בבית הדין לעררים **ערר (י-ם) 5591/18**
בירושלים

העוררים: **1. פלוני, קטין (מחוסר מעמד)**

באמצעות אמו, העוררת 2

2. --------- (ת"ז --------)

ע"י עוה"ד טל חסין ו/או עודד פלר ו/או דן יקיר
ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עודד פלר ו/או שרון
אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור ו/או עביר ג'ובראן
דכוור ו/או משכית בנדל ו/או אן סוצ'יו ו/או
רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי
ו/או ספיר סלוצקר עמראן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75 תל אביב
טל': 03-5608151; פקס': 03-5608165
דוא"ל talh@aci.org.il

- נ ג ד -

המשיבה: **רשות האוכלוסין וההגירה**

באמצעות הלשכה המשפטית
רח' כנפי נשרים 15, ירושלים
טל': 02-5489888; פקס: 02-5489886
דוא"ל: ararimjm@piba.gov.il

ערר

בית הדין הנכבד מתבקש להורות למשיבה להקנות לעורר 1, קטין יליד ישראל שזה עתה מלאה לו שנה, רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 כמעמדה של אמו, העוררת 2.

מבוא ובקשה לדיון דחוף

1. עניינו של הערר בהחלטת המשיבה שלא להעניק מעמד לעורר 1 (להלן: "**העורר**"), תינוק יליד ישראל. העורר הוא בנה של העוררת 2, בתה של תושבת קבע, המתגוררת בטייבה עם משפחתה המורחבת ומחזיקה ברישיון ישיבה ארעי (א/5) מאז שנת 2005. המשיבה מנמקת את סירובה בנוהל שלה עצמה, העוסק בהקניית מעמד לקטין יליד ישראל שאחד מהוריו הוא תושב קבע (נוהל 5.2.0029, להלן: "**הנוהל**"). למשיבה אין נוהל לטיפול בילד שנולד בישראל להורה בעל

רישיון ישיבה אחר – בעניינו, רישיון לישיבת ארעי – ומשכך, עמדתה היא שמי שלא נולד לתושב קבע, אלא לבעל רישיון ישיבה אחר, אינו זכאי למעמד ההורה. אלא שתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל תשל"ד-1974, אינה עוסקת כלל בסוג הרישיון שמחזיק הורהו של הקטין. כל שתקנה זו קובעת הוא שמעמדו בישראל של ילד שנולד בה, ולא חל עליו חוק השבות, יהיה כמעמד הורהו, והיא חלה על כלל רישיונות הישיבה שיכול ויחזיק ההורה. פרשנותה המצמצמת של המשיבה לתקנה, והחלתה אך על קטינים שהוריהם מחזיקים ברישיון לישיבת קבע, אינה עולה בקנה אחד עם האמור בה וחותרת תחת תכליותיה: מניעת פער ונתק בין מעמד הורה שיושב בישראל כדין מכוח חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, לבין מעמדו של ילדו; זכות היסוד למשפחה ועקרון טובת הילד (שטומן בחובו גם את החובה להבטיח שילד לא יוותר ללא מעמד כלל).

בשל ההשלכות הקשות והקריטיות שיש להחלטת המשיבה, המותירה פעוט רך בימים נטול מעמד, ללא זכויות סוציאליות וללא ביטוח בריאות ממלכתי, מתבקש בית הדין הנכבד לקבוע דיון דחוף בערר.

ואלה נימוקי הערר:

א. העובדות הצריכות לעניין

2. העוררת 2, גב' --------- (להלן: "**העוררת**"), נולדה בשנת 1991 ברמאללה לאם תושבת קבע ממזרח ירושלים ולאב תושב רמאללה. בשנת 2000 שבה משפחתה של העוררת לישראל, והחלה בהליכים לרכישת מעמד. על פי טענת המשיבה, בשנת 2005 הוענק לה מעמד של תושבת ארעית. רישיון הישיבה של העוררת מתחדש כסדרו מדי שנה. מאז חזרתה לישראל מתגוררת העוררת עם הוריה ומשפחתה המורחבת בטייבה.

3. בשנת 2016 נישאה העוררת למר ----------, תושב בית לקיא שברשות הפלסטינית (מ"ז פלסטיני -------). העוררת המשיכה להתגורר עם משפחתה בטייבה, ומר -------ה מגיע לבקרה מדי כמה שבועות.

4. ביום 18.8.2017 נולד בבית החולים מאיר בכפר סבא בנם של בני הזוג, -------. פקידת הרישום בבית החולים רשמה את פרטי ההורים בהודעת לידת חי, והפנתה את העוררת ללשכת המשיבה לצורך הסדרת מעמדו של התינוק ורישומו במרשם האוכלוסין.

העתק הודעת לידת חי מיום 18.8.2017 מצ"ב ומסומן "1".

5. סמוך לאחר הלידה פנתה העוררת ללשכת המשיבה בנתניה, הציגה את תעודת הזהות שלה ואת הודעת לידת החי של בנה, וביקשה לרשמו במרשם האוכלוסין. הפקיד המטפל סירב לעשות כן, בנימוק שגב' ------ היא תושבת ארעית, אשר יכולה להיות מגורשת לשטחים בכל עת. הפקיד אף המליץ לעוררת לרשום את בנה כתושב הרשות הפלסטינית. פניות נוספות של העוררת ללשכה על מנת להסדיר את מעמדו של בנה נענו אף הן בשלילה. העורר לא נרשם כתושב האזור.

6. בעקבות הסירוב פנתה העוררת ביום 14.11.2017, באמצעות האגודה לזכויות האזרח בישראל, אל מנהלת לשכת רשות האוכלוסין וההגירה בנתניה, גב' סיגלית בר, בבקשה להעניק לבנה רישיון ישיבה ארעי, להנפיק עבורו תעודת לידה ולרשמו בספח תעודת הזהות של אמו. בפניה נטען כי הסירוב להשוות את מעמד העורר לזה של אמו סותר את תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 (להלן: "**תקנות הכניסה לישראל**" ו"**תקנה 12**"), וחותר תחת עיקרון טובת הילד – עקרון על במשפט הישראלי - העומד ביסוד התקנה. בשל הדחיפות שבהענקת מעמד, זכויות סוציאליות וביטוח בריאות לרך הנולד, נשלחה ביום 30.11.2017 תזכורת לפנייה, אך גם היא לא נענתה.

העתקי פניית האגודה לזכויות האזרח מיום 14.11.2017 והתזכורת מיום 30.11.2017 מצ"ב ומסומנים "2" ו-"3" בהתאמה.

7. חודשיים נוספים חלפו ללא מענה, עד שביום 5.2.2018 פנו העוררים לבית הדין לעררים בתל-אביב בבקשה להסדרת מעמדו של העורר (ערר ת"א 1779/18 **מ' נ' רשות האוכלוסין וההגירה**). רק במסגרת הליך זה, הואילה המשיבה לעגן בכתב את סירובה בפועל להעניק לתינוק מעמד. ביום 23.5.2018 הודיעה סגנית מנהלת לשכת הרשות בנתניה, גב' איילה סוויסה, במכתב קצרצר כי הוחלט לסרב לרישום הקטין מאחר שאמו היא תושבת ארעית שאמה היא תושבת קבע. הא ותו לא.

העתק מכתבה של סגנית מנהלת הלשכה מצ"ב ומסומן "4".

8. ביום 7.6.2018 ניתן פסק הדין בערר, אשר סווג כערר אי מענה. בהתאם לסיווג זה פסק כב' הדיין דותן ברגמן כי על העוררים להגיש ערר פנימי על הסירוב לרשום את הקטין, וכי על המשיבה לקבל בו החלטה מנומקת. ערר פנימי הוגש, וביום 4.9.2018 התקבלה בו תשובת המשיבה, הדוחה את הבקשה להקנות לעורר את מעמדה של אמו. רק אז, לראשונה, נומקו טעמי הסירוב. בתשובתה טענה המשיבה כי מעמדה של העוררת הוענק לה בשוגג, מאחר ובמועד קבלתו היתה בת 14 וארבעה חודשים, אך "לפנים משורת הדין הוחלט לא לבטלו"; וכן כי "מאחר ולפי נוהל 5.2.0029 מתן רישיון ישיבה בישראל לקטין לפי תקנה 12 תוענק רק כאשר אחד מההורים הינו תושב קבע בישראל, ומאחר והורי הקטין אינם תושבי קבע בישראל, מרשיך אינם עומדים בקריטריונים לרישום הילד. לאור האמור דין הבקשה להידחות."

העתקי פסק הדין בערר, הערר הפנימי והעתק ההחלטה בו מצ"ב ומסומן "5" ו-"6" בהתאמה.

מכאן ערר זה.

ב. הטיעון המשפטי

ב.1 מעמדו של קטין שנולד בישראל למי שאינו אזרח וחוק השבות לא חל עליו

9. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן "**חוק הכניסה לישראל**"), מכוחו הותקנו תקנות הכניסה לישראל, קובע הסדר שיורי לישיבה בישראל; החוק מסדיר את ישיבתם בישראל של

מי שאינם אזרחים ואשר חוק השבות אינו חל עליהם (סעיף 1(ב) לחוק). עניינם של קטינים אשר נולדו בישראל להורים בעלי רישיון ישיבה בה, הוסדר על ידי מחוקק המשנה בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, שכותרתה היא "מעמדו של ילד שנולד בישראל". תקנה זו קובעת:

> "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, 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. אף שלשון התקנה מבחינה, לכאורה, בין האב לאם, בפסיקה בתי המשפט הובהר לא פעם שבפועל היא ניטרלית ביחס למגדרו של ההורה:

> "בערעורים שלפנינו הודיעה המדינה כי היא נוהגת לקרוא את לשון התקנה באופן שהילד יקבל את מעמדו של ההורה עמו הוא מקיים מרכז חיים בישראל, אף אם מדובר באמו." (עע"ם 5569/05 **משרד הפנים נ' דלאל; עויסאת**, פסקה 17 לפסק דינה של הנשיאה ביניש (פורסם בנבו, 10.8.2008), להלן: "**עניין עויסאת**"; בג"ץ 979/99 **קרלו נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 23.11.1999) להלן: "**עניין קרלו**").

ור' גם: בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים**, (פורסם בנבו, 28.6.2011) פסקה 19 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; עע"ם 5718/09 **מדינת ישראל נ' סרור** (פורסם בנבו, 27.4.2011), (להלן: "**עניין סרור**") פסקה 20 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

11. מהאמור לעיל עולה, כי ילד שנולד בישראל למי שאינו אזרח ואשר חוק השבות אינו חל עליו יקבל את מעמדו של ההורה עמו הוא חי במדינה. התקנה אינה נוקבת בסוג רישיון הישיבה שעל ההורה להחזיק. רישיונות אלה מפורטים בסעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל, המונה את סוגי הרישיונות שרשאי שר הפנים להעניק למי שאינו אזרח ואינו עולה, ובהם רישיון לישיבת ארעי.

ב.2 תכליתה של תקנה 12: טובת הילד והזכות למשפחה

12. לא בכדי תקנה 12 אינה מסייגת את תחולתה לסוג רישיון מסוים. מטרתה היא למנוע נתק ופער בין מעמד ההורה המשמורן אשר יושב בישראל כדין מכוח חוק הכניסה לישראל, יהיה מעמדו אשר יהיה, לבין מעמד ילדו שנולד בארץ. בבסיס תכלית זו עומדים זכויות חוקתיות, ועקרונות וערכי יסוד בשיטת המשפט בישראל: עקרון טובת הילד, הזכות לחיי משפחה, ערך שלמות התא המשפחתי והשאיפה למנוע את פירוקו.

13. בית המשפט העליון כבר עמד על תכליתה של תקנה 12 כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם, הן של ההורה והן של הקטין (**עניין עויסאת**, פסקה 20 לפסק הדין). בשורת פסקי דין שבה ועוגנה החשיבות שבהגנה על התא המשפחתי כחלק מהזכות למשפחה – זכות ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו וזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות של קטין לחיות עם

הורהו, בין היתר מתוך ההכרה כי שלמותו התא המשפחתי חיונית להתפתחותו התקינה (**עניין סרור**, פסקה 15 לפסק הדין; **עניין עויסאת**, פסקה 5 לפסק הדין; **עניין קרלו**, סעיף 2 לפסק הדין; בבגי"ץ 7052/03; בגי"ץ **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 14.5.2006), להלן: "**עניין עדאלה**", פסקה 28 לפסק דינו של השופט ברק).

14. כמו הזכות לחיי משפחה, גם עקרון טובת הילד הנו עקרון על במשפט הישראלי, ומהווה שיקול מכריע בעניינים העוסקים בהם (דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 119 (1995)). לעקרון טובת הילד מעמד בכורה גם כאשר מדובר בהפעלת סמכות מינהלית (עע"מ 10093/08 **פלוני נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 10.3.2010)). טובת הילד וזכויותיו, וחובת המדינה להבטיחם שעה שהיא מקבלת החלטות הנוגעות לחייו, מעוגנות אף באמנת האו"ם בדבר זכויות ילדים, שישראל אשררה בשנת 1991.

15. מצירופם של שני אלה - הזכות החוקתית לחיי משפחה ועקרון טובת הילד, נגזרת החשיבות שבהשוואת מעמדו של ילד החי בישראל לזה של הורהו. חשיבות זו מצאה ביטויה בדברי חקיקה שונים, והיא אינה ייחודית לתקנות הכניסה לישראל:

> "המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (4א(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (4א(2)). בדומה, תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, קובעת כי 'ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו'" (**עניין עדאלה**, פסקה 28 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק; **עניין סרור**, פסקה 36 לפסק הדין).

וכן:

> "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 הורהו 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" (**עניין קרלו**, פסקה 2 לפסק הדין; **עניין סרור**, פסקה 37-36 לפסק הדין).

16. המצב אותו ראה מחוקק המשנה לנגד עיניו ואשר אותו ביקש להסדיר, אם כן, בהתקינו את תקנה 12, הנו מניעת נתק, פער ופיצול בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, לבין מעמד ילדו אשר נולד כאן. להשלמת התמונה נוסיף, כי תקנה 12 לא ייחדה עצמה לאוכלוסיה מסוימת. אף שבדרך כלל לא יתעורר עניין הענקת מעמד לקטין להורה תושב ארעי, וזאת מהסיבה הפשוטה שלרוב יש לו הורה נוסף שהוא אזרח או תושב

קבע, ייתכנו מקרים נוספים לזה, ואשר בהם מתבקש מעמד לקטין שהורהו אוחז ברישיון א/5. כך, למשל, שעה שההורה רכש מעמד מטעמים הומניטאריים ללא תלות באזרח ישראל, וכך בעניין הסדרת מעמדם של ילדי עובדים זרים מכוח החלטות ממשלה 156 משנת 2006 ו-2183 משנת 2010.

ב.3. פרשנות המשיבה לתקנה 12 וביטויה בנוהל

17. האם מוסמכת המשיבה להעניק לתקנה 12 פרשנות מצומצמת, ולסייג את תחולתה אך לקטינים שהוריהם מחזיקים ברישיון לישיבת קבע, כפי שעשתה בהחלטתה בעניינם של העוררים? התשובה לכך שלילית. פרשנות המשיבה להוראות התקנה אינה הולמת את לשונה, סותרת את תכליתה, מנוגדת לעקרונות הפרשנות במשפט הישראלי וחורגת ממתחם סמכותה. **העובדה שעד כה בחרה המשיבה לעגן בנוהל אך ורק את סוגיית הסדרת מעמדם של ילדים שנולדו בישראל לתושבי קבע – משום שזהו המקרה השכיח – אינה מאיינת את הוראות תקנה 12 ביחס לילדים שנולדו להורים בעלי רישיונות ישיבה אחרים, ובתוך כך רישיונות לישיבת ארעי. מילים אחרות: קביעת נוהל, לאורה של תקנה 12, לטיפול במקרה הקונקרטי של ילדים שנולדו בישראל לתושבי קבע, והימנעות מקביעת נוהל לטיפול בכל מקרה אחר שנופל בגדר התקנה, אינן מקור נורמטיבי להימנע מלפעול על פי הוראותיה המפורשות של תקנה 12 בכל מקרה שאינו נוגע לתושבי קבע.**

18. משבחר מחוקק המשנה להתקין מכוח החוק תקנה מיוחדת המסדירה את מעמדם של קטינים שנולדו בישראל למי שאינם אזרחים, יהודים או צאצאיהם, המשיבה אינה רשאית לסייג את תכולתה תוך פגיעה בזכויותיהם החוקתיות של ילדים והורים, ואשר עמדו בבסיסה. פרשנותה של המשיבה וביטויה בנוהל אינה סבירה ואינה מידתית.

19. בהחלטתה, צעדה למעשה המשיבה בנתיב ההפוך לזה שמתווה לה הדין. כבר נפסק, כי כאשר מטפלת רשות האוכלוסין וההגירה בבקשות שהוגשו לה מכוח תקנה 12, עליה להעניק משקל מיוחד, משמעותי וניכר, "גבוה ביותר" כלשון בית המשפט, לטובת הילד ולשלמות התא המשפחתי אליו נולד ושבו הוא גדל (**עניין עויסאת**, פסקה 20 לפסק הדין). פרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהעדר מניעה פלילית או ביטחונית קונקרטית, על שר הפנים, ובאמצעותו על המשיבה, "ליתן לקטין מעמד זהה לזה של אמו או אביו בעלי המעמד בישראל" (שם).

ג. מהכלל אל הפרט

20. --------, שלא מכבר מלאו לו שנה, נולד בבית החולים מאיר בכפר סבא. אמו חיה בישראל מאז היתה כבת 10 שנים, ומחזיקה ברשיון לישיבת ארעי כבר 13 שנים. מרכז חייה בישראל. מרגע שחרורו מבית היולדות גדל ----- בטייבה, לצד אמו ומשפחתו המורחבת. נוכח הוראות תקנה 12 הוא זכאי לרישיון ישיבה ארעי מאז לידתו.

21. המשיבה התעלמה כליל מטובתו של העורר, ומזכויותיו ומזכויות אמו לחיי משפחה, וזאת בניגוד להוראות הדין. סירובה להקנות ל----- את מעמדה של אמו, כמצוות תקנה 12, מותירה תינוק רך בימים, אשר לא נרשם כתושב האזור על אף עצת האחיתופל שניתנה לאמו בלשכת

המשיבה, בלימבו: ללא מעמד, ללא רישום, ללא זכויות סוציאליות וביטוח בריאות ממלכתי. הלכה ארוכת ימים היא כי "מקומו של הקטין אצל הוריו, באשר יישבו הם, שם ישב הוא" (בג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים** פ"ד מו(4) 505, 518 (1992); דנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 6.7.2003) פסקאות 7-8). הלכה זו יש ליישם גם בעניינו, תוך השוואת מעמדו של העורר לזה של אמו.

22. למעלה מן הצורך יתייחסו העוררים בקצרה אף לטענת המשיבה בתשובתה לערר לפיה העוררת 2, אשר נולדה ברמאללה, קיבלה את הרישיון לישיבת ארעי בשוגג, מאחר שבעת קבלתו היא היתה בת 14 וארבעה חודשים. טענה זו לא עלתה בעבר, מעמדה של העוררת ניתן לה כדין, רישיונה מתחדש באין מפריע שנים ארוכות ובכל מקרה אין בכך להשפיע על מעמדו של בנה, עליו חלה תקנה 12.

בשל כל אלה, מתבקש בית הדין הנכבד להורות למשיבה לרשום את העורר במרשם האוכלוסין ולהעניק לו רישיון לישיבת ארעי.

היום, 21.9.2018

_____

טל חסין, עו"ד

ב"כ העוררים