

בתי המשפט

עת"מ 8295/08		בבית המשפט המחוזי בירושלים	
		בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים	
24/11/2008		לפני: כבוד השופט יהונתן עדיאל, סגן נשיא	

בעניין:

1. מייסר אברהים חסין משאהרה, ת.ז. 080809395
2. עטייה מחמד עטייה משארע, ת.ז. 325577690
3. עלי מחמד עטייה משארע, ת.ז. 325577674
4. עולא מחמד עטייה משארע, ת.ז. 325577708
5. עלאא מחמד עטייה משארע, ת.ז. 4325577682

העותרים ע"י ב"כ עו"ד לאה צמל

- נ ג ד -

שר הפנים
באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים

המשיב

פסק דין

1. עניינה של עתירה זו בסירובו של המשיב לשדרג את מעמדו של עותר 2 (להלן – העותר) בישראל ממעמד של תושב ארעי למעמד של תושב קבע.

2. עותרת 1, תושבת קבע בישראל, הגישה ביום 24.5.04 בקשה לאיחוד משפחות עבור ילדיה, העותרים 5-2. העותר נולד בירושלים ביום 25.1.93. על פי הנוהל שנהג אותה עת אצל המשיב, מתן מעמד בישראל לילדים אשר נולדו בישראל אך הם בעלי מעמד באזור, היה מתבצע בדרך של הגשת בקשה לאיחוד משפחות, ולא בדרך של הגשת בקשה מכוח תקנה 12 [לתקנות הכניסה לישראל](#). ביום 8.2.05 החליט המשיב לאשר לעותרים 5-3 הפניה לקבלת היתרי מת"ק, בעוד שלגבי עותר 2 הוחלט שלא ניתן להמשיך את הטיפול בעניינו משום שאותה עת הוא כבר היה בן למעלה מ 12 שנה. עם זאת, בסופו של דבר גם עותר 2 קיבל ביום 9.2.05, בדומה לאחיו, הפניה לקבלת היתר מת"ק, כנראה בשל כך שביום הגשת הבקשה הוא היה מתחת לגיל 12.

ביום 19.4.05 הודיע המשיב לב"כ העותרים כי בעקבות תיקון אשר נערך בנוהל רישום ילדים הוחלט ליתן לילדי העותרת כולם, הם העותרים 5-2, רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5. על פי אותו תיקון, מיום 20.3.05, לילדים מתחת לגיל 12 אשר נולדו בישראל

ורשומים באזור, במידה והוכח כי מרכז חייהם וחיי ההורה תושב הקבע בישראל הוא בישראל, יינתן להם, בשלב ראשון, מעמד של תושב ארעי (א/5) למשך שנתיים וזאת לשם בחינת המשך קיומו של מרכז חיים בישראל, ולאחר מכן, יינתן להם מעמד של קבע.

ביום 26.4.07 הגישו העותרים בקשה להארכת אשרת הישיבה של הילדים, וביום 1.5.07 החליט המשיב לאשר לעותרים 3-5 קבלת מעמד של תושב קבע בישראל. לגבי עותר 2, לאחר שהתקבלה עמדת גורמי הביטחון והמשטרה לפיה אין להם הערות לבקשה, החליט המשיב ביום 6.1.08 לאשר הארכת מעמדו הארעי (א/5) בשנתיים נוספות, אך סירב לשדרג את מעמדו למעמד של תושב קבע. סירובו של המשיב בוסס על הוראות [חוק האזרחות והכניסה לישראל](#), התשס"ג-2003 (להלן – חוק הוראת השעה), כנוסחן לאחר תיקון מס' 1 מיום 1.8.05 (להלן – החוק המתקן) המורות כדלקמן:

”הגדרות

1. בחוק זה –

”תושב אזור” – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור”

היתר לגבי ילדים

3א. על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו – (1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן היתר שהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל”.

3. לטענת המשיב, הואיל והעותר הינו תושב אזור כהגדרתו בחוק הוראת השעה בנוסחה לאחר החוק המתקן, והואיל ובעת סיום תקופת השנתיים בהן ניתן לו מעמד של תושב ארעי (א/5), היה העותר מעל גיל 14, לא ניתן היה לתת לו אותה עת רישיון לישיבת קבע בישראל לפי סעיף 3א(1) לחוק חוק הוראת השעה, אלא רק היתר שהייה בישראל לפי סעיף 3א(2) לאותו חוק. לטענת המשיב, כך הוא נהג לגבי כל הילדים אשר סיימו את תקופת השנתיים במעמד א/5 בהיותם מעל גיל 14. המשיב מפנה לצורך זה לנוהל שהוציא ביום 1.6.07 לפיו, לאור הוראת החוק המתקן:

"כשמדובר בקטין שנרשם באזור ... והקטין מתחת לגיל 14 ... (גיל הקטין יבחן לאור גילו במועד הפניה להגשת בקשה) במידה ובבדיקה נמצא מרכז חיים בישראל יקבל הקטין א/5 לשנתיים, ואחר כך קבע. במידה והקטין עבר את גיל ה-14 כשהוא עדיין במעמד א/5, הוא יישאר במעמד זה ולא ישודרג".

4. העותרים מפנים מנגד, לחוק הוראת השעה על פי נוסחה קודם לתיקון מס' 1 לחוק, כפי שעמדה בתוקף במועד בו הוגשה בקשתם, בה נקבע כדלקמן:

"הגדרות

1. בחוק זה –

...

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

...

סייגים

3. רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, לתת... רישיון ישיבה בישראל או היתר לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין".

כמו כן, מפנים העותרים להוראת תקנה 12 [לתקנות הכניסה לישראל](#), התשל"ד-1974 (להלן – [תקנות הכניסה לישראל](#)), אשר קובעת:

"מעמדו של ילד שנולד בישראל

12. 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".

העותרים טוענים ראשית, כי מעמדו של העותר, אשר נולד בישראל, מוסדר על פי הוראות תקנה 12 [לתקנות הכניסה לישראל](#), ולפיכך הוא זכאי לרישיון לישיבת קבע בישראל. שנית, כי על פי הגדרת "תושב" בנוסח החוק כפי שעמד בתוקף במועד הגשת בקשתם, לא היה מקום לראות בעותר כ"תושב אזור", ונוסח זה מחייב את המשיב גם במועד זה. שלישית, גילו של העותר במועד הגשת הבקשה עמד על פחות מ-12, ולפיכך עניינו נופל ממילא תחת החריג הקבוע בחוק הוראת השעה.

דין

5. באשר לתקנה 12, הפסיקה הכירה בכך שדי בהגשת בקשה למתן מעמד לילד שנולד בישראל, התואם את מעמד ההורה המשמורן, כדי לחייב את המשיב לבחנה לגופה ([בג"צ 48/89 עיסא נ' מנהלת הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין במזרח ירושלים – משרד הפנים](#), פ"ד מג(4) 573). כמו כן, על פי הפסיקה, תקנה זו מזכה ברישיון לישיבת קבע בישראל רק מי שנולד בישראל ובעת הגשת הבקשה הוא מקיים מרכז חיים בישראל לצד הורה המשמורן, והיא אינה מקנה מעמד זה על מי שאמנם נולד בישראל, אך מרכז חיו אינו בישראל, שכן תכליתה "למנוע... נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח [חוק הכניסה לישראל](#), לבין מעמדו של ילד אשר נולד בישראל, ואשר עצם לידתו בארץ איננה מעניקה לו מעמד חוקי בה..." ([בג"צ 979/99 קרלו נ' שר הפנים](#), לא פורסם, 23.11.99). עם זאת, אין חולק על כך שתקנה זו צריך שתיסוג מפני חוק הוראת השעה, ככל שבחוק הוראת השעה יש כדי להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים במתן מעמד לעותר בישראל.

6. מכאן, יש לבחון האם יש בחוק הוראת השעה, ובנהלי המשיב הנסמכים עליה כדי למנוע מן העותר לקבל רישיון לישיבת קבע בישראל. בהקשר זה, טען המשיב בתשובתו כי על פי הנוסח המקורי של הגדרת "תושב אזור" שבחוק הוראת השעה, די ברישום במרשם האוכלוסין כדי לראות בעותר כתושב האזור, וכי מכל מקום, בינתיים נקבע בחוק המתקן כי "מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור" מהווה "תושב אזור" עליו חלות הוראותיו.

אינני מקבל טענות אלה של המשיב. 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 גית 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" ([עע"מ 5569/05](#), סעיף 15 לפסק הדין).

בית המשפט העליון גם קבע בפסק דין זה שחרף תיקון הגדרת 'תושב אזור' לפי החוק המתקן, הדין החל על בקשות שהוגשו קודם לתיקון החוק הוא הדין שנהג אותה עת. זאת משום "שבחינת בקשותיהם של המשיבים בהתאם להגדרה המתקנת למונח 'תושב אזור' תהיה בגדר החלה רטרואספקטיבית של הגדרה זו" (סעיף 9 לפסק הדין) ומשום ש"אין כל הצדקה – מבחינת לשון החוק או תכליתו – להחלה הרטרואספקטיבית של ההגדרה המתקנת למונח 'תושב אזור'..." (סעיף 11 לפסק הדין).

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

8. 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).

9. 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.

10. לטענת המשיב, "תקנה 12 לא התכוונה, ומכל מקום לא יכלה, לבטל את שיקול דעתו של שר הפנים, שניתן לו [בחוק הכניסה לישראל](#) כחלק מהותי מתכליתו של חוק זה".

לעניין זה נקבע בפסק הדין בעע"מ 5569/05 הנ"ל כי "בהפעלת הסמכות לפי תקנה 12 רשאי משרד הפנים לשיקול שיקולים ביטחוניים או פליליים הנוגעים לאינטרס הציבורי הרחב או כל שיקול ענייני אחר הנוגע להפעלת סמכותו לפי [חוק הכניסה לישראל](#). לצד זאת יש להדגיש כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן את הדעת לכך שמחוקק המשנה בחר להתקין תקנה מיוחסת לעניין מעמדם של ילדים שנולדו בישראל", מה שמלמד "כי מחוקק המשנה ביקש לקבוע כי לעניינם של אותם קטינים יש ליתן משקל מיוחד וניכר לשיקול של שלמות התא המשפחתי". עוד נקבע בפסק דין זה, שעל שר הפנים "להתחשב באופייה המיוחד של תקנה 12 כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם, וזאת בשני היבטים מרכזיים. הראשון, הוא ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו, כלומר בזכותו החוקתית של ההורה לחיי משפחה. ההיבט השני נוגע לזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו". "על רקע זה" הוסיף בית המשפט העליון וקבע, "נדרש שר הפנים להפעיל את סמכותו כך שיינתן לשיקולים אלה משקל משמעותי, שיגשים את תכליתה המיוחדת של התקנה".

בענייננו המשיב לא הצביע על כל שיקול שהוא המצדיק סטייה מהעיקרון המנחה הנ"ל שביסוד בתקנה 12 אשר תומך, חרף הוראת תקנה זו, באי מתן מעמד בישראל לעותר.

בנסיבות אלו, זכאי העותר כי יינתן לו רישיון לישיבת קבע בישראל, בדומה לזה בו מחזיקה אמו, מכוח תקנה 12.

11. למעלה מן הצורך אציין כי גם בהנחה שהעותר הוא "תושב אזור" שענייננו נופל בגדרי סעיף 3א לחוק הוראת השעה, החלטת המשיב אינה יכולה לעמוד. בקשת איחוד המשפחות עבור העותר הוגשה ביום 24.5.04, בעת שהעותר היה בן פחות מ- 12 שנים. על פי נוסח החוק דאז, ניתן היה לתת לו כבר אז רישיון לישיבת קבע בישראל. למרות זאת, המשיב נתן

לעותר אשרת שהייה זמנית בישראל בלבד, וזאת לתקופה של שנתיים. נמצא שבתום השנתיים, כאשר העותר הגיש בקשה לשדרוג מעמדו, גילו כבר היה מעל 12 שנים, ולגבי מבקשים בגיל זה חל הדין הרגיל שאינו מאפשר מתן מעמד בישראל. בינתיים הדין אמנם שונה על ידי העלאת גיל הקטינים ששר הפנים רשאי ליתן להם רישיון ישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתם מהוריהם לגיל 14 (בעוד שקודם לכן הגיל עמד על 12 שנים). אולם, המשיב טוען שגם בתיקון זה אין כדי לסייע לעותרים, שכן בעת שעותר סיים את תקופת השנתיים שבה הוענק לו מעמד א/5 הוא כבר היה בן למעלה מ – 14 שנים, ועל כן, לפי סעיף 3א(2) לחוק הוראת השעה, לא ניתן לשדרג את מעמדו ולא ניתן לתת לו אשרה לישיבת קבע בישראל. זאת, בניגוד לכל אחיו, שבעת תום תקופת השנתיים בה היו במעמד א/5 הם היו בני פחות מ – 14 שנים ועל כן קיבלו רישיונות לישיבת קבע.

12. עמדה זו של המשיב אינה מקובלת עלי. כפי שנאמר לעיל, חוק הוראת השעה מאפשרת לשר הפנים לתת לקטין עד לגיל 12 (בעת הגשת הבקשה) או עד לגיל 14 (לפי הנוסח הנוכחי של החוק) אשרת ישיבה בישראל, לרבות אשרה לישיבת קבע, בעוד שלקטין שגילו עולה על 12 (בעבר) או – 14 (כיום), הוא מאפשר לתת היתר שהייה בישראל בלבד (ואף לא אשרה מסוג א/5).

מקובלת עלי טענת המשיב, שעדיין מסור לו לפי החוק שיקול דעת אם לתת רישיון ישיבה בישראל אם לאו, כמו גם שיקול דעת לתת תחילה היתר שהייה זמני או אשרת ישיבה זמנית כדי לבחון את השאלה האם הקטין מקיים בפועל מרכז חיים בישראל. עם זאת, 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 הני"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.

13. הפתרון הראוי בנסיבות אלה אשר ישמר, מחד, את שיקול הדעת הנתון למשיב לתת לקטין המבקש, תחילה היתר שהייה זמני, ומאידך, לא יפגע בזכותו העקרונית של קטין שגילו נופל מ – 14 שנים (כיום) או 12 שנים (קודם לתיקון החוק) לקבל אשרת ישיבה בישראל, הוא שגילו של הקטין לצורך הפעלת סעיף 3א הנ"ל יהא הגיל בו הוגשה הבקשה מלכתחילה.

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. כך, קובע סעיף 4(2) להוראת השעה הוראת מעבר שחלה על בקשות שהוגשו קודם ליום 12.5.02, ומאפשרת להעניק היתרי שהייה בישראל גם באותם מקרים שבמצב הרגיל אינם מאפשרים לתושב האזור לשהות בישראל כדין על פי הוראת השעה. כך, נקבע גם בע"מ 5569/05 הנ"ל. 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).

14. על רקע זה, גילו של העותר לצורך הכרעה בבקשתו למתן רישיון לישיבת קבע בישראל צריך שיהא הגיל בו הוגשה הבקשה מלכתחילה, שאז העותר היה בן פחות מ-12 שנים, מה שמאפשר ליתן לו רישיון לישיבת קבע בישראל.

15. התוצאה היא שאני מקבל את העתירה ומורה למשיב ליתן לעותר 2 רישיון לישיבת קבע בישראל.

המשיב ישלם לעותרים הוצאות המשפט בתוספת שכ"ט עו"ד בסך 10,000 ₪ בצירוף מע"מ.

ניתן היום כ"ו בחשוון, תשס"ט (24 בנובמבר 2008) בהעדר הצדדים. המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לבאי כוח הצדדים.

יהנתן עדיאל 54678313-8295/08

י' עדיאל, סגן נשיא

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה