

תשגה 843/12

כפני : יו"ר ועדת החשגה לזרים. ירושלים.

בעניין :

1. אבו חרשיק ת.ז.
2. סיורי, יליד 29/5/02 בן סיורי 1 חרשיק (מחוסר מעמד)

באמצעות המוקד להגנת הפרט
ב"ס עוה"ד בנימין אחסתרובה

המשיגים

רשות האוכלוסין ההגירה, משרד הפנים
באמצעות השלכה המשפטית, עו"ד אילנית מנדל

המשיב

כתב תשובה

בהתאם להחלטת יו"ר הועדה הנכבד מתכבד המשיב להגיש תגובה להשגה כדלקמן :

עניינה של החשגה דגן בבקשת המשיגה 1 לרשום את המשיג 2, נכדה, במרשם האוכלוסין הישראלי. עמדת המשיב היא שבקשת המשיגים סורבה כדין שכן מנסיבות העניין עולה שבקשתם לא נועדה אלא כדי לעקוף את הקושי ברישום המשיג 2 (להלן: "המשיג") מכוח מעמדו של אמו, תושבת קבע במדינת ישראל.

אמו של המשיג, שאינה משיגה בהשגה זו, מתגוררת לסירוגין בבית המשיגה בעיסאווייה ובבית בעלה בעזריה ומשכך איננה מקיימת עם בנה (המשיג 2) מרבז חיים משותף בישראל שהוא תנאי לקבלת מעמד מכוח תקנות הכניסה לישראל התשל"ד – 1974 (להלן: "התקנות").

העובדות הצריכות לעניין:

1. המשיגה 1 (להלן: "המשיגה") היא סבתו (מצד אמו) של המשיג 2 (להלן: "המשיג"), תושבת קבע, ילידת 1947. המשיג מס' 2 (להלן: "המשיג") יליד ירושלים 29/5/02, אינו בעל מעמד בישראל.

2. אמו של המשיג ובתה של המשיגה: אבו רמילה, ת.ז. , ילידת 22/10/78 , נשואה (מיום 28/9/02) בפעם הרביעית, לבעלה תושב קבע (נאסר ת.ז. , יליד 1965, פוליגם, אשר היה גם בעלה השני (להלן: "בעלה הנוכחית").
3. אביו של המשיג, תושב האזור, בעלה השלישי של אם המשיג, סיורי (להלן: "מר סיורי") ת.ז. , יליד 6/10/75.
4. הוריו של המשיג היו נשואים מיום 12/7/01 ועד ליום 5/4/02 מר סיורי מעולם לא עדכן את נישואיו במרשם האוכלוסין באזור.
5. ביום 19/11/06 התקבלה אצל המשיב באמצעות הדואר בקשה לרישום המשיג מאת אמו. **העתק הבקשה מיום 19/11/06 מצורף ומסומן כנספח א'.**
6. ביום 11/12/06 נכחה אמו של המשיג במשרדי המשיב ובמעמד זה התבקשה להסדיר את מצבה האישי במרשם האוכלוסין, אולם, עד היום בחרה שלא לפעול בהתאם.
7. מרישומי המשיב עולה כי, ביום 27/10/09 נכח בעלה הנוכחי של אם המשיג במשרדי המשיב לצורכי המצאת תעודת זהות חדשה עקב אובדן, במעמד זה מסר כי נשוי ל-2 נשים, כאשר עם אשתו הראשונה הוא מתגורר בעזריה, בעוד אשתו השנייה – אמו של המשיג – מתגוררת אצל אמה (המשיגה), בעיסאווייה.
8. עוד עולה מרישומי המשיב כי ביום 17/8/10 נכחה אמו של המשיג במשרדי המשיב, במעמד זה ציינה בפני המשיב את מצבה האישי ומסרה כי מתגוררת לסירוגין בבית אמה בעיסאווייה ובבית בעלה בעזריה. במעמד זה התבקשה אמו של המשיג להמציא תיעוד אודות מצבה האישי ומסמכים להוכחת מרכז חיים בישראל, אולם האם בחרה שלא לפעול בהתאם ולא המציאה את התיעוד והמסמכים הדרושים.
9. ביום 6/1/11 הגישה המשיגה בקשה לרישום נכדה, המשיג, סיורי, יליד 29/5/02 – יליד ירושלים. לבקשה צורף פס"ד של בית הדין השרעי מיום 24/5/10 לפיו למשיגה אפוטרופסות על נכדה, זאת מבלי שנערכה בחינת טובת הנכד הנשענת על המלצת גורמי הרווחה. **העתק טופס הבקשה וצו אפוטרופסות של ביה"ד השרעי ותרגום לא רשמי של הצו מצורפים ומסומנים כנספח ב'.**
10. ביום 11/1/11 נשלחה בעניינה של המשיגה שאילתה למוסד לביטוח לאומי (להלן: "המל"ל") בסמוך הועברו אל המשיב ממצאי חקירות המל"ל שנערכו בעניינה של המשיגה והסתיימו ביום 19/5/09 וביום 11/11/09 לפיהן המשיגה מתגוררת בעיסאווייה החל מחודש 8/08 ולפני כן התגוררה בנכסה בזעיים שבאזור. **העתק תמצית חקירת המל"ל מיום 19/5/09 ומיום 11/11/09 מצורף ומסומן כנספח ג'.**

11. ביום 18/1/11 התקבל מכתב מיום 10/1/11 מהמוקד להגנת הפרט, במסגרתו ביקשו להסדיר את מעמדו של המשיג.
- העתק המכתב מיום 10/1/11 מצורף ומסומן כנספח ד'.**
12. ביום 8/5/11 התקבל מכתב מיום 2/5/11 אליו צורפו מסמכים להוכחת מרכז חיים בישראל.
- העתק המכתב מיום 2/5/11 מצורף ומסומן כנספח ה'.**
13. ביום 9/5/11 נשלחה למשיגים באמצעות המוקד להגנת הפרט החלטת ביניים ולפיה הבקשה בטיפול.
- העתק תשובת המשיב מיום 9/5/11 מצורף ומסומן כנספח ו'.**
14. ביום 2/6/11 התקבל מכתב נוסף מאת המוקד להגנת הפרט, במסגרתו נטען כי טרם התקבלה תשובה בבקשה. מכתבי תזכורות נוספים הועברו בתאריכים 5/7/11, 7/8/11.
- העתק המכתבים מיום 2/6/11, 5/7/11 ו-7/8/11 מצולפים ומסומנים כנספחים ז'.**
15. ביום 6/9/11 דחה המשיב את הבקשה היות ולא הומצאו נסיבות מיוחדות לפיהן הוריו הביולוגיים של המשיג אינם מסוגלים לטפל בו.
- העתק מכתבו של המשיב מיום 6/9/11 מצורף ומסומן כנספח ח'.**
16. ביום 31/1/12 התקבל מכתב ערר מאת המוקד להגנת הפרט שכותרתו "בקשה לעיון מחודש בבקשה", אשר במסגרתו לא הועלו טענות ואו נסיבות חדשות, אליו צורף דו"ח מהמנהל לשירותי קהילה אגף הרווחה. בתאריכים 1/3/12, 27/3/12 וב 17/4/12 התקבלו במשרדי המשיב מכתבי תזכורת.
- העתק המכתב מיום 31/1/12 והדו"ח מאגף הרווחה מצורפים ומסומנים כנספח ט'.**
- העתק מכתבי התזכורות מצורפים ומסומנים כנספח י'.**
17. ביום 21/5/12 ערך המשיב ראיון למשיגים בנוכחות ב"כ המשיגים עוה"ד בנימין אחסתרובה במסגרת הראיון טענה המשיגה כי אין קשר עם אביו של המשיג, היכן נמצא ומה מעשיו. כמו כן המשיג מסר במהלך הראיון כי מבקר את אמו כל חודש.
- העתק פרוטוקול הראיון מיום 21/5/12 מצורף ומסומן כנספח יא'.**
18. ביום 22/5/12 ביקשו ב"כ המשיגים לקבל העתק מפרוטוקול השימוע. פרוטוקול השימוע הועבר לב"כ המשיגים בסמוך.
- העתק המכתב מיום 22/5/12 והעתק תשובת המשיב מצורף ומסומן כנספח יב'.**

19. ביום 3/7/12 התקבל מכתב מאת המוקד להגנת הפרט, מיום 21/6/12, במסגרתו נטען כי טרם ניתנה תשובה לבקשה.

העתק המכתב מיום 21/6/12 מצורף ומסומן כנספח יג'.

20. ביום 30/7/12 נשלחה שאילתא למלייל לקבלת החקירות המלאות. בסמוך הועברו החקירות המלאות אשר הסתיימו 18/5/09, 11/11/09 וביום 3/1/12. מהחקירות עלה כי המשיגה מתגוררת בעיסוויה.

ביום 18/5/09 נגבתה עדותה של המשיגה ממנה עלה כדלקמן :

ש : "ממתי את גרה בבית הזה ?"

ת : "אני גרה בבית הזה עם בתי מחודש 8/08 ועד היום ובתי עזבה את בעלה בעקבות סכסוך אתו ויש הליכי גירושין בינה ובין בעלה".

ש : "היכן חיית גרה לפני הבית הזה ?"

ת : "הייתי גרה בביתי שבאלזעיים".

יודגש כי בראיון שנערך למשיגה במשרדי המשיג ביום 21/5/12 מסרה המשיגה תמונה שונה לעניין מגוריה בעבר ובלשונה : "לפני כן הייתי גרה בבאג חוטה שם גרתי מעל 15 שנה אח"כ עברתי לדירה אחרת גם בעיר העתיקה ברח' אלקאדסייה וגם ברובע היהודי".

העתק עדות המשיגה מיום 18/5/09 מצורף ומסומן כנספח יד'

21. ביום 1/8/12 בקשת המשיגים נדונה בפני ועדה לשכתית של המשיג אשר במסגרתה לא נמצא מקום לאשר הבקשה היות ולא הובאו נתונים המצביעים על כך שאמו אינה מסוגלת לגדלו. כמו כן באפשרות אמו של המשיג להגיש בקשה לרישום הילד, אשר תידון בהתאם לנהלים. מכתב ברוח דברים אלה, הועבר למשיגים באמצעות המוקד להגנת הפרט.

העתק המכתב מיום 7/8/12 מצורף ומסומן כנספח טו'.

22. ביום 27/8/12 התקבל במשרדי המשיג ערר, מיום 23/8/12 המכוון כנגד הסירוב להסדיר את מעמדו של המשיג בישראל. מכתב תזכורת התקבל ביום 10/10/12.

העתק הערר מיום 23/8/12 מצורף ומסומן כנספח טז'.

23. ביום 16/10/12 הושב לבי"כ המשיגים כי בקשתה של המשיגה לרשום את נכדה המשיג במרשם האוכלוסין נבחנה על כל היבטיה ולא נמצא מקום לאשר את הבקשה. בנוסף נמסר כי באפשרות אמו של המשיג שהינה תושבת קבע להגיש בקשה לרישום ילדים שתיבדק בהתאם לנהלים.

העתק תשובת המשיב מיום 16/10/12 מצורף ומסומן כנספח יז'.

24. ביום 15/11/12 הוגשה ההשגה דנן.

התשתית הנורמטיבית:

פללי:

1. הזכות לקבל מעמד קבע בארץ מכוח לידה היא זכות מהותית, ועל כן הסדרתה צריך שתהא בחקיקה ראשית. כללים לגבי רכישת מעמד בארץ מכוח לידה נקבעו בשני דברי חקיקה ראשית. המזזבר בסעיף 4 לחוק האזרחות, תשי"ב - 1952 וסעיף 4 לחוק השבות תשי"י - 1950. במקרים בהם אין זכאות למעמד בארץ מכוח לידה, כבעניינו, הרי שהכניסה לישראל והישיבה בה היא על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952 (להלן: "חוק הכניסה").
2. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952 עוסק בשני עניינים מרכזיים: הכניסה לישראל (סעיף 1(א)) והישיבה בה (סעיף 1(ב)). לעניין הישיבה קובע החוק כי:

"מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה".

3. זוהי הוראה עצמאית החלה ללא קשר לכניסה לישראל. החוק מבחין בין אשרה (שעניינה כניסה לישראל) לבין רשיון (שעניינה הישיבה בישראל). רישיונות הישיבה ניתנים על-ידי שר הפנים לתקופות שונות, והמרחיק לכת מכולם הוא רשיון לישיבת קבע (סעיף 2(א)(4)).
4. התקנות מסדירות באילו מקרים רשאי שר הפנים לתת לאדם אשרות ביקור לסוגיהן (תקנה 5) ואשרות ישיבה ארעיות לסוגיהן (תקנה 6).
5. הקריטריונים למתן אשרת ורשיון ישיבת קבע אינם קבועים בחוק, ואף לא בתקנות. חסר זה אינו מקרי, והוא נובע מהתפישה העקרונית לפיה שיקול הדעת הנתון לשר הפנים - אם להתיר ישיבת זר בארץ, אם לאו - הוא רחב ביותר. על רוחבו של שיקול הדעת בנוגע לעצם התרת הכניסה לישראל עמד בית המשפט בבג"צ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113.
6. מדיניותם רבת השנים של שרי הפנים, לפיה אין מוענקת לזרים אשרה לישיבת קבע אלא במקרים חריגים בהם מתקיימים שיקולים מיוחדים, עמדה פעמים רבות במבחנו של בית המשפט. כך לדוגמא בדנג"צ 6781/97 ורה אניקין נ' שר הפנים, תק-על 198(1), 591, חזר וקבע בית המשפט כי:

"המדיניות הכללית שאין להעניק ישיבת קבע לזרים, מבוססת היטב בפסיקתו של בית משפט זה והיא אינה חריגה במשפט האומות. עם זאת בדין קבע לה המשיב סייגים והעותרים לא הצביעו על עילה מספקת להתערב בפסק דינו של בית משפט זה, שסרב להתערב בסייגים אלה".

7. כאמור, הסמכות להפעלת שיקול הדעת הנוגעת למתן אשרה לישיבת קבע בישראל מסורה לשר הפנים, או למי שהוסמך לכך על ידו. לצורך כך, לקבעו תנאים מחמירים שבבסיסם עומדים שיקולים הומניטריים כבדי משקל בלבד, ורק במקרים חריגים ניתנת האשרה המבוקשת.

8. בהתאם להשקפה זו, ותוך הכרה בחשיבות התא המשפחתי, הכיר שר הפנים באפשרות להעניק מעמד של קבע לשארי בשר מדרגה ראשונה (בני זוג וילדים) של תושב, בכפוף לבדיקה פרטנית של נסיבות כל מקרה ומקרה. יחד עם זאת, גם נכוונת זו של המשיב להעניק מעמד לשארי בשרו של תושב אינה ניתנת באופן אוטומטי. בין השאר רשאי השר להביא בין שיקוליו את מיקום מרכז חייו של נשוא הבקשה בעת הגשתה.

תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל:

9. תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952 (להלן: "התקנה") קובעת, כדלקמן:

"ילד שנולד בישראל, ולא חלו עליו סעיף 4 לחוק השבות, התש"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."

10. די בעצם מיקום התקנה בתקנות הכניסה לישראל, ולא במסגרת מרשם האוכלוסין או תקנות שתוקנו מטעמו, וכן מלשון התקנה הנוקטת בדיבור "מעמד", כדי ללמד על אופיו המהותי של ההליך המוסדר במסגרתה, שעניינו רכישת מעמד בישראל. בקשה זו שונה בתכלית מבקשה לרישום סבני, המוסדרת בחוק מרשם האוכלוסין ותקנות מרשם האוכלוסין (רישום מאוחר של לידות ופטירות) תשל"ו - 1975, העוסקים במרשם מי שהוא בעל מעמד בישראל.

11. הבקשה ל"רישום" ילדים כמו גם בקשה לאיחוד משפחות, הינה למעשה בקשה להענקת מעמד בישראל באמצעות מתן רישיון ישיבת קבע לשאר בשרו של תושב, וזאת כנדרש לפי סעיף 1 לחוק הכניסה (רי לעיל).

12. הנחת המוצא, כי מי שנולד לתושב קבע שאינו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, אינו בעל זכות קנויה לשבת בישראל מכוח לידתו בה, וכי ישיבתו בישראל מותנית ברישומו על-פי תקנה זו או במסגרת בקשה לאיחוד משפחות - עניינים המסורים שניהם לשיקול דעתו הרחב של המשיב.

13. תקנה 12 אינה מתיימרת להקנות לקטין מעמד בארץ מכוח לידתו בה. לידת קטין בארץ, כשלעצמה, אינה מקנה לו מעמד כלשהו בארץ מכוח תקנה 12, ובוודאי שלא רישיון לישיבת קבע בה. מסקנה זו מתבקשת בראש ובראשונה מלשון התקנה, שאינה נוקבת במעמד שיש ליתן למי שנולד בארץ, אלא מפנה למעמד הוריו. היא מתיישבת עם העמדה שזכויות מהותיות - וכזו היא הזכות למעמד בארץ מכוח לידה בה - צריכות להיות מעוגנות בחקיקה ראשית, ולא בחקיקת משנה.

14. מטרתה של התקנה, להגן על התא המשפחתי ועל הצורך לאפשר לילד לחיות עם ההורה שמגדל את הילד, ושלו המשמורת בילד. היגיון התקנה מחייב קיום קשר הדוק בין שאלת מעמד הקטין לבין שאלת המשמורת בו, במובן זה שראוי הוא שמעמד הקטין יהא כמעמד ההורה המשמורן. הטעם לכך פשוט: אם ההורה המשמורן חסר כל מעמד בארץ אין הצדקה עניינית לתת לקטין מעמד בה, ואם ההורה המשמורן בעל מעמד בארץ אין מקום למנוע מהקטין מעמד בכפוף לנהלים ולמצב החוקי. לפיכך, פרשנות המשיב את התקנה הינה כי מעמד בישראל לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952, יוענק על פי מעמד ההורה עימו מקיים הילד מרכז חיים.

15. פרשנות זו של המשיב עמדה במוקד הדיון בבג"צ 979/99 פבאלואיה קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים, תק-על(3)99, 108, עמ' 109. בפסק הדין אישר בית המשפט הנכבד את פרשנות המשיב וקבע, כדלקמן:

"הנחות המוצא לדיונו היא הקביעה כי המחוקק אינו מכיר בזכות ישיבה בארץ "מכוח לידה" (בכפוף להוראות חוק האזרחות); בהתאם לכך עלינו לפרש את תקנה 12, אשר הותקנה בגדר סמכותו של שר הפנים להתקין תקנות לביצוע חוק הכניסה לישראל... משאמרנו כי תכלית תקנה 12 איננה להעניק מעמד בישראל "מכוח לידה", מתעוררת השאלה מה היא התכלית העומדת בבסיס תקנה 12. נראה כי המצב אותו ראה מחוקק המשנה נגד עיונו, ואשר אותו ביקש למנוע, הינו יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, לבין מעמדו של ילדו אשר נולד בישראל, ואשר עצם לידתו בארץ איננה מעניקה לו מעמד חוקי בה. ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירת 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 הורו המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. אף מנקודת מבט של הענקת רישיונות ישיבה בישראל נראה כי אין הצדקה ליצירת פער כזה, שכן ההצדקות אשר עמדו בבסיס מתן רישיון הישיבה להורה יחילו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו." (ההדגשות הוספו)

16. עמדה זו אושרה פעם נוספת בדג"צ 8710/99 פבאלואיה קרלו, נ' שר הפנים ו-3 אח', תק-על(2)2000, 984, עמ' 985.

17. תקנה 12 מתייחסת למעמדם של הורי הקטין ולא למעמדם של קרובים אחרים והיא נועדה לשמור על שלמות התא המשפחתי המורכב מבני זוג וילדים. לכן באופן כללי, בחינת מרכז החיים מתייחסת להורי הקטין, ולא לקרובים אחרים, ובמקרים בהם לא שני הורי הקטין מגדלים אותו, מתייחסת התקנה – על פי הגיונה – להורה המגדל את הקטין.

18. מבלי לקבוע מסמרות בעניין, הרי שבמקרים יוצאי דופן וחריגים בלבד, כגון כאשר הורי הקטין נפטרו והוא במשמורתו של בן משפחה אחר, או כשהורים אינם כשרים להיות הורים לקטין מסיבה זו או אחרת – אזי יש מקום לפנות ולבחון אפשרות של מתן מעמד מכוה אפוטרופוס שאיננו ההורה. כפי שנלמד בהמשך הדברים, אלו רחוקות מלהיות הנסיבות בענייננו.

עמדה זו של המשיב התקבלה בפס"ד בעת"מ 810/06 עאיד חסין שחאדה עאצי ואח' נ' שר המניס שם נקבע כדלקמן :

" ... לשיטת המשיב, כאשר ההורים אינם מגדלים את ילדם חלה הוראת תקנה 12 רק באותם מקרים חריגים בהם ההורים נמנעים ללא סיבה סבירה או אינם מסוגלים למלא את חובותיהם ולדאוג לילדם. לגרשם המשיב, הוראת תקנה 12 לא נועדה לחול על אותם מקרים בהם ההורים או אחד מהם, מסוגלים לגדל את הילד אך מטעמים של נוחות, או טעמים דומים אחרים, הילד איננו גדל עם הוריו. עמדתנו זו של המשיב, איננה בלתי סבירה. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם ולהם החובה והזכות לגדל את ילדיהם ולדאוג לצורכיהם. לעניין זה ר' בג"צ 8906/04 פלונית נ' פלוני (פורסם בנבו, 20.7.05), פסקה 10 לפסק דינה של כבוד השופטת (כתוארה אז) ביניש:

" ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם ולהם החובה והזכות לגדל את ילדיהם ולדאוג לצורכיהם. כאשר אחד מהוריו של הקטין נפטר, הרי על דרך הכלל האפוטרופסות על הקטין נותרת במלואה בידי של ההורה האחר. כך מתחייב מטבת הקטין וכך מתחייב גם מזכותו הטבעית של כל הורה, שהיא גם חובתו, לגדל את ילדו ולדאוג לכל מחסורו. עם זאת, על פי סעיף 28 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כאשר אחד מהוריו של הקטין נפטר ובית המשפט רואה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין, רשאי הוא למנות לקטין אפוטרופוס נוסף באופן כללי או לעניינים שיקבע. הסדר זה מתייחס למצבים חריגים בהם מתקיימות נסיבות כבדות משקל המצדיקות מינוי אפוטרופוס נוסף על הקטין מלבד ההורה הטבעי הנותן בחיים. דרישת המחוקק לקיומה של "סיבה מיוחדת" למינוי כאמור, נובעת מן התפיסה היסודית לפיה אין להתערב באוטונומיה ובפרטיות של התא המשפחתי בלא עילה מיוחדת ויוצאת דופן המצדיקה זאת. מינוי אפוטרופוס נוסף על הקטין פוגע בזכותו של ההורה הטבעי להחזיק בילדו ולדאוג לצרכיו החומריים הרוחניים תרבותיים ולפיכך מתחייבת הוכחתה של עילה כאמור"

האמור לעיל מוביל למסקנה כי ברגיל ובהעדר ראיות לשתור רשאי המשיב להניח כי הילד נותן בחזקת הוריו ומקיים עימם (או עם אחד מהם) מרכז חיים וכן כי טובתו של הילד דורשת כי לא יופרד מהוריו. לכן בנסיבות המסוימות כאשר הוריו של הילד אינם בעלי מעמד בישראל, ואילו האפוטרופוס הנו בעל מעמד בישראל, רשאי המשיב לייחס לילד את מעמד הוריו ולהימנע מלרשום את הילד במרשם האוכלוסין בהתאם למעמדו של האפוטרופוס. ואולם. באותם מקרים נדירים כאשר מוכח כי

טובת הילד מחייבת את הימצאותו בחזקת אפוטרופוס בשל חוסר מסוגלות הורית או טעמים דומים אחרים, על המשיב לפעול בהתאם לחוראות תקנה 12 ולתכליתה ולרשום את הילד בהתאם למעמדו של האפוטרופוס.

יצוין כי כנגד פסק הדין הוגש ע"מ 9043/07 ביום 10/12/09 הערעור התייטר ונמחק וזאת בהתאם להסכמה אשר הושגה לפיה "ב"כ המערערים תיזום בתוך 45 יום פניה מחדשת לבית הדין השרעי לצורך בחינה נוספת וכוללת של צו האפוטרופסות והחזקה שניתן למערערים ביחס לילד". להליך בית הדין יצורף משרד הרווחה כמשיב והוא יהיה רשאי להציג את עמדתו.

ערעור שהוגש לבית הדין השרעי הגבוה לערעורים ירושלים, המכוון כנגד החלטת בית הדין השרעי בירושלים, נדחה ביום 5/9/12.

עמדת המשיב

מרכז חייה של אם המשיג

19. בפרק המשפטי עמדנו על כך שהרציונל של התקנה הוא למנוע "פיצול מעמד" בין הורה לילדו, כנסיבות בהן ההורה תושב הקבע הוא המשמורן ומקיים מרכז חיים עם ילדו. בענייננו, על פי טענת המשיגים, אב המשיג הינו תושב אזור ואם המשיג הינה תושבת קבע אשר גרה באזור עם בעלה הנוכחי. לפיכך, אמו אינה מקיימת עם בנה מרכז חיים, והוא אינו זכאי למעמד מכוח מעמד אמו. טענה זו נטענת למעלה מן הצורך וזאת מאחר שאם המשיג הגישה בקשה בשנת 2006, אולם זנחה את בקשתה כמפורט בפרק העובדתי. כן יציין המשיב כי גירסתה של המשיגה לפיה אם המשיגה נתקה עצמה ממנו – מוטלת בספק, באשר ביום 17/8/10 מסרה אם המשיג כי מתגוררת לסירוגין בבית אמה בעיסויה ובבית בעלה הנוכחי בעזריה.

20. נזכיר פעם נוספת כי תקנה 12, היא תקנת שבשיקול דעת ואיננה בשום אופן הוראת ציווי למשיב. לפיכך, היותה של האם חיה באזור, כמו גם היותו של האב תושב אזור – הם שיקולים רלוונטיים וחשובים בהפעלת שיקול הדעת.

בקשת הסבתא המשיגה :

21. ביום 6/1/11 הגישה המשיגה בקשה למתן מעמד עבור המשיג.

מדו"ח אגף הרווחה מיום 17/10/11 - אשר הוגש בעניינו של הקטין עולה, שאמו של הקטין נישאה בשנית ובעלה הנוכחי מסרב לקבל את הילד, עוד עולה כי אביו הביולוגי של המשיג תושב שטחים ולא ידוע מקום מגוריו.

המשיב יטען אין בדו"ח כי להעיד על חוסר מסוגלותה ההורית הנטענת של אם המשיג לטפל בקטין. כמו כן אין בדו"ח כדי להעיד כי טובתו של הקטין עדיפה אצל הסבתא מאשר אצל אמו הביולוגית שאמורה לגלות אחריות כלפי בנה.

22. מהאמור לעיל עולה, כי אמו של המשיג היא אישה צעירה, בריאה ונורמטיבית, שאין כל מניעה אובייקטיבית שתגדל את ילדה. ודוק: לפי קובץ מרשם האוכלוסין עולה כי לאמו של המשיג 4 ילדים נוספים ילדי: 1996, 2000, 2004 ו-2008.

23. ביום 24/5/10 הורה בית הדין השרעי, המשיגה - סכתו של המשיג על חזקה בלעדית למשיגה על המשיג, יודגש כי ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לא היה צד להליך זה, ולא הוגש במסגרתו כל תסקיר. סעיף 69 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב 1962 (להלן חוק הכשרות), מעניק ליועץ המשפטי לממשלה או לב כוחו סמכות להתייבב בכל הליך לשם הגנה על עניינו של קטין, חסוי או פסול דין.

24. ויודגש, אין חולק כי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וחוק שיווי זכויות האישה הם המחייבים בענייני אפוטרופסות ומשמורת, גם כאשר הדין מתקיים בפני בית הדין השרעי הנכבד. בהקשר זה נפנה לסעיף 7 (ב) לחוק שיווי זכויות האישה, לסעיף 79 סיפא לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ולפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 9740/05 פלוני נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים, בג"ץ 8906/04 פלונית נ' פלוני, ובג"ץ 1129/06 פלוני ואחי נ' בית הדין השרעי לערעורים.

25. בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות וחוק שיווי זכויות האישה בא לידי ביטוי עקרון יסודי, לפיו חורי הקטין הם האפוטרופסים הטבעיים שלו, ורק בנסיבות חריגות וקיצוניות, שאינן מתסיימות בעניינו, תוענק אפוטרופסות על קטין שיש לו הורה חי, למי שאינו הורה של הקטין.

26. וכך נפסק בבג"ץ 9740/05 פלוני נ' בית הדין השרעי הגבוה לערעורים בירושלים:

"המסגרת הנורמטיבית הקשורה בטובת הקטין ידועה, ומעוגנת היא בחוק שיווי זכויות האישה תשי"א - 1951 ובחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב - 1962 (להלן חוק הכשרות) (ראו פרשת פלוני נ' פלונית, שם). יסוד היסודות, והוא חלק מכל אתוס אנושי, הוא האמור בסעיף 3 לחוק שיווי זכויות האישה ובסעיף 14 לחוק הכשרות. סעיף 3 לחוק שיווי זכויות האישה קובע כי "(א) האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם... (ב) אין בהוראות סעיף קטן (א) כדי לפגוע בכוחו של בית המשפט או בית הדין מוסמך לנהוג בענייני אפוטרופסות על ילדים, הן לגופם, והן על רכושם, בהתחשב עם טובת הילדים בלבד". סעיף 14 לחוק הכשרות קובע כי "ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים" ההוראות הללו הוחלו גם על בית הדין הדתיים (סעיף 7 (ב) לחוק שיווי זכויות האישה וסעיף 79 לחוק הכשרות)... דברים כפשוטם הם, כי הבכורה באפוטרופסות היא להורים, ולענייננו האם (האב אינו צד להליך); רק שיהיה טובת הקטין עשויים לשנות זאת..." (פסקה יב לפסק הדין, ההדגשות אינן במקור - א.מ.)

27. במקרה דנן, יש למשיג שני הורים - אביו תושב שטחים לא ידוע מקום מושבו, אך אמו היא תושבת קבע אישה בריאה, צעירה ונורמטיבית. במצב דברים זה - כלשון בית המשפט הגבוה לצדק - הבכורה באפוטרופסות נתונה לאמו של המשיג.

28. סעיף 30 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות קובע, כי "לא ימנה בית המשפט אפטרופוס בנוסף על הורה, אלא אם ראה סיבה מיוחדת לכך לטובת הקטין ולאחר שניתנה הזדמנות להורה להשמיע טענותיו...".

29. עיננו הרואות סעיף 30 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות מבהיר את מה שהיה ברור מאלינו ממילא - שאחד התנאים למינוי אפטרופוס בנוסף על הורה הוא שניתנה להורה הזדמנות להשמיע את טענותיו.

30. עקרון יסודי הוא כי ההורים הם האפטרופוסים הטבעיים של ילדיהם, ככלל, טובתו של ילד לגדול עם הוריו, וכאשר הורה אחד לא יכול לשאת באחריות המעשית של הקטין, ההורה האחר הוא שחייב על פי דין לשאת באחריות זו, על כל המשתמע מכך.

31. רק במקרים חריגים ומיוחדים, בהם מתקיימת, "סיבה מיוחדת לטובתו של הקטין" כלשון סעיף 30 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופוסות, שהוגדרה על ידי בית המשפט הגבוה לצדק כ "עילה מיוחדת, כבד משקל ויוצאת דופן", ניתן למנות אפטרופוס שאינו הורה של קטין, לקטין שיש לו הורה חי.

32. כפי שעולה מהדו"ח מיום 17/10/11 אין בו כדי להעיד על חוסר מסוגלותה ההורית של האם לטפל בבנה המשיג.

33. יתכן שפעמים רבות מצבם הכלכלי של סבים טוב יותר מזה של הורים, על כל המשתמע מכך, ובמקום מגוריהם צפויים הילדים לקבל שירותים טובים יותר – אך אין בכך לשמש הצדקה להעניק אפטרופוסות לסבים או לפטור את ההורים מחובתם לגדל את ילדם.

במקרה דנן, בעולה מהראיון שנערך למשיגה ומעדותה של המשיגה בפני חוקרי המל"ל מיום 3/1/12 עולה כי מקורות ההבנסה של המשיגה הם: הביטוח הלאומי בנה פוואז ומשרד הרווחה מסייע לה.

הענתק עדותה של המשיגה מיום 3/1/12 מצורף ומסומן כנספח יח'.

34. ברור שקשר טוב עם סבו וסבתו של קטין תורמים לו, אך אין בהם לגבור על החזקה, לפיה טובתו של ילד היא לגדול עם הוריו או מי מהם.

35. אשר על כן - אין כל ספק כי אמו של המשיג יכולה לגדל את המשיג, וטובתו, בדומה לטובתם של כל קטין אחר, היא לגדול אצל אימו, תוך שמירת הקשר עם סבתו, דבר שאינו מצדיק הענקת אפטרופוסות למשיגה.

36. בהקשר זה ראוי להדגיש, כי משאלתה של המשיגה למנותה כאפטרופוסית על המשיג ועל רקע זה מגורי המשיג, בין השאר עם המשיגה, נועד להביא לכך שתוענק למשיג תושבות בישראל. במסגרת צו צוינה סיבת בקשתה של המשיגה לקבל משמורת על הילד: "התובעת מבקשת צו לשם (הוצאת) תעודת לידה עבורי, היות ומשרד הפנים ביקש ממנה צו בדבר חזקתה".

נמצא אם כן, כי כל מטרתו של ההליך בבית הדין הנכבד, נועדה למטרת הענקת מעמד בישראל לקטין, ואינה פועל יוצא של הוראות חוק הכשרות המשפטית והתכליות העומדות בבסיסו.

37. מערכת היחסים התקינה והבריאה של המשיג עם אמו שכשירה לגדלו, אפילו במקביל לעובדת מגורי המשיג עם סבתו המשיגה עד כה, מבטיחה כי טובתו של המשיג הקטין הינה לגדול עם אמו.

38. כאן המקום להזכיר כי על פי ההשגה למשיגה חזקה על המשיג גם אם נלך על פי טענה זו הרי שבנסיבות בהן האם והמשיג מקיימים קשר ואין כל פגם בכשירותה החורית של האם, ההצדקה העניינית במתן החזקה מוטלת בספק, ומתחזקות הסברה כי המזובר בניסיון לעקוף את הקושי ברישום מכוח אם המשיג.

39. בג"ץ 1129/06 פלוני ואח' נ' בית הדין השרעי לערעורים (להלן: "ענין פלוני") בו הוחלט לבטל פסקי דין של בית הדין השרעי מכיוון שלא התבססו על תסקירי פקדי סעד, לא בחנו כדבעי את טובת הילד וסתר את הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב – 1962 (להלן: "חוק הכשרות") וחוק שיווי זכויות האישה, התשי"א – 1951.

40. בין היתר, נאמרו שם הדברים הבאים:

"בעקבות הגשת התסקיר המפורט, הוסכם על כל בעלי הדין, ובכלל זה היועץ המשפטי לממשלה שהצטרף להליך, כי פסקי הדין של בתי הדין השרעיים אינם יכולים לעמוד. הטעם הוא כי נעדרת מהם התייחסות לטובתם של הקטינים על רקע כלל נסיבות העניין, ונזכה אי התייחסות לחוות דעת גורמים מקצועיים שבלעדיה לא ניתן לאשר החלטה שיפוטית בעניין משמורת קטינים".

41. נשוב ונדגיש - לשיטת המשיב, הפנייה לרישום מכוח אפוטרופוס שאיננו ההורה תיעשה אך ורק בנסיבות חריגות וקיצוניות. במקרה דנן לא הצטיירו נסיבות כאלו ופסה"ד שהוצג מאת בית הדין השרעי לא סיפק למשיב סיבה לסבור כי נסיבות שכאלו מתקיימות.

42. בענייננו לא מדובר במצב בו הורה ביולוגי אינו מצוי לטפל בילדיו, והמשיגים מתעלמים כליל מן העובדה שאמו הביולוגית של המשיג, קיימת, כשירה לטפל בילדה, ולא מתקיימות נסיבות קיצוניות שמונעות בעדה לטפל בו.

43. כאמור, כאשר לקטין יש הורה חי או הורים חיים בעלי מסוגלות חורית, רק במקרים חריגים וקיצוניים, כגון כאשר שני הורי הקטין לא מסוגלים ולא כשירים באופן אובייקטיבי לגדל את הקטין, יש מקום לבחון אפשרות של הענקת אפוטרופסות נוספת על הקטין למי שאינו אביו או אימו, ולצורך כך נדרשת סיבה מיוחדת לטובת הקטין, כפי שזו פורשה בפסיקת בית המשפט הגבוה לצדק. מתסקיר הסעד עולה מפורשות, כי זה אינו המצב בענייננו.

44. כפי שעולה מהוראות החוק האמורות, תהורים הם האפוטרופסיס הטבעיים של ילדיהם, הם האחראים על ילדיהם, וחובתם לדאוג לכל צרכיהם בדרך אפשרית הטובה ביותר. יתר על כן, כפי שקובע סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, "אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה והזכות לדאוג לצרכי הקטין..." – ולא בכדי ציין המחוקק את החובה קודם לזכות. על ההורה מוטלת החובה לדאוג לצרכי ילדו, ואין לתת יד להתנערות חסרת בסיס מחובה זו.

45. בהקשר זה נפנה לפסק דינו של בית המשפט המחוזי (חיפה) בעת"מ 375/06, בו נפסק כדלקמן

"הטענה לפיה הורים לא מעוניינים לגדל את הקטין איננה יכולה להתקבל. כאמור, האוטונומיה של ההורים בכל הנוגע לגידול ילדיהם אינה מוחלטת. לפיכך, אין ההורים יכולים להחליט שיש להעביר את המשמורת לאחר רק מטעמים של נוחות או משיקולים אחרים שאינם נוגעים כלל לטובת הקטין" (סעיף 17 לפסק הדין).

בהמשך נפסק: "יתכן כי טובתם של קטינים רבים, מנימוקים שונים - כלכליים, ביטחוניים, אישיים ואחרים – היא לגדול בתחומי מדינת ישראל. כלום רק מסיבה זו, של טובת הקטין, תינתן המשמורת למי שמוכן להחזיק בהם ולגדלם ובעקבותיה גם המעמד לשבת בתחומי המדינה? שונה בקשה למשמורת המתייחסת לקטין בעל זכות ישיבה... מבקשה המתייחסת לקטין שאין לו זכות ישיבה. יתכן, שבנדוננו עדיף לקטין לגדול בארץ, אולי משום שכאן יקבל יותר תשומת לב או חינוך טוב יותר או עתיד כלכלי טוב יותר, אולם נימוק זה, כשלעצמו, איננו יכול לעמוד לא על מנת להעניק משמורת למערערים ולא על מנת להשאירו במדינה. הענקת מעמד תינתן רק במקרים חריגים על רקע הומאני. מכיוון שאין זה המצב במקרה שלפנינו - הקטין אינו נתון להתעללות אצל הוריו או במדינתו - חרי שהענקת המשמורת לסבים בלא ששר הפנים נעתר מטעמים הומניים להעניק לו מעמד, איננה אלא הליך, שאין פרי בצידו" (סעיף 24 לפסק הדין) הדברים יפים גם לענייננו.

46. אחרית דבר - המשיב יטען לסבירות החלטתו הדוחה כדין את הבקשה לאפשר רישום של המשיג במרשם האוכלוסין הישראלי באמצעות המשיגה, בנסיבות המקרה בהם לא הוכחה חוסר כשירות הורית של אם המשיג ובהעדר אסמכתא לכך כי אפוטרופסותה הנטענת של המשיגה עדיפה על פני אפוטרופסות הטבעית של אם המשיג. בנסיבות אלה, יש מקום להורות על דחיית ההשגה.

47. לפיכך, אין מקום במקרה זה להתערבות יו"ר הועדה בהחלטת המשיב - הן לאור עילות ההתערבות המצומצמות בשיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים בנושא הכניסה והישיבה בישראל, הן לאור סבירותה של החלטה לגופו של עניין.

נוכח כל שפורט לעיל יתבקש יו"ר הועדה הנכבד לדחות את ההשגה .

10 יולי 2013, ג' אב תשע"ג



אילנית מנדל, עו"ד
לשכה משפטית,
רשות האוכלוסין