

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים

עע"ם 5718/09

בפני :
כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן

המערערת :
מדינת ישראל

נגד

המשיבים :
1. _____ סרור
2. _____ סרור
3. _____ סרור
4. _____ סרור
5. המוקד להגנת הפרט

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים
בירושלים בעת"מ 8890/08 מיום 8.6.09 שניתן על-ידי כבוד
סגנית הנשיא, השופטת יהודית צור

תאריך הישיבה : י"ח בכסלו התשע"א (25.11.10)

בשם המערערת : עו"ד י' גנסיין, עו"ד ה' גורני, עו"ד ר' אידלמן

בשם המשיבים :

עו"ד ל' בכור ; עו"ד ע' לוסטיגמן ; עו"ד נ' דיאמונד

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

ערעור על פסק-דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים (כב' סגנית הנשיא י' צור) שבגדרו הורה בית המשפט למשרד הפנים להעניק למשיב 4 רישיון לישיבת קבע בישראל.

התשתית העובדתית

1. המשיב 4 (להלן: המשיב) נולד ביום 30.9.1991 בירושלים לאם המחזיקה ברישיון לישיבת קבע בישראל ולאב שהוא תושב אזור יהודה ושומרון (להלן: האזור). המשיב לא נרשם במועד לידתו כתושב במרשם האוכלוסין בישראל, וכיום 26.3.1996, הוא נרשם במרשם האוכלוסין של האזור. משפחתו של המשיב העתיקה את מקום מגוריה מעת לעת. ממועד סמוך ללידתו ועד לשנת 1993 התגורר המשיב עם בני משפחתו ביישוב נעלין שבאזור. בהמשך, בשנת 1993, העתיקה משפחתו של המשיב את מקום מגוריה לירדן, שם התגוררה עד לשנת 1997. בשנה זו, עזבה המשפחה את ירדן וחזרה להתגורר בתחומי האזור עד לשנת 2002, או אז עברה המשפחה להתגורר בירושלים. כשנתיים לאחר מכן, ביום 26.1.2004, הגישה לראשונה אמו של המשיב, המשיבה 1 בעתירה שלפנינו (להלן: המשיבה), למשרד הפנים בקשה לרשום את המשיב וארבעה מילדיה הנוספים במרשם האוכלוסין בישראל. נציין, וחשיבותו של עניין זה תתברר בהמשך, כי בעת הגשת הבקשה היה המשיב בן 12 שנים ו-3 חודשים (להלן תכונה בקשה זו הבקשה הראשונה).

2. הבקשה הראשונה בעניינו של המשיב ואחיו נדחתה ביום 20.4.2004 משני נימוקים. האחד, שחלק מילדיה של המשיבה – לרבות המשיב עצמו – רשומים במרשם האוכלוסין של האזור וחלקם נולדו מחוץ לישראל. לפיכך, לשיטתו של משרד הפנים, היה על המשיבה להגיש בקשה לאיחוד משפחות ולא בקשה לרישום של ילדיה במרשם האוכלוסין בישראל; השני, שבדיקה שנערכה בעניינם של המשיבה וילדיה העלתה כי מרכז חייהם של הילדים אינו בישראל, אלא באזור רמאללה.

3. במאמר מוסגר יצוין, כי בזמנים הרלוונטיים למועד הגשתה של הבקשה הראשונה, עמדה בתוקפה הוראת סעיף 3(1) לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת השעה) אשר קבעה, כי שר הפנים או מפקד האזור רשאי "לתת לתושב אזור.... רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו השוהה בישראל כדין" (ההדגשות הוספו – ע.פ.). סעיף זה היה אחד הסייגים לאיסור הגורף שהטיל חוק הוראת השעה על מתן מעמד בישראל למי שנחשב "תושב אזור" כהגדרת החוק, ובכלל זה, על הענקת מעמד לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 (להלן: תקנה 12 ותקנות הכניסה לישראל בהתאמה). נזכיר, כי תקנה זו קובעת כי ילד שנולד בישראל ואשר חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות) איננו חל עליו, מעמדו יהיה כמעמד הוריו. בשעתו, לא נקבע בחוק הוראת השעה כל חריג ביחס לקטינים תושבי אזור שגילם מעל 12 שנים כך שלקטינים אלה לא עמדה כל אפשרות לקבל מעמד בישראל. לשינויים שחלו, ברבות השנים, בהוראה זו נתייחס בהמשך הדברים. מכל מקום, נוכח הוראה זו, ובשים לב לכך שבמועד הגשת הבקשה היה גילו של המשיב מעל 12 שנים, שר הפנים לא היה מוסמך להעניק לו מעמד בישראל בנקודת הזמן האמורה.

4. ביום 16.2.2005 הגישה המשיבה למשרד הפנים בקשה נוספת לרישומן של שתיים מבנותיה, שנולדו בירושלים, במרשם האוכלוסין בישראל. להבדיל מהמשיב, בנותיה של המשיבה לא היו רשומות במרשם האוכלוסין באזור. בקשה זו סורבה אף היא, בנימוק של העדר מרכז חיים בישראל. בהמשך, לאחר הליכים שהתנהלו בעניין זה בין המשיבה לבין משרד הפנים ושאינן זה המקום להרחיב בהם, אושרה הבקשה להענקת מעמד לשתי הבנות ביום 19.9.2005; והן קיבלו רישיון לישיבת קבע בישראל ביום 9.11.2005. הבקשה התקבלה, בעיקרו של דבר, משום שממצאי חקירה שערך הביטוח הלאומי העלו כי לא זו בלבד שבנותיה של המשיבה נולדו בישראל ואינן רשומות כלל במרשם האוכלוסין באזור, אלא שהן אף מתגוררות בישראל מאז לידתן. נוסף ונציין, כי רישיון לישיבת קבע הוענק לבנותיה של המשיבה בהתאם לנוהל משרד הפנים 2.2.0020 שכותרתו "נוהל רישום ומתן מעמד לילד שרק אחר מהוריו רשום כתושב קבע בישראל" (להלן: נוהל רישום ילדים). להוראותיו הפרטניות של נוהל זה נשוב בהמשך. הנתון החשוב לענייננו הוא כי במסגרת טיפול משרד הפנים בבקשה לרישום שתי בנותיה של המשיבה נתקבלה, לבקשת משרד הפנים, ביום 13.9.2005 עמדת המוסד לביטוח לאומי באשר למשפחתו של המשיב. בעמדה זו צוין, כי המשיב ומשפחתו התגוררו, נכון למועד עריכת החקירה, בירושלים. נתון זה עמד בניגוד לקביעה ששימשה בסיס לדחיית הבקשה הראשונה, היינו, כי מרכז החיים של המשיב ושל משפחתו איננו בישראל, וכפי שנראה בהמשך, לעובדה זו ניתן משקל בהחלטות שהתקבלו לאחר מכן בעניינו של המשיב.

5. בני לבני, התקבל ביום 1.8.2005 תיקון מס' 1 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) (תיקון), התשס"ה-2005 (להלן: תיקון תשס"ה) שבו נקבע, בין היתר, כי קטין שגילו עד 14 שנים – להבדיל מגיל 12 שנים כפי שנקבע קודם לכן – יוכל לקבל רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו השוהה בישראל כדין; ואילו קטין שגילו מעל 14 שנים יוכל לקבל היתר לשהייה בישראל לאותה מטרה, ובלבד שההיתר לא יוארך אם הקטין איננו מתגורר דרך קבע בישראל. נוסף ונציין, כי בתיקון תשס"ה שונתה גם ההגדרה של המונח "תושב אזור" כך שנקבע בה, כי תושב אזור הוא "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". לשינויים אלה והשלכותיהם נשוב בהמשך הדברים.

6. נוכח השינוי שחולל תיקון תשס"ה בכל הנוגע לטיפול בבקשותיהם של ילדים שלהוריהם מעמד בישראל – העלאת רף הגיל המאפשר קבלת מעמד בישראל מ-12 ל-14 – ונוכח כך שבמסגרת הבחינה שנערכה ביחס לאחיותיו של המשיב התברר כי מרכז החיים של המשפחה הוא בישראל, החליט משרד הפנים, "לפנים משורת הדין", לראות את המשיב לצורך סעיף 1(3) לחוק הוראת השעה כמי שהגיש את בקשתו לרישום בישראל קודם שהגיע לגיל 12 ולדון בבקשתו לקבלת מעמד בישראל. ביום 15.3.2006 נשלחה לבא-כוח המשיבים הודעה בדבר אישור בקשתו של המשיב, וביום 9.4.2006 הוענק למשיב רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג 5/א לתקופה בת שנתיים בהתאם להוראותיו של נוהל רישום ילדים, הקובע נוהל מדורג למתן מעמד בישראל. המשיב נרשם, אפוא, במרשם האוכלוסין בישראל במעמד של תושב ארעי. ביום 18.6.2008 הוארך רישיונו של המשיב לישיבת ארעי בשנה נוספת, וביום 16.7.2008 פנו המשיבים למשרד הפנים בבקשה לשדרוג מעמדו של המשיב למעמד קבע (להלן: בקשת השדרוג). בקשת השדרוג נדחתה על-ידי משרד הפנים ביום 2.10.2008, בנימוק שלפיו בני משפחתו של המשיב התגוררו באזור והמשיב אף נרשם במרשם האוכלוסין באזור; וכן משום שבעת הגשת בקשת השדרוג היה גילו של המשיב למעלה מ-14 שנים ולכן, לפי חוק הוראת השעה, לא ניתן לשדרג את מעמדו למעמד של תושב קבע. בצד האמור קבע משרד הפנים, כי המשיב יוכל להמשיך ולקבל הארכות למעמדו כתושב ארעי.

ההליך בפני בית המשפט המחוזי ועיקרי הכרעתו

7. המשיבים הגישו לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים עתירה, בה תקפו, בין היתר, את החלטת משרד הפנים לדחות את בקשתו של המשיב לשדרוג מעמדו למעמד של תושב קבע. המחלוקת בינם לבין המערערים התמקדה בשתי סוגיות: האחת, האם יש לראות את המשיב כ"תושב אזור" שעליו חל חוק הוראת השעה אם לאו; השנייה, האם, בהנחה שהמשיב הוא תושב אזור, החלטתו של משרד הפנים שלא להעניק לו מעמד של קבע, בדין יסודה. פסק דינו של בית המשפט המחוזי סוקר בהרחבה את מכלול ההסדרים המשפטיים הרלוונטיים לסוגיות אלה. נעמוד להלן על עיקרי קביעותיו. בפתח פסק דינו התייחס בית המשפט (כב' סגנית הנשיא י' צודק) לתקנה 12 הקובעת, כאמור, כי מעמדו של ילד שנולד בישראל ואשר חוק השבות איננו חל עליו יהיה כמעמד הוריו. נקבע, כי על המשיב חלה תקנה 12 משום שהוא נולד בארץ; אמו היא תושבת קבע בישראל; ואין מחלוקת כי הוא קיים מרכז חיים בישראל בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה הראשונה. בצד האמור ציין בית המשפט, כי עובר לקביעה סופית בדבר תחולתה של תקנה 12 על המשיב יש לבחון אם הוא נכנס לגדריו של חוק הוראת השעה; שכן, חוק זה מגביל את שר הפנים בהענקת מעמד בישראל למי שנחשב על-פי הוראות החוק ל"תושב אזור".

8. לצורך הכרעה בשאלת תחולתו של חוק הוראת השעה על המשיב נדרש בית המשפט לבחון, בראש ובראשונה, אם המשיב הוא "תושב אזור", כהגדרתו של המונח בחוק זה. נקבע כי מאחר שהמשיב הגיש את הבקשה הראשונה בטרם נכנס לתוקפו תיקון תשס"ה, בחינה זו תיערך בהתאם להגדרתו המקורית של המונח "תושב אזור" בחוק הוראת השעה. בנוסחו המקורי, הגדיר חוק הוראת השעה את המונח "תושב אזור" על דרך הריבוי, ונקבע בו, בסעיף 1, כי "תושב אזור" יהיה "לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". בית המשפט ציין, על יסוד הפרשנות שניתנה לסעיף 1 לחוק הוראת השעה בע"מ 5569/05 משרד הפנים נ' עויטאת (לא פורסם, 10.8.2008) (להלן: עניין עויטאת), כי מאחר שהמשיב רשום במרשם האוכלוסין של האזור קמה חזקה כי הוא

תושב אזור; אולם, אין מדובר בחזקה חלוטה אלא בחזקה הניתנת לסתירה והיא אכן נסתרה בנסיבות המקרה שלפנינו. בהקשר זה צוין, כי המשיב הוא יליד ישראל; כי אימו וחלק מאחיו הם תושבי קבע בישראל; כי הוא התגורר באזור כחמש שנים בלבד מתוך 12 שנות חייו; וכי מרכז חייו של המשיב הוא בישראל, נוכח כך שבשנתיים שקדמו להגשת הבקשה הראשונה הוא התגורר עם משפחתו בירושלים. "לפיכך" – קבע בית המשפט – "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 [המשיב], ועל כן לא מוגבל שיקול דעתו של [שר הפנים] בהתאם לתקנה 12 ויש להעניק [למשיב] רישיון לישיבת קבע בישראל בהתאם לתקנה 12" (פסקה 17 לפסק הדין).

9. בית המשפט לא הסתפק בקביעה זו ובהמשך פסק דינו הוסיף וקבע, כי אף אם היה מקום לראות את המשיב כ'תושב אזור' בהתאם להגדרתו המקורית של מונח זה בחוק הוראת השעה – נוכח כך שהוא רשום במרשם האוכלוסין באזור והתגורר באזור כחמש שנים – הרי שגם לפי חוק הוראת השעה היה מקום להעניק לו רישיון לישיבת קבע בישראל. בית המשפט דן בשאלה אם יש להחיל על המשיב את ההסדר שעמד בתוקף במועד הגשת הבקשה הראשונה והתיר הענקת מעמד בישראל לקטין טו גיל 12; או שמא את ההסדר המתוקן, המתיר הענקת רישיון ישיבה בישראל לקטין טו גיל 14. בעניין זה, נקבע, כי בצדק החיל משרד הפנים על המשיב את סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, היינו, את הסעיף המתוקן המאפשר הענקת מעמד בישראל לילדים עד גיל 14, שכן במועד התיקון טרם מלאו לו 14 שנים ולפיכך הוא היה זכאי לקבל מעמד בישראל מכוח התיקון.

10. בצד האמור קבע בית המשפט, כי החלטתו של משרד הפנים להעניק למשיב רישיון לישיבת ארעי ולא רישיון לישיבת קבע – היתה שגויה. בעניין זה, ציין בית המשפט, פעל משרד הפנים בהתאם לנוהל רישום ילדים הקובע, כי ילד שהחל בהליך המדורג לקבלת מעמד בישראל אך במועד הגשת הבקשה לשדרוג מעמדו ממעמד ארעי למעמד של קבע היה גילו גבוה מ-14 ייותר במעמד של תושב ארעי. אלא, שנוהגו של משרד הפנים להעניק למבקשים שגילם מעל 12 שנים מעמד ארעי בישראל לתקופה של שנתיים נפסל זה מכבר על-ידי בית המשפט לעניינים מנהליים ולא בכדי. נוהל זה, קבע בית המשפט, איננו עולה בקנה אחד עם תכליתו של תיקון תשס"ה, אשר נועד להקנות לשר הפנים סמכות ליתן לילד שגילו נמוך מ-14 רישיון לישיבת קבע בישראל. על תכלית זו למד בית המשפט מלשונו של סעיף 3א(1) המתוקן, שכן בנוסח המקורי של הסעיף ניתנה לשר הפנים סמכות להעניק לילד רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל, בעוד שהסעיף בנוסחו החדש מתייחס אך לרישיון לישיבה ולא להיתר שהייה. נוהל זה, המשיך וציין בית המשפט, אף מסכל את תכליתה של תקנה 12 המיועדת למנוע יצירת פער בין מעמדו של הורה תושב ישראל לבין ילדו שנולד בישראל אך אין לו מעמד חוקי בה. נוהגו של משרד הפנים – סיכם בית המשפט – "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 [משרד הפנים] אינו עולה מלשונו של סעיף 3א [א] המתוקן, וסותר הן את תכליתה של תקנה 12 והן את תכליתו של חוק הוראת השעה, ועל כן דינו להיפסל" (פסקה 20 לפסק-הדין). נוכח כל האמור קבע בית המשפט כי על משרד הפנים להעניק למשיב מעמד של קבע בישראל – בין אם מכוח תקנה 12 בין אם מכוחו של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה (פסקה 21 לפסק הדין).

מכאן הערעור שלפנינו.

טענות הצדדים בערעור

11. בטרם נדרש לגופן של הטענות בערעור שלפנינו, נציין כי הדיון בעתירה התקיים במהלך שביתת הפרקליטים. על מנת לקדם ככל הניתן את הליך הערעור חרף השביתה, החלטנו לקיים את הדיון בעתירה במועדו. במועד זה שמענו את טענות המשיבים. בהחלטתנו מיום 25.11.2010 קבענו, כי המערערים יוכלו להגיב לסיכומי המשיבים ולטענות שהועלו על-ידם בדיון במסגרת תגובה שתוגש מטעמם. תגובה כאמור הוגשה ביום 23.1.2011. מכאן נפנה לגופן של טענות הצדדים.

12. בהודעת הערעור שהוגשה מטעמם ובתגובה המשלימה שהוגשה לאחר הדיון טוענים המערערים, כי הדרך שבה בחן בית המשפט את זיקותיו של המשיב לאזור במסגרת הדיון בשאלה אם הוא תושב אזור אם לאו – היתה מוטעית. לשיטתם, מפסק הדין בעניין עויטאת עולה, כי די בכך שלקטין מבקש המעמד קיימת זיקה נוספת כלשהי לאזור – זולת רישומו במרשם האזור – על מנת שהוא ייחשב כתושב אזור, שחוק הוראת השעה חל לגביו; קל וחומר, מקום שבו הקטין מבקש המעמד מקיים מספר זיקות לאזור, כמו בענייננו. בעניין זה מדגישים המערערים, כי המשיב התגורר מחוץ לישראל מרבית שנותיו; במשך שבע מתוך שתיים-עשרה שנות חייו – התגורר באזור, למד בבית ספר באזור ושם גם היה מרכז חייו במהלך תקופה זו. משכך, לעמדתם של המערערים, למשיב שלל זיקות נוספות לאזור, פרט לזיקת הרישום; וזיקות אלה מכניסות אותו לגדרי תחולת חוק הוראת השעה. המערערים ממשיכים וטוענים, כי הדרך שבה נבחנה סוגיה זו בידי בית המשפט קמא מנוגדת להלכה הפסוקה משום שבפועל בית המשפט בחן את זיקותיו של המשיב ומשפחתו לישראל ולא את זיקותיו לאזור. להשקפת המערערים, בית המשפט נתפס לכלל טעות, כאשר במסגרת בחינת השאלה אם המשיב הוא תושב אזור, פנה להוראותיו של נוהל רישום ילדים, הבוחן את מרכז חייו של הקטין בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה לקבלת רישיון לישיבת קבע בישראל. בעניין זה סבורים המערערים, כי שאלת מרכז החיים לפי נוהל רישום ילדים היא שאלה נפרדת לחלוטין מן השאלה האם הקטין מבקש המעמד הוא תושב אזור אם לאו. לבסוף מזכירים המערערים, כי לפי הגדרת המונח "תושב אזור" כנוסחה לאחר תיקון תשס"ה, המשיב הינו בבחינת תושב אזור.

13. המערערים חולקים על קביעתו של בית המשפט שלפיה סמכותו של שר הפנים לפי סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה היא סמכות שבחובה להעניק רישיון לישיבת קבע בלבד. לשיטתם, המונח "רישיון ישיבה" המופיע בסעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה יכול להתפרש ככזה המתייחס לכל אחד מסוגי רישיונות הישיבה אותם מוסמך שר הפנים להעניק מכוחו של חוק הכניסה לישראל. זאת, משום שגם סוגי רישיונות אחרים, ובעיקר רישיון לישיבת ארעי – ולא רק רישיון לישיבת קבע – יש בהם כדי להגשים את תכליתם של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה ותקנה 12 – למנוע הפרדת ילד מהורוהו המשמורן השווה כדין בישראל. בהקשר האחרון הודגש, כי מתן מעמד של תושב ארעי לקטין, והארכתו מעת לעת, איננו פוגם באינטרס בדבר השמירה על שלום הילד ומניעת הפרדתו מהוריו, מה גם שהקטין זכאי, בתקופת הרישיון, לכל הזכויות המוענקות לתושב ישראל, ביניהן תעודת זהות ישראלית, רישום במרשם האוכלוסין בישראל וזכויות סוציאליות שונות. המערערים סבורים עוד, כי ההנמקה הפרשנית ששימשה

בסיס לקביעתו של בית המשפט קמא היתה שגויה. בהקשר זה הם מדגישים כי סמכותו של שר הפנים ליתן רישיונות ישיבה על פי חוק הכניסה לישראל היא סמכות שבצידה שיקול דעת נרחב, ואילו פרשנותו של בית המשפט קמא לסעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה – שלפיה מחויב שר הפנים להעניק רישיון לישיבת קבע – מגבילה שיקול דעת זה ובשל כך מעוררת קושי. בהמשך נטען, כי נוהל רישום ילדים שלפיו פועל משרד הפנים מספר שנים אינו חל רק על ילדים שהם תושבי אזור אלא על כל קטין שאיננו רשום במרשם הישראלי ואשר נולד להורה שהוא תושב קבע בישראל. על רקע זה טוענים המערערים, כי משמעות פסיקתו של בית המשפט קמא היא, כי קטין תושב האזור שטרם מלאו לו 14 שנים יקבל מיידית רישיון לישיבת קבע בישראל; בעוד שקטין שהוא תושב של מדינה אחרת יצטרך לעמוד בתנאי ההליך המדורג ולא יהיה זכאי לקבל רישיון לישיבת קבע באופן מידי. לבסוף טוענים המערערים, כי החלטתו של בית המשפט קמא לשדרג את מעמדו של המשיב למעמד של תושב קבע מתעלמת מן העובדה שמלכתחילה הוענק למשיב מעמד ארעי לפנים משורת הדין.

14. המשיבים מצידם סומכים ידיהם על פסק-דינו של בית המשפט קמא. לדידם, הפרשנות שהעניק בית המשפט קמא למונח "תושב אזור" היתה ראויה ואילו הפרשנות המוצעת על-ידי המערערים למונח זה, כמו גם לפסק-הדין בעניין עויטאת, שגויה ואיננה מתיישבת עם הכרעות קודמות של בית המשפט לעניינים מנהליים. עוד טוענים המשיבים, כי מטרתו של תיקון סעיף 3א לחוק הוראת השעה – העולה מלשון הסעיף, מהצעת החוק לתיקון הסעיף ומהליך החקיקה – הייתה לאפשר מתן רישיון לישיבת קבע לילדים עד גיל 14. לגישתם, נוהל רישום ילדים מונע בפועל מתן מעמד של קבע לילדים אשר בעת הגשת הבקשה גילם היה בין 12-14 שנים ובכך מסכל את כוונת המחוקק. עוד טוענים המשיבים כי נוהל רישום ילדים נפסל זה מכבר על-ידי בית המשפט לעניינים מנהליים. יתרה מכך, לעמדת המשיבים, הטענות שהעלו המערערים בנוגע לפרשנותו של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה ותכליתו לא נטענו בפני בית המשפט קמא והועלו לראשונה בערעור ועל כן אין להידרש להן. לגופו של עניין סבורים המשיבים, כי הפרשנות המוצעת על-ידי המערערים שלפיה רשאי שר הפנים ליתן לקטין עד גיל 14 כל סוג של אשרה מאלו המופיעות בחוק הכניסה לישראל, לרבות אשרת תייר, סותרת הן את תכלית החקיקה – שהינה ביטחונית ולא דמוגרפית – והן את ההיסטוריה החקיקתית. לטענתם, ההנחה המשתמעת מן ההבחנה שביצע המחוקק בסעיף 3א בין רישיון ישיבה בישראל להיתר שהייה, היא שילדים עד גיל 14 לא יפגעו מחוק הוראת השעה ויקבלו רישיונות לישיבת קבע בישראל.

דיון והכרעה

התשתית הנורמטיבית

15. הערעור שבפנינו עוסק בשלוש סוגיות המצויות במחלוקת בין הצדדים: האחת, השאלה אם יש לראות את המשיב כ"תושב אזור" שעליו חל חוק הוראת השעה. השנייה, מהי פרשנותו של המונח "רישיון ישיבה" שבסעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, היינו, האם הוא מתייחס לסוגים שונים של רישיונות ישיבה או לרישיון לישיבת קבע בלבד; והשלישית, עניינה ביחס שבין נוהל רישום ילדים להוראות החוק החולשות על הענקת מעמד בישראל לילדים שהוריהם בעלי מעמד בישראל. בטרם נידרש לסוגיות אלה לגופן נעמוד על התשתית הנורמטיבית הדרושה להכרעה בהן. חלק מדברי החקיקה וההסדרים הרלוונטיים אוזכרו בתמצית לעיל, אולם לשם שלמות הדיון נעמוד עליהם בפירוט.

16. חוק הוראת השעה מטיל, כידוע, מגבלות שונות על סמכותו של שר הפנים ליתן לתושבי האזור מעמד בישראל. חוק זה נחקק על רקע המציאות הביטחונית אליה נקלעה ישראל לאחר פריצתה של האינתיפאדה השנייה ונוכח הערכות של גורמי ביטחון לפיהן כניסתם של תושבי האזור לישראל ותנועה חופשית שלהם בתחומיה מהוות סכנה ביטחונית (וראו: הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה), התשס"ג-2003, ה"ח 31. כן ראו: עניין עויטאט, פסקה 10; ובג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, 5.12.2010), פסקה 9 לפסק-דין (להלן: עניין עכל)). ההסדר המרכזי של חוק הוראת השעה הוא זה הקבוע בסעיף 2. סעיף זה בנוסחו המקורי, קובע, כי בתקופת תוקפו של חוק הוראת השעה – ועל אף האמור בכל דין – "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". נוכח הטענות שהעלו הצדדים, נתייחס כאן לחוק הוראת השעה בשני מישורים: המישור הראשון, שעניינו הגדרתו של המונח "תושב אזור"; והמישור השני, שעניינו בהסדרים שנקבעו בחוק באשר להסדרת מעמד לילדיהם של בעלי מעמד בישראל. נפנה, בראשית הדברים, להגדרתו של המונח "תושב אזור" ולשינויים שחלו בהגדרה זו בזמנים הרלוונטיים לערעור שלפנינו.

17. כאמור, המגבלות על כניסה לישראל המוטלות מכוחו של חוק הוראת השעה חלות על מי שהם "תושבי אזור", כהגדרתו של מונח זה בחוק הוראת השעה. במועד הגשתה של הבקשה הראשונה הוגדר המונח "תושב אזור" בזו הלשון:

הגדרות ...

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

פרשנותה של הגדרה זו נידונה בהרחבה בעניין עויטאט. שם צוין, כי מלשונה עולה בבירור שהוראותיו של חוק הוראת השעה חלות על כל מי שמתגורר באזור, אף אם לא נרשם במרשם האזור; אולם לשונה של ההגדרה חסרה התייחסות מפורשת למצב שבו נטען על-ידי מבקש המעמד בישראל כי פרט לרישומו במרשם האזור אין לו זיקות אחרות לאזור (שם), פסקה 12). נוכח לאקונה זו נדרש בית המשפט לבצע מהלך פרשני של ההגדרה. נקבע כי לשונה של ההגדרה המופיעה בחוק הוראת השעה מתיישבת הן עם פרשנות שלפיה משמעותו הבסיסית של המונח 'תושב אזור' היא כל מי שרשום באזור; הן עם הפרשנות שלפיה המשמעות הינה כל מי שמתגורר באזור, והדיבר 'לרבות' נועד להבהיר כי אף מי שאינו רשום במרשם האזור ייחשב לתושב האזור ככל שהוא מתגורר בתחומי האזור (שם). אלא שבהמשך נקבע, כי מבין שתי אפשרויות פרשניות אלה, רק האפשרות הפרשנית השנייה עולה בקנה אחד עם תכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה מחד, ועם הרצון לצמצם למינימום האפשרי את הפגיעה בזכויות אדם הכרוכה בו, מאידך (שם, פסקאות 13-14).

על רקע האמור נקבע, כי את ההגדרה למונח 'תושב אזור' יש לפרש כך שהיא לא תחול באופן אוטומאטי על פלוני רק בשל עצם רישומו במרשם האזור. הרישום במרשם האוכלוסין באזור, כך נקבע, מקים הנחה לכאורית שלפיה למבקש המעמד בישראל יש זיקות נוספות לאזור מלבד זיקת הרישום. לפיכך, בנסיבות של רישום במרשם האזור ובהעדר נתונים אחרים, רשאי יהיה משרד הפנים להסתמך על הרישום ולקבוע כי על מבקש המעמד בישראל חלות הוראותיו של חוק הוראת השעה. בצד האמור, על משרד הפנים לאפשר למבקש המעמד לשכנע, על דרך של הבאת ראיות מנהליות, כי "מלבד הרישום במרשם נעדר הוא כל זיקה נוספת לאזור", כך שחוק הוראת השעה איננו חל עליו. מקום בו עמד מבקש המעמד בנטל זה יחולו עליו ההסדרים הרגילים שעניינם קבלת מעמד בישראל; וכאשר מדובר בקטין, יחול ההסדר הקבוע בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל (עניין עויטאת, פסקה 15).

18. נחזור ונזכיר, כי ביום 1.8.2005 פורסם ברשומות תיקון תשס"ה לחוק הוראת השעה. בתיקון תשס"ה שונתה, בין היתר, הגדרת המונח "תושב אזור", באופן שתחולת חוק הוראת השעה הורחבה; ונקבע מפורשות כי גם כל מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור ייחשב ל"תושב אזור" שחוק הוראת השעה חל לגביו:

הגדרות ...

[תיקון: תשס"ה] "תושב אזור" – מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור.

תיקון זה משמיע אותנו, כי "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" (עע"ם 1621/08 משרד הפנים נ' חטיב (לא פורסם, 30.1.2011), פסקה 12 (להלן: עניין חטיב)).

מוסכם כי תיקון זה אינו חל בענייננו ולכן אין צורך להידרש אליו מעבר לאמור.

19. משהבהרנו מיהו "תושב אזור" שאליו מתייחס חוק הוראת השעה, נפנה לבחון את ההסדרים הפרטניים החלים על קטינים תושבי אזור מכוחו של חוק זה. כפי שצוין לעיל, חוק הוראת השעה קבע איסור על הענקת מעמד בישראל למי שמוגדר "תושב אזור" לפי החוק. בצד האיסור הגורף, ונוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות חוקתיות הנובעת ממנו, נקבעו בחוק מספר חריגים המאפשרים, במקרים מסוימים, חריגה ממנו (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 384-383 (2006)

(להלן: עניין עדאלה) ועניין עכל, פסקה 9 לפסק-דיני). אחד החריגים עוסק, כאמור, במתן מעמד בישראל, בסייגים שנקבעו, לקטין תושב אזור.

20. ככלל, שאלת הענקת מעמד לקטין יליד ישראל שאחד מהוריו הוא בעל מעמד בארץ, מוסדרת בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל. תקנה זו – שהותקנה מכוחו של חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל) – קובעת כך:

מעמדו של ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמד 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.

מלשונה של התקנה עולה, בין היתר, כי מעמדו של ילד שנולד בישראל ייקבע, ככלל, לפי מעמדו של הוריו, אולם מקום שבו להוריו של הילד אין מעמד זהה, יקבע מעמדו לפי מעמדו של אביו או אפוטרופסו. יצוין, כי על רקע ביקורת שהושמעה בבית משפט זה בנוגע לנוסחה של התקנה, היא מיושמת על-ידי משרד הפנים כך שמעמדו של ילד שלהוריו מעמד שונה, יקבע לפי מעמדו של ההורה עמו הוא מקיים מרכז חיים, אף אם מדובר באימו של הילד ולא באביו (וראו: עניין עויסאת, פסקה 17; בג"צ 979/99 פבאלואיה נ' שר הפנים (לא פורסם, 23.11.1999) (להלן: עניין פבאלואיה); עת"מ (מחוזי-ים) 379/04 מנסור נ' משרד הפנים – מינהל האוכלוסין בירושלים (לא פורסם, 3.6.2005), פסקה 8).

21. הוראה זו שבתקנה 12 כפופה להסדר שנקבע בחוק הוראת השעה. בנוסחו המקורי עובר לתיקון תשס"ה, קבע סעיף 3(1) לחוק הוראת השעה כי שר הפנים או מפקד האזור רשאים להעניק לתושב אזור שהינו קטין וגילו עד גיל 12, רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו היושב כדין בישראל:

על אף הוראות סעיף 2 -

סייגים

(1) רשאי שר הפנים או מפקד האזור, לפי העניין, לתת לתושב אזור רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל, למטרת עבודה או לשם טיפול רפואי, לתקופה קצובה, וכן למטרה זמנית אחרת – לתקופה מצטברת שלא תעלה על שישה חודשים, וכן רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד עד גיל 12 מהורהו

השווהה בישראל כדין. [הדגשה אינה במקור
– ע.פ.]

סעיף זה הגביל, למעשה, את יישומה של תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל ביחס לילדים שהינם תושבי האזור ואפשר אך לקטינים שגילם עד גיל 12 לקבל מעמד או היתר לשהייה בישראל. חריג זה שונה בתיקון תשס"ה כך שגדרי תחולתו הורחבו. בסעיף 3א המתוקן נקבע, כי שר הפנים רשאי לתת רישיון ישיבה בישראל לקטין תושב אזור שגילו עד גיל 14 ולאשר מתן היתר לשהייה בישראל לקטין תושב אזור שגילו מעל גיל 14:

היתר ילדים לגבי על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו -

(1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל [הדגשה אינה במקור – ע.פ.] לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווהה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים [הדגשה אינה במקור – ע.פ.] לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השווהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

משמעות התיקון הינה, כי קטינים שההורה המשמורן שלהם שווהה בישראל כדין יזכו לרישיון ישיבה או היתר לשהייה בישראל, תוך הבחנה בין קטינים שגילם עד גיל 14 וקטינים מעל גיל 14. זאת, בשונה מן הנוסח הקודם אשר הגביל את מתן הרישיון או ההיתר לקטינים עד גיל 12 בלבד. (להלן יכונה הסדר זה ההסדר המתוקן).

22. בצד הוראותיהם של תקנה 12 וחוק הוראת השעה, מחיל משרד הפנים בהקשר זה גם את נוהל רישום ילדים. נוהל זה נועד להסדיר את דרך הטיפול בבקשות למתן מעמד בישראל לקטינים שרק אחד מהוריהם רשום כתושב קבע בישראל; והוא מפרט את אמות המידה לפיהן תיקבע זכאותו של הקטין למעמד בישראל, את דרך הבחינה ואת סוג המעמד שינתן לו. הענקת המעמד מותנית, בין היתר, בכך שיוכח כי מרכז חייהם של הקטין והוריו בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה היה בישראל. הנוהל חל לגבי כל קטין שאחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל; והוא מתייחס, בין היתר, גם לקטינים שהם תושבי האזור. הנוהל קובע הליך מדורג של מתן מעמד. לפי הליך זה, קטין שנרשם באזור או מתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, וגילו נמוך מ-14 שנים במועד הפניה להגשת הבקשה יקבל מעמד של תושב ארעי מסוג א/5 למשך שנתיים, ולאחר מכן יזכה למעמד קבע. זאת, במידה שבבדיקה

יימצא כי מרכז חייו בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה היה בישראל (סעיף ג.7.2.7 לנוהל). במידה שהקטין עבר את גיל 14 כשהוא עדיין במעמד של תושב ארעי, הוא יישאר במעמד זה ומעמדו לא ישודרג למעמד של קבע (סעיף ג.8.2.7 לנוהל). עוד נקבע בנוהל, כי קטין שנרשם במרשם האוכלוסין באזור או מתגורר באזור על אף שאיננו רשום שם והגיש בקשה לקבלת מעמד בישראל בהיותו בן למעלה מ-14 שנים – יקבל היתר שהייה בלבד (היתר מת"ק). זאת, בכפוף לעמדתם של הגורמים הרלוונטיים וככל שהוכח מרכז חיים בישראל.

23. נסכם את התמונה העולה ממכלול ההסדרים שנסקרו לעיל. ככלל, מעמדו של קטין שנולד בישראל אך אינו זכאי למעמד חוקי בה מכוח חוק השבות ייקבע, נוכח האמור בתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, בהתאם למעמדם של הוריו. ההסדר יהיה שונה מקום שבו מדובר בילד שהוא תושב אזור כהגדרתו בחוק הוראת השעה, שחלו בה, כאמור, שינויים. בענייננו, תחול ההגדרה המקורית, כפי פרשנותה בפסיקתו של בית משפט זה. על קטין העונה להגדרה הרלוונטית של תושב אזור יחולו הוראותיו של חוק הוראת השעה. עד לתיקון תשס"ה, קטין כזה שגילו היה נמוך מ-12 שנים יכול היה לקבל רישיון לשיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל; בתיקון תשס"ה הועלה רף הגיל, כך שקטין עד גיל 14 יכול לקבל רישיון ישיבה וקטין מעל גיל 14 יכול לקבל היתר לשהייה בלבד. משסקרנו את מכלול ההסדרים הרלוונטיים לענייננו, נפנה לבחון את טענות הצדדים לגופן.

מן הכלל אל הפרט

האם המשיב הוא תושב אזור?

24. כעולה מן הסקירה שהובאה לעיל, הצדדים שלפנינו חלוקים בשאלה אם יש לראות את המשיב כתושב אזור אם לאו. בטרם נדרש לטענותיהם בסוגיה נבחר, כי אין מחלוקת בין הצדדים כי בשל כך שהבקשה הראשונה הוגשה ביום 26.1.2004 – היינו, בטרם נכנס לתוקפו תיקון תשס"ה, יש להחיל בענייניו של המשיב את ההגדרה המקורית, שעמדה בתוקף במועד הגשת הבקשה הראשונה. לפיכך, נוכח הסכמת הצדדים (ומבלי שאנו נדרשים להכרעה בשאלה), זו תהיה נקודת המוצא המוסכמת לדיון הפרשני.

25. כפי שציינו, פרשנות ההגדרה המקורית של המונח "תושב אזור" נידונה בהרחבה בעניין עויטאת. המחלוקת בין הצדדים מתמקדת בשאלת יישומה בענייניו של המשיב. המערערים סבורים, כי הדרך שבה יישם בית המשפט המחוזי את ההלכה שנקבעה בעניין עויטאת היתה שגויה, משום שהוא בחן את זיקותיו של המשיב לישראל במקום לבחון את זיקותיו לאזור. להשקפתי, בטענה זו יש ממש. פסק הדין בעניין עויטאת – שעל עיקרי קביעותיו עמדנו לעיל – מתמקד בזיקותיו של מבקש המעמד לאזור ולא בזיקותיו לישראל. מכוחו של פסק דין זה, על מבקש מעמד הרשום במרשם האוכלוסין באזור להוכיח כי הוא נטול כל זיקה אחרת לאזור פרט לרישום; ולא להוכיח כי הוא מקיים זיקות כאלו ואחרות לישראל (וראו גם: ענין חטיב, פסקה 9). אכן, אף אם מבקש המעמד מקיים זיקות כאלה ואחרות לישראל אין בכך כדי לשלול את האפשרות כי הוא יוגדר כתושב אזור. זאת משום שבמקביל לזיקותיו לישראל, ייתכן כי מלבד הרישום יש לו זיקות נוספות לאזור.

26. דברים אלה מובילים למסקנה כי האופן שבו ניתח בית המשפט המחוזי את שאלת מעמדו של המשיב כתושב אזור – מעורר קושי. הניתוח שערך בית המשפט התמקד בזיקותיו של המשיב לישראל ולא בשאלה אם פרט לעובדת הרישום, מקיים המשיב זיקה לאזור. בכך סטה בית המשפט המחוזי מן ההכרעה בענין עויסאת.

בהקשר זה אוסיף ואדגיש, כי אף שקיומו של מרכז חיים בישראל בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה הוא תנאי לקבלת מעמד בישראל בהתאם לנוהל רישום ילדים, אין משמעות הדבר כי כל מי ששהה שנתיים בישראל עובר להגשת בקשתו איננו עוד "תושב אזור". התנאי של תקופת מגורים בת שנתיים בישראל עובר להגשת הבקשה הוא תנאי כללי שחל על כל מי שמבקש לקבל מעמד בישראל – לרבות מי שאיננו תושב אזור. בחינת מרכז החיים בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה לא נועדה לשלול את היות קטיין תושב אזור, אלא נועדה לוודא כי אותו קטיין זר המבקש מעמד בישראל, בין אם הוא תושב האזור כמשמעותו בחוק הוראת השעה ובין אם לאו, אכן מתגורר דרך קבע בישראל בתקופה הרלבנטית.

27. מן הכלל אל הפרט. המשיב שלפנינו התגורר משך תקופה לא מבוטלת באזור עם משפחתו. הצדדים אמנם חלוקים בשאלת אורכה של תקופת מגוריו של המשיב באזור, אולם בנסיבות העניין, אין לנו צורך להגדירה במדויק, משום שהפער בין עמדות הצדדים הוא שולי יחסית וממילא ברור, כי המשיב התגורר באזור תקופה משמעותית. במהלך תקופה זו, למד המשיב בבית ספר באזור, ואביו הוא תושב אזור. נוכח מכלול נתוניו האישיים של המשיב, ומבלי לטעת מסמרות בשאלה הכללית באילו נסיבות ניתן לומר כי אדם הרשום במרשם האוכלוסין באזור מקיים זיקות נוספות לאזור, לא ניתן לומר לגבי המשיב, כי פרט לזיקת הרישום אין לו זיקות אחרות לאזור. בנסיבות אלה, ונוכח ההלכה שנקבעה בעניין עויסאת, יש לראות אותו כ"תושב אזור" שעליו חל חוק הוראת השעה.

זכאותו של המשיב למעמד בישראל על-פי חוק הוראת השעה

28. משקבעתי כי יש לראות את המשיב כ"תושב אזור" לצורך תחולתו של חוק הוראת השעה, יש להמשיך ולבחון אם הוא זכאי למעמד מכוחו של חוק זה; וככל שהתשובה לכך היא בחיוב, יהיה צורך להמשיך ולבחון באיזה סוג של מעמד מדובר. בית המשפט המחוזי קבע, ובדין קבע כן, שהחלטתו של שר הפנים להחיל על המשיב את ההסדר המתוקן היתה מוצדקת. נקודת המוצא לדיון שלפנינו היא, אפוא, כי מכוחו של ההסדר המתוקן זכאי המשיב לקבל רישיון ישיבה בישראל. שאלה נפרדת היא – ובה מתמקדת המחלוקת בין הצדדים – אם משמעותו של המונח "רישיון ישיבה" בהקשר זה היא כי שר הפנים רשאי להעניק למשיב רישיון ישיבה מכל סוג שהוא; או שמא סמכותו של שר הפנים מוגבלת אך ורק להענקת רישיון ישיבת קבע בישראל.

29. בטרם נפנה לבחון שאלה זו לגופה, נתייחס לטענתם המקדמית של המשיבים שלפיה טענותיהם של המערערים באשר לפרשנותו של המונח "רישיון ישיבה" לא נטענו בפני בית המשפט המחוזי, והן מועלות, לראשונה, במסגרת הערעור שהוגש לבית משפט זה. כלל הוא, כי בית המשפט שלערעור לא ידון בטענות שלא נטענו בפני הערכאה הדיונית אלא במקרים חריגים (ראו: ע"א 499/85 עיזבון המנוחה אהובה (אדלה) שפייר ז"ל נ' מנהל מס שבח מקרקעין, חיפה, פ"ד מד(3) 256 (1990)). בצד האמור, מקום בו הטענה הנטענת לראשונה בפני ערכאת הערעור עניינה בפרשנות משפטית והיא מבוססת על עובדות שאינן שנויות במחלוקת, ניתן יהיה להתיר את העלאתה תוך חריגה מן הכלל המקובל (ראו: ע"א 11172/05 אלון נ' חדד (לא פורסם, 21.10.2009), פסקה 30; ע"א 5997/92 מלק נ' מנהל עיזבון הרב יהושע דויטש ז"ל, נא(5) 1, 19 (1997); ע"א 10704/05 לוגסי נ' פקיד שומה אשקלון (לא פורסם, 10.7.2008), פסקה 6). בענייננו, טענותיהם של המערערים באשר לפרשנותו של המונח "רישיון ישיבה" אכן לא נטענו בכתובים בפני בית המשפט קמא, למצער, לא במתכונת המקיפה והמפורטת בה נטענו בערעור שבפנינו; אם כי המדינה טוענת בתגובתה כי הדברים נטענו במהלך הדיון. יחד עם זאת, מדובר בטענות משפטיות שעניינן בפרשנות משפטית שהעניק בית המשפט קמא לדבר חקיקה. בנסיבות אלה, אינני רואה מניעה להידרש לגופן של הטענות. משאמרנו דברים אלה, נפנה לבחון את השאלה הדרושה להכרעתנו, היא שאלת הפרשנות הראויה למונח "רישיון ישיבה" שבהסדר המתוקן.

פרשנות המונח "רישיון ישיבה"

30. שאלת פרשנותה של התיבה "רישיון לישיבה בישראל", המופיעה בהסדר המתוקן, טרם נידונה בפסיקתו של בית משפט זה. לשונו של סעיף החוק שבו היא מופיעה היא נקודת המוצא לדיוננו (ראו: ע"א 65/82 מנהל מס שבח מקרקעין נ' הרשקוביץ, פ"ד לט(4) 281, 289 (1985); ע"א 1900/96 טלמצ'יר נ' האפורטרופוס הכללי, פ"ד נג(2) 817, 827 (1999); בג"ץ 962/07 לירן נ' היועץ המשפטי לממשלה (לא פורסם, 1.4.2007), פסקה 33 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה). לאפשרות הפרשנית המוצעת על ידי המערערים – לפיה אין לקרוא את התיבה "רישיון ישיבה" כאילו נאמר בה "רישיון לישיבת קבע" – יש עיגון בולט בלשון הסעיף. סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל מונה – כידוע – סוגים שונים של רישיונות ישיבה בישראל, ורישיון לישיבת קבע הוא אך אחד מהם. משהתיבה "רישיון לישיבה בישראל", איננה מגבילה את עצמה באופן ברור אך ורק לרישיון לישיבת קבע, אין לכאורה יסוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי, בה תומכים המשיבים, לפיה סמכות השר מוגבלת למתן רישיון לישיבת קבע בלבד. אולם אני מוכן להניח, לצורך הדיון ולטובת המשיבים, כי ניתן למצוא עיגון בלשון החוק גם לפרשנות לה הם טוענים. משכך, נמשיך ונבחן את תכליתה של הוראת החוק העומדת במוקד הדיון שלפנינו.

31. נפנה ראשית לתכלית הסובייקטיבית שעניינה במטרות, בערכים ובמדיניות שהמחוקק ביקש להגשים באמצעות החוק. התכלית הסובייקטיבית נלמדת, בין היתר, מלשונו של דבר החקיקה ומההיסטוריה החקיקתית שלו (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 202 (1993) (להלן: ברק)). תכליתו הסובייקטיבית של חוק הוראת השעה וההיסטוריה החקיקתית שלו נידונו בהרחבה בפסק הדין בעניין עדאלה, שם נקבע כי תכליתו הכללית של חוק הוראת השעה היא ביטחונית (ראו: עניין עדאלה, פסקה 24 לפסק-דינו של המשנה לנשיא

מ' חשיון; עניין עויטאת, פסקה 10). לשונו של החריג שאפשר הענקת מעמד לקטין תושב אזור – הן עובר לתיקון תשס"ה, הן לאחריו – הבהירה כי מטרתו הייתה למנוע את הפרדתו של קטין תושב האזור מהורהו השווה כדין בישראל. באופן רחב יותר, ועל רקע מכלול הוראותיו של חוק הוראת השעה והמטרות המונחות בבסיסו ניתן לומר, כי תכליתו של חריג זה הינה שמירה על התכלית הבטחונית שאותה נועד לקדם חוק הוראת השעה; זאת, באופן מידתי ותוך צמצום הפגיעה בזכויות אדם ככל הניתן. תכלית זו עולה גם מדברי ההסבר לתיקון תשס"ה:

“בהתאם להחלטת הממשלה מס' 2265... ולאור הערות בית המשפט הגבוה לצדק בעתירות שהוגשו בעניין הוראת השעה... מוצע כי בד בבד עם הארכת תוקפה תוקן הוראת השעה כך שיורחבו הסייגים לתחולת ההגבלות הקבועות בה. הרחבה זו תיעשה ביחס לאוכלוסיות אשר על פי הערכת גורמי הביטחון הן בעלות פוטנציאל לסיכון בטחוני מופחת, וזאת כדי להשיג את מטרתה של הוראת השעה, מחד גיסא, ולהבטיח כי מטרה זו תושג באופן מידתי יותר, מאידך גיסא” (ראו: הצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005, ה"ח 173, 624 (להלן: הצעת חוק תיקון תשס"ה).

32. דומה, כי תכלית זו היא שהנחתה את המחוקק בכל הנוגע לשינויים שבוצעו בסעיף 3 לחוק. בהקשר זה יצוין כי הצעת חוק תיקון תשס"ה לא כללה את העלאת רף הגיל של הקטינים הזכאים לרישיון ישיבה בישראל מגיל 12 לגיל 14; וכן הותירה את האפשרות להעניק היתר שהייה – ולא רק רישיון ישיבה – לקטינים שגילם נמוך מ-12. בהצעת החוק נותר על כנו סעיף 3(1) בנוסחו הקודם, ובד בבד הוצע לאפשר הענקת היתרי שהייה בישראל לקטינים מעל גיל 12. צורתו הסופית של סעיף 3 התגבשה במסגרת הדיונים בהצעת החוק בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת (להלן: הוועדה). הדיונים בוועדה התמקדו, בין היתר, בסוג המעמד שניתן לקטינים עד גיל 12 לעומת קטינים מעל גיל 12 ובכחינת העלאת רף הגיל שמתחתיו יינתן לקטינים תושבי אזור רישיון ישיבה בישראל ומעליו יינתן להם היתר שהייה בישראל בלבד, בכפוף לתכלית הביטחונית העומדת בבסיס החוק. בעקבות הדיונים הוחלט כי רישיון ישיבה בישראל יוכל להינתן לקטינים עד גיל 14, ולקטינים מעל גיל זה יוסמך מפקד האזור ליתן היתרי שהייה. עיון בפרוטוקולים המתעדים את דיוני הוועדה חושף את הרציונאליים שעמדו בבסיס שינויים אלה. בפרוטוקולים צוין הצורך להעניק לילדים שגילם נמוך מ-14 שנים מעמד הזהה למעמד של הוריהם החיים בישראל. זאת, לא באופן מידי אלא לאחר תקופת מבחן של מספר שנים – בה יינתן לילדים מעמד ארעי – על מנת לוודא שאותם ילדים אכן מתגוררים בישראל דרך קבע (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 466, הכנסת ה-16, 17-19, 23, 25 (11.7.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 466) המתייחס להענקת מעמד של קבע לאחר קיום הליך מדורג, וכן, פרוטוקול ישיבה מס' 486, הכנסת ה-16, 12 (25.7.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 486) המתייחס להעלאת רף הגיל מ-12 ל-14). עוד צוין בדיוני הוועדה, כי יש להבטיח שילדים שגילם צעיר מ-14 יוכלו לקבל תושבות המלווה ב"זכויות סוציאליות" להבדיל מהיתר לשהייה בישראל שאינו מקנה זכויות (ראו: פרוטוקול מס' 466 בעמ' 26-27 ופרוטוקול מס' 486 בעמ' 12). באשר לילדים מעל גיל 14 צוין, כי להם לא תינתן תושבות אלא אך היתר לשהייה בישראל על מנת למנוע הפרדתם מהוריהם החיים בישראל כדין, בכפוף לבדיקה ביטחונית בעניינם (פרוטוקול מס' 466 בעמ' 29-37 וכן פרוטוקול מס' 486 בעמ' 12-20).

33. בשלב זה ניתן לסכם ולומר, כי מלשוננו של הסעיף – המקורי והמתוקן – ומן ההיסטוריה החקיקתית, אנו למדים כי בהתחשב בתכליתו הביטחונית הכללית של חוק הוראת השעה וברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ועל טובת הילד, ביקש המחוקק לאפשר, ככל הניתן, את השוואת מעמדו של קטין תושב אזור שגילו עד גיל 14, למעמדו של הורה המשמורן. בצד האמור, ביקש המחוקק להותיר מרווח של שיקול דעת למשרד הפנים ולאפשר קיומו של הליך מדורג.

34. ומכאן, לבחינת התכלית האובייקטיבית, שעניינה בערכי היסוד של השיטה המשפטית בחברה דמוקרטית מודרנית (ראו ברק, בעמ' 201-204). התכלית האובייקטיבית נבחנת, בין היתר, על רקע מהות דבר החקיקה, מערך החקיקה הכולל וערכי ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית (ראו ברק, בעמ' 249-251). ערכי היסוד של השיטה המשפטית כוללים הגנה על זכויות האדם וכללי הפרשנות הנהוגים בשיטתנו המשפטית מחייבים כי תינתן לחוק פרשנות המתיישבת עם ההגנה על זכויות אלה תוך צמצום הפגיעה בהן ככל שהדבר ניתן (ראו: עניין חטיב, פסקאות 5 ו-10). בענייננו, הכירה ההלכה הפסוקה בזכות לחיי משפחה כזכות הנגזרת מן הזכות היסודית לכבוד המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: עניין עדאללה, פסקאות 30-38 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק ופסקאות 1, 6 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175 (1997); בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה (לא פורסם, 24.3.2009)). כפי שכבר הוזכר, סעיף 3א מעיד על עצמו כי הוא נועד למנוע הפרדתו של ילד תושב אזור מהורהו השוהה בישראל כדין. אחת מהתכליות האובייקטיביות של הסדר זה היא אפוא הגנה, בכפוף לסייגים שנקבעו, על הזכות החוקתית לחיי משפחה ובאופן פרטני יותר, על זכות הורה תושב ישראל לגדל את ילדו בישראל וזכותו של ילד לחיי משפחה עם הוריו (ראו: עניין עדאללה, פסקאות 26, 28, 32-34 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק ופסקאות 11-15 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן וכן עניין עויטאת, פסקה 14; לעניין זכותו של הורה לגדל את ילדו וזכותו של ילד לגדול במחיצת הוריו בהקשרים אחרים, ראו: רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894-893 (2002); דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(6) 246 (2004); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (לא פורסם, 13.4.2011), פסקאות 38-39 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין קו לעובד)).

35. ערך יסודי נוסף של שיטתנו המשפטית, השזור, כחוט השני, בפסיקתו של בית משפט זה הוא עיקרון טובת הילד. עיקרון זה ניצב לנגד עיניו של בית המשפט בכל הליך הנוגע בליבתו לעניינם של קטינים, גם כאשר מדובר בהפעלת סמכות מינהלית (ראו: עע"ס 10993/08 פלוני נ' משרד הפנים (לא פורסם, 10.3.2010), פסקה 4 לפסק-דינו של חברי השופט נ' הנדל. לתחולת העיקרון בהקשרים אחרים ראו: ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני (לא פורסם, 8.3.2009), פסקה 20 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר; ראו גם סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038(31), 221 (נחתמה ב-1990)). המונח "טובת הילד" רחב ועמום, והוא עשוי לקבל משמעויות ופירושים שונים בהקשרים שונים, בהתאם למקרה המונח לפתחו של בית המשפט (ראו: בע"מ 10060/07 פלונית נ' פלוני (לא פורסם, 2.10.2008), פסקה 30 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר). בענייננו, עיקרון זה בא לידי ביטוי בצורך לשמור על הקשר הטבעי שבין הורים לילדים, שכן, טובתו של הילד, באופן הבסיסי ביותר, הינה לגדול בחיק הוריו ולהתחנך על ידם (ראו עניין עדאללה, פסקה 11 לפסק-דינו של השופט ס' ג'ובראן וההפניות המופיעות שם; עניין קו לעובד, פסקה 38 לפסק-דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

36. מצירופם של הזכות לחיי משפחה ועיקרון טובת הילד יחד, נגזרת החשיבות של השוואת מעמדו האזרחי של ילד לזה של הורה המשמורן:

"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 מחוזה 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)

ובמקום אחר:

"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 [הדגשה אינה במקור – ע.פ.]. אף מנקודת מבט של הענקת רשיונות ישיבה בישראל נראה כי אין הצדקה ליצירת פער כזה, שכן ההצדקות אשר עמדו בבסיס מתן רשיון הישיבה להורה יחולו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו" (ראו: עניין פבאלואיה, פסקה 2 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ד' ביניש).

כאמור, סעיף 3א מסייג את תחולתה של תקנה 12 על תושבי האזור והוא אינו מתייחס מפורשות לעיקרון בדבר השוואת מעמדו של קטין למעמדו של הורה המשמורן, אלא אך לרצון למנוע הפרדתו של ילד מהורה השוהה בישראל. עם זאת, על-פי כללי הפרשנות הנהוגים, יש לפרש סעיף זה ככל הניתן, לאורו של עיקרון מנחה זה. תכלית אובייקטיבית נוספת המונחת בבסיסו של סעיף 3א היא הגשמת תכליתו הביטחונית הכללית של חוק הוראת השעה, המחייבת הטלת הגבלות מסוימות על זכויות אדם לשם שמירה על ביטחון אזרחי מדינת ישראל. כאמור לעיל, קביעתו של רף גיל שמתחתיו יינתן לקטין רישיון לישיבה בישראל ומעליו יינתן לו היתר שהיה בלבד מבוססת על טעמים בטחוניים אלו (ראו גם סעיף 3ד לחוק הוראת השעה העוסק במניעה ביטחונית להעניק מעמד לתושבי אזור).

37. עיקרון כללי אחר החולש על פרשנותם של דברי חקיקה הוא עיקרון היסוד שלפיו למדינה נתונה הריבונות לקבוע מי ייכנס לתחומה, ובהתאמה, לשר הפנים – שהוא הגורם המוסמך בעניין זה – מסור שיקול דעת רחב (ראו ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, (לא פורסם, 16.3.06); עניין עויטאת, פסקה 19; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992), להלן: עניין קנדל; עניין עכל, פסקה 10 לפסק-דיני). הגם ששר הפנים נדרש

להפעילו בכפוף לכללי המשפט המנהלי ותוך הענקת משקל ראוי לשיקולים בדבר שלמות התא המשפחתי והגשמת תכליתה של תקנה 12 (לעניין מתחם שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים ראו: ע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(4) 134, 140 (2005); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293-294 (2002); בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525 (1997); ע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' גנאביץ (לא פורסם, 11.8.2009), פסקאות י"א-י"ב לפסק-דינו של חברי השופט א' רובינשטיין; לעניין התחשבות במסגרת שיקול הדעת בשיקולים של שלמות התא המשפחתי ראו עניין עויסאת, פסקאות 20-19). ניתן, אפוא, לומר כי במסגרת ההתחקות אחר תכליתו האובייקטיבית של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, יש ליתן את הדעת גם לשיקול הדעת המסור לשר הפנים.

38. כפי שכבר הוזכר, על תכליתו של סעיף חוק, ניתן ללמוד, בין היתר, מן הסביבה החקיקתית המקיפה אותו; שכן חוק אינו נחקק בחלל ריק וסביבתו התחקית של חוק משפיעה על פרשנותו (ראו ברק, בעמ' 327-332). מכאן, שעל פרשנותו של ההסדר הקבוע בסעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה ניתן ללמוד גם מהסדרים אחרים שנכללו בחוק הוראת השעה. עיון בחוק הוראת השעה מעלה, כי בהקשרים אחרים, בהם ביקש המחוקק להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים להענקת רישיון ישיבה מסוג מסוים בלבד, הוא ציין זאת בחוק עצמו. כך, למשל, הוראת סעיף 1א3(א)(1) לחוק הוראת השעה מסמיכה את שר הפנים ליתן במקרים הומניטאריים מיוחדים רישיון לישיבת ארעי בלבד; והוראת סעיף 4(2) לחוק הוראת השעה מסמיכה את מפקד האזור לתת היתר לשהייה זמנית בישראל לתושב אזור שהגיש בקשה להתאזרחות או בקשה לרישיון לישיבה בישראל וקובעת במפורש כי לא יוענקו לו אזרחות לפי חוק האזרחות או רישיון לישיבת ארעי או לישיבת קבע. שני הסדרים אלה מלמדים, כי מקום בו ביקש המחוקק להבהיר כי הסדר פלוני שבחוק הוראת השעה מאפשר הענקתם של רישיונות ישיבה מסוג מסוים בלבד – הוא טרח לציין זאת מפורשות. נסכם אפוא ונאמר, כי תכליתו האובייקטיבית של סעיף 3א(1) מורכבת ממספר תכליות שונות, שכולן צריכות להילקח בחשבון במסגרת פרשנותו של המונח "רישיון ישיבה".

39. לאחר שאמרנו דברים אלה, עלינו לבחון איזו מבין המשמעויות הלשוניות האפשריות היא זו המגשימה את תכלית החקיקה באופן מיטבי. זו תהיה משמעותה המשפטית של הוראת החוק (ראו: בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים (לא פורסם, 20.12.2010), פסקה 19 לפסק-דין). עמדנו על כך שתכליתו הסובייקטיבית של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה היתה למנוע את הפרדתו של הורה השהיה כדין בישראל מילדו שהוא תושב האזור, תוך שמירה על תכליתו הבטחונית של הוראת השעה בכללותה. הדגשנו כי יש לאפשר ככל הניתן את השוואת מעמדו של הקטין לזה של הורה המשמורן. זאת, תוך איזון עם הרצון לאפשר למשרד הפנים לקיים הליך מדורג ולוודא כי הקטין אכן מתגורר כדרך קבע בישראל. בהמשך ראינו, כי תכליתו האובייקטיבית של סעיף 3א(1) אף היא מבקשת להגן, במידת האפשר, על הזכות לחיי משפחה ועל טובת הילד, ולקדם את השאיפה להשוואת מעמד בין הורה לילדו ומניעת היווצרותו של פער בלתי רצוי במעמדם. בד בבד עמדנו על העיקרון הכללי בדבר שיקול הדעת המסור לשר הפנים בענייני כניסה לישראל וציינו, כי חוק הכניסה לישראל מתייחס למגוון של רישיונות ישיבה אותם מוסמך שר הפנים להעניק, וכי מקום בו הוגבלה סמכותו של שר הפנים להענקת רישיון ישיבה מסוג מסויים בלבד, צוין הדבר מפורשות בסעיף החוק הרלוונטי. נראה, אפוא, כי התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית מתיישבות אחת עם השנייה ונותן לבחון איזו מבין שתי הפרשנויות המוצעות מגשימה אותן בצורה הטובה ביותר.

40. על יסוד דברינו עד כה, נראה כי הפרשנות שהוצעה על-ידי המערערים למונח "רישיון ישיבה" משתלבת באופן נכון יותר עם תכליותיו של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה. אכן, הן הפרשנות שהוצעה על-ידי המערערים הן הפרשנות שהוצעה על-ידי המשיבים מגשימות את הזכות לחיי משפחה בכך שהן מונעות הפרדתו של קטין מהורהו היושב כדין בישראל באמצעות הענקת מעמד לקטין המלווה בזכויות. שתיהן אף מאפשרות השוואת מעמדו של הקטין למעמד ההורה המשמורן. בצד האמור, הפרשנות המצמצמת, המתייחסת לרישיון לישיבת קבע בלבד, איננה מתיישבת עם העקרונות שפותחו בהלכה הפסוקה ביחס לשיקול הדעת הרחב המסור לשר הפנים בענייני כניסה לישראל, או עם אי-הגבלתו של שיקול דעת זה במסגרת סעיף 3א(1) לחוק, להבדיל מסעיפים אחרים בהם הוטלה הגבלה כזו באופן מפורש. יתירה מכך, הגבלת שיקול דעתו של שר הפנים אינה משרתת בהכרח את תכלית החקיקה. כך למשל, במקרה שבו ההורה המשמורן שוהה כדין בישראל במעמד של תושב ארעי, חיוב שר הפנים להעניק לילד מעמד של תושב קבע (קרי, מעמד שאינו שווה למעמד ההורה המשמורן), איננו משרת את התכליות עליהן עמדנו.

41. ניתן, אם כן, לסכם ולומר, כי מבין האפשרויות הלשוניות המוצעות, הפרשנות המרחיבה, שאיננה מגבילה את סמכותו של שר הפנים להעניק רישיון לישיבת קבע בלבד היא זו המגשימה בצורה המיטבית את התכליות השונות העומדות בבסיס סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה ומאזנת ביניהן כראוי. פרשנות זו מכירה בזכותו של הורה לגדל את ילדו בישראל וזכותו של הקטין לחיות עם הורהו המשמורן ומאפשרת להשוות את מעמד הקטין למעמדו של הורהו מבלי לפגוע בתכלית הבטחונית שבבסיס חוק הוראת השעה ומבלי למנוע הפעלה של שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בקביעת המעמד שינתן לקטין. מסקנתי היא, אם כן, כי סמכותו של שר הפנים להעניק רישיון ישיבה לקטינים תושבי האזור שגילם נמוך מ-14, איננה מוגבלת אך ורק לרישיון לישיבת קבע; ושר הפנים מוסמך להעניק לקטינים תושבי אזור סוגים שונים של רישיונות ישיבה. למותר לציין, כי הפעלת סמכותו של שר הפנים צריכה להיעשות על פי התכליות העומדות בבסיס הוראה זו, עליהן עמדנו. לכך נדרש בהמשך דברינו.

הטענות ביחס לנוהל רישום ילדים

42. כאן המקום לבחון את טענותיהם של המשיבים ביחס להוראותיו של נוהל רישום ילדים, על רקע התשתית הנורמטיבית עליה עמדנו. כזכור, בנוהל נקבע כי קטין תושב אזור שנולד בישראל, גילו בעת הגשת הבקשה צעיר מ-14 שנים והוכח לגביו מרכז חיים בישראל בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה – יוכל לקבל מעמד של תושב ארעי למשך שנתיים ולאחר-מכן ישודרג מעמדו למעמד קבע. בצד האמור נקבע בנוהל, כי אם בחלוף השנתיים בהם החזיק הקטין ברישיון ישיבה ארעי, הוא עבר את גיל 14, הרי שנוכח המגבלות הקבועות בחוק הוראת השעה, לא ישודרג מעמדו למעמד של תושב קבע. קטין זה יותר, אפוא, במעמד של תושב ארעי, אשר יוארך מעת לעת בכפוף להמשך קיום מרכז חיים בישראל.

43. תוצאתו המעשית של נוהל רישום ילדים היא כי קטין אשר הגיש בקשה לקבלת מעמד בישראל כאשר גילו היה בטווח שבין 12 ל-14 לא יוכל לקבל כלל מעמד של קבע בישראל. בכך

שולל הנוהל מן הקטינים אפשרות לקבלת מעמד שהוענקה להם ישירות בחקיקה הראשית. זוהי פגיעה ישירה וממשית בזכותם, שאינה עולה בקנה אחד עם ההסדר החקיקתי.

44. הוראותיו של נוהל רישום ילדים אף אינן עולות בקנה אחד עם תכליתו של סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה. כפי שציינו, ההסדר הקבוע בסעיף 3א(1) תכליתו לאפשר לקטין תושב האזור לקיים חיים משותפים עם הוריו המשמורן בישראל ולהשוות, במידת האפשר, את מעמדו של הקטין לזה של הורה. זאת, תוך שמירה על תכליתו הבטחונית הכללית של חוק הוראת השעה. כפי שכבר הובהר, לאחר דיונים ממושכים בוועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת הוחלט לאפשר לקטינים שגילם נמוך מ-14 לקבל רישיון לישיבה בישראל, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע. זאת, מתוך השקפה כי מדובר, מחד גיסא, בקבוצה הנוקטת לקרבה ממשית להורה משמורן ומאידך גיסא, פוטנציאל הסיכון הבטחוני הנשקף ממנה הוא נמוך. חרף האמור, הלכה למעשה, הנוהל איננו מאפשר למי שעומדים בתנאים הנדרשים ושגילם היה נמוך מ-14 במועד הגשת הבקשה לקבלת מעמד, לקבל מעמד שווה לזה של הוריהם.

45. תוצאה זו מעוררת קושי של ממש. קביעתם של תנאים והנחיות מסורה, כמובן, לשיקול דעתו של שר הפנים; אולם שיקול דעת זה איננו חסין מפני ביקורת שיפוטית, ועל הנחיות מנהליות להגשים את תכלית החקיקה ולעמוד בכללי המשפט המנהלי (ראו: ע"מ 4515/08 מדינת ישראל נ' נאמן (לא פורסם, 6.10.2009), פסקה 16 לפסק-דינה של השופטת ע' ארבל, עניין עכ"ל, פסקה 11 לפסק-דיני). הנחיות, תנאים ונהלים חייבים, בראש ובראשונה, לעלות בקנה אחד עם הוראות החוק אשר הסמיך את הרשות המנהלית לקבוע אותם ועם תכליתן (ראו: ע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (לא פורסם, 24.7.2008), פסקה 41 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר). מקום שבו ההנחיות אינן נמצאות בדל"ת אמותיו של החוק המסמיך או שהן מגבילות זכויות יסוד ללא הסמכה מפורשת בחוק, דינן להיפסל (ראו: בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294 (1980); בג"ץ 337/81 מיטרני נ' שר התחבורה, פ"ד לז(3) 337 (1983); השו"ע עניין מנאע; ראו גם יצחק זמיר הסמכות המנהלית כרך ב 779 (1996); יואב דותן הנחיות מנהליות 180 (1996)).

46. להשקפתי, שר הפנים איננו מוסמך ליצור, יש-מאין, הבחנה בין קטינים עד גיל 12 לבין קטינים שגילם 12-14 לעניין קבלת מעמד בישראל. הבחנה כזו אין לה זכר בלשונם של חוק הוראת השעה ותקנה 12, או בהיסטוריה החקיקתית שקדמה להם, והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם התכליות המונחות בבסיסם. על רקע זה קבעו בתי המשפט המחוזיים לא אחת כי על משרד הפנים לבחון את גילו של הקטין לצורך מתן רישיון ישיבה על-פי סעיף 3א(1) במועד הגשת הבקשה הראשונה לקבלת מעמד בישראל, ולא בתום השנתיים שבהן היה לקטין רישיון לישיבת ארעי. בתי המשפט המחוזיים סברו, כי רק באופן זה תוגשמה הוראותיהם של חוק הוראת השעה ותקנה 12 והתכליות המונחות בבסיסם (ראו דברים שנאמרו בעת"מ (מחוזי י-ם) 8295/08 משארה נ' שר הפנים (לא פורסם, 24.11.2008), פסקאות 12-14 לפסק-דינו של השופט י' עדיאל; ובעת"מ (מחוזי י-ם) 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים (לא פורסם, 2.12.2008)).

47. עמדה זו מקובלת אף עלי. לדידי, הדרך הראויה ליישומו של הנוהל היא כי במצב שבו הוחלט על-ידי משרד הפנים כי קטין פלוני, שגילו נמוך מגיל 14, עומד בקריטריונים שנקבעו לקבלת מעמד בישראל, המועד הקובע לעניין גילו של הקטין לפי סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה יהיה מועד הגשת הבקשה הראשונה. באופן כזה, ניתן יהיה לקיים את ההליך המדורג, שעל חשיבותו עומד משרד הפנים – הן ביחס לקטינים תושבי אזור הן ביחס לקבוצות אחרות – מבלי לגרוע מן האפשרות להעניק לקטין מעמד של קבע בסוף ההליך המדורג, ובלבד שבמועד הגשת הבקשה הראשונה טרם מלאו לקטין 14 שנים. פרשנות זו מתיישבת הן עם זכותם של תושבי ישראל ושל ילדיהם הקטינים תושבי האזור לקיים חיי משפחה משותפים, הן עם הוראת סעיף 3א(1) המאפשרת מתן רישיון ישיבה לקטין תושב האזור, באופן שמצמצם ככל הניתן את הפגיעה בזכויותיו, הנובעת מתכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה. על רקע התשתית הנורמטיבית האמורה, ובפרט היעדרו של עיגון חוקי להגבלתה של האפשרות לקבלת רישיון ישיבת קבע לקטינים עד גיל 12, העומדת בסתירה חזיתית להסדר שבסעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה, מסקנתי היא כי נוהל רישום ילדים, באופן שבו הוא מיושם עתה בידי משרד הפנים אינו יכול לעמוד. קביעותיו של בית המשפט המחוזי בהקשר זה, בדין יסודן. הנחתנו היא כי משרד הפנים יתקן את הוראות הנוהל, באופן שיעלה בקנה אחד עם פסיקתנו זו, במהירות הראויה.

מן הכלל אל הפרט

48. הואיל והמשיב הגיש את בקשתו הראשונה קודם שהגיע לגיל 14, לא ניתן – כפי שהוסבר – לשלול ממנו את האפשרות לקבל מעמד של תושב קבע, אך בשל העובדה שבעת שהגיש את בקשת השדרוג מתושב ארעי לתושב קבע, כחלק מן ההליך המדורג, הוא עבר את גיל 14. משבא שר הפנים להחליט על סוג רישיון הישיבה שיינתן למשיב בסופו של ההליך המדורג, שומה עליו להפעיל את שיקול דעתו בהתאם לעקרונות שנקבעו בהלכה הפסוקה, ושעליהם עמדנו לעיל. כפי שכבר הודגש, המשפט הישראלי חותר, במידת האפשר, למניעת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורהו המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. תפיסה זו עומדת בעינה, כפי שכבר הובהר, הן בהחלטה לפי תקנה 12, הן בהחלטה במקרה שבו חלה הוראת סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה.

49. משנמצא כי אמו של המשיב היא תושבת קבע; משנמצא לאחר שננקט הליך מדורג כי מרכז חייו של המשיב מצוי בישראל; ומשלא קמה בעניינו כל מניעה אחרת, הפעלה ראויה של הסמכות – בנסיבות הקונקרטיות של התיק שלפנינו – מביאה לידי מסקנה כי הוא זכאי למעמד של תושב קבע בישראל. זאת בכפוף לכך שמרכז חייו של המשיב נותר בישראל.

50. על יסוד מסקנתי זו אציע לחברי לדחות את הערעור. להשקפתי, אין מקום להתערב בתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי, הגם שדרך הילוכה של הנמקתי שונה מזו של בית המשפט המחוזי. אם דעתי תשמע, אציע לחייב את המערערים בהוצאות המשיבים בסך 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מצטרף אני לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן במסעו הפרשני. הצורך במלאכת תצרף מורכבת ומסובכת כעולה מחוות הדעת, ובחילוץ תוצאה מנתונים עובדתיים ומשפטיים קשים - וראיה לדבר ההנמקות השונות בין בתי המשפט לעניינים מינהליים ובית משפט זה, שלא לדבר על עמדת המדינה, שגם אם לא נתקבלה לא היתה נטולת ממש - מצביע על המציאות הבלתי אפשרית שאנו חיים בתוכה. חיה עמנו אוכלוסיה אנושית גדולה, שעיקרה ערבים תושבי מזרח ירושלים, שלא קיבלו עליהם אזרחות המדינה חרף החלת החוק הישראלי ב-1967, אך זכאים למגוון זכויות בישראל, ובהן זכויות סוציאליות כספיות משמעותיות, זכויות עבודה ותנועה ועוד. לא בכדי, נוכח זכויות אלה, נאבקים רבים בבתי המשפט על קבלת מעמד של תושב קבע על כל הזכויות שהוא מוליד, אשר החובות הבאות עמו מעטות מאוד, ואין צורך להאריך. השאלות הבטחוניות והאחרות שמעורר מצב זה ידועות, ובאות לידי ביטוי בדרכים שונות בחקיקה ובפסיקה, ובעיקר במציאות, לרבות זיקות כאלה ואחרות לרשות הפלסטינאית. נכון לעת הזאת - ועד להסדר קבע עם הפלסטינאים, ואולי גם לאחריו - לפותות האוכלוסיות אלה באלה, והדבר מביא להסדרים מפותלים של טלאי על גבי טלאי, שאולי אין מנוס מהם בנסיבות עצובות אלה שמזמנים החיים, ועל כן נדרשת הפרשנות המסועפת שעמד עליה חברי. לא בכדי מלאכת הרשויות קשה עד מאוד. לעושי השלום, ועד אז למחוקק, פתרונים; ואוסיף כי במקרים כמו התיק נשוא ענייננו, הגם שהמשפחה נעה ממקום למקום - ירדן, האיזור, ישראל - בסופו של יום אין ככלל טעם רב בתוצאה שונה לגבי חלק מילדיה הקטינים לעומת אחרים. כאמור אם גם מתוך אנחת אי הנחת במצב השורר, אצרף קולי לקולו של חברי.

ש ו פ ט

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לחוות דעתו של חברי השופט פוגלמן וכן להערותיו של חברי השופט רובינשטיין.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, כ"ג בניסן התשע"א (27.4.2011).

שופט

שופט

שופט

09057180_M07.doc. עריכה וניסוח. חעותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח.

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il