



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

ע"ם 1966/09

בפני :

כבוד הנשיאה ד' ביניש
כבוד השופט (בדימ') א' א' לוי
כבוד השופט א' גרוניס

המערערים :

1. אחמד עבד אל חאפז עווד עטון
2. מוחמד אחמד עבד אל חאפז עטון
3. מחמוד עבד אל חאפז עטון
4. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר

נגד

המשיבים :

1. שר הפנים
2. מנהל מינהל האוכלוסין
3. מנהלת לשכת מינהל האוכלוסין בירושלים
המזרחית

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בירושלים מיום 26.01.2009, בתיק עת"מ 8350/08,
שניתן על ידי כבוד השופט נ' סולברג

תאריכי הישיבות :

ז' בתמוז התשס"ט (29.06.2009)
כ"ג באדר א' התשע"א (27.02.2011)

בשם המערערים :

עו"ד עדי לוסטיגמן ; עו"ד ליאורה בכור ;
עו"ד יותם בן-הלל

בשם המשיבים :

עו"ד הילה גורני

פסק-דין

הנשיאה ד' ביניש:

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בעת"מ 8350/08 אחמד עבד אל חאפז עווד עטון נ' שר הפנים (טרם פורסם, 26.1.2009), שניתן מפי השופט נ' סולברג (להלן: פסק הדין). בפסק הדין נדחתה עתירתו של המערער 1, תושב קבע בישראל, לרישום שניים מילדיו הקטינים כתושבי קבע בישראל מכח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב - 1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל).

תמצית העובדות הרלוונטיות

1. המערער 1 (להלן: המערער) הינו תושב קבע בישראל. למערער 11 ילדים משתי נשים שונות. אחת מנשותיו הינה תושבת קבע בישראל. לה ולמערער שבעה ילדים משותפים, כולם תושבי קבע. אשתו השנייה של המערער הינה תושבת האזור. לה ולמערער ארבעה ילדים משותפים - שתי בנות ושני בנים (המערערים 2 ו-3), שנולדו כולם בישראל ואינם רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני. שתי בנותיהם נרשמו כתושבות קבע בסמוך לאחר לידתן בשנים 1993 ו-1994. המערער 1 ביקש לרשום אף את שני בניו הנוספים - מחמוד ומוחמד - תאומים ילידי 1996, כתושבי קבע בישראל, אך בקשתו סורבה על-ידי משרד הפנים, בהישען על הטענה כי מרכז חייהם של בני המשפחה הינו מחוץ לתחום מדינת ישראל.

2. המערערים מתגוררים בשכונת ואדי חומוס, שהינה חלק מן הכפר צור באהר. חלק ניכר מן הכפר צור באהר נכלל בתחום שטחה המוניציפאלי של ירושלים. לאחר מלחמת ששת הימים הוחלה בשטח זה ריבונות המדינה. כפי שתיאר בית המשפט קמא בפסק דינו, הקו התוחם את שטחה המוניציפאלי של ירושלים שורטט כך שכלל את שטחו הבנוי של הכפר באותם הימים, אך חלק מאדמות הכפר נותרו אל מחוץ לתחום, בשטחי האזור. במהלך השנים התפתח הכפר ובתים רבים נבנו בשטח שמחוץ לתחום העיר ירושלים, ביניהם בשכונת ואדי חומוס.

3. במהלך שנים רבות ניהלו תושבי הכפר צור באהר את חייהם מתוך ראיית הכפר כיחידה אורגנית אחת עם שירותי חברה וקהילה משותפים - הן ביחס לחלקים המצויים בשטח המוניציפאלי של ירושלים והן ביחס לחלקים המצויים בשטח האזור. בעניין זה חל שינוי מסוים בעקבות ההחלטה על הקמת גדר הביטחון. בהתאם לתכנון המקורי של תוואי הגדר באזור, תוכננה הגדר כך שתחצה את הכפר ותפריד בין שני חלקיו - אלה המצויים בישראל ואלה המצויים באיו"ש. תושבי הכפר הגישו לבית משפט זה עתירה התוקפת את ההחלטה, ובהסכמת המדינה הוסט התוואי לכיוון דרום מזרח כך שיכלול את בתי הכפר כולם, בכלל זה את בית המערערים (בג"ץ 9156/03 דאוד ג'בור נ' מנהלת קו התפר (טרם פורסם, 30.12.2003)).

בכך לא תמו ההליכים המשפטיים שניהלו תושבי הכפר לצורך התמודדות עם המציאות המורכבת אליה נקלעו. בעקבות הודעות שונות שקיבלו החל משנת 2004 חלק מתושביו הישראלים של הכפר המתגוררים בצידו האיו"שי, לפיהן תבוטל זכאותם על-פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה - 1995 (להלן: חוק הביטוח הלאומי) ועל-פי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד - 1984 (להלן: חוק ביטוח בריאות ממלכתי), פנה ועד הכפר לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים על מנת שיורה על ביטול החלטות אלה (בל 10177/05 ועד הכפר צור באהר לנושא הביטוח הלאומי ו-52 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי (טרם פורסם, 11.4.2005)). במסגרת הליך זה גובשה עם המדינה, ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, הסכמה ייחודית, לפיה תושבי קבע המתגוררים בצור באהר - לרבות בשטח שבין הגדר לתחום המוניציפאלי של ירושלים - יחשבו כמי שחוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי חלים עליהם. הסכמה זו קיבלה תוקף של פסק דין, אשר גם המערערים היו צד לו (להלן: פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה). לפסק דין זה נשוב בהמשך.

4. בקשתו הראשונה של המערער לרישום המערערים 2-3 כתושבי קבע הוגשה בשנת 2000. נראה כי בקשה זו לא הוכרעה כיוון שהמערערים לא המציאו מסמכים שנתבקשו להמציא. בשנת 2005, לאחר קבלת פסק הדין בבית הדין האזורי לעבודה, שב המערער ופנה פעם נוספת למשרד הפנים בבקשה לרישום ילדיו כתושבי קבע. משרד הפנים פנה אל המוסד לביטוח לאומי, ובדיקותיו העלו כי המערערים מתגוררים מחוץ לתחום ישראל. ההחלטה בבקשה זו לא נמסרה למערערים, ובשנת 2007 הוגשה בקשה נוספת. גם זו הועברה לבדיקת המוסד לביטוח לאומי וגם ממנה עלה כי המערערים מתגוררים מחוץ לתחום ישראל. לפיכך, סורבה הבקשה בהישען על כך

שהמערערים מתגוררים בשכונת ואדי חומוס שמחוץ לתחום ישראל. ערר שהוגש על החלטה זו נדחה.

כנגד החלטה זו הוגשה העתירה נשוא ההליך שלפנינו, אשר נדחתה כאמור ביום 26.1.2009 בפסק דינו של השופט סולברג.

פסק דינו של בית המשפט קמא וההליכים בפני בית משפט זה

5. טענתם העיקרית של המערערים 2-3 - גם בהליך שלפנינו - הינה כי בנסיבות העניין הם זכאים לקבלת מעמד של תושבי קבע מכח הוראות תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד - 1974 (להלן: תקנה 12), המסדירה את סוגיית הענקת המעמד לילדים שנולדו בישראל להורה בעל מעמד, ואשר סעיף 4 לחוק השבות, התשי"ב - 1952 (להלן: חוק השבות) אינו חל בעניינם.

בית המשפט קמא נדרש לטענה זו, אך קבע כי נסיבות עניינם של המערערים אינן מצדיקות הענקת מעמד על-פי תקנה 12, שכן התכליות להן נועדה אינן מתקיימות בהם. בית המשפט קמא בחן את פסיקתו של בית משפט זה בעניינה של תקנה 12 וקבע כי תכליתה להעניק לילד מעמד זהה למעמד הוריו המתגוררים בישראל על מנת שיוכל לחיות את חייו עימם מבלי שהם יאלצו להעתיק את מקום מגוריהם. לשיטת בית המשפט קמא, מדובר בתקנה מעשית שנועדה ליתן אפשרות חוקית לקיום חיים בצוותא, שבבסיסה עומדת זכותו של אדם להביא צאצאים לעולם וכן זכותם של הצאצאים להתפתח ולהתבגר במסגרת משפחתית תומכת ואוהבת. לפיכך, נקבע כי בנסיבות בהן המערערים 2-3 גדלים עם הוריהם בתא משפחתי מאוחד ומחוץ לשטחי ישראל, אין הצדקה להעניק להם מעמד מכוחה של התקנה. כן הדגיש בית המשפט קמא כי התקנה לא נועדה להקנות לקטינים זכויות סוציאליות ואחרות.

נוכח קביעתו זאת, בחן בית המשפט קמא האם יש מקום להעניק למערערים 2-3 מעמד מתוקף הליך של איחוד משפחות, בהתאם לסמכות שר הפנים הקבועה בחוק הכניסה לישראל, וזאת בהישען על נוהל שגיבש משרד הפנים בעניין זה. בהתאם לנוהל, נדרש כי המזמין יהיה בעל מעמד של תושב קבע שהינו תושב ישראל דה-פקטו, היינו יש לבחון היכן מרכז חייו. עם זאת, בנסיבות העניין לא ערך בית המשפט קמא בחינה של מקום התושבות בהתאם למבחני הזיקה, לאחר שקבע כי תכליתו ההומניטארית של הנוהל - למנוע מתושב ישראלי את הצורך לבחור בין חיים עם

משפחתו לבין חיים בישראל - אינה מתקיימת בנסיבות העניין נוכח העובדה כי המערער וכל משפחתו מתגוררים מחוץ לתחומי ישראל.

כן דחה בית המשפט קמא את המשמעויות שביקשו המערערים לייחס להסכמה שגובשה בפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, בקובעו כי פסק הדין המוסכם החיל את חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות ממלכתי אך על מי שמקיים שני תנאים מצטברים, שהראשון ביניהם הינו כי מדובר במי שהוא תושב קבע. לפיכך, קבע בית המשפט כי אין רלוונטיות לפסק דין זה בעניינם של המערערים 2-3 שאינם תושבי קבע. לשיטת בית המשפט קמא, ניסיונם של המערערים להתלות בפסק דין זה על מנת לטעון כי כל תושבי שכונת ואדי חומס זכאים לתושבות ישראלית "גובל בחוסר תום לב ולקוי מבחינה הגיונית".

נוכח כל זאת, מצא בית המשפט קמא את עמדת משרד הפנים בעניינם של המערערים סבירה, ודחה את העתירה.

6. ביום 3.3.2009 הוגש הערעור שלפנינו, עימו הוגשה בקשה לעיכוב ביצוע פסק הדין, שנדחתה על-ידי השופט א' רובינשטיין ביום 10.3.2009. מעט לפני שהוגש הערעור שלפנינו, הגישה המדינה ערעור מטעמה על פסק דינה של השופטת י' צור בעת"מ 8568/08 ריאד חמאדה נ' משרד הפנים, מיום 26.1.2009) שעסק בעניין מתן מעמד לאזרחית ירדן הנשואה לתושב קבע ומתגוררת עימו באזור ואדי חומס (עע"מ 1895/09). שם החליטה השופטת י' צור לקבל את העתירה ולהורות למשרד הפנים להעניק לאשתו של תושב הקבע רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5, לאחר שקבעה כי בנסיבותיו המיוחדות של אזור צור באהר ובשים לב לפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, יש לקבוע כי מרכז חייהם נמצא בתחומי מדינת ישראל. הדיון בערעורים אלה אוחד.

7. דיון ראשון בערעורים התקיים בפנינו ביום 29.6.2009. באשר לערעור בעע"מ 1895/09, אף אנו ראינו קושי במתן מעמד בישראל לאשתו הירדנית של תושב הקבע המתגוררת מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים. עם זאת, בשל המצב האישי הקשה שנוצר בעניינה - נוכח העובדה כי היא נטולת מעמד כלשהוא באזור או בירושלים - סברנו כי יש למצוא פתרון מעשי שימעיט את הפגיעה היומיומית הנגרמת לה. לפיכך ניתנה החלטתנו בה קבענו כי ראוי שהמשיב יציע פתרון סביר ביחס למעמד ולחופש התנועה של אשת התושב באזור מגוריה.

ביחס למערערים הקטינים בעע"מ 1966/09 ציינו כי "יש להבין כי מצבם הוא מורכב בשים לב לכך שמרכז חייהם הוא למעשה בצור-באהר, בשטח ירושלים אף שעל פי מקום מגוריהם הוא מחוץ לקו המוניציפאלי וללא הסדרי מעבר לאיו"ש. הצדדים יקיימו משא ומתן ביניהם ביחס לפתרון הבעיות שהיעדר מעמד בישראל יוצר והמשיב יציע פתרון סביר למצב זה...".

8. ביום 11.4.2010 הגישו המשיבים הודעה מטעמם, בה ציינו כי בכל הנוגע למשפחת חמאדה (שעניינה נדון בעע"מ 1895/06) נמסר כי בני המשפחה עברו להתגורר בכפר צור באהר בתוך תחומה המוניציפאלי של ירושלים, ולפיכך ניתן להגיש בעניינה של האישה בקשה חדשה לאיחוד משפחות, אשר תיבחן בהתאם לנהלי משרד הפנים לעניין ההליך המדורג. בעקבות הודעה זאת התייתר הערעור, וביום 15.8.2010 ניתן פסק דיננו המורה על ביטול פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים ואשר הפנה את הצדדים להמשך טיפול בעניינם בהתאם להסכמות שגיבשו.

9. בכל הנוגע לעניינם של המערערים בהליך שלפנינו, הציעו המשיבים כי הם ירשמו במרשם האוכלוסין הפלסטיני ויקבלו היתרי שהייה מתחדשים בישראל, שיאפשרו להם לנוע בחופשיות בין מקום מגוריהם לבין ירושלים, כמו גם להיכנס לשטחי איו"ש. המערערים עמדו על ערעורם בציינם כי הצעת המדינה מכפילה את המערערים לעוצר, לסגרים, כתרים, מחסומים, השבתות של המת"ק וכיוצא באלה מגבלות שיקשו על קיום שגרת חיים תקינה לילדים, אשר בפועל מרכז חייהם בירושלים. כן צוין כי ההיתרים אינם מקנים זכויות סוציאליות. לצד זאת, ביקשו המערערים מן המשיבים כי יציגו בפניהם נתונים באשר למקרים דומים נוספים, ככל שיש כאלה. זאת, בתגובה לטיעוני המשיבים כי אם יענו למבוקש בעתירה יהיו להחלטתם השלכות רוחב. נוכח הודעה זו, נקבעה העתירה להמשך דיון והמשיבים התבקשו להציג בפנינו עובר לדיון התייחסות מטעמם לנתונים המבוקשים.

10. ביום 14.11.2010 הוגשה הודעה משלימה מטעם המשיבים, ממנה עלה כי נכון למועד כתיבתה לא תלויות עתירות מנהליות נוספות ביחס לסוגיה נשוא הערעור, וכי בפני ועדת ההשגה תלויה ועומדת השגה אחת בלבד על החלטה לדחות בקשה לרישום ילדים בשל כך שבני המשפחה אינם מתגוררים בתחום מדינת ישראל. עם זאת, הדגישו המשיבים כי נוכח היקף התושבים המתגוררים בוואדי חומוס ובמקומות אחרים לאורך קו התפר בין ישראל לאיו"ש, הרי שלכל החלטה שתתקבל בערעור תהינה השלכות רוחב.

11. ביום 27.2.2011 התקיים בפנינו דיון ההמשך, במסגרתו הבענו באוזני המשיבים עמדתנו כי בהתחשב בכך שמדובר בפיצול מעמד המשפחה ובכך שעסקינן בילדים חסרי מעמד שנולדו בירושלים לאב תושב קבע, מן הראוי לשקול מציאת פתרון הולם לעניינם. ביום 6.3.2011 הודיעו המשיבים כי לאחר שקילה חוזרת של נסיבות העניין, אין הם מוצאים להעניק למערערים רישיון ישיבה בישראל.

במצב דברים זה, מתחייבת הכרעתנו בערעור.

טענות המערערים

12. לשיטת המערערים טעה בית המשפט קמא בקובעו כי תכליתיה של תקנה 12 אינן מתקיימות בנסיבות עניינם של המערערים, ולפיכך אין מקום להחלטה בעניינם. בהפנותם לפסקי דינו של בית משפט זה בבג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו (קט"ן) נ' שר הפנים (טרם פורסם, 23.11.1999) (להלן: ענין קרלו), ובעע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' דלאל עויטאת (טרם פורסם, 10.8.2008) (להלן: ענין עויטאת), טענו המערערים כי תכליתה של תקנה 12 הינה למנוע יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה לבין מעמדו של ילדו שנולד בישראל, על רקע החשיבות שבשמירה על שלמות התא המשפחתי ועקרון טובת הילד. חרף האמור, על-פי הטענה, לא נתן בית המשפט קמא בפסק דינו משקל מספק לעקרון טובת הילד ולשלמות התא המשפחתי, ותוצאתו הינה פגיעה קשה במערערים 2-3. כך למשל נטען, כי במצב הנוכחי המערערים 2-3 הינם נטולי מעמד כלשהוא, כלואים במתחם המגורים שמעבר לקו הגבול המוניציפאלי של ירושלים, בלא זכויות סוציאליות ורפואיות, בלא אפשרות להמשיך ולנהל את שגרת חייהם בצור באהר ומצויים בחשש מתמיד מאימת הרשויות. כן הודגש כי פיצול המעמד בקרב בני אותה משפחה גורם למתח וחוסר יציבות בחיי המשפחה, באופן שעלול לפגוע בהתפתחותם התקינה של המערערים.

עוד טוענים המערערים כי שגה בית המשפט עת לא נדרש לבחינת מרכז חייהם בהסתמך על ההנחה כי אין תחולה בנסיבות העניין לתקנה 12. לשיטת המערערים, בפסק דינו של בית המשפט בענין עויטאת נקבע במפורש כי בחינת מרכז החיים של המזמין והילד הקטין נדרשת לצורך קביעה האם חלה תקנה 12 אם לאו, ולפיכך נפלה שגגה בפסק דינו של בית המשפט קמא עת לא עשה כן. אף לגוף סוגיית מרכז החיים נטען על-ידי המערערים כי שגה בית המשפט עת הסתפק בעובדה כי המערערים אינם מתגוררים בשטח ירושלים לצורך הקביעה כי מרכז חייהם מחוץ לישראל. לטענת המערערים, בהתאם למבחן "מירב הזיקות", יש לבחון מכלול רחב יותר של נתונים

הנוגעים לאורחות חייהם של המזמין וילדיו וכן יש להעניק למושג "מרכז חיים" פרשנות ההולמת את תכליתה של תקנה 12. בהתאם לכך, נטען כי הקו המוניציפאלי של ירושלים מהווה קו וירטואלי עבור המערערים המתגוררים בכפר צור באהר, שהינו יחידה אורגנית אחת הכוללת את אדמות הכפר משני צדדיו של הקו המוניציפאלי. כך, מקבלים המערערים את השירותים והתשתיות בישראל, הם לומדים בה ומטופלים בה רפואית. גם חייהם החברתיים והמשפחתיים מתקיימים בישראל. לפיכך, נטען כי יש לראות בהם כמי שמרכז חייהם הינו בישראל. בכל הנוגע לקביעות בית המשפט בהתייחס לפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, נטען כי העקרונות שנקבעו בפסק הדין שם יפים גם לנסיבות עניינם של המערערים, באופן המחייב הכרה בהומוגניות הכפר ובסיטואציה הייחודית שיצרה גדר ההפרדה עבור תושביו.

טענות המשיבים

13. המשיבים סומכים ידיהם על קביעותיו של בית המשפט קמא. לשיטתם, תכליתם של חוק הכניסה לישראל ותקנה 12 היא להגן על התא המשפחתי ולהעניק לילד שנולד להורים תושבי ישראל מעמד זהה לזה של הוריו, כדי שיוכל לחיות את חייו עימם בישראל בלא שיאלצו להעתיק את מקום מגוריהם. תכלית זו אינה מתקיימת בנסיבות העניין, נוכח העובדה שכל בני המשפחה מתגוררים יחד מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים. לשיטתם, קבלת עמדת המערערים כמוה קבלת העמדה כי חוק הכניסה לישראל נועד לאפשר הענקת מעמד למי שאינו מתגורר בישראל, ולפיכך אין להיענות לה.

המשיבים התייחסו ארוכות להסכמות שגובשו בפסק דינו של בית הדין לעבודה והשלכתן על נסיבות ענייננו. בהקשר זה הדגישו המשיבים כי לשיטתם אין ניתן להשליך מנכונות המדינה לראות בתושבי ואדי חומס כתושבים לצורך חוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות (בהתאם לתנאים שנקבעו שם), כנכונות להכיר בהם כתושבים גם לצורכי חוק הכניסה לישראל. מעבר לכך, מבהירים המשיבים, כי אחד מן התנאים המקדמיים להחלת ההסדר המיוחד שעוגן בפסק דינו של בית הדין לעבודה הינו כי מקבל הזכויות תושב קבע בישראל, ולפיכך ברור שלא ניתן להסיק מן ההסדר כי כל המתגוררים בוואדי חומס הינם תושבי ישראל.

כן מציינים המשיבים כי בהענקת המעמד למערערים 2-3 יהיה משום מתן לגיטימציה עקיפה לנישואיו הביגמיים של המערער 1, המהווים עבירה פלילית לפי סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז - 1977, והוכרו בפסיקה כשיקול המצדיק שלא

להיענות לבקשה לאיחוד משפחות. המשיבים מדגישים עוד את השלכות הרוחב הפוטנציאליות של הענקת מעמד למערערים. בהתאם לנתונים שבידי המשיבים, בשכונת ואדי חומוס לבדה מתגוררים כ-1,300 איש, והיא ממשיכה להתרחב. לפיכך, כך נטען, הסוגיה נשוא הערעור עשויה להיות רלוונטית בעתיד במקרים נוספים שמספרם אינו מבוטל. המשיבים מצביעים על כך שהסוגיה מתעוררת אף במשפחתם של המערערים עצמם, שכן שניים מאחיהם הבוגרים נישאו לתושבות האזור והגישו בקשות לרישום ילדיהם ילידי ישראל כתושבי קבע. עוד מציינים המשיבים כי ההכרעה בערעור יכולה להיות רלוונטית במקרים נוספים שאינם נוגעים אך לתושבי ואדי חומוס, למשל ביחס למשפחות בהן קיים קשר נישואין ביגמי או משפחות שעברו להתגורר מחוץ לתחום ישראל לאחר לידת אחד הילדים או משפחות שחלק מילדיהם נולדו בישראל וחלק אחר מחוצה לה, ואז מחזיקים רק חלק מילדי המשפחה ברישיון לישיבת קבע.

נוכח כל האמור, סבורים המשיבים כי לא קמה עילה להתערב בפסק דינו של בית המשפט קמא, במיוחד נוכח העובדה כי הצעתם להענקת היתרי שהייה למערערים נותנת מענה סביר למצוקתם.

דיון והכרעה

14. השאלה המרכזית המחייבת הכרעה בערעור שלפנינו נוגעת לתחולת תקנה 12 בנסיבות עניינם של המערערים. וכך קובעת התקנה:

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."

"מעמדו של ילד שנולד בישראל

תקנה זו הינה תקנה ייחודית בנוף הדינים המסדירים את סוגיית הענקת המעמד בישראל בהתאם לסעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, הקובע כי:

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

ייחודיותה של התקנה בכך שהיא מתווה אמות מידה להפעלת שיקול דעתו של שר הפנים, שהוא ככלל רחב, בהענקת מעמד בישראל על-פי חוק הכניסה. התוויה סטטוטורית זו לאופן הפעלת שיקול הדעת מצויה בעניינם של ילדים אליהם מתייחסת תקנה 12 בלבד.

15. על-פי לשונה של התקנה, על מבקש המעמד המסתמך עליה לקיים שני תנאים מקדמיים - הראשון, להיוולד בישראל, השני - העדר תחולתו של חוק השבות. המקיים תנאים אלה, על-פי התקנה, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו ואם לא היה להם מעמד אחד יקבל את מעמד אביו - בהעדר התנגדות בכתב של ההורה השני. יצוין, כי כבר בעניין עויסאט הבהירה המדינה כי משרד הפנים נוהג לקרוא את לשון התקנה באופן שהילד יקבל את מעמדו של ההורה עימו הוא מקיים מרכז חיים בישראל, אף אם מדובר באימו. על כך יש להוסיף, כי הוראות תקנה 12 כפופות להסדר שנקבע בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג - 2003 (להלן: הוראת השעה), המגביל את הענקת המעמד לילד שהינו תושב האזור, כפי הגדרתו בהוראת השעה.

16. בנסיבות העניין שלפנינו, סבר כאמור בית המשפט קמא כי מלכתחילה אין תחולה להוראות התקנה, וזאת נוכח תכליתה. כאמור בפסק דינו, קבע בית המשפט קמא, בהתבססו על פסקי הדין שניתנו בעניין קרלו ובעניין עויסאט, כי "התקנה באה להעמיד ילד שנולד להורים תושבי ישראל במעמד זהה לשל הוריו, כדי שיוכל להיות את חייו עם הוריו, מבלי שיאלצו להעתיק את מקום מגוריהם". לפיכך קבע בית המשפט קמא כי בנסיבות העניין, עת המערערים, הוריהם, אחיהם ואחיותיהם מתגוררים מחוץ לישראל, הרי שהתא המשפחתי כולו מתקיים מחוץ לשטח ישראל, ולא קמה הצדקה להחלת התקנה. אשר על כן, לצורך הקביעה בשאלה האם קמה הצדקה להחלת התקנה בנסיבות העניין שלפנינו, עלינו להכריע תחילה בשאלה האם בשל הנסיבות המיוחדות ויוצאות הדופן של מקום מגורי המשפחה בשכונת ואדי חומוס, יש לראות את המערער - אבי הקטינים - כמי שמתגורר בירושלים ולא באזור.

17. כאמור, המערערים מתגוררים היום בשכונת ואדי חומוס, שהינה הלכה למעשה שלוחה של שכונת צור באהר המצויה בשטחי ישראל. במהלך השנים הלכה צור באהר והתרחבה באין מפריע לעבר שטחי איו"ש, ותושביה חיו את חייהם כיחידה אורגנית אחת שלמה החולקת מערכות שירותים משותפות בתחומי החינוך, הרפואה, הרווחה והחברה בירושלים. במשך שנים אף התנועה בין חלקי השכונה לא עוררה כל קושי וקשרי משפחה וחברים התבססו בקרב כל תושביה. מציאות זו החלה משתנה עם ההחלטה על הקמת גדר הביטחון, בעקבותיה כמעט ונותקו שני חלקי הכפר זה מזה. ברם, בסופו של יום כאמור לעיל ובהסכמת המדינה, הוחלט להעביר את תוואי גדר הביטחון כך שבצידה הישראלי יכללו אף חלקי הכפר הנמצאים בשטחי איו"ש. מצב דברים זה בוודאי שימר את מציאות החיים שהייתה קיימת עוד קודם, ולפיה מהווה חלקו הישראלי של הכפר את מרכזו של הישוב כולו - שם ממוקמים בתי הספר, שירותי הבריאות ושירותי הרווחה. שם מתקיימים עיקר חיי המסחר והחברה של התושבים, ביניהם תושבים ישראלים רבים. זאת ועוד - הגדר שהוקמה יצרה חיץ פיזי בין שטחי האזור לשטחי ישראל באופן המקשה על תושבי ואדי חומוס לקיים מרקם חיים שוטף באזור, באופן שחזק בצורה משמעותית את זיקתם - ההדוקה ממילא - לישראל. נראה כי אף המדינה מודעת למרקם חיים ייחודי זה. כך ניתן ללמוד למשל מהחלטתו הנזכרת לעיל של המפקד הצבאי בדבר הותרת שכונת ואדי חומוס בצידה "הישראלי" של הגדר - שנועדה כאמור למנוע פיצול במרקם החיים של תושבי המקום. זאת ניתן אף ללמוד ממסמך מטעם הפרקליטות הצבאית שהוכן אגב הטיפול בכג"ץ 9156/03 הנזכר, ושצורף כנספח ע/11 לעתירה בבית המשפט קמא. וכך, בין היתר, צוין במסמך זה:

"במסגרת העתירה טוענים התושבים, אשר מתגוררים ממזרח לתוואי המכשול, כי הקמת המכשול על-פי התוואי המתוכנן תביא לפגיעה קשה בשגרת חייהם. מדובר בפלסטטינים בעלי תעודות זהות כחולות שינותקו ממרכז חייהם בכפר צור באהר, ויופרדו - באופן פיסי - מבני משפחותיהם וממרכזי השירותים המשמשים אותם..."
[ההדגשה הוספה - ד.ב.].

עוד ניתן ללמוד בהכרתה של המדינה בייחודיות הסיטואציה בכפר צור באהר מן ההסכמה שניתנה מטעמה להכיר בתושבי הקבע המתגוררים בוואדי חומוס כמי שחוק ביטוח בריאות ממלכתי וחוק ביטוח לאומי חלים בעניינם, במסגרת פסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה, שקבע, בין היתר, כדלקמן:

"...לאור הסכמות הצדדים, וההודעה, ובשים לב לכך שמדובר בכפר הומוגני אחד, ועל פי הנחית היועץ המשפטי לממשלה לנתבע, הרי שכל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום, וכל עוד תתקיים גדר ההפרדה במתכונת המתוכננת, יראה הנתבע במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות חלים עליו הן לענין הזכויות והן לענין החובות המוטלות לפיהם, כאמור:

א. הוא בעל רשיון לשיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952.

ב. הוא תושב הכפר צור באחר, לרבות בשטח הכפר שבין גדר ההפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר דרך קבע ושלא באופן ארעי" [ההדגשה הוספה - ד.ב.].

ודוק – אין לומר כי מפסק דינו של בית הדין האזורי לעבודה ניתן ללמוד כי כל תושבי ואדי חומוס זכאים לקבלת מעמד של תושב קבע. ברם, גם אין להתעלם מכך כי ההסכמה שגיבשה המדינה מעידה על כך שאף לשיטתה מדובר במציאות ייחודית ומורכבת.

18. מן האמור לעיל עולה באופן ברור כי מציאות החיים בכפר צור באחר ובשכונותיו המזרחיות - המצויות בשטחי איו"ש - הינה מציאות מורכבת וייחודית. מציאות זו מחייבת - בעניינה של משפחת המערער - בחינה מהותית של שאלת מרכז החיים והזיקות לישראל, והיא אינה יכולה לבוא על פתרונה אך בהישען על בחינת מיקומו הפיזי של בית המערער, כשם שעשה בית המשפט קמא.

19. בית משפט נכבד זה נדרש בעבר, ובהקשרים שונים, לאמות המידה לבחינת זיקת תושבותו של אדם למדינת ישראל. וכך למשל קבע השופט מ' חשין (כתוארו אז) בעניין זה בדנ"פ 8612/00 חיים הרמן ברגר נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נה(5) 439 (2001), בעמ' 461-462:

"כיצד נלמד על זיקת-תושב של אדם למדינה? אף אתה אמור: כוונה ומעשה - מבחן סובייקטיבי ומבחן אובייקטיבי - יחברו יחדיו וייצרו מעמד של תושב.

תנאי התושב ייווצר - על דרך של היקש למוסד ההחזקה - *animo et corpore*, ברוח ובגוף, בכוונה להשתקעות (*animus manendi*) ובמעשה השתקעות הנלווה לכוונה. יש לבחון את הקשרים הקיימים בין אדם לבין מקום ורק

בחינתם הכוללת של הקשרים תנחה אותנו לתשובה אם
'תושב' המקום הוא אם לאו.

...

יש לתת בו בטוען להיותו תושב סימני-תושב עוד ועוד, עד
להיווצרותה של מסה קריטית העושה אדם לתושב: מקום
מגורים, מקום מגורי המשפחה, חיי הקהילה של הטוען-
לתושבות, המקום שבו מופקת הכנסתו, מנהגיו ואורחותיו,
מקום עיקר נכסיו, שפתו, בית הספר של ילדיו וכו'".
[ההדגשה הוספה - ד.ב.].

כן ראו והשוו: בג"ץ 2123/08 פלוני נ' פלונית (טרם פורסם, 6.7.2008) פסקה 12 לפסק
דינה של השופטת ע' ארבל.

כבר נקבע בפסיקתנו, ובהקשרים שונים, כי את התנאי של מגורים במקום אין
לפרש בפרוש מצמצם של שהייה פיזית בלבד, ויש לפרשו כמי שבוחן זיקה מהותית
למקום מגורים, שביטוייו אינו פיזי בלבד (וראו, למשל, ע"א 4127/95 יעל זלקינד נ' בית
זית - מושב עובדים להתיישבות שיתופית בע"מ, פ"ד נב(2) 306, 315 (1998)). כן נקבע
כי את המונח של זיקת מגורים יש לבחון ביחס להוראה החקיקתית בה הוא מופיע
ולפרשו בהתאם לרקעה ותכליתה של אותה הוראה (שם, שם).

20. בכל הנוגע לתכליתה של תקנה 12 קבענו עוד בעניין קרלו כי:

"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 זכאי להחזיק בו" [ההדגשה הוספה - ד.ב.].

ויוודגש, כי תכלית זו אינה ייחודית אך לתקנה 12, שכן המשפט הישראלי
חותר, בהקשרים שונים, למניעת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה
המחזיק בו או זכאי להחזיק בו (וראו פסקאות 36, 48 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן
בעע"מ 5718/09 מדינת ישראל נ' הודא מחמד יוסף סרור (טרם פורסם, 27.4.2011)
להלן: עניין סרור).

עוד הוספנו וקבענו בעניין עויטאת, כי תקנה 12 מבקשת להביא לקידום זכויות אדם בשני היבטים מרכזיים - הראשון, ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לחיות עם ילדו בישראל, והשני, המתמקד בקטין, ואשר נוגע לזכויותיו העצמאיות והאוטונומיות לחיות את חייו לצד הורהו. ההיבט השני מהווה שיקוף של עקרון טובת הילד, המוכר בשיטתנו המשפטית כעקרון על הראוי להגנה. ברוח דברים אלה כבר נקבע בעניין עויטאת כי:

”כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי” [פסקה 20 לפסק הדין, ההדגשה במקור - ד.ב.].

כך, השוואת מעמדו האזרחי של הילד למעמד הורהו משרתת עקרון חשוב זה, וחשיבותה נגזרת “מצירופם של הזכות לחיי משפחה ועקרון טובת הילד יחד” (עניין טרור, בפסקה 36). דברים אלה מתחייבים אף מהגיונם של דברים, שכן ברור כי מציאות בה בתוך תא משפחתי אחד קיים פיצול בין מעמד ההורה למעמד ילדיו עלולה לפגוע ביציבות ובאיזון ההכרחיים כל כך ליצירתו של תא משפחתי תקין, ובהתאמה להתפתחותו התקינה של הקטין. זאת ועוד - פיצול במעמד גורר עימו פיצול בסל הזכויות הנלוות לו, באופן היוצר בתוך תא משפחתי אחד קבוצות שזכויותיהן הסוציאליות פחותות משל יתר בני המשפחה, מצב שאף הוא אינו רצוי בראייתו של עקרון טובת הילד. דברים אלו נכונים ביתר שאת עת מדובר במשפחה שרוב ילדיה הינם במעמד זהה להוריהם, ואחרים רכים בשנים הם נטולי מעמד כלשהוא - כבענייננו.

21. מכאן, שבעת בחינת דרישת התושבות לצורכי תקנה 12, עלינו לתת דעתנו, לצד בחינת אמות המידה המוכרות למושג התושבות, כי אנו יוצקים למושג זה תוכן המביא להגשמת תכליותיה של התקנה. לפיכך, עלינו לבחון באופן מהותי האם מדובר בתא משפחתי שזיקתו לישראל כה הדוקה עד כדי כך שהעדר מתן מעמד לילדים בישראל יביא לפגיעה בשלמות התא המשפחתי ועקרון טובת הילד. אכן, וכפי שכבר ציינו בהחלטה מיום 29.6.2009, “נקודת המוצא הינה כי לא ניתן לתת מעמד בישראל למי שגר מחוץ לתחום ישראל, גם אם הגדר מנתקת בינו לבין איו”ש ומותרת אותו בצד הירושלמי של הגדר”. עם זאת, יתכנו מצבים ייחודיים וחריגים בהם המגורים מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים הם כמעט בבחינת מצב ערטילאי. במצבים חריגים אלה, יכול והמגורים מחוץ לתחום יהוו נדבך אחד בלבד ממכלול הרכיבים המנחים

בקביעת שאלת התושבות בישראל, כך שחרף מיקומו הגיאוגרפי של מקום המגורים, עדיין ימצא כי הזיקות לישראל רבות מן הזיקות לשטחי הרשות הפלסטינית. בנסיבות מסוג זה, לא ניתן לקבוע אך על בסיס מקום המגורים כי המבקש אינו יכול להיחשב תושב ישראל לצורכי תקנה 12, ונדרשת בחינה מהותית של סוגיית התושבות בהתאם למבחנים שאומצו בפסיקה, ובהתאם לתכליתה של התקנה.

22. כך הם הדברים, לשיטתי, בנסיבות העניין הייחודיות של המערערים, כפי שלמעשה כבר הובהר בהחלטה האמורה מיום 29.6.2009. כעולה מן הנתונים שהציגו המערערים, ואשר המשיבים לא חלקו עליהם, המערער הינו תושב קבע בישראל, שילדיו נולדו בישראל ולומדים בשטחה. בני המשפחה מנהלים את שגרת חייהם - חיי משפחה, חברה ומסחר - באופן שאינו ניתן להפרדה בין מקום מגוריהם לשטחי ישראל. כמו כן, כיום, ובעקבות הקמת הגדר, קיים אף חיץ פיזי בינם לבין שטחי האזור המקשה עד למאד את מעברם החופשי לאזור. לפיכך, נראה כמעט ברור מאליו כי זיקתה של משפחת המערער לכפר צור באהר שבשטחי ירושלים הדוקה ביותר, ולמעשה מזה שנים רבות, ופרט למיקומו הפיסי של ביתם באזור ההרחבה של צור-באהר, הם נטולי זיקה ממשית כלשהיא לאזור. לכך יש להוסיף את המבנה המשפחתי המורכב בו חיים המערערים. בנסיבות העניין כאמור לעיל, אבי המשפחה הינו תושב קבע. כך גם יתר אחיהם של המערערים 2-3 - שבעה אחים מאשתו האחרת של אביהם ושתי אחיותיהם, אשר בדומה למערערים נולדו בישראל. המערערים הינם אפוא היחידים מקרב ילדי המשפחה שהינם נטולי מעמד. כזכור, הם אף אינם רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, והבקשה הראשונה לרישומם בישראל הוגשה בהיותם בני ארבע, כאשר הליך הבקשה התמשך שנים בשל עמדת המשיבים. מצב זה, בו הילדים חסרי מעמד הן באזור והן בישראל, אינו תקין - כלפי פנים וכלפי חוץ. כלפי פנים - יש בו כדי לפגום ביציבות התא המשפחתי תוך יצירת הבחנה פנימית בין בני המשפחה. כלפי חוץ - יש בו כדי לפגום ביכולתו של התא המשפחתי להמשיך ולנהל את חיי השגרה התקינים בכפר צור באהר - לצורכי לימודים, לצורך ביקורי משפחה וחברים וכיו"ב. בהעדר מעמד קבוע, חשופים המערערים לביקורת תכופה יותר מצד גורמי הביטחון והמשטרה, ושגרת חייהם תלויה בהליכי חידוש ההיתרים למול גורמי המינהל האזרחי. כל זאת, כאשר בניגוד ליתר אחיהם, המערערים 2-3 הינם נטולי זכויות סוציאליות ואינם זכאים לטיפול רפואי בשטחי ישראל. מציאות חיים זו הינה קשה עבור הקטינים, שהם המערערים 2-3, ומצביעה על החשיבות שבמתן הגנה על התא המשפחתי השלם, בהתאם לתכלית לה נועדה תקנה 12, ובהישען על עקרון טובת הילד.

23. אשר על כן, נוכח מציאות החיים הייחודית של משפחת המערערים, היעדר זיקה של הקטינים לאזור וזיקתה ההדוקה של המשפחה לישראל והמבנה המשפחתי המורכב, אני סבורה כי בנסיבות העניין קמה הצדקה לראות במערער, אבי המערערים 3-2, כמי שנמצא בישראל לצורכי תקנה 12.

לפיכך, מתחייבת אף המסקנה כי קמה הצדקה לבחון את בקשת המערער לרישום המערערים 3-2 כתושבי קבע בישראל, במשקפי תקנה 12. בקביעה זו אין די, שכן כאמור לעיל הוראת השעה מטילה מגבלות על יישומה של תקנה 12, ולפיכך טרם קביעה אם ניתן להעניק למערערים 3-2 מעמד מתוקפה, יש לבחון האם הם "תושבי אזור" על-פי ההגדרה הקבועה בסעיף ההגדרות בהוראת השעה. בהגדרה זו חל שינוי בשנת 2005, במסגרת תיקון תשס"ה, ונוסחו דהיום הוא כדלקמן:

"הגדרות 'תושב אזור' - מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור".

בקשתו האחרונה של המערער הוגשה בשנת 2007, ולפיכך רלוונטית לענייננו הגדרת תושב אזור בנוסחה הנוכחית. כפי שנקבע לאחרונה בע"מ 1621/08 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' זיאד חטיב (טרם פורסם, 30.1.2011) "לצורכי חוק הוראת השעה, 'תושב אזור' הינו אחד משניים - מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולעניין זה אין חשיבות בבחינת זיקותיו לאזור בפועל, או מי שנמצא באזור אך אינו רשום בו. לעניין אחרון זה תידרש מטבע הדברים, בחינה מהותית - בהתאם למבחן מירב הזיקות - באשר לתושבותו בפועל של מבקש המעמד" [ההדגשה במקור].

המערערים 3-2 אינם רשומים כאמור במרשם האוכלוסין של האזור, ולפיכך רלוונטי בעניינם חלקה השני של ההגדרה בלבד. בהקשר זה, כבר ציינתי כמפורט כאמור לעיל, כי גם אם ביתם נמצא בחלקו של הכפר צור באהר הנמצא מחוץ לתחום שיפוטה של העיר ירושלים, הרי שאין חולק כי מירב זיקותיהם של הילדים הינו לכפר צור באהר שבשטח ישראל. שם כאמור לומדים המערערים 3-2, מנהלים את מרכז חייהם המשפחתיים והחברתיים ומקבלים שירותי רפואה, רווחה וכיו"ב. כן נזכיר כי בין ביתם של המערערים לשטחי האזור ניצב חיץ פיזי - גדר הביטחון, המקשה על מעברם לאזור ומונע זיקה ממשית כלשהיא לשטח זה. במצב דברים זה, אני סבורה כי בהישען על מבחן מירב הזיקות, אין למערערים 3-2 כל זיקה ממשית לשטחי האזור

(והשוו עניין סדור, בפסקה 25). לפיכך, לשיטתי אין לראותם כתושבי אזור לצורכי הוראת השעה, ומכאן שאין בהוראותיה כדי להטיל מגבלה כלשהיא ביישום הוראות תקנה 12.

אוסף עוד, גם אם למעלה מן הצורך, כי מסקנתי זאת לא הייתה משתנה גם אם בנסיבות עניינם של המערערים הייתה נבחנת הגדרת "תושב אזור" בנוסחה הישן, אשר נדון בהרחבה בעניין עויטאת. זאת, בשים לב לכך שבקשתו הראשונה של המערער הוגשה עוד בשנת 2000, קודם התיקון להוראת השעה משנת 2005.

הנה כי כן, באתי לכלל מסקנה כי אין בהוראת השעה כדי להגביל את המשיבים מיישום הוראות תקנה 12 על עניינם של המערערים.

24. עם זאת, גם מסקנה זו אינה משלימה את הליך הבחינה, שכן עדיין יש לבחון האם מקיימים המערערים עצמם את תנאי תקנה 12 לגופם. בהקשר זה יאמר מייד, כי המערערים 2-3 מקיימים את תנאיה המקדמיים של התקנה - הם נולדו בישראל וחוק השבות אינו חל בעניינם. עם זאת, מקובל הוא כי הענקת המעמד מתוקפה של התקנה אינה אוטומטית, וכי במסגרת בחינת בקשה למתן מעמד על בסיס תקנה זו, נבחנים היבטים הנוגעים למרכז חייו של הקטין, לצד בחינת קיומה של מניעה ביטחונית או פלילית או כל שיקול ענייני אחר הנוגע להפעלת הסמכות על-פי חוק הכניסה לישראל (ראו פסקה 20 לעניין עויטאת).

25. דומה כי אין צורך שנחזור ביתר פירוט על שנאמר קודם לכן, וניתן להסתפק בקביעה כי נסיבות עניינם הייחודיות של המערערים מצדיקות כי יוענק להם מעמד מתוקף תקנה 12. זאת, ראשית נוכח הנסיבות הייחודיות והמורכבות הכרוכות במקום מגוריהם בשכונת ואדי-חומוס, כפי שפורט לעיל. אלה שכנעוני כאמור כי מרכז חיי המערערים הינו הלכה למעשה בישראל. שנית, נוכח פיצול הסטטוס שבין המערערים לאביהם ויתר אחיהם כמו גם העובדה כי המערערים אינם רשומים במרשם האזור והם נטולי מעמד כלשהוא. הותרת פיצול זה על כנו, וכן הותרת המערערים בלא מעמד כלשהוא אינם מתיישבים עם הערכים המוגנים שבבסיס תקנה 12, וביניהם העיקרון בדבר טובת הילד.

לפיכך, באתי לכלל מסקנה כי יש להיענות לבקשת המערער ולהעניק לילדיו, המערערים 2-3, מעמד של תושבי קבע בישראל מכוחה של תקנה 12.

26. לפני סיום יצוין, כי נתתי דעתי לטענות המשיבים באשר להשלכות הרוחב הפוטנציאליות הטמונות לשיטתם בהחלטה על הענקת מעמד למערערים, אך לא מצאתי כי יש בהן כדי לשנות מן המסקנה אליה הגעתי. זאת, בין היתר בשל כך שכפי שפורט בהרחבה לעיל, עסקינן בשילוב נסיבות ייחודי בעניינם של המערערים 2-3, אשר נולדו בישראל לאב שהוא תושב קבע, מציאות חיהם באזור צור באהר ובשכונת ואדי חומוס הינה מורכבת וייחודית, ומאופיינת אף בכך שיתר אחיהם ואחיותיהם הינם בעלי מעמד של תושבי קבע, בעוד הם נטולי מעמד כלשהוא. במצב דברים זה, נראה כי המשיבים העניקו משקל יתר לטיעון בדבר השלכות הרוחב הפוטנציאליות הטמונות בהחלטה, תחת קבלת החלטה ממוקדת ופרטנית בנסיבות הייחודיות של העניין. כן יצוין כי בחנתי אף את הצעת המשיבים להעניק למערערים היתרי שהייה בישראל כתחליף למתן מעמד בה, אך לא מצאתי כי הצעה זו נותנת מענה מספק למצוקתם. בנוסף, לא מצאתי ממש בטענת המשיבים לפיה בהענקת מעמד למערערים 2-3 יש משום תמיכה עקיפה בעבירת הביגמיה, שכן ההחלטה להענקת המעמד נשענת על תקנה 12 ותכליותיה ולא על הקשר הזוגי שבין המערער ואשתו תושבת האזור.

לצד כל זאת, לא אוכל לסיים בלי לומר כי לדעתי ניתן היה לצפות מהמשיבים כי יעניקו משקל גדול יותר לעובדה כי הקמת גדר הביטחון תרמה במידה בלתי מבוטלת ליצירת המציאות המורכבת בה חיים המערערים. הכרה זו חייבה לשיטתי את המשיבים לגלות נכונות רבה יותר להביא את עניינם של המערערים לפתרון סביר בלא צורך בהכרעה שיפוטית.

27. נוכח כל האמור לעיל, לו תשמע דעתי, הייתי מקבלת את הערעור, מורה על ביטול פסק דינו של בית המשפט קמא וכן על ביטול החלטת המשיבים שלא להעניק למערערים 2-3 מעמד של תושבי קבע בישראל, בהתאם להוראות תקנה 12 ומכח מעמדו של אביהם.

לאחר הדברים האלה

28. הובאה לפניי חוות דעתו של חברי השופט (בדימ') א' א' לוי, אליה הצטרף חברי השופט א' גרוניס, ואשר לפיה יש לדחות את הערעור. ניכר כי חבריי היו ערים לפגיעה הקשה הנגרמת במערערים הקטינים, אך לשיטתם בנסיבות העניין ונוכח

תכליותיה של תקנה 12 לצד החשש מפני השלכות הרוחב של הכרעה שיפוטית זאת, אין ניתן להושיט להם את הסעד המבוקש. לשיטתי, נסיבות עניינם של המערערים מרכיבות תצרף נסיבתי חריג וייחודי, ולפיכך לא שוכנעתי כי קיים חשש של ממש להשלכות רוחב משמעותיות אם יינתן לקטינים המעמד המבוקש. מן העבר השני, ניצבת הפגיעה הקשה הנגרמת לקטינים, שהינה בין היתר תוצר של מציאות חיים שנכפתה עליהם בעקבות החלטות המשיבים הנוגעות להקמת גדר הביטחון באזור, ואופי החיים בשכונת ואדי חומוס. לפיכך אף לאחר שעיינתי בחוות הדעת של חבריי לא ראיתי לשנות מעמדתי.

ה נ ש י א ה

השופט (בדימו') א' א' לוי:

1. לצערי לא אוכל להצטרף לתוצאה אליה הגיעה חברתי הנשיאה.

ערעור זה כרוך בקשיים רבים, הואיל ובמרכזו עומדים שני נערים אשר נותרו, בניגוד לאחיהם, חסרי מעמד במקום שבו גדלו ובו הם גרים. כפי שעמדה על כך חברתי הנשיאה, יש להניח כי מגוריהם של המערערים בוואדי חומוס יצרו מציאות שבה הם עושים שימוש בפועל בשירותים רבים הניתנים בתוך שטחה של מדינת ישראל. וכדברי חברתי – "חלקו הישראלי של הכפר [מהווה] את מרכזו של היישוב כולו – שם ממוקמים בתי הספר, שירותי הבריאות ושירותי הרווחה. שם מתקיימים חיי המסחר והחברה של התושבים, ביניהם תושבים ישראלים רבים" (פסקה 17 לפסק-דינה של הנשיאה). במצב דברים זה, נדמה כי גם המשיבים אינם חולקים על כך שבמערערים 2 ו-3, כמו יתר בני המשפחה, מתקיימים מאפיינים העשויים ללמד עליהם כמי שמרכז חייהם בתוך שטח ישראל. אולם, כלום נתונים אלה ונסיבותיה הייחודיות של שכונת ואדי חומוס, מאפשרים להקנות רישיון לישיבת קבע בישראל למי שקבע את מקום מושבו מחוץ לתחומה? האם די בכך שאדם נזקק למדינת ישראל ומנהל חלק משגרת יומו בשטחה, כדי להקנות לו סטאטוס של תושב מדינה, אף שכלל אינו יושב בגדרה? לטעמי, התשובה לכך שלילית.

2. חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, כשמו כן-הוא, עוסק בכניסה לישראל ובהסדרת מעמדם של השוהים בה אשר אינם אזרחי המדינה. ראשיתו של החוק בכניסה לישראל המוסדרת בסעיף 1(א): "מי שאיננו אזרח ישראלי, תהיה כניסתו לישראל על פי אשרת עולה או על פי אשרה לפי חוק זה". המשכו, בסעיף 1(ב), בשהייה בשטחי

המדינה: "מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה". לדידי, הנחת יסוד ברורה מובלעת בהוראות אלה, והיא כי החוק מחיל עצמו על מי שנמצא בשטח המדינה ולא מחוצה לה. פשיטא, למדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, גבולות אשר רק העובר אותם נכנס בשעריה ונמצא על אדמתה. משפחתם של המערערים קבעה את מקום מגוריה מאות מטרים ספורים מגבולה המוניציפאלי של העיר ירושלים. אמת, יתכן כי בנסיבות הללו גם העומד בפתחה של המדינה יחוש עצמו כאילו בא בקרבה. אך לא כך הוא, שכן קו הגבול – גם אם לאחדים נחזה הוא כקביעה נוקשה ושרירותית – רק הוא שביכולתו להצביע על מקום הימצאו של אדם. ובמילים אחרות, זהו טבעו של קו הגבול, "שאנו נמצא תמיד מצדו האחד... או מצדו השני" (דברים שנכתבו בהקשר אחר מפי חברתי הנשיאה בע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 885, 902 (2005); ובאותה רוח ראו גם את בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, בפסקה 6 (טרם פורסם, 1.4.07)). "מקרי גבול הקוראים תיגר על מגבלות החוק קיימים תמיד. השאלה היא אינה כיצד החוק מתמודד עם מקרי הגבול, אלא מהי מטרת החוק, ומהו הרציונל המנחה אותו" (ע"פ 534/04 הנ"ל, בעמ' 902).

3. אך ברור הוא כי תפיסה זו, בדבר תחולתו של חוק הכניסה לישראל, משליכה על פרשנותן של התקנות שהותקנו מכוחו:

"פרשנותה של חקיקת המשנה משתלבת בפרשנותו של החוק הראשי שמכוחו היא הותקנה. אכן, ככלל תהא תכליתה של תקנת המשנה תואמת לתכליתו של החוק הראשי (וראו, בג"ץ 8233/99 בן צוק נ' שר התחבורה, פ"ד נה(2) 311, 316 (2000)). כך גם כמובן לעניין חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו מכוחו" (עע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עויטאת, בפסקה 20 (טרם פורסם, 10.8.08) (להלן: "פרשת עויטאת").

תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל תשל"ד-1974, אליה מפנים המערערים, עוסקת בהענקת "מעמד בישראל" למי שנולד להורים בעלי מעמד בישראל ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות. חברתי הנשיאה סבורה כי בנסיבותיו הייחודיות של המקרה הנוכחי תכליתה של התקנה מחייבת להעניק רישיון קבע גם למי שאינו מתגורר בישראל, אך מרכז חייו נמצא בה. זאת, נוכח צירוף הנתונים יוצאי הדופן שהתעוררו בשכונת ואדי חומוס, היוצרים "מצבים יחודיים וחריגים בהם המגורים מחוץ לתחום המוניציפאלי של ירושלים הם כמעט בבחינת מצב ערטילאי" (פסקה 21 לפסק-דינה). אלא שהניסיון למצוא פתרון לבעיה הקונקרטית אליה נקלעו המערערים, מוביל באופן מעשי לכך שנקבע כי יש להורות למשיב להעניק "רישיון ישיבה בישראל", כמאמר

החוק, למי שמעוניין להמשיך ולהתגורר מחוץ לשטח המדינה. לעניות דעתי, תוצאה זו אין בה להגשים את תכליתה של התקנה, והיא אינה מתיישבת עם החוק ממנו שואבת התקנה את תוקפה.

4. בית-משפט זה עמד על תכליתה של תקנה 12 בשורה של פסקי-דין, היינו, למנוע "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" (בג"ץ 979/99 פבאלואיה נ' שר הפנים בפסקה 2 (לא פורסם, 23.11.99) (להלן: "פרשת פבאלואיה"). עניין זה נדון בהרחבה גם בפרשת עויסאט, שם הודגשה התכלית ההומניטארית שבתקנה 12, אשר בבסיסה הצורך לשמור על שלמות התא המשפחתי:

"כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי. זאת, משני טעמים עיקריים. ראשית, יש ליתן את הדעת לכך שמחוקק המשנה בחר להתקין תקנה מיוחדת לעניין מעמדם של ילדים שנולדו בישראל... לפיכך מעצם התקנתה של תקנה מיוחדת הנוגעת להסדרת מעמדם בישראל של ילדים שנולדו בה ניתן ללמוד, כי מחוקק המשנה ביקש לקבוע כי לעניינם של אותם קטינים יש ליתן משקל מיוחד וניכר לשיקול של שלמות התא המשפחתי. שנית, יש 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 הוריו" (פרשת עויסאט בפסקה 20).

תכלית זו, של שמירה של התא המשפחתי, נדונה תמיד ביחס לילדים ששהו בישראל. או אז בחנה הפסיקה אם הענקת מעמד של תושב נדרשת במטרה למנוע נתק בין ההורה לילדו, ולאפשר לתא המשפחתי להתקיים בישראל. בענייננו התמונה שונה, הואיל והמערערים מבקשים לזכות במעמד של קבע בישראל במטרה להמשיך ולהתגורר עם הוריהם מחוץ לשטחה. מנגד, אין כל מניעה לכך שמערערים 2-3 והוריהם ימשיכו להתגורר יחדיו בוואדי חומוס. אין אפוא במצב הנוכחי כל סכנה לשלמות התא המשפחתי של המערערים והוריהם. ודוק: היה והוריהם של המערערים יבקשו להעתיק את מקום מגוריהם לתוך שטח המדינה (כאמור בחוות דעתה של חברתי הנשיאה אביהם של המערערים הוא תושב ישראל), לא תהא לכך כל מניעה, מאחר ובמצב זה – מתוך

כוונה להגן על שלמות התא המשפחתי – יהיו המערערים זכאים לעתור לקבלת מעמד של תושב מכח תקנה 12.

5. וגם זאת יש להדגיש: איני טוען כי מרכז חייו של אדם נמדד אך ורק לפי מקום מגוריו. כאמור לעיל, המציאות שבה נתונים תושבי ואדי חומוס יצרה מצב שבו רבים מהם מנהלים את חייהם גם בשטחה של ירושלים. יחד עם זאת, סבורני כי הענקת מעמד של תושב מכח תקנה 12 למי שמתגורר עם הוריו מחוץ לשטח המדינה, משיקולים של הגנה על שלמות התא המשפחתי – אינה מתקבלת על הדעת. אף יש שיראו בכך מעין הרחבה רעיונית של גבולות העיר ירושלים לצרכי הענקת מעמד של תושב, כך שאזור ואדי חומוס יבוא בגדרה. אך ברור הוא כי צעד כזה אינו מסור לסמכותו של בית המשפט, ואין בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל כדי לאפשרו.

חברתי הנשיאה הדגישה את עניינה הייחודי של שכונת ואדי חומוס ואת מצוקתם הקונקרטית של המערערים שבפנינו, מצוקה הנובעת, בין היתר, מן העובדה כי הם אינם רשומים במרשם האוכלוסין של האזור; אחיהם זכו במעמד של תושב; בין ביתם של המערערים לשטחי האזור ניצב חיץ פיסי בדמות גדר ההפרדה. אולם אם בסופו של דבר הבחינה היא בחינה מהותית הבוחנת את זיקתו של התא המשפחתי לישראל – כפי שחברתי מציעה לקבוע (פסקה 21 לפסק דינה) – חוששני כי לקבלת הערעור עשויות להיות השלכות מרחיקות לכת. כוונתי לכך שיתכנו מצבים רבים נוספים בהם אדם ינהל את מרכז חייו בישראל, ויקבע את מקום מגוריו מחוץ לתחומה. הדברים אמורים בייחוד בעידן שבו אמצעי התחבורה הם כאלה המקלים את המעבר בין ישובים (האם לא ניתן להעלות על הדעת מקרים נוספים של כאלה המתגוררים בפאתי ירושלים, אך עובדים מידי יום בתוכה ונעזרים בשירותים שונים שהעיר מציעה?). אמת, נסיבותיהם הייחודיות של המערערים הן כאלו שהציבו בפניהם מציאות שאינה פשוטה. אולם להשקפתי קושי זה לא יהיה נכון לפתור באמצעות הפרשנות הכללית שחברתי מציעה להחיל על תקנה 12, אלא באמצעות פתרון קונקרטי שייתן מענה לבעיה אליה נקלעו. פתרון כזה הוצע על-ידי המשיבים, והכוונה למתן היתרי שהייה מתחדשים בישראל, אשר יאפשרו למערערים לנוע בחופשיות בין מקום מגוריהם לירושלים. המשיבים הצהירו בהודעתם כי היתרים מסוג זה יאפשרו למערערים להמשיך ללמוד ולקבל שירותים רפואיים בירושלים.

6. אמת, לקבלת מעמד של תושב נלוות גם זכויות סוציאליות שונות שלא ניתן להמעיט בחשיבותן (ראו למשל את סעיפים 150, 158, 195, 223 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה-1995). יחד עם זאת, בעבר כבר הוכרה האפשרות להעניק

זכויות כגון אלה גם למי שאינו 'תושב ישראל', כאשר נמצאה לכך הצדקה, ובייחוד במצבים שבהם נמצאה זיקה הדוקה בין מבקש הזכות למדינה (ראו את סעיף 378(ב)(1) לחוק הביטוח הלאומי וכן את בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423, 431 (2000); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 333 (2004)). מעבר לכך, חברתי הנשיאה עמדה על כך שהכרה במצבם הייחודי של תושבי ואדי חומוס, אף הובילה בעבר לכך שהמדינה ניאותר להושיט ידה גם מעבר לקו הגבול הבלתי-נראה החוצה את טבורה של שכונת צור-באהר (ראו בפסקה 3 לפסק-דינה). כך או אחרת, איני סבור כי הפתרון לסוגית הזכויות הסוציאליות ימצא בפרשנות שהציעה חברתי הנשיאה לתקנה 12.

7. נוכח האמור, אציע לחברי לדחות את הערעור ולהותיר את פסק דינו של בית-המשפט לעניינים מנהליים על כנו.

ש ו פ ט (בדימ')

השופט א' גרוניס:

קראתי את חוות הדעת הנוגדות של חבריי, הנשיאה ד' ביניש והשופט (בדימוס) א' א' לוי. כפי שעולה משתי חוות הדעת, המקרה מעורר התלבטות קשה. הנטייה המתבקשת, והייתי אומר אף הטבעית, היא לפסוק לזכותם של המערערים. זאת, נוכח התוצאה הקשה מבחינת המערערים 2 ו-3 של דחיית טענותיהם. דא עקא, לא ניתן להתעלם מן ההיבט העקרוני של העניין ומהשלכות הרוחב של פסיקה המקבלת את טענותיהם. זאת במיוחד, כאשר החוק הרלוונטי, חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – החוק) והתקנות שעל פיו, באים להסדיר מעמדו של אדם בישראל ולא מחוצה לה. וכידוע, המערערים 2-3 מתגוררים עם בני משפחתם מחוץ לתחומה של המדינה. הכרעה לזכות המערערים, המתקבלת על ידי בית המשפט העליון על רקע הוראות החוק והתקנות, אינה יכולה להיות מצומצמת לעניינם של המערערים 2-3 בלבד. ברור, כי בשכונת ואדי חומוס, מקום מגוריהם של המערערים 1-3, חיים אחרים שמצבם דומה. גם אם טרם התנהלו הליכים משפטיים מטעמם של אותם אחרים, הרי חובה עלינו לצפות אפשרות שהסוגיה תחזור ותעלה. בנסיבות אלה מצרף אני את דעתי לדעתו של חברי, השופט (בדימוס) א' א' לוי.

ש ו פ ט

הוחלט לדחות את הערעור, כאמור בפסק-דינו של השופט (בדימ') א' א' לוי,
אליו הצטרף השופט א' גרוניס, ובניגוד לדעתה החולקת של הנשיאה ד' ביניש.

ניתן היום, כ"ה בחשוון התשע"ב (22.11.2011).

שופט

שופט (בדימ')

הנשיאה