

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט**בג"ץ 979/99**

בפני: כבוד המשנה לנשיא ש' לויין
 כבוד השופטת ד' ביניש
 כבוד השופט י' אנגלרד

העותרים: 1. פבאלואיה קרלו (קטין)
 2. לופו אדריאנה

נגד

המשיבים: 1. שר הפנים
 2. מנהל הלשכה האזורית למינהל אוכלוסין בעכו
 3. מנהל הלשכה האזורית במינהל האוכלוסין בירושלים
 4. פבאלואיה ניקו ולנטין

התנגדות לצו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד ר' גדבאן

בשם משיב 1: עו"ד ח' אופק

בשם משיב 4: בעצמו

פסק דין**השופטת ד' ביניש**

1. העותר 1 (להלן - העותר) נולד בישראל בשנת 1990, בעת שהוריו, בני הדת הנוצרית ואזרחי רומניה, שהו בארץ מכוח אשרות ביקור כתיירים. באותה עת שהתה בישראל סבתו של העותר, שהתאסלמה ונישאה למוסלמי אזרח ישראל ומכוח נישואין אלה קיבלה מעמד בארץ. זמן קצר לאחר הלידה, יצא העותר עם אמו (העותרת 2) לרומניה. האב (המשיב 4) נשאר בישראל, והחל בהליכי גיר. בשנת 1994 התגרשו הוריו של העותר, על-פי פסק דין שניתן ברומניה אשר העניק את המשמורת על העותר לאם. העותר נשאר במשמורת אמו, ברומניה, במשך למעלה מ-5 שנים. האב, שנותר בישראל, נישא בשנת 1995 ליהודיה אזרחית ישראל. לטענת העותר, קיבל האב מכוח נישואיו מעמד של תושב קבע בישראל.

ביום 6.7.98 נכנסו העותר ואמו ארצה על-פי אשרת תיירים, לצורך ביקור סבתו של העותר. לאחר זמן מה, הגיש העותר בקשה לקבלת מעמד של תושב קבע בארץ, מתוקף מעמדו של אביו, ובקשתו סורבה. כנגד סירוב זה מופנית העתירה שלפנינו. יצוין כי מלכתחילה לא צורף האב כצד לעתירה, והוא הודיע למשיבים כי אין לו כל עניין בתוצאות העתירה ואף אין הוא מקיים כל קשר עם העותר.

בא-כוחו של העותר מבקש לבסס את זכותו למעמד של תושב קבע בישראל על תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד - 1974 (להלן - התקנות), הקובעת כדלקמן:

"ילד שנולד בישראל, ולא חלו עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להורים 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".

עמדת המשיבים היא כי תקנה 12 הנ"ל מוגבלת למקרים בהם נדרש משרד הפנים לקבוע מהו מעמדו של קטין, אשר נולד בישראל, סמוך ללידתו. ביתר המקרים, בהם נדרש לקבוע את מעמדו של קטין בישראל במהלך חייו, טוענת המדינה כי חל נוהל משרד הפנים בדבר "קריטריונים למתן אשרה לשיבת קבע" של זרים בישראל.

השאלה שבפנינו היא, איפוא, האם חלה על העותר הוראת תקנה 12 לתקנות, כטענת העותרים, או שמא חלה הוראת הנוהל האמור של משרד הפנים בדבר כטענת המשיבים.
2. מקובלת עלינו עמדתה של המדינה כי תקנה 12 איננה חלה בעניינו של העותר.

את תקנה 12 יש לפרש באופן התואם את דבר החקיקה הראשי מכוחו הותקנה ועולה בקנה אחד עם התכלית העומדת בבסיסה.

חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל) מסמיך את שר הפנים ליתן רשיון ישיבה בישראל למי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת או תעודת עולה. סוגי רשיונות הישיבה מפורטים בחוק. מעיון בהוראותיו השונות של חוק הכניסה לישראל עולה כי אין הוא קובע זכות לישיבת קבע בישראל מ"כוח לידה", בדומה להסדר הקבוע בהוראות חוק האזרחות, תשי"ב - 1952 בדבר אזרחות מ"כוח לידה". בהעדר הוראת חוק הקובעת זכות לישיבת קבע מ"כוח לידה", מי שנולד בישראל, ואינו אזרח ישראלי על-פי הוראות חוק האזרחות, ישיבתו בישראל תהיה על-פי אחד מסוגי הרשיונות המפורטים בחוק הכניסה לישראל, הניתנים לפי שיקול דעתו של שר הפנים. הנחת המוצא לדיונו היא הקביעה כי המחוקק אינו מכיר בזכות ישיבה בארץ "מכוח לידה" (בכפוף להוראות חוק האזרחות); בהתאם לכך עלינו לפרש את תקנה 12, אשר הותקנה בגדר סמכותו של שר הפנים להתקין תקנות לביצוע חוק הכניסה לישראל. על-פי הפרשנות המוצעת על-ידי העותרים, ילד שנולד בישראל, יזכה למעמד בה בהתאם למעמד לו זכה אחד מהוריו, ללא קשר להתפתחויות שחלו במהלך חייו של הילד, כגון - עזיבתו את ישראל או אי-המצאותו עם ההורה שזכה למעמד בישראל. פרשנות זו שמה את הדגש על עצם הלידה בישראל, וגוזרת ממנה זכויות מהותיות הנמשכות על פני ציר הזמן. היא איננה מתיישבת עם התפיסה כי המחוקק אינו רואה בעצם הלידה בישראל בסיס לקבלת זכות לישיבת קבע בה.

משאמרנו כי תכלית תקנה 12 איננה להעניק מעמד בישראל "מכוח לידה", מתעוררת השאלה מה היא התכלית העומדת בבסיס תקנה 12? נראה כי המצב אותו ראה מחוקק המשנה נגד עיניו, ואשר אותו ביקש למנוע, הינו יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, לבין מעמדו של ילדו אשר נולד בישראל, ואשר עצם לידתו בארץ איננה מעניקה לו מעמד חוקי בה. ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. אף מנקודת מבט של הענקת 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.

על רקע האמור, יש לבחון האם חלה תקנה 12 בעניינו של העותר. לאחר לידתו בישראל היה העותר במשמורתם המשותפת של הוריו, ובהתאם לכך נקבע מעמדו בישראל באותה עת בהתאם למעמדו של הוריו. לפיכך היה העותר במעמד של תייר בעל אשרת שהייה זמנית בישראל. השינוי במעמדו של האב בישראל, חל בעת שהעותר לא היה עוד במשמורתו; לאחר גירושי הוריו ברומניה, נותר העותר במשמורתה של אמו בלבד, והוא התגורר עמה ברומניה במשך כ- 5 שנים. אין בפנינו כל טענה כי "השוואת" מעמדו של העותר בישראל לזה של אביו, דרושה על מנת שלא לפגוע במרקם המשפחתי. התמונה המצטיירת מנסיבות המקרה היא הפוכה; המשיב 4 הודיע כי אין לו כל קשר עם העותר וכי אין לו עניין בתוצאות העתירה, ואילו העותרים עצמם גילו דעתם כי רצונם להשתקע בישראל נובע מנסיבות חייהם ברומניה ומרצונם לשהות בקרבת אימה של העותרת 2. נסיבות אלה, מבלי שנקל ראש בהן, הינן זרות לחלוטין לתכלית העומדת בבסיס תקנה 12, ואין הן באות בגדרה. אין על כן לקבל את טענת העותרים כי העותר זכאי למעמד של תושב קבע בישראל מכוח תקנה 12.

3. שאלה נפרדת, שאיננה מתעוררת במקרה שבפנינו, היא מה דינו של ילד שנולד בישראל, ואשר במהלך חייו חל שינוי במעמדו של הוריו - המחזיקים בו - בישראל; האם תחול עליו תקנה 12, באופן שמעמדו

בישראל "יושווה" למעמדם של הוריו? לגישת המשיבים, תקנה 12 חלה רק כאשר מתבקשת קביעת מעמדו של קטיין בישראל "סמוך ללידתו", ולפיכך אין היא חלה במקרה כגון זה הנזכר לעיל. לפי גישה זו, שינוי מעמדו של קטיין בישראל במהלך חייו, בעקבות שינוי מעמד של הורה, יידון לפי הקריטריונים שנקבעו על-ידי שר הפנים למתן רשיונות ישיבת קבע בישראל. לעניין זה מפנים המשיבים לקריטריון הקובע כי רשיון ישיבת קבע בישראל יינתן לילדו הקטיין של מי שקיבל רשיון ישיבת קבע כאמור. אלא שמעיון בקריטריונים עולה כי הם מתנים את הזכאות בכך שהקטיין "נלווה" להורה שקיבל זכות ישיבת קבע בישראל, ובכך שההורה "החזיק כדין בקטיין תקופה של שנתיים לפחות בסמוך לפני בואו עמו לישראל". מנוסח זה עולה, לכאורה, שאין הקריטריונים חלים ישירות על ילד שנולד בישראל. כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטיין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. עם זאת, מכיוון ששאלה זו איננה מתעוררת ישירות בענייננו, שכן בעת שקיבל אביו של העותר רשיון ישיבת קבע בישראל לא היה העותר במשמורתו, ניתן להשאירה בצריך עיון.

אוסף עוד, כי נוסחה הנוכחי של תקנה 12 לוקה בחסר והוא טעון תיקון; ראשית, משום שאין הוא נותן ביטוי ברור ומפורש למשך התקופה בה חלה התקנה מאז לידתו של הילד. שנית, עמדת המשיבים עצמם בעת הדיון בפנינו היתה כי "ההסדר הקבוע בתקנה מפלה בין המינים באשר הוא קובע כי הקטיין, בהעדר התנגדות האם, יקבל את מעמד אביו". אכן, כפי שממשיכים וטוענים המשיבים, העובדה שהתקנה מאפשרת לאם הקטיין להתנגד לכך שהקטיין יקבל את מעמד אביו, "ממזערת" את מידת ההפליה. נראה כי ראוי שהמשיב 1 ייתן דעתו לאפשרות לתקן את נוסח התקנה, באופן שיהלום בצורה נאותה את עקרון השוויון ואף יבהיר במדויק את היקף התפרשותה של התקנה.

4. משקבענו כי אין העותר זכאי למעמד של תושב קבע בישראל מכוח תקנה 12, נותרה לדיון השאלה האם נפל פגם בהחלטת המשיבים שלא להיעתר לבקשת העותר. לעניין זה נחה דעתנו כי לא נפל פגם בשיקול דעתם של המשיבים, בהתחשב בכך שהעותר חי מזה חמש שנים עם אמו ברומניה, בנפרד מאביו אשר אף הודיע לבית המשפט כי הוא איננו מקיים קשר עם העותר.

אשר על כן העתירה נדחית.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיא ש' לזין:

אני מסכים.

המשנה לנשיא

השופט י' אנגלרד:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, י"ד בכסלו תש"ס (23.11.99).

המשנה לנשיא ש ו פ ט ת ש ו פ ט

העתק מתאים למקור

שמריהו כהן-מזכיר ראשי
N09.99009790
/כ

נוסח זה כפוף לשינויי עריכה וניסוח