

בתי המשפט

עת"מ 8890/08		בית משפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים	
08/06/2009		כבוד השופטת יהודית צור - סגנית נשיא	
		בפני:	

בעניין:

1. סרור ת"ז _____
2. סרור ת"ז _____
3. סרור ת"ז _____
4. סרור ת"ז _____
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.
ע"י ב"כ עו"ד יותם בן הלל ואח'

העותרים

נגד

1. שר הפנים
2. מנהל מינהל האוכלוסין
3. מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים
המזרחית
ע"י ב"כ עו"ד חגי דומברוביץ
מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

המשיביםפסק-דין

1. לפני עתירה שהגישו ארבעת בני משפחת סרור והמוקד להגנת הפרט נגד משרד הפנים (להלן – המשיב), על החלטותיו שלא להאריך את היתרי השהיה בישראל מסוג מת"ק ל _____ ו _____ סרור (להלן - עותרים 2-3), ושלא לשדרג את מעמדו של _____ סרור (להלן - עותר 4) ממעמד של תושב ארעי לתושב קבע.

רקע עובדתי

2. עותר 4 נולד בירושלים ביום 30.9.91 ונרשם במרשם האוכלוסין באזור. _____ סרור (להלן – עותרת 1) אמו של עותר 4, היא תושבת קבע בישראל, ואביו, עותר 2, הוא תושב האזור. סמוך לאחר לידתו ועד שנת 1993, התגורר עותר 4 עם משפחתו באזור, ולאחר מכן עבר עימם לירדן שם חיו עד שנת 1997, עת חזרו לאזור ושהו בו עד שעברו לירושלים בשנת 2002.

3. ביום 26.1.04 הגישה עותרת 1 בקשה לרישום חמשת ילדיה, ובכללם עותר 4, במרשם האוכלוסין בישראל (נספח א' לכתב התשובה). בעת הגשת הבקשה היה עותר 4 בן 12 ו-3 חודשים. ביום 20.4.04 סורבה הבקשה בשל העובדה כי חלק מהילדים נולדו מחוץ לישראל, ועל כן היה צורך להגיש עבורם בקשה לאיחוד משפחות

ולא לרישום ילדים, וכן בשל היעדר הוכחת מרכז חיים (נספח ג' לכתב התשובה).

4. לאחר סירוב הבקשה הגישה עותרת 1 ביום 16.2.05 בקשה לרישום שתיים מבנותיה, שנולדו בירושלים ולא נרשמו באזור. בתחילה סורבה בקשה זו בשל היעדר מרכז חיים, אך לאחר שהוגשה בקשה נוספת ביום 8.6.05 אושרה הבקשה ביום 19.9.05 והבנות נרשמו כתושבות קבע ביום 9.11.05. במסגרת הבדיקה שערך המשיב לבקשה לרישום הבנות, התקבלה עמדת המוסד לביטוח לאומי ומימצאי חקירה שנערכה בעניין, מהן עלה כי משפחת העותרים גרה בישראל. בנסיבות אלה החליט המשיב ביום 15.3.06, לפני משורת הדין, לאשר את בקשתו של עותר 4 (נספח ד' לכתב התשובה), ובהתאם לכך נרשם עותר 4 במעמד א/5 לשנתיים ביום 9.4.06. ביום 18.6.08 הוארך היתר א/5 של עותר 4 בשנה נוספת (נספח ז' לכתב התשובה).

5. ביום 16.7.08 הגישו העותרים בקשה לשדרג את מעמדו של עותר 4 למעמד של תושב קבע (נספח ח' לכתב התשובה). ביום 2.10.08 הודיע המשיב לעותרים כי לא ניתן לשדרג את מעמדו של עותר 4 למעמד של תושב קבע מאחר והוא התגורר באזור ועל פי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן – חוק הוראת השעה) ילדים מעל גיל 14 אינם זכאים לשדרוג מעמד. המשיב הסכים רק להאריך את מועד ההיתר מסוג א/5 שבידי עותר 4 בשנה נוספת, כאמור. על החלטתו זו של המשיב (שלא לשדרג את מעמדו של עותר 4) הגישו העותרים את העתירה שלפניי.

טענות הצדדים

טענות העותרים

6. העותרים טוענים כי יש להחיל על עותר 4, שנולד בירושלים, את תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן – תקנה 12) שתכליתה למנוע יצירת נתק או פער בין הורה בעל מעמד של תושב קבע לבין ילדו שנולד בישראל. העותרים טוענים כי בהתאם לפסיקה וככל שהבקשה הוגשה טרם תיקון חוק הוראת השעה באוגוסט 2005, עצם רישומו של המבקש באזור אינו מחיל עליו אוטומטית את הוראות חוק הוראת השעה, אלא יש לבחון את מרכז חייו של הקטין מגיש הבקשה שנתיים עובר להגשתה, ואם יוכח כי מרכז החיים נמצא בישראל הרי שיש לרשום את המבקש כתושב קבע בישראל. לטענתם, עותר 4 התגורר בשטחים רק כ-5 שנים מתוך 12.5 שנותיו, כאשר ביתר השנים התגורר בישראל ובירדן, ועל כן אין לראות אותו כתושב אזור לעניין חוק הוראת השעה. העותרים מוסיפים כי לעניין תקנה 12, אין מחלוקת שבמועד הגשת הבקשה לרישום הילדים ביום 26.1.04, קיימו העותרים מרכז חיים בירושלים משך כשנתיים וחצי, ועל כן היה על המשיב לרשום את עותר 4 במרשם האוכלוסין כתושב קבע בישראל. העותרים טוענים כי המשיב מתעלם מפסקי דין שונים שניתנו בעניין זה.

7. העותרים טוענים כי גם אם ימצא כי חוק הוראת השעה חל בעניינו של עותר 4, הרי שיש מקום להעניק לו מעמד של תושב קבע. העותרים טוענים כי החלטתו של המשיב להעניק לילדים שנרשמו באזור מעמד ארעי תחילה ואחר כך לשדרג את מעמדם למעמד של קבע, היא החלטה שמקורה בנוהל פנימי פסול של המשיב ואין לה כל זכר בחוק. העותרים טוענים כי על פי נוהל זה, מי שכבר החל בהליך המדורג אך כבר עבר את גיל 14, מעמדו לא ישודרג משום שהדבר סותר לכאורה את חוק הוראת השעה. העותרים טוענים כי סעיף 3(א)(1) לחוק הוראת השעה מאפשר להעניק לכל ילד שבעת הגשת הבקשה היה מתחת לגיל 14 מעמד קבע, ואילו החלטתו של המשיב להעניק למבקש בשלב ראשון מעמד ארעי לשנתיים ולאחר מכן לשלול הענקת מעמד של קבע בתום אותם שנתיים, בטענה כי המבקש עבר כבר את גיל 14, אינה חוקית. העותרים מפנים בעניין זה לעת"מ (י-ם) 8295/08 **משארה נ' שר הפנים** (להלן – פס"ד **משארה**) ולעת"מ (י-ם) 8336/08 **זחאייקה נ' שר הפנים** (להלן – פס"ד **זחאייקה**). העותרים טוענים כי המשיב מתעלם מקביעותיהם של פסקי די אלה וממשיך להסתמך על אותו נוהל שבית המשפט קבע לגביו כי הוא מסכל את תכלית החקיקה.

8. העותרים טוענים כי יש לדחות את ניסיונותיו של המשיב לאבחן את פסקי הדין **משארה** ו**זחאייקה** מהמקרה שלפנינו. לטענתם, בפרשת **משארה** נקבע כי הפרקטיקה לפיה לא ניתן לשדרג את מעמדו של ילד, שבהתחשב במועד בו הוגשה בקשתו ניתן היה לתת לו מעמד של קבע, היא פרקטיקה פסולה מאחר והיא חותרת תחת תכלית החקיקה של הוראת השעה. העותרים מוסיפים כי בפרשת **זחאייקה** הוגשה הבקשה הרלוונטית בעת שהמבקש היה בן למעלה מ-12 ולפני תיקון חוק הוראת השעה, כמו בעניינו, ונקבע כי יש להעניק למבקש מעמד של תושב קבע. העותרים מפנים בעניין זה גם אל פסקי הדין עליהם מתבסס פס"ד **זחאייקה** – עת"מ (י-ם) 771/06 **אבו גווילה נ' שר הפנים** ועת"מ (י-ם) 182/07 **חלביה נ' שר הפנים**. לטענת העותרים, בפסקי דין אלה נקבע כי לצורך קביעת גיל הילד יש לבחון את מועד הגשת הבקשה המקורית, אך בה בעת יש לבחון את הבקשה על פי המצב המשפטי העכשווי ולא על פי המצב המשפטי ששרר בעת הגשת הבקשה. זאת, על אף העובדה שהבקשות המקוריות שהגישו המבקשים באותם מקרים נדחו בהתאם למצב המשפטי שנהג באותו זמן. העותרים טוענים כי גם בעניינו יש לראות את בקשתו של עותר 4 כבקשה מתנהלת (ולא כבקשה שנסגרה לאחר שסורבה), מאחר והמשיב הסכים להחזיר אותה לטיפול. לחילופין טוענים העותרים כי יש להחיל את הוראות החוק המתקנות גם אם ההחלטה לחדש את הטיפול בבקשה מהווה בקשה חדשה, מאחר ובעת ההחלטה לחדש את הטיפול עותר 4 טרם היה בן 14, ולכן על פי הוראות התיקון הוא היה זכאי לשדרוג מעמדו.

טענות המשיב

9. המשיב טוען כי עותר 4 הוא תושב אזור כהגדרתו בחוק הוראת השעה (טרם תיקונה וודאי שאחריו), מאחר שנרשם במרשם האוכלוסין של האזור, התגורר בו מאז לידתו ועד גיל 11, ונעדר זיקה לישראל במשך אותו

שנים. המשיב מציין כי בהתאם לחוק הוראת השעה, לא היתה לו סמכות להעניק רישיון ישיבה בישראל לילדים מעל גיל 12 והיה עליו לדחות את בקשותיהם על הסף. המשיב טוען כי מאחר ועותר 4 הגיש את בקשתו לאחר שמלאו לו 12 שנים, הוא לא היה מוסמך להעניק לו היתרי שהיה בישראל, אך הוא הסכים בכל זאת להעניק לו אשרת א/5 לשנתיים, וזאת לפנים משורת הדין, ובעקבות התיקון בחוק הוראת השעה שאיפשר הענקת מעמד בישראל למבקשים עד גיל 14 בעת הגשת הבקשה.

10. המשיב טוען כי בהתאם לנוהל רישום ילדים מיום 1.6.07 (נספח א' לכתב התשובה), ילד עד גיל 14 שנולד בישראל והתגורר באזור או נרשם בו יקבל מעמד של תושב ארעי לשנתיים, ולאחר תום תקופה זו יקבל מעמד בהתאם להוראת השעה. לטענת המשיב, התיקון לחוק הוראת השעה היטיב עם עותר 4, מאחר ולפניו הוא היה מעל גיל 12 וכלל לא היה זכאי לקבל מעמד בישראל, בעוד שלאחר התיקון נבחנה בקשתו וניתן לו מעמד בישראל משום שהיה בן פחות מ-14 בעת הגשת הבקשה. המשיב מוסיף כי מאז יום 12.5.02 בו התקבלה החלטת הממשלה בעניין זה, אין יותר שדרוג ממעמד למעמד.

11. המשיב טוען כי עותר 4 נרשם במרשם האוכלוסין של האזור והתגורר עם בני משפחתו באזור עד שנת 2002, ועל כן ברור שזיקתו היא לאזור ולא לישראל, ולפיכך יש להחיל עליו את חוק הוראת השעה הנוגע לתושבי האזור. המשיב טוען כי לאחר שעותר 4 שהה משך תקופה של שנתיים במעמד של א/5 לא ניתן היה יותר לשדרג את מעמדו מאחר והוא היה מעל גיל 14.

12. המשיב טוען כי התיקון לחוק הוראת השעה מאפשר הענקת רישיון ישיבה בישראל לקטין מתחת לגיל 14, אולם לא נקבע בחוק הוראת השעה מה סוג הרישיון שיינתן לקטין, ועל כן הותקן נוהל רישום הילדים שלפיו יש להעניק לקטין (עד גיל 14) אשרת א/5 למשך שנתיים ולאחר מכן להעניק לו אשרת קבע, במידה ולמבקש הקטין לא מלאו באותו זמן 14. המשיב מציין כי במקרה שלפנינו מלאו לעותר 14 שנים לאחר שחלפו השנתיים בהן היה לו היתר א/4, ועל כן לא ניתן היה לשדרג את מעמדו למעמד של תושב קבע, בהתאם להוראות הנוהל כאמור.

13. המשיב טוען כי פס"ד **משארה** שונה מהמקרה שלפנינו, מאחר ושם דובר בבקשה שהוגשה עוד בטרם מלאו למבקש 12 שנים, בניגוד למצב בענייננו. המשיב טוען כי גם עובדות פסק הדין **זחאייקה** שונות מהמקרה שלפנינו, משום ששם התקבלה החלטת המשיב רק לאחר תיקון חוק הוראת השעה, ועל כן נקבע שם כי היה על המשיב לדון בבקשה בהתאם לגיל במועד הגשת הבקשה ובהתאם להוראות החוק המתוקן.

דיון והכרעה

14. לאחר שבחנתי את טענות הצדדים ואת המצב החוקי והמשפטי באתי לכלל מסקנה כי דין העתירה, ככל שהיא נוגעת לעותר 4, להתקבל, ויש להורות למשיב להעניק לו רישיון לישיבת קבע בישראל.

15. תקנה 12 קובעת לאמור:

"12. ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"ו-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".

בית המשפט העליון קבע כי תכלית תקנה 12 אינה להעניק מעמד בישראל "מכח לידה" אלא למנוע יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 לבין מעמד ילדו שנולד בישראל אך עצם לידתו בארץ לא הקנתה לו מעמד חוקי בה. בבג"צ 979/99 קרלו נ' שר הפנים (להלן – בג"צ קרלו), נאמר בעניין זה מפי כב' הנשיאה ביניש:

"ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו".

במקרה שלפנינו נולד עותר 4 בארץ, אימו היא תושבת קבע בישראל ואין גם מחלוקת כי הוא קיים מרכזיים בישראל משך שנתיים לפחות לפני הגשת בקשתו, ולכן נראה כי יש להחיל את תקנה 12 בעניינו. אולם קודם לכן יש לבחון אם עותר 4 נכנס לגדריו של חוק הוראת השעה, משום שחוק זה מגביל את שיקול דעתו של המשיב בהענקת מעמד בנסיבות אלה. בעניין זה קבע כבוד השופט עדיאל:

"אין חולק על כך שתקנה זו (תקנה 12 – י.צ.) צריך שתיסוג מפני חוק הוראת השעה, ככל שבחוק הוראת השעה יש כדי להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים במתן מעמד לעותר בישראל." (פס"ד משאהרה, פיסקה 5).

16. השאלה הראשונה שיש אם כן לבחון היא האם חוק הוראת השעה חל על עותר 4, וליתר דיוק האם הוא בגדר "תושב אזור" כאמור בחוק הוראת השעה. במידה והתשובה לכך שלילית, כלומר שעותר 4 אינו תושב אזור, הרי שחוק הוראת השעה אינו חל בעניינו ואינו מגביל כלל את שיקול דעתו של המשיב, ויש להעניק לעותר 4 רישיון לשיבה בישראל כמצוות תקנה 12.

17. עותר 4 הגיש את בקשתו טרם תיקון הגדרת "תושב אזור" בחוק הוראת השעה, ועל כן יש לבחון את השאלה האמורה בהתאם להגדרה המקורית של החוק (עע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עוויסאת, סעיף 11 לפסק הדין, להלן – פס"ד עוויסאת). נוסחו המקורי של סעיף 1 לחוק הוראת השעה (טרם התיקון) קבע:

"תושב אזור" – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב

יישוב ישראלי באזור".

בפס"ד עוויסאת נקבע כי רישומו של המבקש במרשם האוכלוסין הפלסטיני מקים חזקה כי הוא תושב אזור. עם זאת מדובר בחזקה הניתנת לסתירה והמבקש רשאי להביא ראיות שיוכיחו כי מלבד הרישום במרשם הוא נעדר כל זיקות אחרות לאזור, כך שחוק הוראת השעה לא יחול עליו. במקרה שלפנינו עותר 4 נרשם במרשם האוכלוסין הפלסטיני ועל כן קמה חזקה כי הוא תושב אזור כהגדרתו בחוק הוראת השעה. יחד עם זאת, אין מחלוקת כי עותר 4 נולד בירושלים, אימו וחלק מאחיו הם תושבי קבע בישראל, ובעת הגשת הבקשה הוא התגורר באזור רק כ-5 שנים מתוך 12 שנותיו. יתרה מכך, אין חולק כי בעת הגשת הבקשה התגורר עותר 4 עם משפחתו בירושלים יותר משנתיים, ועל כן מרכז החיים שלו היה בישראל, וזאת בהתאם לנוהלי המשיב אשר "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, שנקבע בהתאם לנהליו ..." (פס"ד משאהרה, פסקה 8). לפיכך נראה כי למבקש קיימות מספר זיקות הקושרות אותו לישראל ולא לאזור וביניהן קיומו של מרכז חיים בישראל בעת הגשת הבקשה, ועל כן ספק רב אם ניתן לראותו כ"תושב אזור" כהגדרתו המקורית בחוק הוראת השעה. בנסיבות אלה יש לקבוע כי חוק הוראת השעה אינו חל על עותר 4, ועל כן לא מוגבל שיקול דעתו של המשיב בהתאם לתקנה 12 ויש להעניק לעותר 4 רישיון לישיבת קבע בישראל בהתאם לתקנה 12.

18. אולם, גם אם נניח - לחובת העותר 4 - כי הוא אמנם "תושב אזור" כהגדרתו המקורית בחוק הוראת השעה (מאחר והוא רשום במרשם האוכלוסין הפלסטיני והתגורר משך חמש שנים באזור (תקופה ארוכה יותר מכל מדינה אחרת בה התגורר בעת הגשת הבקשה), הרי שגם לפי חוק הוראת השעה יש מקום להעניק לו רישיון לישיבת קבע. בעניין זה עולה השאלה, אם יש להחיל על עותר 4 את סעיף 3 לחוק הוראת השעה, שהיה בתוקף בעת שהגיש את בקשתו, או שמא את סעיף 3א המתוקן לחוק הוראת השעה.

סעיף 3(1) לחוק הוראת השעה, טרם תיקונו, קבע לאמור:

"רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, לתת לתושב אזור ... רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורה השוהה בישראל כדין."

לגבי קטינים שמעל גיל 12 חל הכלל הרגיל הקבוע בסעיף 2 לחוק שלפיו:

"בתקופת תוקפו של חוק זה, ... שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב כאמור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור."

סעיף 3א (המתוקן) לחוק הוראת השעה קובע לאמור:

"3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו - לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורה המשמורן השוהה כדין בישראל;"

עותר 4 היה בעת הגשת בקשתו בן למעלה מ-12 ופחות מ-14. לפיכך, בהתאם לנוסח המקורי של חוק השעה שהיה בתוקף בעת שהגיש את בקשתו, המשיב לא היה מוסמך להעניק לו מעמד בישראל. לעומת זאת, בהתאם לתיקון להוראת השעה ובהנחה הברורה כעת מאליה כי יש לבחון את גיל המבקש בעת שהגיש את בקשתו (ראו פס"ד **זחאייקה**, סעיף 13 לפס"ד **משאהרה**), הרי שעותר 4 זכאי למעמד בישראל.

19. האם יש להחיל על עותר 4 את סעיף 3(א) המתוקן, על אף העובדה שהסעיף נכנס לתוקף רק לאחר שהגיש את בקשתו? הצדדים ייחדו חלק ניכר מטיעוניהם לשאלה זו, אולם למעשה התשובה לה ברורה ולמעשה גם המשיב עצמו הסכים, ובצדק, להחיל על עותר 4 את סעיף 3(א) המתוקן (לפנים משורת הדין), ולהעניק לו היתר מסוג א/5, דבר שהיה באפשרותו לעשות אך ורק על פי הסעיף המתוקן ובניגוד לסעיף 3 המקורי, שכלל לא העניק לו סמכות לעשות כן (מאחר ועותר 4 היה בן למעלה מ-12 בעת הגשת הבקשה). בעשותו כן, פעל המשיב בצדק, משום שמבחינת הזכויות המהותיות המוקנות לעותר 4, ברי כי הוא היה זכאי לקבל מעמד בישראל לאחר תיקון סעיף 3, משום שבאותה עת טרם מלאו לו 14 שנים. הסעיף תוקן ביום 1.8.05. העותר נולד ביום 30.9.91, ועל כן במועד התיקון טרם מלאו לו 14 שנים (הוא היה בן 13 ו-10 חודשים). אם העותר היה מגיש את בקשתו בין ה-1.8.05 ל-30.9.05, המשיב צריך היה להחיל עליו את הסעיף המתוקן משום שהוא טרם הגיע לגיל 14. לחילופין, אם המשיב היה מחליט בבקשתו של העותר לאחר התיקון לחוק, הרי שגם אז היה עליו להחיל על הסעיף המתוקן, בהתאם לפס"ד **זחאייקה**. בנוסף נראה כי שורת ההיגיון מחייבת את המשיב להחיל את הסעיף המתוקן על הבקשה, משום שאין כל טעם להפלות את עותר 4 לרעה רק מאחר והמשיב הזדרז להכריע בבקשתו טרם התיקון לחוק, לעומת מבקשים אחרים שהמשיב הכריע בבקשותיהם רק לאחר התיקון לחוק, שלגביהם נקבע כי יש להחיל עליהם את הסעיף המתוקן (על פי פס"ד **זחאייקה**).

20. כאמור, המשיב החיל בצדק על עותר 4 את סעיף 3 המתוקן, אך החליט – בהתאם לנוהל שקבע – שלא להעניק לו מעמד קבע בישראל אלא רק היתר מסוג א/5 בלבד, וזאת למשך שנתיים, שלאחריהם כבר מלאו לו 14 שנים ולא ניתן היה יותר לשדרג את מעמדו (על פי חוק הוראת השעה). השאלה המרכזית שיש אם כן לבחון היא האם שגה המשיב כשפעל על פי הנוהל שגיבש והעניק לעותר 4 היתר זמני בלבד, או שמא היה עליו להעניק לו מעמד של תושב קבע בישראל. המשיב טוען כי הוראת השעה אמנם מקנה לו סמכות לתת רישיון ישיבה בישראל לקטין מתחת לגיל 14, אך אינה קובעת מהו סוג הרישיון שיינתן לאותו קטין, ועל כן הוא פועל על פי הוראות הנוהל שהכין. טיעון זה יש לדחות. ראשית, מלשון הנוסח המתוקן של סעיף 3 ניתן דווקא להסיק כי על המשיב להעניק רישיון קבע ולא היתר זמני. בנוסח המקורי של הסעיף היתה למשיב סמכות להעניק למשיב רישיון לישיבה בישראל אך היתר לשהייה בישראל, בעוד שבנוסח המתוקן הסמכות מתייחסת רק ל"רישיון ישיבה בישראל", ומהשמטה זו ניתן להניח כי הסעיף מתייחס כעת לרישיון קבע ולא להיתר

זמני. שנית, נוהגו של המשיב להעניק למבקשים שגילם מעל 12 היתר שהיה זמני לשנתיים, בהתאם לנוהל, נפסל כבר על ידי בית המשפט בפס"ד **משארה**, לאחר שנקבע כי הוא מסכל את תכלית חוק הוראת השעה. בעניין זה קבע כבי' השופט עדיאל:

"... כתוצאה מהנוהל שהמשיב קבע, לפיו בשלב ראשון לא יינתנו, בכל מקרה, רישיונות לישיבת קבע, אלא רישיונות ארעיים לשהייה בישראל לתקופה של שנתיים, ולאור פרשנותו של המשיב את הוראת סעיף 3א הנ"ל לחוק הוראת השעה, נמצא שבפועל המשיב מונע מתן רישיון לישיבת קבע מכל מי שבעת הגשת הבקשה הראשונה היה בן למעלה מגיל 12. תוצאה זו משיג המשיב בכך שהוא נותן תחילה רישיונות ארעיים לישיבה בישראל לתקופה של שנתיים, דבר שמביא לכך שבחלוף תקופה זו יהא המבקש בהכרח בן למעלה מגיל 14, שאז לפי פרשנותו של המשיב את סעיף 3א לחוק הוראת השעה, אין בידו לתת לו עוד רישיון לישיבת קבע בישראל. תוצאה זו אינה סבירה בעיני, ויש בה כדי לסכל את תכלית החקיקה שנועדה לאפשר מתן רישיונות לישיבת קבע לקטינים בני פחות מגיל 14."
(פס"ד **משארה**, סעיף 12).

שלישית, נוהגו זה של המשיב סותר לא רק את תכלית חוק הוראת השעה אלא גם את תכליתו של תקנה 12, שעל המשיב להביאה בחשבון בעת שהוא מחליט להעניק מעמד לקטינים. לעניין תכליתו של תקנה 12 קבעה כבוד הנשיאה בייניש:

"... מה היא התכלית העומדת בבסיס תקנה 12? נראה כי המצב אותו ראה מחוקק המשנה נגד עיניו, 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, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה 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 יחולו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו."
(בג"צ קרלו לעיל, פסקה 2).

נוהגו של המשיב מביא למעשה לכך כי למבקשים שמעל גיל 12 כלל לא ניתן להעניק מעמד של קבע בישראל אלא מעמד זמני בלבד, בניגוד למעמד של הוריהם שהם תושבי קבע בישראל. לפיכך נראה כי נוהגו זה של המשיב אינו עולה מלשונו של סעיף 3 המתוקן, וסותר הן את תכליתו של תקנה 12 והן את תכליתו של חוק הוראת השעה, ועל כן דינו להיפסל.

21. לאור כל האמור לעיל הגעתי למסקנה כי על המשיב להעניק לעותר 4 מעמד של קבע בישראל, בין אם מכוח תקנה 12 ובין אם מכוח סעיף 3 המתוקן לחוק הוראת השעה. לפיכך, דין העתירה ככל שהיא נוגעת לעותר 4 להתקבל. אשר לעותרים 1-3 נראה כי העתירה התייתרה, מאחר והיתרי השהייה של עותרים אלה הוארכו על ידי המשיב ביום 17.12.08, לאחר הגשת העתירה. אשר למדיניות כללית של המשיב שכאמור אינה נוגעת עוד לעותרים שלפניי, ביום 14.5.09 הודיע המשיב לבית המשפט כי בעתיד הקרוב תיערך ישיבה עם הגורמים הנוגעים בדבר, שבה יסוכם העניין בהתאם להסכמות שנקבעו במסגרת עת"מ 612/04 **דהוד נ' משרד הפנים**,

דבר שיהיה בו כדי להביא לפתרון הבעיה שהעלו העותרים ולפעולת הרשות בהתאם להסכמות שקיבלו תוקף בפסק הדין.

לאור האמור החלטתי לקבל את העתירה בעניינו של עותר 4 ולהורות למשיב ליתן לו רשיון לישיבת קבע בישראל.

המשיב יישא בהוצאות העותרים ובשכר טרחת עו"ד בסכום של 5,000 ₪ בצירוף מע"מ.

המזכירות תשלח את פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, ט"ז בסיון, תשס"ט (8 ביוני 2009), בהיעדר הצדדים.

יהודית צור, סגנית נשיא

אירית טסה