נסרין זידאן והדרה המזכרים לעיל, נערך שימוע לעותרים, שמעמדם בוטל.

65. זכות השימוע גוברת בחיוניותה, כשעומדת הרשות לשלול מעמדו של אדם וכרוכה בכך פגיעה בחירותו בשל סיכוני המעצר והגירוש. השוו דברי כב' השופט אור במקרה של נסיון הגירה במרמה, עקב נישואין פיקטיביים, בבג"ץ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים ואח', פ"ד מט(3) 274, בעמ' 280:

"עד שיבוא שר הפנים להחליט על ביטול אשרת עולה, ביטול אזרחות וגירוש אדם מן הארץ, צריך שהתשתית העובדתית שלפניו תהיה מלאה ככל שניתן, וזכות הטיעון שתניתן למי שמבקשים לגרשו – תמוצה" (הדגש לא במקור – ע.ל.).

66. כמו כן, הלכה היא, "כי רשות מוסמכת, שמוטלת עליה חובת שימוע, חייבת לקיים את השימוע לפני ההחלטה. לא עשתה כן, ואפילו הציעה לקיים שימוע לאחר קבלת ההחלטה, הפרה את חובת השימוע". (בג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים ואח', פ"ד מח(5) 291, 305).

67. לעותר לא ניתנה הזדמנות לשמיעה מוקדמת טרם שלילת מעמדו ואף לא לשימוע מאוחר. התוצאה, על יסוד החלטה שהתקבלה שלא כדין, תוך הפרת כלל יסוד של כללי הצדק הטבעי, היא שלילת הזכויות להן זכאי העותר כתושב, הגבלת חופש התנועה שלו, ביטול זכותו להתפרנס ורמיסת תחושת הביטחון והחירות המגיעות לו מעצם היותו אדם.

החלטת המשיבים לוקה בחוסר סבירות קיצוני

68. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיבים.

69. החלטת המשיב בעניינו של העותר, החל מהליקויים המינהליים בקבלתה, אשר נוגדים את כללי הצדק הטבעי, וכלה במהותה – הינה בלתי סבירה באופן קיצוני.

70. לעניין חובת המשיב לפעול בסבירות והוגנות ר': בג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1), 15 ובג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 745-746, לדברי כבוד השופט (כתפקידו אז) ברק. לאמור:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך

**שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים.
קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות.**

סיכום

71. העותר, כמוהו יתר תושבי ישראל מירושלים המזרחית, זכאי ככל אדם אחר, לעזוב את ביתו ולשוב אליו, מבלי שישתכן בכך שנסיעה לחו"ל ואף רכישת מעמד במדינה אחרת, יובילו להפקעת זכויותו לשוב למולדתו. העותרים סבורים כי על המשיב להימנע משימוש בתקנות 11(א) ו-11(ג) לתקנות הכניסה לישראל בנסיבותיהם של תושבי ישראל מירושלים המזרחית, אשר אינם מהגרים, אין להם ארץ מוצא, זולת ישראל.

72. גם אם מקבל בית המשפט הנכבד את עמדת המשיב, לפיה בסמכותו לבטל מעמד, הרי שכפי שראינו, על פי פרשנות לאמנת האו"ם, בה מחוייבת מדינת ישראל, **רק מקרים קיצוניים**, מצדיקים שלילת זכותו של אדם לשוב למולדתו. על שלילה כזו, ובמיוחד בנסיבות המורכבות של תושבי ירושלים המזרחית, להיעשות, אם בכלל, במשורה, בזהירות, בחרדת קודש - בשים לב להשלכות האנושיות שבביטול זכותו של אדם לשוב לארץ המוצא שלו, לביתו, ולמשפחתו.

73. באשר לעותר, ברי כי ביטול מעמדו נעשה בקלות ראש, באופן הנוגד את הדין. ביטול המעמד נעשה באופן החוטא לכללי הצדק הטבעי, ללא התראה מראש, ללא שימוע, מבלי שניתן משקל למלוא נסיבותיו של העותר, למציאות חייו. לו היה טורח המשיב להביט על מהלך חיי העותר, אשר נפרס בפניו, היה ודאי רואה כי העותר מעולם לא ניתק את זיקותיו מישראל, כי הוא מנהל בה את מרכז חייו, ללא מקום אחר לדור בו.

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

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

ירושלים, היום 17 נובמבר, 2008.