

ערעור מנהלי

עמ"ן:

55885-10-24

בית המשפט המחוזי
בירושלים בשבתו כבית
משפט לעניינים מינהליים

תאריך:
29.10.2024

המערערים	
שם:	ת"ז / ע"ר:
1. [REDACTED] חדותה	[REDACTED]
2. [REDACTED] חדותה	(קטין, יליד 27.1.2008)
3. [REDACTED] חדותה	(קטינה, ילידת 30.5.2010)
4. [REDACTED] עלמי	חסרת מעמד בעולם (קטינה, ילידת 2.7.2019)
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר	ע"ר 580163517
טלפון:	טלפון נוסף:
[REDACTED]	אין
מען:	דוא"ל:
[REDACTED]	אין
ירושלים	

ב"כ המערערים		
שם:	מספר רישיון:	מען:
עו"ד תהילה מאיר	71836	רח' אבו עוביידה 4, ירושלים 97200
עו"ד דניאל שנהר	41065	
עו"ד נדיה דקה	66713	
עו"ד מאיסא אבו סאלח-אבו בכר	52763	
עו"ד נאדין אבו ערפה	89020	
עו"ד עלמא אלימלך	82867	
עו"ד אמינה קומבר	97496	
עו"ד עמרי ברבש	83652	
טלפון:	פקס:	דוא"ל:
02-6283555	02-6276317	t.meir@hamoked.org.il

- נ ג ד -

המשיבה		רשות האוכלוסין וההגירה
שם:	מספר זיהוי:	מען
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים אזרחי	לא ידוע	רח' מח"ל 7, ירושלים 9149301 ת.ד. 49333

טלפון :	פקס :	דוא"ל :
073-3920000	02-6468053	Min-jer@justice.gov.il

סוג ההליך : ערעור

שם הערכאה דלמטה : בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל

סוג ומספר התיק דלמטה : ערר (י-ם) 3417-23

מועד מתן ההחלטה דלמטה : 11.9.2024

מועד המצאת ההחלטה : 11.9.2024

המועד האחרון להגשת הערעור : 19.11.2024

המותב מוסמך : סמכות עניינית לפי סעיף 13 לא(א) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952, בית המשפט לעניינים מינהליים מוסמך לדון בערעור על החלטה סופית של בית דין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל.

סמכות מקומית לפי סעיף 22(א) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000 נתונה לבית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים, מאחר שבית הדין שנתן את ההחלטה מצוי במחוז ירושלים.

סכום אגרה : 1,560 ש"ח, לפי פריט 21 לתוספת לתקנות בתי המשפט (אגרות), תשס"ז-2007

סכום הערובה : 2000 ש"ח, לפי פריט 73 לתוספת השלישית לתקנות סדר הדין האזרחי, תשע"ט – 2018

הליך נוסף : עת"ם 39550-11-23 **חדותה נ' שר הפנים**

גוף הערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור מינהלי על פסק דינו של בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **פסק הדין ובית הדין** בהתאמה), מיום 11.9.2024 בערר (י-ם) 3417-23.

העתק פסק דינו של בית הדין מצורף ומסומן **מע/1**; העתק הערר שעליו ניתן פסק הדין, על נספחיו, מצורף ומסומן **מע/2**.

ואלה טעמי הערעור:

עניינו של הערעור בתמצית

1. המערערת 1, תושבת הגדה המערבית במקור, התחתנה בשנת 2007 עם תושב קבע של ישראל, מר [REDACTED] [REDACTED] עלמי, ת"ז [REDACTED]. במהלך נישואיהם נולדו למערערת 1 ולבעלה המנוח שלושה ילדים משותפים – המערערים 2-4. כל הילדים נולדו בירושלים וחיים בה כל חייהם. המערערים 2 ו-3 נרשמו במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי קבע. באשר למערערת 4, אביה הגיש בקשה לרישומה במרשם האוכלוסין הישראלי בסמוך לאחר לידתה, ביום 9.7.2019. אולם, האב נפטר ביום 25.12.2019, לאחר שחלה בסרטן, ובשל כך נדחתה הבקשה לרישום המערערת 4, ביום 19.2.2020.
2. באשר למערערת 1, בקשות לאיחוד משפחות שהוגשו במהלך חייו של בעלה נדחו, ועל כן ביום 6.7.2020 הוגשה בקשה להסדרת מעמדה מטעמים הומניטאריים. הבקשה נשלחה לוועדה שפעלה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003.
3. המערערים ניהלו הליכים בעניין הסירוב לבקשה לרישום המערערת 4 בהתאם לבקשתו של אביה המנוח, אך אלה לא צלחו והמערערים הופנו לאפיק ההומניטארי. על כן, המערערים הגישו בקשה להסדרת מעמדה של המערערת 4 מטעמים הומניטאריים בלשכת המשיבה ביום 31.8.2021. הבקשה הופנתה לוועדה הבינמשרדית המייעצת לקביעת ומתן מעמד בישראל. אולם, הבקשה הוחזרה למוקד להגנת הפרט בדואר והמערערים הופנו לוועדה ההומניטארית שהוקמה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. המערערים הגישו ערר פנימי על כך ובו טענו, בין היתר, כי ועדה זו אינה מוסמכת לטפל בבקשתה של המערערת 4, מכיוון שהיא אינה "תושבת האזור" לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003. למרות זאת, ביום 26.12.2021 התקבלה החלטה מאת הוועדה שהוקמה מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, המתייחסת גם לבקשה של המערערת 1 וגם לבקשה של המערערת 4, ודוחה את שתיהן.
4. המערערים הגישו ערר כנגד ההחלטה האמורה ולאחר מכן עתירה מינהלית – עת"ם 15081-04-22 **חדותה נ' שרת הפנים**. במסגרת העתירה, המשיבים הודיעו כי הם אינם עומדים על ההחלטה בכל הנוגע למערערת 4 וכי תינתן החלטה נפרדת בעניינה במסגרת הערר הפנימי, שטרם הוכרע. באשר למערערת 1, בהמלצת בית המשפט, המשיבים הסכימו לקבל החלטה חדשה בעניינה, שתתייחס במפורש ובמפורט לטענותיה בנושא טובת הקטינים, והעתירה נמחקה ביום 14.7.2022.
5. כעבור למעלה משנה, ביום 13.8.2023, התקבלה החלטתה של "מנהלת תחום ועדה הומניטרית" אצל המשיבה, הדוחה את בקשתה של המערערת 4 על הסף, בטענה הבאה: "אמה של הקטינה הינה תושבת אזור וזו בחרה שלא לרשום את בתה באזור מהטעמים השמורים עמה. האם ובתה מקיימות תא משפחתי אחד ולא ניתן לבצע הפרדה מלאכותית בין השתיים ולדון בקטינה לבדה. בשים לב לכך ולתשתית העובדתית הקיימת בתיק, לא ניתן לבחון את עניינן במסגרת הוועדה הבינמשרדית מחוסר

סמכות ועל כן דין הבקשה להידחות על הסף. יצוין, כי על עניינן להיבחן בהתאם להוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה תשפ"ב 2022)". המערערים הגישו ערר כנגד החלטה זו ביום 10.9.2023 – ערר 3417-23 (מע/2).

6. לאחר מכן, במסגרת עתירה שהוגשה בעניין היעדר ההחלטה החוזרת בבקשתה של המערערת 1 לקבלת מעמד מטעמים הומניטאריים (עת"ס 32203-07-23), המשיבים הגישו החלטת סירוב נוספת, מיום 28.9.2023. גם ההחלטה הזאת התקבלה על ידי הוועדה הפועלת מכוח חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשפ"ב-2022 (להלן: **הוראת השעה**) וגם היא מתייחסת הן למערערת 1 והן למערערת 4.

7. המערערים הגישו עתירה נוספת כנגד ההחלטה מיום 28.9.2023 (עת"ס 39550-11-23) ובה ביקשו מבית המשפט להורות למשיבים להסדיר את מעמדה של המערערת 1 בישראל מטעמים הומניטאריים ולקבוע כי בכל הנוגע למערערת 4, החלטת הסירוב התקבלה בחוסר סמכות. ביום 5.1.2024 ניתנה החלטה המורה על מחיקתם של סעיפי העתירה העוסקים בכך שההחלטה בעניינה של המערערת 4 התקבלה בחוסר סמכות, וזאת "מחמת אי מיצוי הליכים וקיומו של הליך חלופי תלוי ועומד". ביום 15.1.2024 הוגשה הודעת עדכון מטעם המשיבה במסגרת ערר 3417-23, בה הודיעה המשיבה על החלטת הסירוב הנוספת מיום 28.9.2023 ועל מחיקת הסעיפים הנוגעים למערערת 4 מהעתירה בעת"ס 39550-11-23. העתק הודעת העדכון של המשיבה מיום 15.1.2024 מצורף ומסומן **מע/3**.

8. ביום 25.8.2024 הוגש כתב תשובה במסגרת ערר 3417-23.

העתק כתב התשובה מצורף ומסומן **מע/4**.

9. ביום 11.9.2024 התקיים דיון בערר ובו ביום ניתן פסק דין הדוחה את הערר (צורף לעיל כ-מע/1).

הטיעון המשפטי

קביעתו של בית הדין כי הוראת השעה חלה על המערערת 4

10. בערר של המערערים נטען כי לא היה מקום לדחייה על הסף של הבקשה להסדרת מעמדה של המערערת 4 מטעמים הומניטאריים, בטענה שהוועדה הבינמשרדית משוללת סמכות לדון בבקשה ושהבקשה צריכה להיבחן על פי הוראת השעה, כיוון שהמערערת 4 אינה "תושבת האזור" על פי הוראת השעה.

11. המונח "תושב האזור" הוגדר בהוראת השעה כך: "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור" (סעיף 2). בערר נטען כי המערערת 4 אינה "תושבת האזור" על פי הוראת השעה, כיוון שהיא אינה רשומה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, היא אינה מתגוררת בשטחים והיא מעולם לא התגוררה בשטחים.

12. בית הדין קיבל את הטענות העובדתיות של המערערים וקבע בפסק דינו כי המערערת 4 "חיה כל חייה בתחום מדינת ישראל" וכי היא לא נרשמה במרשם האוכלוסין הפלסטיני. אולם, למרות זאת בית הדין קבע כי הוראת השעה חלה על המערערת 4, וזאת בנימוק הבא:

סבורני כי עצם קיומו של פוטנציאל להירשם כתושב אזור, אך אי מימושו משיקולים תועלתניים כאלו ואחרים, מלמד על כך שמאן דהוא הינו תושב האזור. כך גם לגבי הקטינה, אשר כל מה שמונע את רישומה במרשם האוכלוסין של האזור הוא החלטתה של האם שלא לעשות כן. המשמעות של הדברים הינה

אולי כי יש מקום להרחיב את הגדרת "תושב האזור" לפי חוק הוראת שעה ולהחילה גם על מקרים בהם יש פוטנציאל לרישום באזור, אך פוטנציאל זה אינו ממומש... מכאן נגזר כי הערכאה המוסמכת לדון בבקשת ההומניטארית של הקטינה היא הוועדה המקצועית שלפי חוק הוראת השעה, אשר כאמור כבר הכריעה בבקשה ודחתה אותה.

13. כלומר, על פי פסק הדין, לא רק "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור" מוגדר כ"תושב האזור", כפי שנכתב בחוק, אלא גם מי שיכול היה באופן תיאורטי להירשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני אך לא נרשם – מה שלא נכתב בחוק.

14. אולם, קביעה זו היא שגויה בבירור. כידוע, הרשות המינהלית רשאית לפעול אך ורק בהתאם לסמכות שניתנה לה בחוק. החלטה מינהלית המתקבלת ללא הסמכה בחוק היא בלתי חוקית. על כן, לא ניתן לקבוע כי חוק מסוים מסמיך את הרשות לטפל בעניינו של אדם מסוים, כאשר על פי לשונו של החוק, חוק זה אינו חל על אותו האדם. ההגדרה של המונח "תושב האזור", שנקבעה בהוראת השעה, אינה כוללת את מי שמעולם לא התגורר בשטחים ולא נרשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אך להורחו היתה האפשרות לרשום אותו במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ולכן קביעתו של בית הדין כי הוועדה שהוקמה מכוח הוראת השעה היא הוועדה המוסמכת להכריע בעניינה של המערערת 4 היא שגויה.

15. נקבע בפסיקה כי "פרשנות החקיקה נפתחת, כידוע, בבחינת מרכיב הלשון. לשון החוק היא נקודת המוצא. אין לתת לחוק משמעות שהלשון איננה יכולה לסבול. בשלב זה יש לחלץ ממילות החוק את שלל המשמעויות אשר נמצאות במתחם האפשרויות הלשוניות ולהסיר מדרכנו את אלו הנעדרות כל עיגון לשוני" (בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, סעיף 29 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 13.9.2017)). כלומר, אין כל מקום לפרשנות של הוראת השעה שאינה מעוגנת בלשון החוק – כמו הפרשנות שניתנה על ידי בית הדין. יוער כי נראה מפסק הדין כי בית הדין עצמו מודע לכך שהפרשנות המוצעת על ידיו אינה מעוגנת בלשון החוק, שהרי הוא קובע כי "יש מקום להרחיב את הגדרת "תושב האזור" לפי חוק הוראת שעה" (ההדגשה הוספה, ת.מ.). כלומר, ההגדרה הקיימת אינה כוללת את הקבוצה שבית הדין מבקש לכלול בה, גם על פי פסק הדין עצמו.

16. אולם, אפילו אם היה בסיס בלשונה של הוראת השעה לפרשנות על פיה עצם האפשרות של ההורה לרשום את ילדו במרשם האוכלוסין הפלסטיני הופך את הילד ל"תושב האזור", לא היה מקום לפירוש החוק באופן הזה, כיוון שמדובר בפרשנות שמביאה לפגיעה בזכויות אדם. נקבע בפסיקה כי "היבט נוסף של התפיסה הפרשנית המקובלת היא כי אין לפרש דבר חקיקה כמסמיך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת... לפי עמדה זו – שאומצה בהמשך על ידי בית משפט זה כהלכה מחייבת – ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך יעמוד בית המשפט בדווקנות רבה יותר על דרישת ההסמכה ויפרשה בצמצום" (שם, סעיף 52).

17. ההליך להסדרת מעמד מטעמים הומניטאריים נוצר על מנת לתת מענה לזכויות יסוד, כגון הזכות לחיי משפחה ועקרון טובת הילד. החלטת הוראת השעה על בקשה למתן מעמד מטעמים הומניטאריים מביאה להחלתן של הגבלות שונות על האפשרות של המבקש לקבל מעמד – הגבלות שאינן חלות על מי שאינו מוגדר כ"תושב האזור" – ביניהן האיסור על מתן מעמד של קבע למבקש, ההטלה של מכסות שנתיות של רישיונות ישיבה או היתרים שיינתנו בהתאם לבקשות האלה ועוד. על כן, הוראת השעה הינה חקיקה הפוגעת בזכויות יסוד ולפיכך יש לעמוד בדווקנות על הדרישה לקיומה של הסמכה מפורשת

ומפורטת בחוק כתנאי להחלה של חוק זה על בקשה כלשהי. בענייננו, כאמור, אין כל בסיס בלשון החוק לפרשנות המרחיבה שניתנה לו בפסק הדין, כל שכן הסמכה ברורה, חד משמעית ומפורשת.

18. בפסק הדין נכתב: "את טיעוני ב"כ העוררות לפיהם המעמד שיכול להיות מוענק על ידי הוועדה המקצועית שלפי חוק הוראת השעה הוא פחות ערך לעומת המעמד שניתן לקבל לפי הנוהל ההומניטארי השיורי לא ניתן לקבל. אף אם הדבר נכון ואיני נדרש לכך, אין בכך כדי להוות שיקול להגשת בקשה בהתאם לנוהל כזה או נהל אחר". אולם, משמעות העובדה שהוראת השעה שוללת מתן מעמד של תושבות קבע או אזרחות למי שעליו היא חלה היא שמדובר בחקיקה שפוגעת בזכויות יסוד, ולכן נדרשת הסמכה ברורה, חד משמעית ומפורשת בחוק על מנת לקבוע כי היא חלה על המערערת 4, וזו ודאי אינה קיימת. בשל כך התייחסו המערערים לפגיעה שתגרום על ידי ההחלה של הוראת השעה על המערערת 4 (ובנוסף, בית הדין שאל את הח"מ בדיון מספר פעמים מדוע היא "מתעקשת" על כך שיוחל דווקא חוק מסוים על המערערת 4, ולא חוק אחר, ואיזו השפעה יש לכך, והח"מ השיבה לשאלות האלה).

19. מעבר לכך, ההצעה של בית הדין לכלול בהגדרה של המונח "תושב האזור" גם את מי שלא נרשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אך היתה להורחה אפשרות לרשום אותו בו, היא הצעה רדיקלית, שלמעשה קוראת להרחיב באופן דרמטי את מעגל הנפגעים מהוראת השעה ולכלול בו דור שלם נוסף. על פי ההצעה של בית הדין, הוראת השעה תחול מעתה לא רק על מי שרשום בעצמו במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אלא גם על מי שהורה רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ולכן יכול, מבחינה עקרונית, לרשום בו את ילדו. מדובר בהסדר מרחיב עוד יותר, ובהרבה, מההסדר שנפסל בע"מ 5718/09 **מדינת ישראל נ' סרור** (פורסם בנבו, 27.4.2011), בנימוק שהוא מביא לשלילתן של זכויות ללא הסמכה בחוק. הרחבה כזאת של תחולתה של הוראת השעה, אם תצא לפועל, תהיה בעלת השלכות מרחיקות לכת על החוקתיות של החוק. פסק הדין אינו כולל כל דיון בפגיעתה של הוראת השעה בזכויות יסוד ובהשלכות של ההרחבה של תחולתו של החוק על מידתיותו, והדבר מוצע בפסק הדין באורח אגבי. יוזכר כי מדובר בחוק רגיש ביותר, שבית המשפט העליון התייחס בכובד ראש לשאלת החוקתיות שלו ודן בה פעמיים בהרכב מורחב (בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006) ובג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פורסם בנבו, 11.1.2012)) והדעות נחלקו לגבי חוקתיותו גם ללא התיקון המוצע כעת על ידי בית הדין. גם היום תלויות ועומדות עתירות כנגד החוק בגרסתו הנוכחית – בג"ץ 1777/22 ועוד – ולאחרונה אף ניתן בהן צו על-תנאי. הערר שהוגש לבית הדין לעררים כנגד הדחייה על הסף של בקשתה של המערערת 4 לקבלת מעמד מטעמים הומניטאריים ודאי אינו המקום המתאים לעריכת שינויים מרחיקי לכת ביחס להוראת השעה.

20. יוער כי לא ברור מפסק הדין האם בית הדין סבור כי ההגדרה של המונח "תושב האזור" כוללת כבר עכשיו את מי שלא נרשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אך קיים פוטנציאל לרשום אותו שם, או שהדבר דורש תיקון של החוק, כיוון שבפסק הדין נכתב, מחד, "סבורני כי עצם קיומו של פוטנציאל להירשם כתושב אזור... מלמד על כך שמאן דהוא **הינו תושב האזור**", ומאידך, כי "יש מקום להרחיב את הגדרת **"תושב האזור"** לפי חוק הוראת שעה ולהחילה גם על מקרים בהם יש פוטנציאל לרישום באזור". על כל פנים, אם הכוונה היא שניתן לפרש באופן הזה את החוק כבר עכשיו, המערערים סבורים שקביעה זו היא שגויה, כאמור, ואם הכוונה היא שיש לתקן את החוק באופן המוצע על ידי בית הדין, כל עוד החוק לא תוקן בפועל באופן הזה, בכל מקרה לא ניתן להחיל את התיקון המוצע על הבקשה של המערערת 4, אלא יש לפעול על פי החוק הקיים (ראו דפנה ברק-ארו **משפט מינהלי** כרך א 100 (2010)).

21. במישור העובדתי, המערערת 1 הסבירה במהלך הדיון בערר כי אין באפשרותה לרשום את בתה במרשם האוכלוסין הפלסטיני, מכיוון שהיא מאוימת והיא עלולה להיהרג אם היא תיכנס לגדה המערבית (עמ' 4 לפרוטוקול). למרות זאת נכתב בפסק הדין כי המערערת 1 "בחרה שלא לרשום את הקטינה במרשם האוכלוסין של האזור, **משיקולים השמורים עמה**" (ההדגשה הוספה, ת.מ.) ועל סמך הקביעה הזאת נקבע כי היה באפשרותה של המערערת 1 לרשום את בתה. תיאור זה הוא שגוי מבחינה עובדתית.

שיקולי יעילות כנימוק להחלת הוראת השעה על המערערת 4

22. בנוסף להצעה של בית הדין להרחבת היקף תחולתה של הוראת השעה כך שתחול על המערערת 4, בית הדין מנמק את קביעתו כי הוראת השעה חלה על המערערת 4 גם בשני שיקולים פרקטיים. ראשית, בית הדין קובע כי לוועדה הבינמשרדית אין יתרון על פני הוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה, וכי שר הפנים, המקבל את ההחלטות בבקשות המוגשות לוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה, הוא "גורם מנהלי בכיר יותר ובוודאי שמוסמך לא פחות" ממנכ"ל המשיבה, המקבל את ההחלטות בבקשות המופנות לוועדה הבינמשרדית. שנית, בית הדין קובע כי "הפרדת עניין הקטינה מעניינה של האם, הגם שהקטינה סמוכה על שולחנה, תהא הפרדה מלאכותית שאיננה רצויה כלל ועיקר".

23. אולם, נימוקים אלו אינם קשורים כלל לשאלה האם הוראת השעה חלה על המערערת 4. אפילו אם הטיפול בבקשה בהתאם להוראת השעה היה יעיל יותר מהטיפול בבקשה בהתאם לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), ואפילו אם כלל הגורמים המטפלים בבקשות המוגשות מכוח הוראת השעה היו בכירים ומיומנים יותר מאלה שמטפלים בבקשות המוגשות מכוח חוק הכניסה לישראל, לא היה בכך כדי להביא למסקנה שהוראת השעה חלה על המערערת 4, שהרי מקור הסמכות היחיד שקיים הוא החוק, ושיקולי יעילות וכדאיות אינם יכולים להקנות סמכות שלא הוקנתה בחוק (יובהר כי המערערים אינם טוענים כי שר הפנים אינו מוסמך לקבל החלטה בבקשתה של המערערת 4, אלא כי הוא אינו מוסמך לעשות זאת **מכוח הוראת השעה**).

24. לא זו בלבד שפסק הדין קובע כי ניתן להכריע בעניינה של המערערת 4 בהתאם לחוק שאינו חל עליה על פי לשונו, פסק הדין אף שולל, הלכה למעשה, את סמכותו של שר הפנים לטפל בעניינה של המערערת 4 בהתאם לחוק הכניסה לישראל. הרי חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לתת אשרה ורישיון ישיבה למי שאינו אזרח ישראל, כולל רישיון לישיבת קבע. הוראת השעה שוללת את סמכותו של שר הפנים לתת רישיון ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל ל"תושב האזור", למעט חריגים מסוימים, והיא שוללת באופן מוחלט את סמכותו של שר הפנים לתת ל"תושב האזור" רישיון לישיבת קבע מטעמים הומניטאריים. המשמעות של קביעתו של בית הדין כי הגוף המוסמך לטפל בבקשתה של המערערת 4 הוא הוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה היא כי **פסק הדין שולל את סמכותו של שר הפנים לתת למערערת 4 רישיון לישיבת קבע**. לא יתכן שסמכות שהוקנתה בחוק לשר הפנים תישלל על ידי בית הדין לעררים, וזאת בשל שיקולי יעילות ונוחות, שכלל אינם רלוונטיים לשאלת הסמכות.

25. בשולי הדברים יצוין כי ההערה של בית הדין כי אין יתרון לוועדה הבינמשרדית על פני הוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה, כיוון שגם האחרונה "מורכבת מאנשי מקצוע אשר מנסחים חוות דעת מייצגת", מוטלת גם היא בספק. בניגוד לוועדה הבינמשרדית, הוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה אינה כוללת נציג של משרד הבריאות ואינה כוללת נציג של משרד הרווחה. בנוסף, בניגוד לוועדה הבינמשרדית, בוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה נכללים נציג של שר הביטחון ועובד שב"כ (ראו סעיף 7(ג) להוראת השעה, לעומת סעיף 1.ז. לנוהל מספר 5.2.0022). כלומר, הרכב הוועדה הפועלת מכוח הוראת השעה נוטה פחות לתחום ההומניטארי, ויותר לתחום הביטחוני, מאשר הרכב הוועדה הפועלת מכוח חוק

הכניסה לישראל, ולא מופרך להניח שהדבר יבוא לידי ביטוי גם בחוות הדעת של הוועדות (אולם, לא זו הטענה של המערערים, אלא טענותיהם מתמקדות בשאלת הסמכות).

הזכות לחיי משפחה ועקרון טובת הילד

26. המשפט הבינלאומי מייחס חשיבות רבה למשפחה ומטיל על המדינות חובה להגן עליה (ראו, למשל, סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037). בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754, נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד, הכלולה בזכות החוקתית לכבוד. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית משמעה כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לתנאים הקבועים בפיסקת ההגבלה, ורק משיקולים כבדי משקל.

27. עקרון יסוד נוסף המוכר על ידי המשפט הישראלי והמשפט הבינלאומי כאחד הוא עקרון טובת הילד. על פי עקרון זה, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחקיטיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. כל עוד הילד הוא קטין וכל עוד הורה מתפקד כראוי, טובתו מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו. עקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעקרון מנחה בכל עת בה יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד ל(1), 459, עמ' 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

28. גם במשפט הבינלאומי נהנה עקרון טובת הילד ממעמד של עקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של האמנה בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221). האמנה, אותה אישרה מדינת ישראל ביום 4.8.1991, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד (ראו: המבוא לאמנה וסעיפים 3 (1) ו-9 (1) לאמנה). בפרט, קובע סעיף 3 של האמנה כי עניינם של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי שיפורש באופן המאפשר שמירה על זכויותיו של הקטין.

29. פסק הדין של בית הדין אינו עולה בקנה אחד עם הזכות לחיי משפחה או עם עקרון טובת הילד. הדחייה על הסף של בקשתה של המערערת 4 לקבלת מעמד מטעמים הומניטאריים מותירה אותה ללא מעמד, חושפת אותה לסכנת גירוש ופירוד ממשפחתה, כולל אחיה תושבי הקבע, ופוגעת ביציבותה של המשפחה כולה, וזאת לאחר שאבי המשפחה נפטר ממחלת הסרטן. בנוסף, ההחלה של הוראת השעה על המערערת 4 שוללת את האפשרות שיינתן לה בסופו של יום מעמד של תושבות קבע, כמעמד של אחיה, וגם בכך ההחלטה פוגעת בזכותם של המערערים לחיי משפחה ובטובת הקטינה, ללא כל צורך ואף בניגוד ללשונו הברורה של החוק. פסק הדין מאשר את ההחלטה של המשיבה, ללא דיון בהשלכות של ההחלטה על הזכות לחיי משפחה ועל טובתה של המערערת 4 הקטינה, וגם בשל כך הוא שגוי.

29 באוקטובר 2024.