

**בבית המשפט המחוזי בירושלים
בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים**

**עת"ם 8890/08
קבוע ליום 23.4.2009**

- בעניין: _____
1. _____ סרור, ת.ז. _____
2. _____ סרור, ת.ז. _____
3. _____ סרור, ת.ז. _____
4. _____ סרור, ת.ז. _____
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל ואח'
מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים ואח'

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיבים

עיקרי טיעון מטעם העותרים

העותרים מתכבדים בזאת להגיש עיקרי טיעון מטעמם.

1. עניינה של העתירה הוא בסירובו של המשיב לשדרג את מעמדו של העותר 4 למעמד של תושב קבע בישראל. כן עוסקת העתירה בהימנעות ממושכת של המשיב מלהכריע בבקשת העותרת 1 להארכת תוקף היתר השהייה של העותרים 2 ו-3, במסגרת בקשת איחוד המשפחות שהגישה העותרת 1 עבורם.

2. נציין, כי לאחר הגשת העתירה התקבלו פסקי דין בהם נתקבלו, למעשה, טענותיהם של העותרים בעתירה דנן. משכך, ולאור העובדה שכתב התשובה מטעם המשיב מתעלם מהקביעות העקרוניות באותם פסקי דין – יכללו עיקרי הטיעון גם התייחסות לפסקי דין אלה.

נדון בעניינים אלה להלן.

באשר לעותר 4

מתן מעמד על פי תקנה 12

3. בעניינו של העותר 4, אשר נולד בירושלים, חלה תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: **תקנה 12**), הקובעת כי:

ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"א-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.

4. הפסיקה קבעה, כי התכלית העומדת בבסיס תקנה 12 היא למנוע יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה במעמד של תושב קבע בישראל לבין מעמדו של ילדו שנולד בישראל. ביסודה של תקנה 12 עומדים הערכים של שלמות התא המשפחתי והשמירה על שלום הילד (ראו למשל: בג"ץ 979/99 **קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים**, תק-על 99(3), 108; עע"ם 5569/05 **שר הפנים ואח' נ' עויסאת ואח'**, פסק דין מיום 10.8.2008. (להלן: **עניין עויסאת**); עת"ם (י-ם) 700/06 **רביחה דענא ואח' נ' מנהל לשכת מנהל האוכלוסין במזרח ירושלים**, תק-מח 2008(1), 5851).
5. המשיבה קראה לתוך תקנה 12 תנאי, לפיו יש לרשום את ילדו של תושב ישראל במרשם האוכלוסין רק אם הוכח קיומו של מרכז חיים בישראל (ראו, למשל, **עניין עויסאת**).
6. פסק הדין בעניין **עויסאת**, שניתן ביום 10.8.2008, עסק כידוע במספר ערעורים שהגיש המשיב על פסקי דין של בית המשפט הנכבד. יצוין, כי פסק הדין עסק רק באותם מקרים בהם הבקשה לרישום הילדים הוגשה עובר לתיקון הוראת השעה, באוגוסט 2005. על אותה תקופה חלה ההגדרה המקורית של "תושב אזור", על פי החוק, אשר נוסחה: "תושב אזור – לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור". **מאחר שהבקשה לרישום העותר 4 הוגשה בינואר 2004, הרי שקביעות פסק הדין האמור חלות גם על מקרה דנן.**
7. **בית המשפט העליון דחה את ערעורי המדינה וקבע (ראו סעיף 15 לפסק הדין):**
- מסקנתנו היא כי צדקו שופטי בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים כאשר קבעו כי את ההגדרה ל"תושב אזור" בנוסחה המקורי טרם תיקון החוק יש לפרש כך שהיא לא תחול "אוטומטית" רק בשל עצם רישומו של אדם במרשם האזור. לפיכך, משרד הפנים לא היה רשאי לדחות את בקשותיהם של המשיבים למעמד בישראל אך מן הטעם שהמשיבים נכללו במרשם האזור.
- מאחר שלא ניתן לסרב "אוטומטית" לבקשה ליתן מעמד לילד, על פי תקנה 12, רק בשל הרישום השטחים, יש לבדוק את מרכז חייהם של המבקשים ביום הגשת הבקשה.
8. בית המשפט העליון בעו"סאת הציב אפוא את המסגרת המשפטית לבחינת בקשות לקבלת מעמד על פי תקנה 12, כפי שהיה בעניינו של העותר 4. בפסקי דין שניתנו לאחר מכן, מילא בית המשפט הנכבד מסגרת זו בתוכן. נתייחס לכך להלן.
9. כך היה במקרה שנדון במסגרת עת"ם 311/06 **מוראר ואח' נ' שר הפנים ואח'** (פסק דין מיום 21.8.2008. (להלן: **עניין מוראר**). פסק דין זה עסק בעניינה של ילדה, שנולדה בירושלים לתושבת קבע בישראל. אותה ילדה גרה החל מלידתה, משך כ-13 שנה, בשטחים, ובהמשך עברה עם אימה ואחיה לירושלים. בקשת האם לרישום ילדתה בישראל הוגשה עובר להיות הילדה בת 18, ומשכך נקבע שיש לדון בבקשתה על פי תקנה 12, וזאת על אף שנרשמה קודם לכן במרשם בשטחים. בסעיף 5 לפסק הדין נקבע כי:

בהיות העותרת ילידת ירושלים, הדיון בבקשתה צריך להתקיים במסגרת תקנה 12. היקף שיקול הדעת של שר הפנים לעת דונו בבקשה המוגשת לפי תקנה זו הוכרע לאחרונה בפסק דינו של בית המשפט העליון בעע"מ 5569/05 משרד הפנים ואח' נ' עויסאת ואח' (ניתן ביום 10.8.08). בפסק הדין נקבע כי שאלת מרכז חייו של קטין בישראל מהווה שיקול מרכזי, אף כי לא יחיד, במסגרת שיקולי שר הפנים האם להעניק לקטין את אותו מעמד בישראל שיש להורהו. משמעות הדבר היא "כי כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי... אכן, הכרה בתא המשפחתי שהורחב עם לידתו של הקטין והכרה בזכויותיו העצמאיות של הקטין לקשר רציף עם הוריו ולהתפתחותו הרגשית, מחייבות כי בעת שקילת בקשה שהוגשה לפי תקנה 12 יינתן משקל ניכר לכך שמרכז חייו של הילד הינו בישראל, לצד אמו, אביו או שניהם יחד" (שם, פסקה 20). שיקולים אלה, הגוררים אחריהם התחקות אחר מרכז חייו של הקטין על מנת להבטיח את שלמות משפחתו, אמורים לקבל "משקל גבוה ביותר" בגדרי החלטה המתקבלת לפי תקנה 12, חרף שיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים בהפעלת התקנה (שם, שם). לעניין זה אין הכרח שהבקשה לרישום הילד מכוח תקנה 12 תוגש סמוך ללידתו, שכן המדינה הודיעה לבית המשפט "כי בניגוד לעמדה קודמת שהוצגה בהליכים אחרים, סבורה היא כיום כי הוראותיה של התקנה חלות אף כאשר הבקשה לפי תקנה 12 הוגשה שלא בסמוך ללידת הילד" (שם, פסקה 17).

במקרה שלפנינו, משרד הפנים כלל לא בדק את שאלת מרכז חייה של העותרת בתקופה שקדמה להגשת הבקשה מיום 31.10.04 לרישומה בישראל מכוח תקנה 12. על משרד הפנים לערוך בדיקה זו (כפוף לסייג שלהלן לעניין חוק הוראת השעה). ככל שיימצא כי מרכז חייה של העותרת ביום זה ובתקופה הסמוכה לו היה בישראל, יהיה על משרד הפנים ליישם את העקרונות שהותוו בעע"מ 5569/05 הנ"ל ולהחליט האם מתקיים בעותרת שיקול קונקרטי המצדיק לסטות מהכלל שלפיו "פרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהעדר מניעה ביטחונית או פלילית קונקרטית, יהיה על שר הפנים ליתן לקטין מעמד זהה לזה של אמו [של אביו בעלי המעמד בישראל" (שם, פסקה 20). (ההדגשה הוספה).

10. הנה כי כן, נקבע כי על אף שהילדה התגוררה בשטחים מרבית חייה, הרי שאם היא תוכיח כי התגוררה בישראל ביום הגשת הבקשה ובסמוך לה – הרי שיש להעניק לה את מעמדה של אימה, על פי תקנה 12, דהיינו מעמד של תושבת קבע בישראל.

11. מקרה נוסף שהובא לפתחו של בית המשפט הנכבד היה עניינו של העותר בעת"מ 8295/08 משארה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 24.11.2008) (להלן: עניין משארה). באותו מקרה מדובר היה בילד שנולד בישראל לתושבת ישראל והתגורר מרבית חייו בשטחים. אותו ילד אף נרשם במרשם האוכלוסין בשטחים. שנתיים עובר להגשת הבקשה לרישומו, עבר עם אימו להתגורר בישראל. הבקשה הוגשה, כבעניינו, בטרם תוקנה הוראת השעה באוגוסט 2005. לעניין תחולת תיקון זה נקבע, בהתבסס על עניין עויסאת, בסעיף 5:

בהקשר זה, טען המשיב בתשובתו כי על פי הנוסח המקורי של הגדרת "תושב אזור" שבחוק הוראת השעה, די ברישום במרשם האוכלוסין כדי לראות בעותר כתושב האזור, וכי מכל מקום, בינתיים נקבע בחוק המתקן כי "מי שרשום במרשם האוכלוסין באזור" מהווה "תושב אזור" עליו חלות הוראותיו.

אינני מקבל טענות אלה של המשיב. ראשית, הגדרת "תושב אזור" בחוק הוראת השעה על פי נוסחה המקורי פורשה בפסיקתו של בית משפט זה באופן שהרישום במרשם האוכלוסין באזור מהווה ראיה לכאורה להיותו של הרשום בו "תושב אזור" כמשמעו של מונח זה בחוק הוראת השעה, אך המסקנה האמורה ניתנת לסתירה בראיות אחרות, המבססות מרכז חיים במקום אחר (ע"מ (י-ס) 822/02 גושה נ' שר הפנים, לא פורסם, 1.9.03; עת"מ (י-ס)

1277/04 ג'ית נ' שר הפנים, 24.5.05; עת"מ (י-ם) 379/04 מנסור נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין בירושלים, לא פורסם, 3.6.05; עת"מ (י-ם) 982/04 עפאף נ' שר הפנים, לא פורסם, 20.6.05; עת"מ (י-ם) 1085/04 עודה נ' שר הפנים, לא פורסם, 14.2.06. ערעורים שהוגשו נגד פסקי דין בהם יושמה הפרשנות האמורה נדחו לאחרונה בבית המשפט העליון, אשר קבע כי "...הרישום במרשם מקים לכאורה את ההנחה כי למבקש המעמד בישראל יש זיקות נוספות לאזור מלבד הרישום. לפיכך, בהיעדר נתונים אחרים רשאי משרד הפנים להסתמך על הרישום ולהניח כי על מבקש המעמד בישראל חלות הוראותיו של חוק הוראת השעה. עם זאת, בהתאם לפרשנות המצמצמת להגדרת "תושב אזור", על משרד הפנים לאפשר למבקש המעמד לשכנע באמצעות הבאת ראיות מינהליות כי מלבד הרישום במרשם נעדר הוא כל זיקה נוספת לאזור, כך שהחוק לא יחול עליו. אם מבקש המעמד יעמוד בנטל זה יחולו עליו ההסדרים הרגילים הנוגעים להענקת מעמד בישראל" (עע"מ 5569/05, סעיף 15 לפסק הדין).

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

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

12. באשר לאופן בו על המשיב לבדוק האם הילד עונה על ההגדרה של "תושב אזור", אם לאו, נקבע בסעיף 9 לפסק הדין בעניין משארה:

עניין זה מעלה את השאלה האם יש לראות בעותר כמי שמרכז חייו בעת הגשת הבקשה היה בישראל יחד עם הורהו המשמורן. בחינת עמדתו של המשיב במקרים אחרים שנדונו לפני בית משפט זה מעלה כי לשיטתו, די בקיומו של מרכז חיים בישראל משך תקופה של שנתיים לפני מועד הגשת בקשה לקבלת רישיון לישיבת קבע בישראל, כדי לראות במבקש כמי שמרכז חייו מצוי בישראל. זו עמדת המשיב, שנקבעה בהתאם לנהליו, בנוגע להחזרת רישיון לישיבת קבע שפקע בו נדרש תנאי בדבר מגורים בישראל (לדוגמה: עת"מ 438/07 אבו אסמעיל נ' שר הפנים, לא פורסם, 19.11.07), וזו גם עמדתו בנוגע לבקשת מעמד עבור בן זוג זר בהן נדרשת הוכחת מרכז חיים בישראל של בן הזוג המזמין במועד הבקשה (לדוגמה: עת"מ 160/06 טהה נ' שר הפנים, לא פורסם, 24.1.08).

בנסיבות המקרה הנוכחי, אין חולק כי מאז נישואיה בשנת 1991 התגוררה עותרת 1 באזור יחד עם בעלה וילדיה, והחל חודש ינואר 2002 עברה להתגורר יחד עם ילדיה בישראל. העותר עצמו התגורר בישראל לצד אמו החל מינואר 2002, ובמועד זה הוא ממשיך להתגורר בישראל עם שני הוריו. המשיב אינו מצביע על זיקה כלשהי של העותר לאזור מאז תחילת מגוריו בישראל ובנסיבות אלה יש לקבוע שמרכז חייו של העותר במועד הגשת הבקשה אכן היה בישראל, ולפיכך הוא עומד בתנאי תקנה 12 לקבלת רישיון לישיבת קבע בישראל, בדומה לזה בו מחזיקה אמו. (ההדגשה הוספה).

לעניין הדרשה כי על מנת לרשום את ילדיו של תושב ישראל, על פי תקנה 12, יש להוכיח קיומו של מרכז חיים בישראל שנתיים עובר להגשת הבקשה, ראו גם: עת"מ (י-ם) 742/06 אבו קוידר ואח' נ' שר הפנים, תק-מח 2007(2), 985; עת"מ (י-ם) 8340/08 אבו ג'ית ואח' נ' שר הפנים ואח', פסק דין מיום 10.12.2008.

13. לסיכום עד כה :

הפסיקה בעניין זה חד-משמעית: באשר לבקשות לרישום של ילדיהם של תושבים, אשר נולדו בישראל, בקשות שהוגשו עובר לתיקון הוראת השעה מאוגוסט 2005 – הרי שעצם רישום באזור איננו מחיל עליהם אוטומטית את הוראת השעה. יש לבחון את מרכז חייהם של אותם ילדים ביום הגשת הבקשה. אם יוכח כי מרכז חייהם נמצא בישראל, יש לרשום אותם על פי תקנה 12, כתושבי קבע בישראל, כהוריהם.

14. כאמור לעיל, לעניין זה אין נפקות לעובדה שהבקשה הוגשה שלא בסמוך ללידתם של אותם ילדים, ואין צורך להוכיח כי מרכז חייהם היה בישראל ברציפות, מאז הלידה:

בהבהרת הנוהל, נזנחו על-ידי המשיב הדרישות שהעלה בעבר, כתנאי להחלת תקנה 12, בדבר הצורך בהגשת הבקשה בסמוך ללידה והוכחת קיומו של מרכז חיים בישראל, ברציפות מאז הלידה ואילך. (ראו: עת"ם (י-ם) 379/04 מנסור ואח' נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין בירושלים, תק-מח 2005(2), 4711. סעיף 11 לפסק הדין).

הנה כי כן, המשיב זנח זה מכבר את דרישותיו אלה, ובית המשפט הנכבד קבע כי אכן מדובר בדרישות שאינן כדין (ראו לעניין זה, למשל: עת"ם (י-ם) 577/04 אלקורד ואח' נ' שר הפנים). משכך, אין זה ברור מדוע שב המשיב ומעלה דרישות אלה בכתב תשובתו (ראו סעיף 37 לכתב התשובה).

היישום לעניינו של העותר 4 :

15. כמפורט בעתירה (ראו סעיף 14 לעתירה), העותרת חזרה להתגורר בירושלים עם משפחתה בספטמבר 2001. כך עולה מסיכום חקירת המוסד לביטוח לאומי (להלן: **המל"ל**) מדצמבר 2004, סיכום שהועבר לרשותו של המשיב. כך עולה גם מהמסמכים שסיפקו העותרים למשיב (חוזי שכירות, חשבונות הדירות בכפר עקב, הוכחות על לימודי הילדים בירושלים. לעניין זה, ראו, למשל: מכתבם של העותרים מיום 31.7.2005, שצורף לעתירה דנן כנספח ע/2).

הנה כי כן, אין חולק כי ביום הגשת הבקשה לרישום הילדים - 26.1.2004 – כבר קיימו העותרים מרכז חיים בירושלים כשנתיים וחצי. על פי הפסיקה שצוינה לעיל, מאחר שבאותו יום לא קיימו העותרת ובנה כל זיקה לשטחים – הרי שהיה על המשיב לרשום את העותר 4 במרשם האוכלוסין, כתושב קבע בישראל.

המשיב מתעלם מפסיקה זו. הן מפסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **עויסאת**. הן מפסיקותיו של בית המשפט הנכבד בעניין **מוראר ומשאהרה** – פסקי דין עליהם לא עירער המשיב (ראו עוד לעניין זה בהמשך).

16. יתרה מכך, עמדתו של המשיב אף מעוותת את פסיקותיו האמורות של בית המשפט. בפסקי הדין **מוראר ומשאהרה**, שניתנו לאורו של פסק דין עויסאת, נקבע שכאשר הוכח כי העותרים התגוררו בתקופה הסמוכה להגשת הבקשה בישראל – כי אז יש לרשום אותם על פי תקנה 12, ולא להחיל עליהם את הוראת השעה. ודוק: באותם מקרים הילדים שרישום התבקש התגוררו בשטחים זמן

ממושך הרבה יותר מבמקרה דנן. בעניין **מוראר** התגוררה הילדה בשטחים לפחות 13 שנה מתוך 18 שנות חייה, עובר להגשת הבקשה. בעניין **משאהרה** התגורר הילד בשטחים 9 שנים מתוך 11 שנות חייו, עובר להגשת הבקשה).

במקרה דנן, העותר 4 התגורר עד גיל שנה וחצי בשטחים. בהמשך עבר עם משפחתו לירדן והתגורר שם כ- 5 שנים (העותר 4 נסע עם משפחתו לירדן ביום 20.5.1993 ושב ביום 2.6.1998). אחר כך חזר לשטחים והתגורר שם עד לגיל 10, בו עבר להתגורר בירושלים. (בעניין זה יוער כי לאור הפירוט האמור, ברי כי קביעתו של המשיב, בסעיף 21 לכתב התשובה, לפיה: "העותר 4 התגורר באזור מאז לידתו ועד היותו בן 11 לערך", איננה מדויקת, בלשון המעטה). הבקשה הוגשה עת היה העותר 4 בן 12 שנים וחצי.

הנה כי כן, סך כל התקופה בה התגורר העותר 4 בשטחים, עובר להגשת הבקשה לרישומו בישראל, מגיעה כדי חמש שנים בלבד. זאת, כאשר ביתר שבע וחצי שנותיו, עובר להגשת הבקשה ליתן לו מעמד, התגורר העותר 4 במקומות אחרים: ירדן או ישראל. אם בעניין מוראר ובעניין משאהרה נקבע כי לא מדובר ב"תושבי אזור", קל וחומר שזהו המצב בענייננו.

17. עוד יצוין, כי נוהלו של המשיב, ליתן לילדים אלה – שנולדו בישראל, נרשמו תחילה בשטחים, אך מקיימים מרכז חיים בישראל – מעמד ארעי תחילה (א/5), ורק אחר כך מעמד של קבע, נפסל אף הוא על ידי בית המשפט הנכבד:

סעיף 4 לנוהל (וסעיף 4 לתיקון מיום 20.3.05) קובע: "היה הילד רשום כתושב במקום אחר בעת הגשת הבקשה, אם ימצא עומד בתנאי סעיף 3 לעיל, יינתן לילד בשלב ראשון מעמד של תושב ארעי (א/5) למשך שנתיים לבחינת המשך קיומו של מרכז חיים בישראל, ולאחר מכן, יינתן לו מעמד של תושב קבע". סעיף 3, הנזכר בסעיף 4, קובע: "היה הורה אחד תושב קבע וההורה השני חסר מעמד בישראל, לאחר שיוכח מרכז חיי ההורה תושב קבע וילדו בישראל, יינתן לילד מעמד של תושב קבע".

תקנה 12 קובעת כי ילד שנולד בישראל לתושב קבע יקבל את המעמד שיש להורהו. מילד שנרשם באזור נדרש, כאמור, להוכיח כי מרכז חיינו בישראל יחד עם הורהו תושב ישראל. על כן, אם ייקבע כי הילד איננו תושב האזור, על אף רישומו באזור, וכי מרכז חיינו אכן בישראל, יקבל מעמד של תושב קבע כמעמד שיש להורהו. כך מתחייב מתקנה 12 כפי שפורשה ע"י הפסיקה, ונוהל איננו יכול לשנות זאת. "נוהל עבודה" שנועד לסייע ביישומה של תקנה, כמו נוהל העבודה שלפנינו, בו נקבע "ההליך המדורג הספציפי" (כפי שכונה ע"י ב"כ המשיב), הוא בגדר "סמכות עזר" (ראו סעי' 17(א) לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981). אחד הסייגים החלים על הפעלתן של סמכויות עזר הוא, ש"אין הרשות יכולה לקנות לה סמכות במסווה של סמכות עזר" (רענן הר-זהב, המשפט המינהלי הישראלי (1996), בעמ' 32). כלומר, אין סמכות העזר יכולה להוסיף סמכות על זו שקנתה לה הרשות בתקנת המשנה, ואם ברצונה להרחיב את סמכויותיה עליה לעשות כן בתיקון התקנה (ככל שניתן לעשות זאת מכוחה של החקיקה הראשית) ולא באמצעות "נוהל עבודה" (והשוו לדברי כבוד השופטת ד' ביניש בבג"צ 979/99 פבאלואיה נ' שר הפנים, וכן לדבריה של כבוד השופטת מ' ארד בעת"מ 577/04 אלקורד נ' שר הפנים).

כאמור, עפ"י פסיקת בית משפט זה, משעה שהוכח כי מרכז החיים של הילד שנרשם באזור הוא בישראל, יש ליתן לו את המעמד שיש להורהו תושב ישראל, ולא ניתן ליתן לו מעמד פחות מזה שניתן להורהו. גישה זו עולה בקנה אחד עם התכלית שביסוד תקנה 12, כפי שהוסברה ע"י השופטת ביניש

בבג"צ פנאלואיה הנ"ל. (עת"ם י-ם) 1085/04 **עודה ואח' נ' שר הפנים ואח',** תק-מח 2005(2), 6840, עמ' 6842). (ההדגשה הוספה). (להלן: **עניין עודה**).

על הלכה זו חזר בית המשפט הנכבד בעת"ם י-ם) 982/04 **עפאף ואח' נ' שר הפנים ואח',** תק-מח 2005(2), 11162 (להלן: **עניין עפאף**). נציין, כי על פסקי הדין **בעודה ועפאף** הוגשו ערעורים, שצורפו לערעור שהוגש בעניין **עויסאת**. עם זאת, ערעורים אלה נמחקו, לאחר שמשרד הפנים הסכים להעניק למשיבים באותם ערעורים את המעמד המבוקש. ממילא, פסק הדין בעניין **עויסאת** לא עסק כלל בנוהלו זה של המשיב, וברי כי קביעותיו של בית המשפט הנכבד **בעודה ועפאף** שרירות וקיימות.

18. גם בענייננו: בין שנוהלו זה של המשיב חוקי ובין אם לאו, הרי שאין כל מניעה להעניק כיום מעמד של קבע לעותר 4, על פי כל הפרמטרים שצוינו לעיל.

19. **לסיכום עניין זה:**

העותר 4 איננו בבחינת "תושב אזור", אשר הוראת השעה חלה עליו. משכך, מאחר שהעותר 4 נולד בישראל לתושבת ישראל, ומאחר שאין חולק כי מרכזי חיי המשפחה נמצא בירושלים – יש להשוות את מעמדו של העותר 4 למעמדה של אימו, ולרשום אותו כתושב קבע בישראל, על פי תקנה 12. כפי שצוין בעתירה, הסירוב לרשום את העותר 4 במעמד של קבע מסכל את תכלית התקנה: השוואת מעמד הקטין למעמד הורה התושב. הותרת העותר 4 במעמד ארעי, משמעה – העמדתו בסכנת פירוד ממשפחתו, פגיעה אפשרית בהתפתחותו והתערבות בתא המשפחתי בניגוד לטובתו.

כפי שטענו העותרים בעתירה דנן, אף לו היתה חלה בענייננו של העותר 4 הוראת השעה, הרי שגם אז היה על המשיב ליתן לו מעמד של תושב קבע. בעניין זה נדון להלן.

מתן מעמד על פי הוראת השעה

פסקי הדין משאהרה וחאייקה

20. בסעיפים 69-70 לעתירה טענו העותרים כי אף לו חלה הוראת השעה בענייננו של העותר 4 – החלטת המשיב איננה יכולה לעמוד. ההחלטה להעניק לילדים אשר נרשמו בשטחים מעמד ארעי תחילה, ורק אחר כך לשדרג את מעמדם למעמד של קבע – היא החלטה שמקורה בנוהל פנימי של המשיב, ואין לה כל זכר בחוק. נוהלו של המשיב בעניין זה הוא פסול. על פי נוהל זה, מי שכבר החל בהליך המדורג האמור, אך במועד בו אמור היה מעמדו להיות משודרג למעמד של קבע הוא כבר עבר את גיל 14 – מעמדו לא ישודרג, כי לכאורה, הדבר איננו מתאפשר על פי הוראת השעה.

21. העותרים טענו בעתירתם כי מדובר בניצול לרעה של הוראות החוק, תוך הסתמכות, לכאורה, על נוהל פנימי של המשיב. סעיף 3א(1) להוראת השעה מאפשר להעניק לכל ילד, שבעת הגשת הבקשה היה מתחת לגיל 14 – מעמד של קבע. החלטתו של המשיב להעניק, בשלב ראשון, מעמד ארעי לשנתיים, איננה יכולה לשלול מילדיהם של תושבי ישראל את זכויותיהם על פי דין. הסירוב ליתן מעמד של קבע בסיומן של אותם שנתיים, בתואנה כי הילד עבר את גיל 14, גם סותרת את הכלל כי יש לבחון כל בקשה בהתאם ליום בו היא מוגשת.

22. טענות אלה נתקבלו במלואן בשני פסקי דין שניתנו לאחר הגשת העתירה: עניין משארה האמור (פסק דין מיום 24.11.2008) ועת"ם 8336/08 זחאייקה ואח' נ' שר הפנים (פסק דין מיום 2.12.2008) (להלן: עניין זחאייקה).

23. בעניין משארה נקבע, החל מסעיף 11:

למעלה מן הצורך אציין כי גם בהנחה שהעותר הוא "תושב אזור" שעניינו נופל בגדרי סעיף 3א לחוק הוראת השעה, החלטת המשיב אינה יכולה לעמוד. בקשת איחוד המשפחות עבור העותר הוגשה ביום 24.5.04, בעת שהעותר היה בן פחות מ- 12 שנים. על פי נוסח החוק דאז, ניתן היה לתת לו כבר אז רישיון לישיבת קבע בישראל. למרות זאת, המשיב נתן לעותר אשרת שהייה זמנית בישראל בלבד, וזאת לתקופה של שנתיים. נמצא שבתום השנתיים, כאשר העותר הגיש בקשה לשדרוג מעמדו, גילו כבר היה מעל 12 שנים, ולגבי מבקשים בגיל זה חל הדין הרגיל שאינו מאפשר מתן מעמד בישראל. בינתיים הדין אמנם שונה על ידי העלאת גיל הקטינים ששר הפנים רשאי ליתן להם רישיון ישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתם מהוריהם לגיל 14 (בעוד שקודם לכן הגיל עמד על 12 שנים). אולם, המשיב טוען שגם בתיקון זה אין כדי לסייע לעותרים, שכן בעת שעותר סיים את תקופת השנתיים שבה הוענק לו מעמד א/5 הוא כבר היה בן למעלה מ- 14 שנים, ועל כן, לפי סעיף 3א(2) לחוק הוראת השעה, לא ניתן לשדרג את מעמדו ולא ניתן לתת לו אשרת לישיבת קבע בישראל. זאת, בניגוד לכל אחיו, שבעת תום תקופת השנתיים בה היו במעמד א/5 הם היו בני פחות מ- 14 שנים ועל כן קיבלו רישיונות לישיבת קבע.

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

מקובלת עלי טענת המשיב, שעדיין מסור לו לפי החוק שיקול דעת אם לתת רישיון ישיבה בישראל אם לאו, כמו גם שיקול דעת לתת תחילה היתר שהייה זמני או אשרת ישיבה זמנית כדי לבחון את השאלה האם הקטין מקיים בפועל מרכז חיים בישראל. עם זאת, כתוצאה מהנוהל שהמשיב קבע, לפיו בשלב ראשון לא יינתנו, בכל מקרה, רישיונות לישיבת קבע, אלא רישיונות ארעיים לשהייה בישראל לתקופה של שנתיים, ולאור פרשנותו של המשיב את הוראת סעיף 3א הנ"ל לחוק הוראת השעה, נמצא שבפועל המשיב מונע מתן רישיון לישיבת קבע מכל מי שבעת הגשת הבקשה הראשונה היה בן למעלה מגיל 12. תוצאה זו משיג המשיב בכך שהוא נותן תחילה רישיונות ארעיים לישיבה בישראל לתקופה של שנתיים, דבר שמביא לכך שבחלוף תקופה זו יהא המבקש בהכרח בן למעלה מגיל 14, שאז לפי פרשנותו של המשיב את סעיף 3א לחוק הוראת השעה, אין בידו לתת לו עוד רישיון לישיבת קבע בישראל. תוצאה זו אינה סבירה בעיני, ויש בה כדי לסכל את תכלית החקיקה שנועדה לאפשר מתן רישיונות לישיבת קבע לקטינים בני פחות מגיל 14.

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

אכן, הדין מכיר בחשיבותו של המועד בו הוגשה בקשה למתן רישיון ישיבה בישראל, להבדיל ממועד מתן ההחלטה בבקשה, וזאת, בין היתר, בהתחשב בהתמשכותם של הליכי הטיפול בבקשות מסוג זה. כך, קובע סעיף 4(2) להוראת השעה הוראת מעבר שחלה על בקשות שהוגשו קודם ליום 12.5.02, ומאפשרת להעניק היתרי שהייה בישראל גם באותם מקרים שבמצב הרגיל

אינם מאפשרים לתושב האזור לשהות בישראל כדין על פי הוראת השעה. כך, נקבע גם בעע"מ 5569/05 הנ"ל. **ברוח זו, הכירה הפסיקה זה מכבר בכך שבכל הנוגע לבחינת גילו של מבקש רישיון הישיבה בישראל, ההכרעה בבקשה תיפול בהתאם למצב העובדתי שהתקיים במועד הגשת הבקשה, וזאת גם אם בינתיים, לאור גילו של המבקש במועד מתן ההחלטה, התעורר טעם אחר לדחותה** (עת"מ (י-ם) 128/05 **ראזם נ' משרד הפנים**, לא פורסם, 13.11.05; עת"מ (י-ם) 142/07 **אבו חרוב נ' משרד הפנים**, לא פורסם, 26.3.07; עת"מ (י-ם) 1092/07 **אבו רומי נ' משרד הפנים**, לא פורסם, 10.6.08). (ההדגשה הוספה).

24. כאמור, על טענות אלה חזר בית המשפט הנכבד בעניין **זחאייקה**, בסעיף 4 לפסק הדין.

25. פסקי הדין **במשארה וזחאייקה** מדברים בעד עצמם: נוהלו של המשיב, לפיו לא ניתן לשדרג את המעמד של אותם ילדים שקיבלו א/5 ובהמשך עברו את גיל 14 – איננו חוקי, ויש בו כדי "לסכל את תכלית החקיקה שנועדה לאפשר מתן רישיונות לישיבת קבע לקטינים בני פחות מגיל 14".

התנהלות המשיב לאחר מתן פסקי הדין במשארה וזחאייקה

26. על פסקי דין אלה לא עירער המשיב. ועל אף זאת, הוא שב וטוען בכתב התשובה את אותם טיעונים אשר נידחו בפסקי הדין **במשארה וזחאייקה**, ומפנה לאותו נוהל, אשר בית המשפט קבע לגביו כי הוא מסכל את תכלית החקיקה בעניין (ראו סעיפים 26-30 לכתב התשובה). זאת ועוד, המשיב לא תיקן את נוהלו בעניין, וממקרים ההולכים ומצטברים אצל המוקד להגנת הפרט עולה כי המשיב ממשיך לנקוט במדיניותו לפיה לא מוענק לאותם ילדים מעמד של קבע.

לעניין זה ראו סעיף ג.7.2.8 לנוהל שכותרתו "נוהל רישום ומתן מעמד לילד שרק אחד מהוריו רשום כתושב קבע בישראל". הנוהל נותר כפי שנוסח עובר למתן פסקי הדין האמורים, וניתן לצפות בו באתר המשיב, בקישור:

[http://www.moin.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/C3B44FCD6D71F62FC22575000039DAF3/\\$FILE/Publications.2.0010.pdf?OpenElement](http://www.moin.gov.il/Apps/PubWebSite/publications.nsf/All/C3B44FCD6D71F62FC22575000039DAF3/$FILE/Publications.2.0010.pdf?OpenElement)

27. אין לקבל את התנהלותו של המשיב. אם דעתו של המשיב אינה נוחה מן הקביעות המשפטיות בעניין **משארה וזחאייקה**, או אם סבור היה ששגה בית המשפט, פתוחה היתה בפניו הדרך לערער על פסקי הדין. ואולם, המשיב אינו רשאי להתעלם מן הפסיקה שניתנה בעניין מדיניותו ולהמשיך בשלו משל מעולם לא נפסק על ידי בית המשפט כי מדיניות זו בלתי חוקית. משהוכרעה המחלוקת הרי שדבקו של המשיב בעמדתו המשפטית, שנדחתה על ידי בית המשפט המוסמך, אינה הגונה ופוגעת בשוויון. היא רומסת ברגל גסה את שלטון החוק, ושמה ללעג את בית המשפט לעניינים מינהליים.

28. משעה שהובאה מחלוקת בעניין שיקול דעתו המינהלי של המשיב בפני בית המשפט המוסמך, ונבחנה בפני בית המשפט המוסמך על פי אמות המידה של המשפט המינהלי, הרי שקביעתו של בית המשפט מחייבת את המשיב, אלא אם ערער עליה, וזו נהפכה על ידי בית המשפט העליון (ראו בג"ץ 653/83 **מבע מוציאים לאור בע"מ נ' סגן נציב מס הכנסה**, פ"ד לט(3) 29 (1985)).

29. חשוב לציין בהקשר זה, כי בית המשפט המוסמך הוא בית המשפט, אשר לו נתונה סמכות הביקורת השיפוטית. במקרה דנן, מדובר בבית המשפט לעניינים מינהליים. הרשות אינה ערכאה ואינה בית משפט, ועל כן כל פסק דין שניתן בעניינה על ידי בית משפט מוסמך – מחייבה (אלא אם עוכב ביצועו או קביעותיו נהפכו על ידי ערכאה גבוהה יותר). הרשות מחוייבת לפעול על פי פסק דין של בית משפט מוסמך ואין היא רשאית להבחין בין פסקי הדין של בתי המשפט המוסמכים (ראו לעניין זה: עע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לז(2) 688, 696 (1986)).

30. התעלמות המשיב מקביעות משפטיות עקרוניות בפסיקת בתי המשפט לעניינים מינהליים מעקרת לחלוטין כל אפשרות למגר תופעות של התנהלות שלא כדין, שכן לשיטתו, בכל פעם, בה ייקבע על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, כי מדיניות כזו או אחרת אינה חוקית, יוכל לבחור להימנע מלערער על פסק הדין ולהמשיך לנהוג על פי המדיניות, שנקבע כי אינה חוקית.

31. הרשות מחוייבת לכבד את הכרעותיו של בית המשפט המוסמך גם משום חובתה לנהוג בשוויון. אם הרשות אינה מכבדת את פסיקתו של בית המשפט, וממשיכה במדיניותה, עלול להיווצר מצב פסול, לפיו בשעה שתוגשנה עתירות, תאלץ הרשות להעניק לעותרים את מבוקשם מחשש שבט הביקורת השיפוטית, וזאת אף שאחרים, שעניינם לא הגיע אל בית המשפט (משום שידם אינה משגת או מכל טעם אחר), לא יזכו לכך (ראו מני מזוז, רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000, משפט וממשל ו (תשס"א) 233, בעמ' 245-246).

32. עקרונית דומים באים לידי ביטוי גם במשפט האזרחי בכלל של השתק פלוגתא, לגביו נקבע כי הוא עשוי לחול גם בשעה שרק אחד מבעלי הדין היה צד לדיון קודם (ראו: דב"ע מח/3-120 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – רובינשטיין, פד"ע כ 493, 449-450; ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658, 669). בע"א 450/82 האמור מנה בית המשפט את השאלות שיש לשאול, כדי לקבוע האם הכרעה קודמת תופסת לטובת בעל דין בהליך חדש:

(1) האם המחלוקת שהוכרעה בהליך הקודם זהה לזו העומדת לדיון בהליך המאוחר? (2) האם הייתה בהליך הקודם הכרעה סופית לגוף השאלה האמורה? (3) כלום היה האדם שנגדו מועלית הטענה שההכרעה הקודמת תופסת (בענייננו – מדינת ישראל) בעל דין, או במצב של 'צדדיות' (privity) לבעל דין, בהליך הקודם? (ע"א 450/82, בעמ' 670).

בהתקיים מבחנים אלה, הרי שדבקותה של הרשות בעמדתה המשפטית, שנדחתה על ידי בית המשפט, נגועה בחוסר תום לב. יפים לעניינו דבריה של השופטת בן-פורת באותו פסק דין:

יש להצטער צער רב על כך, שהיה צורך בהליך זה מראשיתו. מותר לצפות, שהשלטון ישמש דוגמה ומופת, וכי משנקבע בניגוד לדעתו, מה שנקבע בתקדים, יהיה הוא זה שיודיע ללא דיחוי על תוצאה זו לכל הזוכים באותו מכרז, בין אם נתנו דעתם על הפירוש האמור ובין אם לאו... המדינה אף הגדילה לעשות ביחסה למשיבה חוסר תום לב, במקום לפשפש במעשיה, ולהיות ערה לניגוד בין אומד הדעת, שיוחס לה בתקדים, לבין הפירוש שבו המשיכה לדבוק. (שם, בעמ' 672).

33. כך גם במקרה דנן: משראה המשיב, לאחר הגשת העתירה, כי ניתנו אותם פסקי דין – מחויב היה לפעול לפיהם ולהעניק גם לעותר 4 מעמד של קבע בישראל. תחת זאת, הוא מתעלם מקביעותיו של

בית המשפט בפסקי דין אלה (משאהרה וזחאייקה, ולמעשה גם עויסאת ומוראר). כפי שנראה בהמשך, זו לא הסוגיה היחידה העולה בעתירה דן בה מתעלם המשיב מקביעות בית המשפט הנכבד.

התייחסות המשיב לפסקי הדין במשאהרה וזחאייקה

34. לאחר שהמשיב שב וטוען את אותן טענות שנידחו בפסקי הדין במשאהרה וזחאייקה, הוא מנסה לטעון כי מקרה דן שונה מאותם מקרים. העותרים יטענו להלן כי, בכל הכבוד, ניסיונו זה של המשיב מעוות את קביעותיו הברורות של בית המשפט במשאהרה וזחאייקה, ואף חותר תחתיהן. נפרט זאת.

35. בסעיף 45 לכתב התשובה טוען המשיב כי בעניין משאהרה "נקבע כי יש לבחון האם הילד שמבקשים בשבילו את הרישום במרשם האוכלוסין היה מתחת לגיל 12 שאם כן ניתן לשדרג את מעמדו אף לאחר שעבר את גיל 14". מאמירה זו משתמע, לכאורה, שקביעותיו של בית המשפט הנכבד נכונות רק למי שעל בקשתו חלה הוראת השעה בנוסחה המקורי, ולא היא. בית המשפט במשאהרה קבע כי הפרקטיקה לפיה לא ניתן לשדרג את מעמדו של ילד, שבהתחשב במועד בו הוגשה בקשתו, ניתן היה ליתן לו מעמד של קבע – היא-היא הפסולה, בהיותה חותרת תחת תכלית החקיקה של הוראת השעה. זאת, בין אם על אותה בקשה חל החוק בנוסחה המקורי, ובין אם בנוסחה המקורי:

תוצאה מהנוהל שהמשיב קבע, לפיו בשלב ראשון לא יינתנו, בכל מקרה, רישיונות לישיבת קבע, אלא רישיונות ארעיים לשהייה בישראל לתקופה של שנתיים, ולאור פרשנותו של המשיב את הוראת סעיף 3א הנ"ל לחוק הוראת השעה, נמצא שבפועל המשיב מונע מתן רישיון לישיבת קבע מכל מי שבעת הגשת הבקשה הראשונה היה בן למעלה מגיל 12. תוצאה זו משיג המשיב בכך שהוא נותן תחילה רישיונות ארעיים לישיבה בישראל לתקופה של שנתיים, דבר שמביא לכך שבחלוף תקופה זו יהא המבקש בהכרח בן למעלה מגיל 14, שאז לפי פרשנותו של המשיב את סעיף 3א לחוק הוראת השעה, אין בידו לתת לו עוד רישיון לישיבת קבע בישראל. תוצאה זו אינה סבירה בעיני, ויש בה כדי לסכל את תכלית החקיקה שנועדה לאפשר מתן רישיונות לישיבת קבע לקטינים בני פחות מגיל 14.

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

36. הנה כי כן, האופן בו מפרש המשיב את פסק הדין במשאהרה איננו רק נוגד את רוחו של פסק הדין, אלא סותר אותו מפורשות. וכאמור, לקביעות העקרוניות בפסק הדין המשיב אינו מתייחס, ומוסיף לטעון טענות שנידחו בפסק הדין.

37. אמנם, העובדות בענייננו שונות במקצת, וזאת מאחר שהבקשה לרישומו של העותר 4 הוגשה כאשר היה בן למעלה מ-12 שנה (12 שנה וארבעה חודשים, למען הדיוק). עם זאת, בדיוק זה היה המקרה שנדון בפסק הדין בעניין זחאייקה, בו חזר בית המשפט הנכבד על הקביעות העקרוניות מעניין משאהרה. גם שם הוגשה הבקשה בעת שהילד היה בן למעלה מ-12 שנה, ומועד הגשת הבקשה קדם

לתיקון הוראת השעה מאוגוסט 2005. ובכל זאת קבע בית המשפט, בהתבסס על עניין **משארה** ובניגוד לעמדת המשיב, כפי שמוצגת בעתירה דנן, כי (ראו סעיף 4):

לאחר שעיינתי בטענות הצדדים באתי לידי מסקנה כי דין הבקשה להתקבל. במועד המוסכם להגשת הבקשה, 2.5.05, חלה הוראת השעה לפיה הגיל הקובע היה 12 שנים. במועד זה היה העותר 4 בן 12 שנים ושלושה חודשים לערך. ביום 1.8.05 תוקן, כאמור, חוק הוראת השעה והגיל הקובע הועמד על 14 שנים. לפי הפסיקה, הבקשה צריכה היתה להיבחן, כפי שאכן נבחנה, על פי התיקון לחוק, כלומר על פי גיל קובע של 14 שנים, משום שבמועד התיקון טרם החליט המשיב בבקשה (ראו פסק דינה של הנשיאה ארד בעת"מ (י-ם) 182/07 סעירה חלביה נ' שר הפנים, בפסקה 11, ניתן ביום 10.10.07). המועד הקובע הינו מועד הגשת הבקשה ולא מועד תום השנתיים של רישיון א/5. כך קבע גם סגן הנשיא עדיאל בעת"מ (י-ם) 8295/08 מייסר אברהים נ' שר הפנים (ניתן ביום 24.11.08), באומרו, כי אחרת תסוכל מטרת התיקון שבאה להרחיב את מעגל הנהנים (שם, בפסקאות 12-15). המועד הקובע הנוטען על ידי המשיב הינו בלתי סביר גם משום שלפיו ההכרעה בשאלה אם ישודרג מעמד העותר תהא תלויה גם בפרק הזמן שיידרש למשיב כדי להחליט בעניינו. כך, למשל, במקרה שבפנינו רישומו של העותר במעמד של א/5 נעשה ביום 17.1.06, כלומר, כחצי שנה לאחר שהוגשה הבקשה (כאשר לשם הגשת הבקשה יש צורך לקבוע תור לכך במשרדו של המשיב). מועד התלוי בפרק הזמן שבין קבלת הבקשה ועד להחלטה בה, הופך להיות מועד מקרי ואיננו ראוי על כן לשמש כמועד קובע (והשוו לדברי השופט מ' חשין בע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ובניה נ' משה קהתי, פ"ד מח(2) 190, בפסקה 16). יתר על כן, במועד ההסכמה על מחיקת העתירה ורישום העותר 4 במעמד של א/5 לשנתיים, כבר היה העותר 4 כבן 13 שנים; ומשלא נאמר אחרת, יש לפרש את ההסכמה לרשמו במעמד של א/5 כהסכמה להליך שבסיומו יוענק לו מעמד של תושב קבע (אלא אם כן תימצא לכך מניעה בטחונית או פלילית). (ההדגשה הוספה).

38. בעניין זה, טוען המשיב בכתב התשובה, כי נסיבות המקרה דנן אינן דומות לנסיבות בפסק הדין בעניין **זחאייקה** (ראו סעיף 46 לתשובתו). זאת, מאחר, שלטענתו, בעניין **זחאייקה** מדובר היה בבקשה שטרם הוכרעה במועד התיקון להוראת השעה, ולכן ניתן להחיל על בקשה שהוגשה עובר לתיקון את הוראות התיקון המיטיבות עם המבקשים, דהיינו – ניתן להעניק לילד שגילו היה מעל 12 שנה ביום הגשת הבקשה מעמד של קבע בישראל, על ידי החלת תיקון מס' 1 על בקשתו. אולם גם לטענה זו של המשיב אין מקום. פסק הדין עליו מתבסס בית המשפט הנכבד בעניין **זחאייקה**, הוא פסק הדין בעת"מ (י-ם) 182/07 **חלביה ואח' נ' שר הפנים**, תק-מח 2007(4), 799 (להלן: **עניין חלביה**). נציין, כי פסק הדין בעניין **חלביה** מבוסס על פסק דין קודם - עת"מ (י-ם) 771/06 **אבו גווילה ואח' נ' שר הפנים ואח'**, תק-מח 2007(3), 5982 (להלן: **עניין אבו גווילה**). נתעכב מעט באשר לעובדות בפסקי דין אלה.

39. בעניין אבו גווילה מדובר היה בילדה, אשר הבקשה ליתן לה מעמד הוגשה עוד בשנת 2002. בקשה זו נדחתה על ידי המשיב, וזאת בהתבסס על החלטת הממשלה ממאי 2002, שמנעה הגשת בקשות לאיחוד משפחות. שנים אחר כך, איפשר המשיב לאותה ילדה להגיש בקשה חדשה לאיחוד משפחות. המשיב ביקש לראות בבקשה המאוחרת כבקשה הרלוונטית. באותה עת גילה של הילדה היה כבר מעל 14 ולכן המשיב ביקש ליתן לה היתרי מת"ק בלבד. לאחר שהמשיב חזר בו מטענה זו, הוא הסכים לראות בבקשה משנת 2002 כבקשה הרלוונטית אך טען שמכיוון שבשנה זו גילה של הילדה היה מעל 12, אזי, בהתאם למצב החוקי באותה תקופה – לא ניתן היה להעניק לה מעמד בישראל. בית המשפט קבע כי אכן יש לראות בבקשה משנת 2002 כבקשה הרלוונטית. **עם זאת, יש להחיל**

עליה את הוראות התיקון, וזאת מאחר שיש לראות באותה בקשה משנת 2002 כתלויה ועומדת. קביעה זו של בית המשפט ניתנה על אף שהבקשה משנת 2002 נדחתה על ידי המשיב, ורק בהמשך הוגשה בקשה חדשה תחתיה. בית המשפט קבע שיש להחיל על בקשות מעין אלה את הוראת התיקון מתוך ההכרה שמטרת התיקון, על פי עמדת המחוקק, היא להפוך את הוראת השעה למידתית יותר, כך שפחות ילדים ייפגעו בעטייה.

40. כך היה גם בעניין חלביה. שם מדובר היה בבקשה למתן מעמד לילד שנרשם באזור, אשר הוגשה בפברואר 2003, עת הילד היה מתחת לגיל 12, ונדחתה לאור החלטת הממשלה ממאי 2002. בעקבות הגשת עתירה, המשיב הסכים כי תוגש בקשה חדשה. על אף זאת, כאשר ביקשו הוריו של הילד ליתן לו מעמד, בפברואר 2005, נאמר להם כי לא ניתן לעשות כן, כיוון שכעת הילד מעל גיל 12, ועל פי נוסח הוראת השעה באותם ימים – לא ניתן ליתן לו מעמד בישראל. בית המשפט קבע כי, על אף שהוגשה בקשה חדשה, הרי שיש לראות בבקשה שהוגשה בפברואר 2003 כתלויה ועומדת, וזאת על אף שנדחתה בזמנו. משכך, יש להתחשב בגילו של הילד באותה עת וליתן לו מעמד בישראל.

41. הנה כי כן, אם בעניין אבו גווילה ובעניין חלביה נקבע כי יש לראות בבקשות למתן מעמד לילדים כבקשות מתנהלות, בוודאי שכך גם המצב בעניינינו, בו הסכים המשיב להחזיר לטיפול את הבקשה בעניינינו של העותר 4, שהוגשה, כאמור, בינואר 2004 (ראו סעיף 71 לעתירה, המפנה לסעיף 7 לכתב התשובה בעת"ם 413/07).

42. לחילופין, יטענו העותרים, כי יש להחיל את הוראת התיקון – לפיה ניתן להעניק מעמד קבע לילד שבקשתו הוגשה עובר להיותו בן 14 – גם אם ההחלטה לחדש את הטיפול בבקשה מהווה "בקשה חדשה". יצוין, כי גם בעת חידוש הטיפול בבקשה (או למצער, החלטת המשיב לראות בה בקשה חדשה), לאחר כניסת התיקון לתוקפו, טרם היה העותר 4 בן 14. כזכור, העותר 4 נולד ביום 30.9.1991. ביום 19.9.2005 נשלח לעותרים מכתב מטעם המשיב בעניין רישומן של אחיותיו הקטנות של העותר 4 – אהדאא וסלסביל. בתחתית אותו מכתב נכתבה הערה: "טרם הסתיימו הבדיקות אודות הבת (הטעות במקור – י.ב.) ____". המכתב מצ"ב, מסומן א.

43. הנה כי כן, גם לו היתה חלה הוראת השעה על עניינינו של העותר 4, הרי עצם ההחלטה ליתן לו מעמד היתה כדין ולא "לפנים משורת הדין", כפי שטוען המשיב. זאת, בין אם רואים בהחלטת המשיב לחדש את בקשה שהוגשה בינואר 2004 כ"בקשה שטרם ניתנה בה החלטה" ובין אם רואים בכך כ"בקשה חדשה".

44. לעניין השדרוג, הרי שבית המשפט הנכבד קבע מפורשות בפסקי הדין בעניין משאהרה ובעניין זחאייקה, כי נוהלו של המשיב, לפיו לא ניתן לשדרג את מעמדו של ילד שעבר את גיל 14 בהיותו מחזיק באשרה מסוג א/5 – איננו כדין.

באשר לעותרים 2 ו-3

45. פסקי הדין בעניין **עויסאת**, בעניין **משארה** ובעניין **זחאייקה** אינם פסקי הדין היחידים מהם מתעלם המשיב בנושאים העומדים בפני בית המשפט הנכבד בעתירה דנן. בעניינם של העותרים 2 ו-3 התעלם המשיב גם מפסק הדין בעת"ם 612/04 **דהוד ואח' נ' שר הפנים ואח'** – פסק דין שניתן בהתאם להסכמתו שלו.
46. עתירה זו הוגשה גם בעניינם של העותרים 2 ו-3. העותר 2 הוא בן זוגה של העותרת 1 והעותרת 3 היא בתם הבכורה. שהייתם של השניים בישראל מוסדרת באמצעות היתרי שהייה (היתרי מת"ק) המוארכים מעת לעת. **נכון ליום הגשת העתירה השתהה המשיב זה חמישה חודשים מלהכריע ולאשר את בקשתם של השניים להאריך את תוקפם של היתרי שהייה שניתנו להם.**
47. בעקבות עתירות קודמות שהוגשו בעניינם, אושרה בקשת העותרת לאיחוד משפחות עם העותרים 2 ו-3 ולאחרונים ניתנו ביום 1.7.2007 "הפניות למת"ק". על פי נהלי המשיב, פנו העותרים בחודש מרץ 2008 ללשכת המשיב, על מנת לקבוע תור להגשת בקשות להארכת היתרי שהייה שניתנו לעותרים 2 ו-3. התור נקבע ליום 1.6.2008 והעותרים הגיעו באותו יום והגישו את הבקשות. לבקשות צירפו העותרים מסמכים המעידים כי מרכז חיייהם מוסיף להיות בירושלים.
48. נציין, כי על פי נוהלו של המשיב, היה על המשיב להאריך את תוקף היתר שהייה של העותרים 2 ו-3 ביום בו הוגשה הבקשה. זאת, לאחר שהעותרים פנו מראש, למעלה משלושה חודשים לפני שתוקפן של הפניות למת"ק שניתנו להם אמור היה לפוג. (ראו בעניין זה להלן).
49. על אף האמור, היתר שהייה שניתן לעותר ולעותרת 3 לא הוארך ביום הגשת הבקשה. מכתבי תזכורת שנשלחו למשיב בימים 28.8.2008 ו-2.10.2008 לא הועילו, ובשל כך הוגשה העתירה דנן.
50. השתהות זו של המשיב מהווה התעלמות בוטה מצידו מהתחייבויותיו בפני בית משפט נכבד זה במסגרת עת"ם 612/04 **דהוד ואח' נ' שר הפנים ואח'**. בנוהל שנקבע באותו פסק דין, בהסכמת המשיב, נקבע כי:

מבקש שבקשתו לאיחוד משפחות אושרה, ונמצא במסגרת ההליך המדורג למתן מעמד בישראל, אשר פנה ללשכת מינהל האוכלוסין במועד לחידוש האשרה שבידו או לשינוי סוג האשרה, יוזמן ללשכה במועד שייקבע על-ידה, בהקדם האפשרי, ובכל מקרה לא יאוחר משלושה חודשים מיום פנייתו האמורה.

אם במועד התייצבותו של המבקש בלשכת מינהל האוכלוסין, על-פי הזמנה כאמור, לא ניתן יהיה להאריך על אתר את האשרה למלוא התקופה שנקבעה בנוהל המדורג, למרות שהמבקש ציית להנחיות שהופנו אליו על-ידי הלשכה, תוארך האשרה שבידו (באשרה מאותו סוג) לתקופה ארעית של שישה חודשים, ובלבד שלא תהיה מניעה לכך מצד גורמי הביטחון. במהלך תקופה זו תתקבל החלטה בבקשה, ובמידת הצורך יוזמן המבקש ללשכת מינהל האוכלוסין.

פסק הדין צורף לעתירה כנספח ע/34.

51. מטרת הסדר זה הינה ליצור רצף של שהייה חוקית לאלו שבקשתם לאיחוד משפחות אושרה והם נמצאים במסגרת ההסדר המדורג לבדיקת זכאות לתושבות קבע. זאת, גם כאשר אין עדיין תשובה סופית מטעם לשכת המשיב. ההיגיון המאפשר זאת ברור. מאחר שמדובר בבקשה שכבר אושרה, הרי היא נבחנה כבר באופן יסודי ומעמיק לפחות פעם אחת, ונמצא שאין בעיה לאשרה מבחינת מרכז חיי המשפחה, כנות הנישואין, ואישור של גורמי הביטחון. אשר על כן, אין כל מניעה להאריך את האשרה לתקופה ארעית של שישה חודשים, עד שתתקבל החלטה בבקשה להארכה.
52. יש להדגיש, כי הדיבר בסעיף ב' לנוהל "...ובלבד שלא תהיה מניעה לכך מצד גורמי הביטחון" מתייחס רק למצב בו גורמי הביטחון מתנגדים באופן ספציפי לאותה הארכה ארעית של ההיתר. אין המדובר בעיכוב של תשובת הגורמים. יצוין, כי מניסיון העותרת 5, הסיבה, במקרים רבים, לשיהוי בקבלת ההחלטה היא אכן היעדר תשובה מטעם הגורמים. לפיכך, סירוב להעניק את האשרה הארעית על בסיס התמהמהות תשובתם תרוקן מתוכן נוהל זה.
53. יצוין עוד, כי האופציה העדיפה על פי הנוהל, היא שבמועד התייצבותו של המבקש בלשכת מינהל האוכלוסין תוארך האשרה על אתר, למלוא התקופה שנקבעה בנוהל המדורג. זאת, מאחר שהבקשה אמורה היתה להיבחן, הן על ידי המשיבה והן על ידי גורמי הביטחון, במהלך החודשים שעברו מאז פנייתו של המבקש.
- לעותרים לא הוארכה האשרה, אף לא באופן ארעי. על פי הנוהל, האפשרות היחידה למצב מעין זה היא מניעה ביטחונית קונקרטיה נגד המבקש. במקרה דנן לא נמסר לעותרים, בעת הגשת הבקשה, מדוע לא ניתן להאריך את האשרה שברשותם, ובוודאי לא נרמז על בעיה ביטחונית כלשהי. נציין, כי בסופו של דבר אושרה הבקשה להארכת ההיתרים. ברי אפוא כי אין מדובר בבעיה קונקרטיה באשר לעותרים אלא בהשתהות גרידא של המשיב.
54. ההסדר שהושג במסגרת עת"מ 612/04 נועד ליצור רצף של שהייה חוקית לאלו שבקשתם לאיחוד משפחות אושרה והם נמצאים במסגרת ההסדר המדורג לבדיקת זכאות לתושבות קבע. נציין, כי מוזמנים בבקשות לאיחוד משפחות משתקעים בישראל עם משפחותיהם, על כל הכרוך בכך. הם מנסים ככל יכולתם למצוא מסגרת תעסוקתית קבועה ומנהלים חיי משפחה המחייבים מטבע הדברים יציאה לרחוב. עקב אי עמידת המשיב בכללים שקבע, מכריעה במקרים רבים לשכת המשיב בבקשות להארכת תוקף ההיתרים כעבור חודשים ארוכים. כתוצאה מכך, מוזמנים בהליך איחוד משפחות, שהמתינו לעיתים זמן רב אך ורק לאישור ראשוני של בקשתם, מוצאים את חייהם בתוך ההליך מוקפאים לחלוטין, עד להכרעת המשיבה בבקשתם.
55. נקיטת הסחבת מצד המשיב בטיפולו בבקשות אלה פוגעת בזכויות הבסיסיות ביותר של העותרים לחיי משפחה ולחיים בכבוד. הימנעות המשיב מלהסדיר את שהייתם של העותרים 2 ו-3 בישראל, חשפה את האחרונים, באופן יום יומי, לעיכובים, מעצרים וסכנת גירוש. חירותם וזכאותם לחופש תנועה נשללו מהם. מהעותר נמנעה האפשרות לעבוד ולפרנס את משפחתו.

56. נציין, כי בעקבות הגשת העתירה אושרו לבסוף הבקשות להארכת היתרי השהייה של העותרים 2 ו-3. ההפניות למת"ק ניתנו ביום 17.12.2008 – **חמישה חודשים וחצי לאחר שפג תוקפם של ההיתרים הקודמים**. בכל אותם חודשים נפגעו אנושות זכויותיהם של העותרים, כפי שפורט לעיל.
57. לכאורה, על פי כתב התשובה, עניינה זה של העתירה בא על סיפוקו. ולא היא. הבעיה, שהביאה להגשתה של העתירה – לא נפתרה. המשיב עומד בסירובו לקיים את הנוהל עליו התחייב, נוהל שקיבל תוקף של פסק דין. כיום, המוקד להגנת הפרט בלבד מטפל בכעשרה מקרים בהם בקשות מסוג זה תלויות ועומדות בלשכתו של המשיב. זאת, בשעה שהמבקשים נאלצים להיוותר ללא היתר שהייה בתוקף לתקופות הנעות בין חודשיים לשישה חודשים. מכתב שנשלח ללשכת המשיב בעניין לאחרונה מצ"ב, מסומן ב.
58. הפתרון למצב זה פשוט. הוא הושג זה מכבר במסגרת עת"ם 612/04. כל שעל המשיב לעשות הוא לעמוד בהתחייבויותיו במסגרת אותה עתירה ולהעניק לכל אותם אנשים, שהטיפול בבקשתם מתעכב מסיבות שאינן תלויות בהם, אשרה ארעית של שישה חודשים. במהלך תקופה זו, כך קובע הנוהל, תתקבל החלטה בבקשה.
59. כפי שהיה במקרה דנן, לאחר הגשתן של עתירות (וכיום – בקשות לועדת ההשגה לזרים), נאות המשיב להאריך את אשרות השהייה, וכך הוא נמנע מביקורתו של בית המשפט, וממשיך באין מפריע במדיניותו הקלוקלת. בית המשפט הנכבד מתבקש שלא לתת יד לזלזול הבוטה אותו מפגין המשיב בהחלטות מפורשות של בית המשפט. כפי שפורט לעיל, אין מדובר בפסק הדין היחיד ממנו מתעלם המשיב.
60. בית המשפט הנכבד מתבקש אפוא להעמיד את המשיב על חובותיו בעניין זה ולחייבו לעמוד בהתחייבויותיו בפני בית המשפט.

ירושלים, 21 באפריל 2009.

יותם בן הלל, עו"ד

ב"כ העותרים

(ת.ש. 38247)