

עת"מ 938/06  
קבוע ליום 24.5.2009

בית משפט המחוזי בירושלים  
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים  
בפני כב' השופט מ' סובל

בעניין:

1. \_\_\_\_\_ גולאני, ת.ז. \_\_\_\_\_
2. \_\_\_\_\_ קארוט, ת.ז. \_\_\_\_\_
3. \_\_\_\_\_ קארוט, ת.ז. \_\_\_\_\_
4. \_\_\_\_\_ קארוט, ת.ז. \_\_\_\_\_
5. **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

**העותרים**

- נ ג ד -

**שר הפנים ואח'**  
ע"י פרקליטות מחוז ירושלים  
רח' מח"ל 7,  
ת.ד. 49333, ירושלים  
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419582

**המשיבים**

### עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזאת להגיש עיקרי טיעון מטעמם.

בכתב התשובה (ראו סעיף 31 לו) מסר המשיב כי עמדתו, נכון להיום, היא כי הוא מוכן להעניק לעותרים 2-3 מעמד ארעי של א/5 ולעותר 4 – מעמד של תושב קבע. העותרים יטענו, כי הם עומדים על דרישתם בעתירה, כי גם לעותרים 2-3 יינתן מעמד של תושבי קבע בישראל. העותרים יפרטו להלן את עמדתם.

עוד קודם לכך, יבקשו העותרים להבהיר, כי הם עומדים על בקשתם מיום 10.5.2009, לפיה המשיב לא רשאי יהיה להשמיע את טענותיו בדיון שנקבע ליום 24.5.2009, וזאת בהתאם לסעיף 10 (ה) לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), תשס"א-2000. בעניין זה מבקשים העותרים להפנות לטענותיהם בבקשה מיום 10.5.2009, ולטענותיהם בהודעתם מיום 22.1.2009, באשר להתנהלותו של המשיב מאז הגשת העתירה ובעיקר לאחר קבלת פסק הדין בעע"ם 5569/05 **משרד הפנים נ' עוויסאת ואח' (להלן: עניין עוויסאת)** (ראו סעיפים 2-9 לתגובתם זו). בנוסף, מבקשים העותרים כי בית המשפט הנכבד ישית על המשיב הוצאות בגין התנהלותו הפסולה, וזאת ללא קשר לתוצאות העתירה.

## להלן יפרטו העותרים את עמדתם לגופו של עניין:

1. העותרת 1 (להלן: **העותרת**) היא תושבת קבע בישראל, אם חד-הורית, המתגוררת עם חמשת ילדיה בירושלים מאז סוף שנת 1999 ברציפות. לאחר נישואיה בשנת 1989 לבן זוגה לשעבר, תושב אלעזרייה, עברה העותרת להתגורר עמו שם. בתקופה זו נולדו לעותרת ולבן זוגה לשעבר חמשת ילדיהם. מלבד העותר 3, שנולד בשטחים, כל ילדי העותרת נולדו בישראל. העותרת 2 נולדה ביום 19.6.1990. העותר 3 נולד ביום 3.5.1991. העותר 4 נולד ביום 15.12.1992. שלושת הילדים נרשמו לאחר לידתם במרשם בשטחים. שני ילדיה הקטנים של העותרת נולדו בירושלים, לא נרשמו בשטחים וקיבלו מעמד של תושבי קבע בישראל.
 

מאחר שהמשיב החליט להעניק לעותר 4 מעמד של תושב קבע, יעסקו עיקרי הטיעון רק בעניינם של העותרים 2 ו-3.
2. באוקטובר 1999 עזבה העותרת את בן זוגה וחזרה להתגורר, יחד עם ילדיה, בבית משפחתה שבעיר העתיקה. לעותרת אפטרופסות על ילדיה. העותרת התגרשה לבסוף מבן זוגה ביום 8.6.2004. לאחר כחצי שנה של מגורים בבית הוריה של העותרת, עברו העותרת וילדיה לעיסאווייה, שם הם מתגוררים עד היום בדירות שכורות.
 

בהקשר זה ייאמר, כי קביעתו של המשיב, לפיה העותרים מתגוררים בירושלים רק החל ממאי 2000 – שגויה. העותרת, בכל פנייתיה אל המשיב ובכל הפעמים בהם נחקרה על ידי המוסד לביטוח לאומי (להלן: **המל"ל**), טענה, ושבה וטענה, כי כבר החל מסוף שנת 1999 שבה להתגורר בירושלים. כך עולה מחקירת המל"ל מיום 5.8.2001, אשר צורפה לכתב התשובה כנספח ד' (ראו עמ' 1 להודעת העותרת במסגרת החקירה); כך עולה מחקירת המל"ל מיום 8.2.2009, אשר ממצאיה מצויים ברשותו של המשיב (ראו עמ' 1 להודעת העותרת במסגרת החקירה); כך גם עולה מפרוטוקול השימוע שנערך לעותרת ביום 4.5.2009 בלשכת המשיב (ראו דבריה בעמ' 3 לפרוטוקול, שצורף לכתב התשובה כנספח ט"ז, ודברי העותרת 2 בעמוד 4 לפרוטוקול).

נראה כי קביעתו של המל"ל, לפיה העותרת מוכרת כתושבת רק החל מיום 1.5.2000, נסמכת על העובדה שרק ביום זה עברה העותרת להתגורר בשכירות עם ילדיה, כאשר קודם לכן התגוררה בבית הוריה. ברי כי באשר לתקופה בה התגוררה בבית הוריה לא התאפשר לעותרת להמציא חוזה שכירות או חשבונות עבור הדירה, הרשומים על שמה.
3. נציין, כי שלושת ילדיה הגדולים של העותרת (דהיינו, העותרים 2-4) נרשמו בזמנו על ידי אביהם במרשם האוכלוסין בשטחים. יצוין, כי הסכסוכים בין העותרת לבן זוגה החלו עוד בשנים הראשונות של הנישואין, והאחרון קיווה שרישום הילדים במרשם בשטחים יסייע לו בהשארתם בחזקתו, אם וכאשר יגיעו הנישואים לקיצם.
4. העותרת פנתה לראשונה בבקשה לרישום ילדיה עוד באוגוסט 2000. פניות נוספות בעניינה של העותרת נעשו בנובמבר 2000 ובאוקטובר 2001, ע"י עורך דינה דאז, מר אבו-גיבל. תגובות אלה לא זכו למענה על ידי המשיב (ראו סעיף 5 לכתב התשובה).

5. ביום 5.12.2004 פנתה העותרת פעם נוספת לרשום את ילדיה בישראל. החל מינואר 2005 מיוצגים העותרים על ידי המוקד להגנת הפרט, אשר הגיש בשמם בקשה נוספת באותו חודש, ומאז מנהל עם המשיב תכתובות בעניינם. ביום 21.9.2006 הוגשה העתירה דנן.

6. העותרים יפרטו להלן את עיקרי טיעונם בעניין העותרת 2 והעותר 3.

## בעניין העותרת 2

### מתן מעמד על פי תקנה 12

7. בעניינה של העותרת 2, אשר נולדה בירושלים, חלה **תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל**, **תשל"ד-1974** (להלן: **תקנה 12**), הקובעת כי:

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

8. הפסיקה קבעה, כי התכלית העומדת בבסיס תקנה 12 היא למנוע יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה במעמד של תושב קבע בישראל לבין מעמדו של ילדו שנולד בישראל. ביסודה של תקנה 12 עומדים הערכים של שלמות התא המשפחתי והשמירה על שלום הילד (ראו למשל: בג"ץ 979/99 **קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 99(3), 108 (להלן: **עניין קרלו**); עע"ם 5569/05 **שר הפנים ואח' נ' עויסאת ואח'**, פסק דין מיום 10.8.2008 (להלן: **עניין עויסאת**); עת"ם (י-ם) 700/06 **רביחה דענא ואח' נ' מנהל לשכת מנהל האוכלוסין במזרח ירושלים**, תק-מח 2008(1), 5851).

9. המשיבה קראה לתוך תקנה 12 תנאי, לפיו יש לרשום את ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין רק אם הוכח קיומו של מרכז חיים בישראל (ראו, למשל, **עניין עויסאת**).

10. העותרים יטענו, כי יש לרשום את העותרת 2 כתושבת קבע, על פי תקנה 12. זאת, מאחר שהעותרת 2 היא בתה של תושבת ישראל, שנולדה בישראל ומקיימת מרכז חיים בישראל. בין אם נקבע כי הוראת השעה חלה על מצב בו יש לרשום בישראל ילדים שמקיימים תנאים אלה, ובין אם לאו – העותרים יטענו כי ילדים אלה אינם בבחינת תושבי אזור ומשכך לא חלה עליהם הוראת השעה, על תיקוניה.

11. הבקשה לרישום של הילדים הוגשה באוגוסט 2000. המשיב, כאמור, לא נתן מענה לבקשה זו. המשיב, מבחינתו, כלל לא רואה בתאריך זה כתאריך הגשת הבקשה, שכן באותה עת לא מלאו שנתיים בהם מקיימים העותרים מרכז חיים בישראל. העותרים אינם מקבלים עמדה זו, שכן כלל לא ברור שהנהלים באותם ימים דרשו כי קיומו של מרכז חיים משך שנתיים עובר להגשת הבקשה. אף לשיטת המשיב יש לראות באוקטובר 2001 כחודש הגשת הבקשה, וזאת מאחר שהעותרת חזרה עם ילדיה לישראל באוקטובר 1999.

12. מכל מקום, העותרים יטענו להלן, כי אף אם תתקבל עמדת המשיב, לפיה יש לראות ביום 1.5.2002 כיום בו אושרה הבקשה, יש להעניק לעותרת 2 מעמד של תושבת קבע.

13. פסק הדין בעניין **עויסאת**, שניתן ביום 10.8.2008, ואליו מתייחס המשיב בכתב התשובה, עסק כידוע במספר ערעורים שהגיש המשיב על פסקי דין של בית המשפט הנכבד. פסק הדין עסק בתחולתה של הוראת השעה על בקשות למתן מעמד שהוגשו על פי תקנה 12. זאת, בהתאם להגדרה המקורית של "תושב אזור", על פי החוק, אשר נוסחה: "תושב אזור – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור".

14. **בית המשפט העליון דחה את ערעורי המדינה** וקבע (ראו סעיף 15 לפסק הדין):

מסקנתנו היא כי צדקו שופטי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים כאשר קבעו כי את ההגדרה ל"תושב אזור" בנוסחה המקורי טרם תיקון החוק יש לפרש כך שהיא לא תחול "אוטומטית" רק בשל עצם רישומו של אדם במרשם האזור. לפיכך, משרד הפנים לא היה רשאי לדחות את בקשותיהם של המשיבים למעמד בישראל אך מן הטעם שהמשיבים נכללו במרשם האזור.

מאחר שלא ניתן לסרב "אוטומטית" לבקשה ליתן מעמד לילד, על פי תקנה 12, רק בשל הרישום בשטחים, יש לבדוק את מרכז חייהם של המבקשים ביום הגשת הבקשה.

15. בית המשפט העליון בעויסאת הציב אפוא את המסגרת המשפטית לבחינת בקשות לקבלת מעמד על פי תקנה 12, כפי שהיה בעניינה של העותרת 2. בפסקי דין שניתנו לאחר מכן, מילא בית המשפט הנכבד מסגרת זו בתוכן. נתייחס לכך להלן.

16. כך היה במקרה שנדון במסגרת עת"ם 311/06 **מוראר ואח' נ' שר הפנים ואח'** (פסק דין מיום 21.8.2008. להלן: **עניין מוראר**). פסק דין זה עסק בעניינה של ילדה, שנולדה בירושלים לתושבת קבע בישראל. אותה ילדה גרה החל מלידתה, משך כ-13 שנה, בשטחים, ובהמשך עברה עם אימה ואחיה לירושלים. בקשת האם לרישום ילדתה בישראל הוגשה עובר להיות הילדה בת 18, ומשכך נקבע שיש לדון בבקשתה על פי תקנה 12, וזאת על אף שנרשמה קודם לכן במרשם בשטחים. בסעיף 5 לפסק הדין נקבע כי:

**בהיות העותרת ילידת ירושלים, הדיון בבקשתה צריך להתקיים במסגרת תקנה 12.** היקף שיקול הדעת של שר הפנים לעת דונו בבקשה המוגשת לפי תקנה זו הוכרע לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בע"מ 5569/05 **משרד הפנים ואח' נ' עויסאת ואח'** (ניתן ביום 10.8.08). **בפסק הדין נקבע כי שאלת מרכז חייו של קטין בישראל מהווה שיקול מרכזי, אף כי לא יחיד, במסגרת שיקולי שר הפנים האם להעניק לקטין את אותו מעמד בישראל שיש להורהו.** משמעות הדבר היא "כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי... 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" (שם, פסקה 20). **שיקולים אלה, הגוררים אחריהם התחקות אחר מרכז חייו של הקטין על מנת להבטיח את שלמות משפחתו, אמורים לקבל "משקל גבוה ביותר" בגדרי החלטה המתקבלת לפי תקנה 12, חרף שיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים בהפעלת התקנה (שם, שם). לעניין זה אין הכרח שהבקשה לרישום הילד מכוח תקנה 12 תוגש סמוך ללידתו, שכן המדינה הודיעה לבית המשפט "כי בניגוד לעמדה קודמת שהוצגה בהליכים אחרים,**

**סבורה היא כיום כי הוראותיה של התקנה חלות אף כאשר הבקשה לפי תקנה 12 הוגשה שלא בסמוך ללידת הילד" (שם, פסקה 17).**

במקרה שלפנינו, משרד הפנים כלל לא בדק את שאלת מרכז חייה של העותרת בתקופה שקדמה להגשת הבקשה מיום 31.10.04 לרישומה בישראל מכוח תקנה 12. על משרד הפנים לערוך בדיקה זו (כפוף לסייג שלהלן לעניין חוק הוראת השעה). **ככל שיימצא כי מרכז חייה של העותרת ביום זה ובתקופה הסמוכה לו היה בישראל, יהיה על משרד הפנים ליישם את העקרונות שהותוו בע"מ 5569/05 הנ"ל ולהחליט האם מתקיים בעותרת שיקול קונקרטי המצדיק לסטות מהכלל שלפיו "פרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהעדר מניעה ביטחונית או פלילית קונקרטית, יהיה על שר הפנים ליתן לקטין מעמד זהה לזה של אמו [של אביו בעלי המעמד בישראל" (שם, פסקה 20). (ההדגשה הוספה).**

17. **הנה כי כן, נקבע כי על אף שהילדה התגוררה בשטחים מרבית חייה, הרי שאם היא תוכיח כי התגוררה בישראל ביום הגשת הבקשה ובסמוך לה – הרי שיש להעניק לה את מעמדה של אימה, על פי תקנה 12, דהיינו מעמד של תושבת קבע בישראל.**

18. מקרה נוסף שהובא לפתחו של בית המשפט הנכבד היה עניינו של העותר בעת"מ 8295/08 **משארה ואח' נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 24.11.2008) (להלן: **עניין משארה**). באותו מקרה מדובר היה בילד שנולד בישראל לתושבת ישראל והתגורר מרבית חייו בשטחים. אותו ילד אף נרשם במרשם האוכלוסין בשטחים. שנתיים עובר להגשת הבקשה לרישום, עבר עם אימו להתגורר בישראל. הבקשה הוגשה במאי 2004, עת היה הילד בן 11. לעניין הגדרת "תושב אזור" נקבע, בהתבסס על עניין **עויסאת**, בסעיף 5:

...ראשית, הגדרת "תושב אזור" בחוק הוראת השעה על פי נוסחה המקורי פורשה בפסיקתו של בית משפט זה באופן שהרישום במרשם האוכלוסין באזור מהווה ראיה לכאורה להיותו של הרשום בו "תושב אזור" כמשמעו של מונח זה בחוק הוראת השעה, אך המסקנה האמורה ניתנת לסתירה בראיות אחרות, המבססות מרכז חיים במקום אחר (עת"מ (י-ם) 822/02 **גושה נ' שר הפנים**, לא פורסם, 1.9.03; עת"מ (י-ם) 1277/04 **ג'ית נ' שר הפנים**, 24.5.05; עת"מ (י-ם) 379/04 **מנסור נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין בירושלים**, לא פורסם, 3.6.05; עת"מ (י-ם) 982/04 **עפאף נ' שר הפנים**, לא פורסם, 20.6.05; עת"מ (י-ם) 1085/04 **עודה נ' שר הפנים**, לא פורסם, 14.2.06). **ערעורים שהוגשו נגד פסקי דין בהם יושמה הפרשנות האמורה נדחו לאחרונה בבית המשפט העליון, אשר קבע כי "...הרישום במרשם מקים לכאורה את ההנחה כי למבקש המעמד בישראל יש זיקות נוספות לאזור מלבד הרישום. לפיכך, בהיעדר נתונים אחרים רשאי משרד הפנים להסתמך על הרישום ולהניח כי על מבקש המעמד בישראל חלות הוראותיו של חוק הוראת השעה. עם זאת, בהתאם לפרשנות המצמצמת להגדרת "תושב אזור", על משרד הפנים לאפשר למבקש המעמד לשכנע באמצעות הבאת ראיות מינהליות כי מלבד הרישום במרשם נעדר הוא כל זיקה נוספת לאזור, כך שהחוק לא יחול עליו. אם מבקש המעמד יעמוד בנטל זה יחולו עליו ההסדרים הרגילים הנוגעים להענקת מעמד בישראל" (ע"מ 5569/05, סעיף 15 לפסק הדין).**

...מכאן, שרישומו של העותר במרשם האוכלוסין באזור, כשלעצמו, אף שיש בו משום ראיה לכאורה להיותו של העותר תושב האזור, אינו בגדר ראיה חותכת לעניין זה, ואין בו כדי למנוע בעד העותר להוכיח כי עניינו אינו נכנס תחת הגדרה זו. (ההדגשה הוספה).

19. באשר לאופן בו על המשיב לבדוק האם הילד עונה על ההגדרה של "תושב אזור", אם לאו, נקבע בסעיף 9 לפסק הדין בעניין משארה:

עניין זה מעלה את השאלה האם יש לראות בעותר כמי שמרכז חייו בעת הגשת הבקשה היה בישראל יחד עם הורהו המשמורן. **בחינת עמדתו של המשיב**

במקרים אחרים שנדונו לפני בית משפט זה מעלה כי לשיטתו, די בקיומו של מרכז חיים בישראל משך תקופה של שנתיים לפני מועד הגשת בקשה לקבלת רישיון לישיבת קבע בישראל, כדי לראות במבקש כמי שמרכז חייו מצוי בישראל. זו עמדת המשיב, שנקבעה בהתאם לנהליו, בנוגע להחזרת רישיון לישיבת קבע שפקע בו נדרש תנאי בדבר מגורים בישראל (לדוגמה: עת"מ 438/07 אבו אסמעיל נ' שר הפנים, לא פורסם, 19.11.07), וזו גם עמדתו בנוגע לבקשת מעמד עבור בן זוג זר בהן נדרשת הוכחת מרכז חיים בישראל של בן הזוג המזמין במועד הבקשה (לדוגמה: עת"מ 160/06 טהה נ' שר הפנים, לא פורסם, 24.1.08).

בנסיבות המקרה הנוכחי, אין חולק כי מאז נישואיה בשנת 1991 התגוררה עותרת 1 באזור יחד עם בעלה וילדיה, והחל חודש ינואר 2002 עברה להתגורר יחד עם ילדיה בישראל. העותר עצמו התגורר בישראל לצד אמו החל מינואר 2002, ובמועד זה הוא ממשיך להתגורר בישראל עם שני הוריו. המשיב אינו מצביע על זיקה כלשהי של העותר לאזור מאז תחילת מגוריו בישראל ובנסיבות אלה יש לקבוע שמרכז חייו של העותר במועד הגשת הבקשה אכן היה בישראל, ולפיכך הוא עומד בתנאי תקנה 12 לקבלת רישיון ישיבת קבע בישראל, בדומה לזה בו מחזיקה אמו. (ההדגשה הוספה).

## 20. לסיכום עד כה:

הפסיקה בעניין זה חד-משמעית: באשר לבקשות לרישומם של ילדיהם של תושבים, אשר נולדו בישראל – הרי שעצם רישומם באזור איננו מחיל עליהם אוטומטית את הוראת השעה. יש לבחון את מרכז חייהם של אותם ילדים ביום הגשת הבקשה. אם יוכח כי מרכז חייהם נמצא בישראל, יש לרשום אותם על פי תקנה 12, כתושבי קבע בישראל, כהוריהם.

21. כאמור לעיל, לעניין זה אין נפקות לעובדה שהבקשה הוגשה שלא בסמוך ללידתם של אותם ילדים, ואין צורך להוכיח כי מרכז חייהם היה בישראל ברציפות, מאז הלידה:

בהבהרת הנוהל, נזנחו על-ידי המשיב הדרישות שהעלה בעבר, כתנאי להחלת תקנה 12, בדבר הצורך בהגשת הבקשה בסמוך ללידה והוכחת קיומו של מרכז חיים בישראל, ברציפות מאז הלידה ואילך. (ראו: עת"מ (י-ם) 379/04 מנסור ואח' נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין בירושלים, תק-מח 2005(2), 4711. סעיף 11 לפסק הדין).

הנה כי כן, המשיב זנח זה מכבר את דרישותיו אלה (ראו גם: עניין עויסאת, סעיף 17 לפסק הדין), ובית המשפט הנכבד קבע כי אכן מדובר בדרישות שאינן כדין (ראו לעניין זה, למשל: עת"מ (י-ם) 577/04 אלקורד ואח' נ' שר הפנים). משכך, אין זה ברור מדוע שב המשיב ומעלה דרישות אלה בכתב תשובתו (ראו סעיף 56 לכתב התשובה).

## היישום לעניינה של העותרת 2

22. כמפורט לעיל, העותרת חזרה להתגורר בירושלים עם ילדיה באוקטובר 1999. דהינו, כבר באוקטובר 2001 קיימו העותרים מרכז חיים בירושלים כשנתיים. על פי הפסיקה שצוינה לעיל, מאחר שבאותו יום לא קיימו העותרת וילדיה כל זיקה לשטחים – הרי שהיה על המשיב לרשום את העותרת 2 במרשם האוכלוסין, כתושבת קבע בישראל.

המשיב מתעלם מפסיקה זו. הן מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין עויסאת. הן מפסיקותיו של בית המשפט הנכבד בעניין מוראר ומשאהרה – פסקי דין עליהם לא עירער המשיב.

23. פסיקה זו הובאה לעיל בבחינת למעלה מן הדרוש. זאת, שכן המשיב עצמו מכיר היום שעוד ביום 1.5.2002 קיימו העותרים מרכז חיים בישראל, כך שיש להחיל על העותרת 2 את תקנה 12. התאריך האמור קדם לחקיקת הוראת השעה, ואף קדם להחלטת הממשלה 1813 (אשר כלל לא ברור כי חלה על ילדים), כך שכלל אין צורך לדון במסגרת זו אם הוראת השעה חלה, אם לאו.
24. דא עקא, שהמשיב מחיל את תקנה 12 בצורה מוטעית. בית משפט זה קבע זה מכבר, כי נוהלו של המשיב, ליתן לילדים אלה – שנולדו בישראל, נרשמו תחילה בשטחים, אך מקיימים מרכז חיים בישראל – מעמד ארעי לשנתיים (א/5), ורק אחר כך מעמד של קבע, פסול:

סעיף 4 לנוהל (וסעיף 4 לתיקון מיום 20.3.05) קובע: "היה הילד רשום כתושב במקום אחר בעת הגשת הבקשה, אם יימצא עומד בתנאי סעיף 3 לעיל, יינתן לילד בשלב ראשון מעמד של תושב ארעי (א/5) למשך שנתיים לבחינת המשך קיומו של מרכז חיים בישראל, ולאחר מכן, יינתן לו מעמד של תושב קבע". סעיף 3, הנזכר בסעיף 4, קובע: "היה הורה אחד תושב קבע וההורה השני חסר מעמד בישראל, לאחר שיוכח מרכז חיי ההורה תושב הקבע וילדו בישראל, יינתן לילד מעמד של תושב קבע".

**תקנה 12 קובעת כי ילד שנולד בישראל לתושב קבע יקבל את המעמד שיש להורהו. מילד שנרשם באזור נדרש, כאמור, להוכיח כי מרכז חיי בישראל יחד עם הורהו תושב ישראל. על כן, אם ייקבע כי הילד איננו תושב האזור, על אף רישומו באזור, וכי מרכז חיי אכן בישראל, יקבל מעמד של תושב קבע כמעמד שיש להורהו. כך מתחייב מתקנה 12 כפי שפורשה ע"י הפסיקה, ונוהל איננו יכול לשנות זאת. "נוהל עבודה" שנועד לסייע ביישומה של תקנה, כמו נוהל העבודה שלפנינו, בו נקבע "ההליך המדורג הספציפי" (כפי שכונה ע"י ב"כ המשיב), הוא בגדר "סמכות עזר" (ראו סעי' 17(א) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). אחד הסייגים החלים על הפעלתן של סמכויות עזר הוא, ש"אין הרשות יכולה לקנות לה סמכות במסווה של סמכות עזר" (רענן הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (1996), בעמ' 32). כלומר, אין סמכות העזר יכולה להוסיף סמכות על זו שקנתה לה הרשות בתקנת המשנה, ואם ברצונה להרחיב את סמכויותיה עליה לעשות כן בתיקון התקנה (ככל שניתן לעשות זאת מכוחה של החקיקה הראשית) ולא באמצעות "נוהל עבודה" (והשוו לדברי כבוד השופטת ד' ביניש בבג"צ 979/99 פבאלואיה נ' שר הפנים, וכן לדבריה של כבוד השופטת מ' ארד בעת"מ 577/04 אלקורד נ' שר הפנים).**

**כאמור, עפ"י פסיקת בית משפט זה, משעה שהוכח כי מרכז החיים של הילד שנרשם באזור הוא בישראל, יש ליתן לו את המעמד שיש להורהו תושב ישראל, ולא ניתן ליתן לו מעמד פחות מזה שניתן להורהו. גישה זו עולה בקנה אחד עם התכלית שביסוד תקנה 12, כפי שהוסברה ע"י השופטת ביניש בבג"צ פבאלואיה הנ"ל. (עת"מ (י-ם) 1085/04 עודה ואח' נ' שר הפנים ואח', תק-מח 2005(2), 6840, עמ' 6842). (ההדגשה הוספה). (להלן: עניין עודה).**

על הלכה זו חזר בית המשפט הנכבד בעת"מ (י-ם) 982/04 עפאף ואח' נ' שר הפנים ואח', תק-מח 2005(2), 11162 (להלן: עניין עפאף). נציין, כי על פסקי הדין בעודה ועפאף הוגשו ערעורים, שצורפו לערעור שהוגש בעניין עויסאת. עם זאת, ערעורים אלה נמחקו, לאחר ששרד הפנים הסכים להעניק למשיבים באותם ערעורים את המעמד המבוקש. ממילא, פסק הדין בעניין עויסאת לא עסק כלל בנוהלו זה של המשיב, וברי כי קביעותיו של בית המשפט הנכבד בעודה ועפאף שרירות וקיימות.

25. הנה כי כן, מלכתחילה לא אמור היה המשיב ליתן לעותרת 2 מעמד זמני. אולם גם אם כבר ניתן המעמד הזמני, הרי שאין כל מניעה להעניק לה כיום מעמד של קבע. זאת, מאחר שהיא איננה

בבחינת "תושבת אזור", על פי הוראת השעה. הוראת השעה אינה חלה עליה, ומשכך אין בה כדי למנוע את שדרוג מעמדה של העותרת 2.

## 26. לסיכום עניין זה:

העותרת 2 איננה בבחינת "תושבת אזור", אשר הוראת השעה חלה עליה. משכך, מאחר שהעותרת 2 נולדה בישראל לתושבת ישראל, ומאחר שאין חולק כי מרכזי חיי המשפחה נמצא בירושלים – יש להשוות את מעמדה למעמד אימה, ולרשום אותה כתושבת קבע בישראל, על פי תקנה 12. כפי שצוין בעתירה, הסירוב לרשום את העותרת 2 במעמד של קבע מסכל את תכלית התקנה: השוואת מעמד הקטין למעמד הורה התושב. הותרת העותרת 2 במעמד ארעי, משמעה – העמדתה בסכנת פירוד ממשפחה, פגיעה אפשרית בהתפתחותה והתערבות בתא המשפחתי בניגוד לטובתה ולטובת המשפחה כולה.

העותרים יטענו, אף לו היתה העותרת 2 בבחינת "תושבת אזור", הרי שגם אז היה על המשיב ליתן לה מעמד של תושבת קבע. בעניין זה נדון להלן.

## מתן מעמד על פי הוראת השעה

27. כידוע, בקשה למתן מעמד בישראל נבחנת על פי המצב העובדתי ביום הגשת הבקשה. כאמור לעיל, קיימת מחלוקת בין הצדדים באשר למועד אשר החל ממנו מקיימים העותרים מרכזי חיים בישראל, ובעקבות זאת גם מחלוקת באשר למועד בו ייחשב כי הוגשה הבקשה. אולם גם אם נקבע כי מועד הגשת הבקשה הוא 1.5.2002, כעמדת המשיב, הרי שבאותו מועד היו העותרים כולם בני פחות מ-12 שנה (הבת הגדולה, העותרת 2, נולדה ביום 19.6.2000 וטרם הגיעה באותו יום לגיל 12). במצב עובדתי זה, גם הוראת השעה בנוסחה המחמיר יותר, עובר לתיקון משנת 2005, איפשרה מתן מעמד של תושבות קבע. בעניין זה נקבע בפסק דין משארה (סעיף 13 לפסק הדין):

אכן, הדין מכיר בחשיבותו של המועד בו הוגשה בקשה למתן רישיון ישיבה בישראל, להבדיל ממועד מתן ההחלטה בבקשה, וזאת, בין היתר, בהתחשב בהתמשכותם של הליכי הטיפול בבקשות מסוג זה... ברוח זו, הכירה הפסיקה זה מכבר בכך שבכל הנוגע לבחינת גילו של מבקש רישיון הישיבה בישראל, ההכרעה בבקשה תיפול בהתאם למצב העובדתי שהתקיים במועד הגשת הבקשה, וזאת גם אם בינתיים, לאור גילו של המבקש במועד מתן ההחלטה, התעורר טעם אחר לדחותה (עת"מ (י-ם) 128/05 ראזם נ' משרד הפנים, לא פורסם, 13.11.05; עת"מ (י-ם) 142/07 אבו חרוב נ' משרד הפנים, לא פורסם, 26.3.07; עת"מ (י-ם) 1092/07 אבו רומי נ' משרד הפנים, לא פורסם, 10.6.08). (ההדגשה הוספה).

28. המשיב עצמו מציין שניתן היה להעניק לעותרים 2-4, על פי נהליו, מעמד של א/5 במאי 2002. בסיום השנתיים, כך (על פי המשיב) קבעו הנהלים באותם ימים, זכאים הילדים לקבל רישיון לישיבת קבע, וזאת אם מרכזי חייהם מוסיף להיות עם ההורה התושב בישראל. שנתיים אחר כך, היו העותרים 2-4 כבר מעל לגיל 12. לטענת המשיב, מאחר שהוראת השעה, כנוסחה באותם ימים, לא אפשרה מתן מעמד של קבע לילד שגילו מעל 12 שנה, לא ניתן היום לשדרג את מעמדם של העותרים 2-3.



29. בטענתו זו מתעלם המשיב ממועד הגשת הבקשה. כזכור, גם לטענת המשיב, היו כל העותרים במועד זה בני פחות מ-12 שנה. בעת"ם 8336/08 **זחאייקה ואח' נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 2.12.2008) (להלן: **עניין זחאייקה**) נדון עניין דומה. באותה מקרה, במועד המוסכם להגשת הבקשה, 2.5.2005, חלה הוראת השעה לפיה הגיל הקובע היה 12 שנים. במועד המוסכם היה הילד מעל גיל 12, אולם נקבע כי יש לבחון את הבקשה על פי התיקון להוראת השעה מאוגוסט 2005, כלומר על פי גיל קובע של 14 שנים, תוך התחשבות בכך שהמועד הקובע לעניין גיל הילד הוא מועד הגשת הבקשה ולא מועד השנתיים של רישיון ה-א/5 (ראו: **עניין זחאייקה**, סעיף 4 לפסק הדין).

ניתן להשליך מקביעות אלה על ענייננו: על אף שהעותרת 2 היתה מעל גיל 12 ביום חקיקת הוראת השעה, הרי שבמועד הגשת הבקשה טרם הגיעה לגיל זה. מכיוון שבסימו של ההליך אמורה היתה העותרת 2 לקבל מעמד של קבע, ומכיוון שהוראת השעה אפשרה, בנוסחה המקורי, ליתן מעמד של קבע לילד שבקשה לרישומה לפני שהגיע לגיל 12 – יש להעניק גם לה מעמד של קבע. לעניין זה, נקבע כי אין נפקות לעובדה שלילד ניתן תחילה – על פי נוהל פנימי של המשיב – מעמד של א/5. אם החוק מאפשר ליתן מעמד של קבע, נוהל פנימי איננו יכול לשלול זכות זו (ראו: **עניין משארה**, החל מסעיף 11 לפסק הדין; **עניין זחאייקה**, סעיף 4 לפסק הדין).

30. לחילופין, ניתן להעניק לעותרת 2 מעמד של קבע, גם על פי ההוראה המתקנת של החוק, מאוגוסט 2005, לפיה ניתן להעניק מעמד של קבע לילד שגילו עד 14 שנים. כבר נקבע בפסיקת בית המשפט הנכבד, כי במקרים בהם, במועד התיקון לחוק, טרם נתקבלה החלטה בבקשה (כזכור, בענייננו התקבלה החלטת המשיב רק ביום 9.2.2006), יש להחיל את הוראת התיקון לפיה הגיל הקובע בעניין זה הוא גיל 14 להוראת השעה. ההיגיון העומד מאחורי זה הוא שתכליתו של אותו תיקון היתה להפוך את הוראת השעה למידתית יותר. משכך, גם אם במועד התיקון היתה העותרת 2 מעל גיל 14, הרי שבמועד הגשת הבקשה גילה היה מתחת לכך (ואף מתחת לגיל 12, כאמור), ולכן אין כל מניעה ליתן לה מעמד של קבע בישראל (לעניין זה ראו: עת"ם (י-ם) 771/06 **אבו גווילה ואח' נ' שר הפנים ואח'**, תק-מח 2007(3), 5982).

### בעניין העותר 3

31. העותר 3 נולד בשנת 1991 באלביריה, ונרשם מאוחר יותר במרשם האוכלוסין בשטחים.
32. באשר לילד שנולד מחוץ לישראל, אין תחולה ישירה לתקנה 12 (שהרי לפי לשונה היא חלה על "ילד שנולד בישראל"). עם זאת, במשך שנים ארוכות נהג המשיב בילדים שנולדו בישראל ומחוצה לה על פי אותם כללים ונהלים ממש. מעמדם נדון במסגרת הליך של "בקשה לרישום ילדים" ועל פי הקריטריון של מרכז חיים.
33. גם פסיקותיו של בג"ץ בעניין מצדדות בהחלת העיקרון העומד בבסיס תקנה 12, גם בעניינם של ילדי תושבים אשר לא נולדו בישראל.

כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. עם זאת, מכיוון ששאלה זו איננה מתעוררת ישירות בענייננו... ניתן להשאירה בצריך עיון. (השופטת (כתוארה אז) ד' בייניש, **עניין קרלו**, סעיף 3 לפסק דינה).

וכן :

אף שתקנה זו לא חלה, על פי לשונה, על ילדי תושבים שלא נולדו בארץ נפסק כי התכלית לשמה נועדה תקנה 12 חלה גם על ילדיהם של תושבי קבע אשר נולדו מחוץ לישראל. (עניין **עדאלה**, פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא א' ברק).

34. לטענת המשיב, על פי נהליו, שהיו נהוגים במאי 2002, ילדי תושבים, שנולדו בשטחים ונרשמו בנרשם בשטחים, היו מקבלים תחילה מעמד של א/5 לשנתיים. המשיב איננו מביא, בכתב התשובה, הוכחה לכך. בוודאי שלא מדובר בנהלים אשר ידועים היו לציבור הרחב באותם ימים.

35. ראשית, יטענו העותרים, כי העותר 3 איננו בבחינת "תושב אזור", שכן, בדומה לשאר בני המשפחה, קיים באותם ימים מרכז חיים בירושלים זה שנים אחדות, וניתק כל קשר לשטחים. לעניין זה ראו פסקי הדין בעוויסאת, משאהרה, ומוראר. על אף שפסקי דין אלה עוסקים במי שחלה עליהם תקנה 12, הרי שהפרמטרים שנקבעו שם לעניין מרכז החיים והמשמעות של זיקת הרישום נכונים גם לענייננו).

36. שנית, גם אם נאמר כי העותר 3 הוא בבחינת "תושב אזור" אין מניעה ליתן לו כיום מעמד של קבע, ואין כל סיבה להחיל עליו את הוראת השעה. כאמור, המשיב עצמו מציין שניתן היה להעניק לעותרים 2-4, על פי נהליו, מעמד כבר במאי 2002. המועד, בו רואה המשיב את הבקשה ככזו שאושרה, 1.5.2002, קדם למועד חקיקת הוראת השעה. אין כל עילה אפוא להחיל עליו את הוראת השעה. במקרה דומה, בו נדון עניין מתן מעמד לילד של תושבת קבע, אשר לא חלה עליו תקנה 12, נקבע כי :

**ראיית העותר כמי שאינו נתון למגבלותיו של חוק הוראת השעה איננה מופרכת. הדרך לכך - שלנוכח המפורט לעיל אינה אלא הדרך ליישום הסכמות הצדדים ופסקי הדין שאישרו אותן - הנה לראות את העותר כמי שבקשת אמו לרישיון ישיבה בישראל עבורו אושרה באופן עקרוני עוד ביום 31.1.01, עת אושרה בקשתה הדומה של העותרת עבור אביו, אחיו ואחיותיו. באותה הזדמנות נמצא גם העותר כמי שענה כבר בשנת 2000, עת היה קטין, על הדרישה לקיום מרכז חיים של שנתיים בישראל. לא עוד אלא שהחלטה מיום 31.1.01 התייחסה, על פי המספר הנקוב בכותרתה, לבקשת איחוד המשפחות משנת 1994, שהוגשה בהיות העותר בן 12 שנה. אלא שבשונה מאחיו ואחיותיו, שנותרו קטינים גם בעת קבלת ההחלטה, העותר בגר בינתיים, מה שהצריך לגביו בדיקה נוספת מול גורמי הביטחון. בדיקה זו נבעה רק מהיבט הגיל, שהתחדש תוך כדי הטיפול בבקשה. לפיכך ניתן לראות בה השלמה לזכאות העקרונית של העותר לקבלת הרישיון, כפי שנקבעה עוד בהחלטה מיום 31.1.01. בעת קביעת הזכאות העקרונית טרם היה בנמצא חוק הוראת השעה, שלא בא לעולם אלא למעלה משנתיים וחצי לאחר מכן. לכן אין האיסור שבסעיף 2 לחוק חל על מקרה זה (עת"ם (י-ם) 132/06 עאמורי ואח' נ' שר הפנים, תק-מח 2007(3), 5636, סעיף 6 לפסק הדין).**

37. שלישית, גם בהתחשב בהוראת השעה, יטענו העותרים, כי – כפי שפורט לעיל בעניינה של העותרת 2 – על אף שהעותר 3 כבר עבר את גיל 12 ביום חקיקת הוראת השעה, הרי שבמועד הגשת הבקשה טרם הגיע לגיל זה. מכיוון שבסיומו של ההליך אמור היה העותר 3 לקבל מעמד של קבע, ומכיוון שהוראת השעה אפשרה, בנוסחה המקורי, ליתן מעמד של קבע לילד שבקשה לרישומה הוגשה לפני שהגיע לגיל 12 – יש להעניק גם לו מעמד של קבע.

38. ושוב נציין, כי גם בעניינו של העותר 3 ניתן להעניק מעמד של קבע, גם על פי ההוראה המתקנת של החוק, מאוגוסט 2005, לפיה ניתן להעניק מעמד של קבע לילד שגילו עד 14 שנים. (ראו סעיף 30 לעיל).

39. באשר לטענת המשיב, כי החוק איננו מאפשר את שדרוג המעמד: בעניין זה נתפס המשיב, בכל הכבוד, לטעות. אמנם, על פי החוק מעמד איננו משודרג, אולם כלל זה חל רק על מי שעניינם לא הוחרג מתחולת החוק (ראו בעניין זה: בג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח בישראל ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 2007(1), 188, סעיף 4 לפסק הדין). מי שקיים בעניינו הסדר אחר, על פי החוק, המאפשר ליתן לו מעמד של קבע (קרי, ילדים) כלל אי-השדרוג איננו חל עליו.

40. גם בפן הרחב יותר אין כל עילה להותיר את העותר 3 במעמד זמני. כאשר הוגשה הבקשה לרישום, היה העותר 3 בן 9. אמנם, מטעמים של הוכחת מרכז חיים, רואה המשיב את הבקשה ככזו שהוגשה בעת שהיה העותר 3 בן 11. גם גיל זה הינו נמוך מהגיל שלגביו נקבע שאי-אפשר לתת מעמד לילד של תושב ישראל. כידוע, המדינה טוענת שלהוראת השעה תכלית ביטחונית. העלאת הגיל שמתחתיו ניתן להעניק מעמד בישראל, באוגוסט 2005, נעשתה לאחר שלא נמצא צידוק ביטחוני המונע הענקת מעמד לילדים שבקשתם הוגשה לפני שהגיעו לגיל 14. והרי בקשתו של העותר 3 הוגשה בעת שהיה צעיר בהרבה, מדוע, במצב דברים זה, מתעקש המשיב למנוע ממנו מעמד של קבע?

41. המשיבים טוענים כי הותרת העותרים 2 ו-3 במעמד ארעי מתחייבת מזיקותיהם של השניים לשטחים. בחינת אותן זיקות מעלה שאין בכך ממש. העותרים מתגוררים בירושלים כמעט 10 שנים ברציפות. רוב חייהם הם מתגוררים כאן, כאן למדו, כאן יצרו קשרים חברתיים, כאן התחנתה העותרת 2 וכאן גרה עם בן זוגה הירושלמי. ה"זיקה" היחידה שנתרה להם לשטחים היא אביהם, המתגורר שם עם אשתו השנייה. מדובר באותו אב ממנו ברחא אימם, יחד עימם, לאחר שהאחרון נקט כלפיה באלימות קשה (ראו עמוד 2 לפרוטוקול השימוע). אותו אב, אשר בנה הקטן של העותרת מספר לכל השואלים אותו כי "אין לו אבא" (עמוד 3 לפרוטוקול). אותו אב עימו העותרים כלל לא נמצאים בקשר.

ברי כי לומר שיש כיום לעותרים 2 ו-3 זיקות לשטחים – הוא לעג לרש. במצב דברים זה, אין כל עילה להותירם במעמד ארעי, מבלי אפשרות לקבל מעמד של קבע במקום אליו קשרו את גורלם.

42. **מכל הטעמים לעיל, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את העתירה ולקבוע כי יש להעניק לעותרים 2 ו-3 מעמד של תושבי קבע בישראל.**