

**1. שר הפנים**

- 2. מנהל הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין במזרח ירושלים**  
על ידי פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים

**המערערים**

**נ ג ד**

1. \_\_\_\_\_ חג'אזי  
2. \_\_\_\_\_ חג'אזי (קטינה)  
3. \_\_\_\_\_ חג'אזי (קטינה)  
4. \_\_\_\_\_ חג'אזי (קטין)  
5. \_\_\_\_\_ חג'אזי (קטינה)  
6. \_\_\_\_\_ חג'אזי (קטינה)  
7. המוקד להגנת הפרט מייסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.  
ע"י ב"כ עוה"ד אוסאמה חלבי  
מרח' א-זהרא 14, ת.ד. 51596, ירושלים 91514.  
טל': 02-6261051 פקס: 02-6261375

**המשיבים**

**הודעת ערעור מפורטת**

בהמשך להודעת הערעור המקוצרת שהוגשה על ידי המדינה, ובהתאם להארכות המועד שניתנו להשלמת נימוקי הערעור, מתכבדת המדינה להגיש לבית המשפט הנכבד הודעת ערעור מפורטת זו.

**כללי**

1. ערעור זה הוא אחד משבעה ערעורים דומים, שהגישה המדינה במהלך חודש יוני 2005 על פסקי דין שניתנו בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים על ידי שופטים שונים.  
2. להלן פירוט הערעורים ופסקי הדין:

- א. עע"ם 5569/05 **משרד הפנים נ' \_\_\_\_\_ עויסאט** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 387/04, שניתן על ידי כבוד השופט יורם נועם ביום 5.5.05 וצורף **כנספת א'** להודעות הערעור המקוצרות.
- ב. עע"ם 5805/05 **שר הפנים נ' \_\_\_\_\_ משהארה** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 227/05, שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא דוד חשין ביום 17.5.05 וצורף **כנספת ב'** להודעות הערעור המקוצרות.
- ג. עע"ם 6162/05 **שר הפנים נ' \_\_\_\_\_ ג'ית** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 1277/04, שניתן על ידי כבוד השופטת יהודית צור ביום 24.5.05 וצורף **כנספת ג'** להודעות הערעור המקוצרות.
- ד. עע"ם 6160/05 **שר הפנים נ' \_\_\_\_\_ חג'אזי** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 283/05, שניתן על ידי כבוד השופטת יהודית צור ביום 25.5.05 וצורף **כנספת ד'** להודעות הערעור המקוצרות.
- ה. עע"ם 6168/05 **משרד הפנים נ' \_\_\_\_\_ מנסור** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 379/04, שניתן על ידי כבוד השופט יורם נועם ביום 3.6.05 וצורף **כנספת ה'** להודעות הערעור המקוצרות.
- ו. עע"ם 6172/05 **שר הפנים נ' \_\_\_\_\_ עודה** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 1085/04, שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא דוד חשין ביום 19.6.05 וצורף **כנספת ו'** להודעות הערעור המקוצרות (ולבקשות המדינה מיום 26.6.05 להארכת מועד).
- ז. עע"ם 6174/05 **שר הפנים נ' \_\_\_\_\_ הניני** - ערעור על פסק הדין בעת"מ 982/04, שניתן על ידי כבוד סגן הנשיא דוד חשין ביום 20.6.05 וצורף **כנספת ז'** להודעות הערעור המקוצרות (ולבקשות המדינה מיום 26.6.05 להארכת מועד).
3. פסקי הדין נשוא הערעורים נסמכו, בעיקר, על שני פסקי דין קודמים שניתנו בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים: עת"מ 822/02 **לינה גושה נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין** (כבוד השופט יהונתן עדיאל), אשר ניתן ביום 1.9.03; ועת"מ 577/04 **תהאני אלקורד נ' שר הפנים** (כבוד סגנית הנשיא מוסייה ארד), אשר ניתן ביום 25.10.04.
- פסק הדין בעניין **גושה** מצורף ומסומן **נספת ח'**.
- פסק הדין בעניין **אלקורד** מצורף ומסומן **נספת ט'**.
4. בחלק מפסקי הדין נמתחה ביקורת על כך שהמדינה המשיכה לדבוק בעמדה שנדחתה בפסקי הדין בעניין **גושה** ו**אלקורד**, על אף שלא מצאה לנכון לערער עליהם בשעתם לבית המשפט העליון. ראו, למשל, את דברי כבוד השופטת צור בפסקה 8 ובפסקה 10 לפסק הדין בעניין **זכריה ג'ית**, ואת דברי כבוד השופט נועם בפסקה 17 סיפא לפסק הדין בעניין **מנסור**.
5. לאור זאת, ומאחר שלדעת המדינה - בכל הכבוד - הקביעות הנורמטיביות שנכללו בפסקי הדין מעוררות קושי רב ובעלות השלכה כללית, החליטה פרקליטות המדינה לערער על כל פסקי הדין האמורים.

6. מאחר שפסקי הדין, כאמור, דומים, ומאחר שהם ניתנו בהפרשי זמן קצרים ואף מפנים זה לזה, מערערת עליהם המדינה כמקשה אחת, במובן זה שהודעות הערעור המפורטות המוגשות על כל אחד מהם זהות בעיקרן.
7. כפי שיובהר בהמשך, עמדת המדינה היא כי לאור השינוי המהותי במצב הנורמטיבי שחל מאז שניתנו פסקי הדין נשוא הערעורים, יש להחזיר את כל המקרים לבחינתו המתודשת של משרד הפנים. לאור זאת, לא נכללים בהודעות הערעור המפורטות פרקים נפרדים המתייחסים לנסיבותיו הקונקרטיות של כל אחד מהמקרים.
8. לשם ייעול הדיון, מציעה המדינה שבית המשפט הנכבד יבחר "תיק מוביל" אחד, ויקיים רק לגביו את הדיון העקרוני, בעוד ששאר התיקים יוקפאו עד לקבלת ההכרעה בו.

### תמצית קביעותיהם של פסקי הדין הרלוונטיות לערעורים, ותמצית עמדת המדינה לגביהן

9. עניינם העיקרי של פסקי הדין נשוא הערעורים הוא בפרשנות תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: תקנות הכניסה לישראל). תקנה זו עוסקת במעמד שינתן, לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל), ובהתקיים תנאים מסוימים, לילד שנולד בישראל.
10. בשבעת פסקי הדין - כמו גם בעניין גושה ואלקורד הנ"ל - מתעוררת שאלת מעמדם של ילדים, שנולדו לפני שנים בישראל, לאם שהיא תושבת קבע בישראל ולאב שהוא תושב האזור. בכל המקרים, ההורים לא הסדירו את מעמד ילדיהם בישראל לאחר לידתם, אלא בחרו לרשום אותם כתושבי האזור במרשם האוכלוסין של האזור. לאחר שנים - שבמהלכן אפשר שמרכז חייה של המשפחה כלל לא היה בישראל, ואפשר שהוא היה בישראל שלא כדין (שהרי האב והילדים היו תושבי האזור והיו רשומים ככאלה במרשם האוכלוסין של האזור) - החליטו ההורים לבקש, מכוחה של תקנה 12 הנ"ל, ומכוח מעמדה של האם, כי תוענק לילדיהם הקטינים תושבות קבע בישראל. משרד הפנים סירב לבקשות. על כך הוגשו העתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים.
11. כל העתירות התקבלו במובן זה, שמשרד הפנים חויב לבדוק פרטנית את מרכז חייהם הנוכחי של הקטינים. כמו כן, מכוח תקנה 12, משרד הפנים חויב - לעיתים במפורש ולעיתים במשתמע - להעניק לקטינים תושבות קבע אם ימצא שמרכז חייהם הנוכחי הוא אמנם בישראל. בחלק מפסקי הדין אף נקבע כי תושבות הקבע תוענק לקטינים לא לתור, תוך שלילת סמכותו של משרד הפנים להפעיל לעניין זה שיקול דעת בדרך של הנהגת מעין "הליך מדורג מקוצר" (קרי, הענקת רישיון ישיבת ארעי, המקנה לקטין את כלל הזכויות הסוציאליות), שמטרתו להיווכח כי הקטין אכן מתגורר דרך קבע בישראל קודם שיוענק לו הרישיון לישיבת קבע.

12. עיקרן של הקביעות הנורמטיביות העולות מפסקי הדין הוא, אפוא, כי אם מרכז חייהם של הקטינים **בעת הגשת הבקשה** הינו בישראל (מן הסתם שלא כדין), הרי שתקנה 12 מחייבת את משרד הפנים - **ללא כל שיקול דעת** - להעניק להם (לעיתים באופן מיידי) תושבות קבע, כמעמד אימותיהם. זאת, כאמור, גם אם הבקשה מוגשת שנים רבות לאחר לידת הקטין בישראל, גם אם הקטין כבר על סף בגירות, גם אם הקטין עזב את ישראל עם הוריו למשך תקופה ארוכה לאחר לידתו או לחלופין שהה עימם תקופה ארוכה בישראל שלא כדין, וגם אם הקטין (יהא גילו אשר יהא) היה רשום כ"תושב האזור" במרשם האוכלוסין של האזור במשך כל חייו, עד למועד הגשת הבקשה.

13. המדינה סבורה, בכל הכבוד, כי קביעות נורמטיביות אלו קשות הן, באשר הן חותרות תחת תכליתו העיקרית של חוק הכניסה לישראל. תכלית זו היא לאפשר לרשות המבצעת לקבוע - וזאת באמצעות שיקול דעת רחב הניתן בידי שר הפנים, ובהתאם לאינטרס הציבורי כפי שייקבע מעת לעת - למי תותר כניסה ושהייה בישראל ובאיזה מעמד. קביעות נורמטיביות אלו נעשו על בסיס פרשנות של חקיקת משנה, אשר שואבת, כידוע, את כל תוקפה וזכות קיומה מהחוק, ועל כן אמורה להיות כפופה לו ולא לחתור תחתיו.

14. לפיכך סבורה המדינה כי יש לבטל את פסקי הדין נשוא הערעורים, ככל שהם נוגעים לפרשנות תקנה 12, ולקבוע כי תקנה 12 לא התכוונה - ומכל מקום לא יכלה - לבטל את שיקול דעתו של שר הפנים, שניתן לו בחוק הכניסה לישראל כחלק מהותי מתכליתו של חוק זה. לפיכך יש לפרש את תקנה 12 באופן שיותיר שיקול דעת בידי שר הפנים לשיקול את כלל נסיבות העניין, קודם שיעניק לקטין מעמד - ובפרט מעמד קבע - מכוח חוק הכניסה לישראל הזהה למעמד הורהו.

התיקון לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, והשפעתו על הערעורים

15. אגב עיסוקם בתקנה 12 נדרשו חלק מפסקי הדין גם לפרשנות המונח "**תושב אזור**" בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: **חוק הוראת השעה**), על פי הגדרתו של מונח זה בעת מתן פסקי הדין. קביעתם הייתה, כי רישומו של אדם (בעניינו - קטין) כ"תושב האזור" במרשם האוכלוסין של האזור אינו מכריע, אלא מהווה רק ראיה לכאורה לעניין היותו "תושב אזור" לצורך חוק הוראת השעה. העיקר, לפי קביעתם, הוא מרכז חייו הנוכחי של האדם, שאותו יש לקבוע לפי מבחן "מירב הזיקות". בכך סמכו פסקי הדין על הלכות של בית משפט זה, אשר עסקו בפרשנות המונח "תושב" (כגון תושב ישראל) בהקשרים אחרים.

16. המדינה חולקת, בכל הכבוד, על קביעה זו ועל ההיקש שעשתה מאותן הלכות. בקליפת אגוז, עמדת המדינה היא כי המונח "תושב אזור" - למצער בהקשר של חוק הוראת השעה - שונה מהמונח "תושב ישראל" (או תושב מדינה אחרת) המופיע בחוקים אחרים, ואשר

דבר קיומו נקבע בדרך כלל לפי מבחן מירב הזיקות. ככלל, כשהמדובר במדינה, המונח הנבטא לגביה זיקה משפטית של **נתינות** הוא **אזרחות**. ממילא, לגבי מדינה, המונח **תושבות** מנוטרל בדרך כלל מהיבט משפטי זה, ומתייחד בעיקר להיבטים עובדתיים של מגורים בפועל ושל זיקות פיזיות אחרות (נתעלם כרגע ממונחי כלאיים, שאף הם נושאים מטען משפטי ייחודי, כגון "תושבות קבע" או "תושבות ארעיים"). לעומת זאת, כשהמדובר בשטחי הרשות הפלסטינית, שאיננה מדינה, המונח **תושבות** כולל בתוכו, באופן בלתי ניתן להפרדה - למצער בהקשר שלפנינו - גם את ההיבט המשפטי של **נתינות** (למעשה "**מעין נתינות**"), שהרי נתינות ממש מתייחדת למדינות בלבד).

במרשם האוכלוסין של האזור לא רשומים "אזרחים פלסטיניים" אלא רק "תושבים". המעמד המשפטי של "תושב אזור" מקנה זכויות שונות המאפיינות מעמד משפטי של אזרחות, כגון הזכות לבחור ולהיבחר לרשות הפלסטינית. המונח "**תושב אזור**" **טומן בחובו, אפוא, זיקת נתינות לרשות הפלסטינית, וממילא גם חובת נאמנות כלפיה**. משום כך, שאלת היותו של אדם "תושב אזור" לצורך חוק הוראת השעה תיבחן, בראש ובראשונה, במישור המשפטי - כלומר בשאלה אם האדם הוא **מעין נתין** (Subject) של הרשות הפלסטינית, דהיינו **רשום כ"תושב האזור"** במרשם האוכלוסין של האזור. זוהי ברירת המחדל, ולעניינה אין כל חשיבות לשאלת זיקותיו הפיזיות (בהווה או בעבר) של האדם לאזור.

על ברירת מחדל משפטית זו ביקש מחוקק הוראת השעה להוסיף גם זיקה עובדתית של מגורים בפועל באזור. לפיכך קבעה הגדרתו (הישנה) של המונח "תושב אזור" בסעיף 1 לחוק הוראת השעה: "**תושב אזור**" - **לרבות מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור**<sup>1</sup>.

17. מכל מקום, נראה כי שאלה זו כבר התייתרה, למצער במסגרת הערעורים שלפנינו, ובית המשפט הנכבד אינו נדרש עוד להכריע בה. ביום 27.7.05 - לאחר הגשת הודעות הערעור המקוצרות בערעורים דנן - התקבל בכנסת, בקריאה שנייה ושלישית, חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון), התשס"ה-2005 (להלן: **חוק התיקון להוראת השעה**). החוק פורסם ברשומות ונכנס לתוקף ביום 1.8.05. **חוק זה תיקן את חוק הוראת השעה, ובין היתר את הגדרת המונח "תושב אזור"** שבסעיף 1 לחוק. ההגדרה החדשה קובעת:

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

<sup>1</sup> ההדגשה אינה במקור; וכך גם כל יתר ההדגשות המופיעות בציטוטים שיובאו להלן, אלא אם ייאמר במפורש אחרת.

קעת נקבע, אפוא, מפורשות - מה שלטענת המדינה עלה גם מההגדרה הקודמת - שכל מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור כ"תושב האזור", הוא בגדר "תושב אזור" לצורך חוק הוראת השעה. **בהצעת החוק של חוק התיקון להוראת השעה אף הוסבר, כי תיקון זה נעשה למען הסר ספק, ועל מנת להבהיר במפורש את המובן מאליו (הצ"ח 173, 16.5.05, בעמ' 624).**

18. תיקון נוסף הנוגע לענייננו, אשר נעשה בחוק התיקון להוראת השעה, הוא זה המתייחס לקטינים תושבי האזור. נוסחו הקודם של החוק קבע, בסעיף 1(13), כי "**רשאי** שר הפנים או מפקד האזור, לפי הענין, לתת לתושב אזור ... רישיון לישיבה בישראל או היתר לשהייה בישראל לשם מניעת הפרדת ילד **עד גיל 12** מהורוהו השוהה בישראל כדין". ואילו לגבי קטינים **שמעל גיל 12** חל, על פי נוסחו הישן של החוק, הכלל הרגיל הקבוע בסעיף 2, ולפיו "בתקופת תוקפו של חוק זה, ... 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".

נמצא, כי על פי נוסחו הישן של החוק, שר הפנים היה רשאי לערוך בדיקות פרטניות בעניינם של קטינים **עד גיל 12**, ולתת להם, לפי שיקול דעתו, רישיון ישיבה לשם מניעת הפרדתם מהוריהם השוהים בישראל כדין. לעומת זאת, **לפי הנוסח הישן, שר הפנים כלל לא היה רשאי לתת רישיון ישיבה לקטין מעל גיל 12**, וממילא היה עליו לדחות על הסף בקשות של קטינים כאלה, מבלי לערוך לגביהם בדיקות פרטניות. באותו אופן, לפי הנוסח הישן, **גם מפקד האזור** לא היה רשאי לתת לקטינים מעל גיל 12 היתר לשהייה בישראל.

19. בפסקי הדין נשוא הערעורים נקבע, כאמור, מכוח תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל - ועל אף שמעמדה של תקנה זו נחות מחוק הוראת השעה - כי **גם אם הקטין הינו מעל גיל 12** נדרש שר הפנים לערוך בדיקה פרטנית בעניינו; וכי אם יימצא שמרכז חייו הנוכחי הוא בישראל (מן הסתם שלא כדין), הרי ששר הפנים לא רק רשאי, אלא **חייב**, להעניק לו רישיון לישיבת קבע, כמעמד אימו במרשם ישראל.

20. המדינה סבורה, בכל הכבוד, כי קביעות אלו מוטעות, באשר הן אינן מתיישבות עם חוק הוראת השעה, על פי נוסחו הישן, ועם פרשנות תכליתית שלו.

21. מכל מקום, כפי שכבר צוין, **גם בעניין זה תוקן חוק הוראת השעה, ולדעת המדינה יש בכך כדי לייתר גם את ההכרעה הזו במסגרת הערעורים דנן.** במסגרת התיקון בוטל נוסחו הישן של סעיף 3 לחוק הוראת השעה, ונוסף סעיף 3א, הקובע:

#### היתר לגבי ילדים

3א. על אף הוראות סעיף 2 (שלא השתנה במסגרת

התיקון), רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו -

- (1) לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לשיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל;
- (2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור לקטין תושב האזור שגילו מעל 14 שנים לשם מניעת הפרדתו מהורו המשמורן השוהה כדין בישראל, ובלבד שלא יוארך היתר כאמור אם הקטין אינו מתגורר דרך קבע בישראל.

התיקון לחוק הוראת השעה יצר, אפוא, בכל הקשור לקטינים תושבי האזור, מציאות נורמטיבית שונה באופן מהותי מזו שחלה לפי נוסחו הישן של החוק. ראשית, הועלה הגיל המקסימאלי שלגביו ניתן לתת רישיון לשיבה בישראל, מ-12 ל-14. שנית, נוצר הסדר ייחודי עבור קטינים שגילם מעל 14, המבחין אותם מתושבי אזור בגירים. לפי הסדר זה, קטינים אלו עדיין לא יוכלו אומנם לקבל רישיון לשיבה בישראל מאת שר הפנים (בדומה לנוסח הישן של החוק), אך הם כן יוכלו לקבל היתר לשהייה בישראל מאת מפקד האזור (באישור שר הפנים), שאותו ניתן יהיה להאריך כל עוד יתגוררו דרך קבע בישראל. משמעות הסדר זה היא, כי שר הפנים חייב כעת לערוך בדיקה פרטנית בעניינם של כל הקטינים, גם אם הם מעל גיל 14. ושלישית, נוסף תנאי, ביחס לקטינים בכל הגילאים, ולפיו על ההורה שלהם אשר שוהה כדין בישראל, ואשר מבקש את מניעת הפרדתם ממנו, להיות ההורה המשמורן שלהם.

22. המדינה סבורה, כאמור, כי תיקונים אלה שנעשו בחוק הוראת השעה מייתרים את הצורך להכריע, במסגרת הערעורים דנן, בשאלת נכונות קביעותיהם של פסקי הדין בכל הנוגע לחוק הוראת השעה:

אשר להגדרת "תושב אזור", הרי שכעת נאמר במפורש כי היא כוללת, בראש ובראשונה, את מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור. כל הקטינים הנדונים בערעורים רשומים במרשם האוכלוסין של האזור. ממילא ההגדרה - למצער זו החדשה - חלה עליהם, והם כפופים להוראותיו של חוק הוראת השעה. ממילא גם שר הפנים אינו רשאי להעניק להם מעמד בישראל שלא על פי הוראותיו (המתקנות) של חוק זה.

ואשר להסדר הנורמטיבי החל על קטינים תושבי האזור לפי חוק הוראת השעה, הרי שזה השתנה, כאמור, באופן מהותי. את עניינם של הקטינים המשיבים בערעורים יש לבחון, אפוא, לאור ההסדר החדש, שרק על פיו רשאי שר הפנים לפעול בנקודת הזמן הנוכחית. לפי הסדר זה, יהיה על שר הפנים, בכל מקרה, לערוך בדיקה פרטנית בעניינו של כל אחד מהקטינים המשיבים. ככל שגילם של הקטינים הוא עד גיל 14, יהיה בידו להעניק להם, לפי שיקול דעתו (ובכפוף להכרעה שתינתן בערעורים באשר לפרשנות תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל), רישיון לשיבה בישראל. ככל שגילם של הקטינים הוא מעל גיל 14, יהיה בידי שר הפנים לאשר להם, לפי שיקול דעתו, בקשה למתן היתר לשהייה בישראל

מאת מפקד האזור. בכל אחד מהמקרים יהיה על שר הפנים להשתכנע, שמתן הרישיון או ההיתר לקטיין הינו דרוש לשם מניעת הפרדתו מהורהו המשמורן השוהה כדין בישראל.

23. **ודוק: החלת נוסחו המתוקן של חוק הוראת השעה על הקטינים המשיבים אינה בגדר החלה רטרואקטיבית, שכן קטינים אלה לא קנו כל זכות לקבלת מעמד לפי נוסחו הישן של החוק. לכל היותר, אילו קיבלנו את עמדת בית המשפט לעניינים מינהליים באשר למונח "תושב אזור" שבחוק הוראת השעה, זכותם של הקטינים המשיבים הייתה כי שר הפנים לא ידחה את בקשתם על הסף, אלא יקיים בדיקה פרטנית באשר למרכז חייהם, ולאחר מכן יפעיל את שיקול דעתו, לפי חוק הכניסה לישראל, אם להעניק להם רישיון ישיבה.**

אמנם בית המשפט לעניינים מינהליים הוסיף וקבע כי שר הפנים חייב לתת לקטינים המשיבים רישיון לישיבת קבע אם ימצא שמרכז חייהם הוא בישראל; אך קביעה זו - שהיא אשר נתקפת בערעורים דנן - נעשתה מכוח תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, ולא מכוח נוסחו הישן של חוק הוראת השעה (כפי שצוין, לדעת המדינה קביעה זו אף סתרה את חוק הוראת השעה, אך כאמור אין צורך להכריע בכך).

24. **אם תתקבל עמדת המדינה ביחס לפרשנות תקנה 12, וייקבע שבידי שר הפנים נותר, בכל מקרה, שיקול דעת (שלא לאשר לאלתר או לאשר בתנאים או שלא לאשר כלל) בקשת קטיין שנוולד בישראל לקבלת מעמד הזהה למעמדה של אימו, הרי שיהיה צורך להחזיר את עניינם של כל הקטינים המשיבים לבחינה מחדשת בידי שר הפנים, על מנת שיפעיל את שיקול דעתו לגבי בקשותיהם. מובן שבהפעלה זו של שיקול הדעת יהיה על שר הפנים להתחשב במצב החוקי העדכני, הקובע את גבולות שיקול דעתו, כלומר בחוק הוראת השעה על פי נוסחו המתוקן. כך במיוחד, במקום שבו תכליתו של דבר החקיקה (לפני ואחרי התיקון כאחד) היא תכלית ביטחונית, שנועדה לצמצם את הסכנות לביטחון המדינה ולשלום הציבור העלולות לנבוע, לעת הזאת, מ"תושבי האזור" (עמדת המדינה בדבר תכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה תוארה בפירוט במסגרת תגובותיה בבג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, שעניינו חוקתיותו של חוק הוראת השעה בנוסחו הישן. תיק זה - ביחד עם התיקים הקשורים לו - עודנו תלוי ועומד). לדעת המדינה, אין זה סביר כי שר הפנים יפעיל כיום את שיקול דעתו על פי מצב חוקי ישן, שלדעת המחוקק מסכן את ביטחון הציבור.**

מכל מקום, גם אילו הנחנו כי מבחינה פורמאלית נדרש שר הפנים לשקול את בקשותיהם של הקטינים המשיבים בהתאם לנוסחו הישן של חוק הוראת השעה, הרי וודאי שהיה הוא רשאי - ואף חייב - לקבל השראה פרשנית מנוסחו החדש של החוק, המבטא את עמדתו המעודכנת של המתוקן.

25. **לחלופין בלבד, אם בית המשפט הנכבד יסבור כי החלת נוסחו המתוקן של חוק הוראת השעה על הקטינים המשיבים היא אמנם החלה רטרואקטיבית, תטען המדינה כי יש**



הצדקה להחלה רטרואקטיבית כזו, וזאת, כאמור, בשל תכליתו הביטחונית של החוק, שהוא בוודאי חוק חריג המצדיק התייחסות חריגה.

26. **אם גם טענה חלופית זו תידחה**, לא יהיה מנוס מלדון בטענות המדינה כנגד קביעות פסקי הדין נשוא הערעורים באשר לפרשנות המונח "תושב אזור" בחוק הוראת השעה, על פי נוסחו הישן. **במקרה כזה תוכל המדינה, אם בית המשפט הנכבד ימצא זאת לנכון, להשלים את טיעוניה ולהרחיב באשר לעמדתה בעניין זה, שהובאה לעיל בקיצור בלבד.**

27. **לסיכום הדיון בחוק הוראת השעה**: המדינה סבורה כי אין צורך להידרש לחוק הוראת השעה, ולתיקון שנערך בו לאחרונה, במסגרת הערעורים דנן. לדעתה, לאור התיקון לחוק, ניתן להתעלם מקביעות פסקי הדין נשוא הערעורים בכל הנוגע לנוסחו הישן של החוק, ולהתמקד בשאלת פרשנותה של תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל.

### מצבם של תיקים אחרים התלויים ועומדים באותו נושא

28. פרקליטות מחוז ירושלים הודיעה לבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, בכל התיקים התלויים ועומדים שם באותו נושא, על הגשת הערעורים דנן לבית המשפט העליון, וביקשה להקפיא את המשך הטיפול בהם עד שיינתנו פסקי דין בערעורים. בקשה זו התקבלה על ידי כבוד השופט בעז אוקון במסגרת עת"מ 949/04 רג'אא חמודה נ' שר הפנים, בהחלטתו מיום 30.6.05, הקובעת:

נכון עשתה באת-כוח המשיב כאשר ביקשה את בית המשפט להקפיא הליך זה ... המשיב רשאי להעמיד את השאלה העקרונית לבחינה בערכאת הערעור, ועל מנת [] למנוע מערכאת הערעור עומס יתר, להקפיא את ההליכים בבית משפט זה, ובלבד שמצבם של העותרים לא ישונה לרעה. הדרך האלטרנטיבית של גלגול כל הדיונים בדרך של ערעור לבית המשפט העליון איננה ראויה. אין להעמיס על בית המשפט העליון ערעורים, ודי בכך שהשאלה העקרונית עומדת בפניו, באופן שלאחר שתוכרע יוכל בית משפט זה לפסוק בהתאם להנחיותיו של בית המשפט העליון.

החלטת כבוד השופט אוקון בעת"מ 949/04 מיום 30.6.05 מצורפת ומסומנת נספח ז'.

29. ואכן, מאז החלטתו זו של כבוד השופט אוקון לא ניתנו עוד פסקי דין דומים בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, שעניינם מתן מעמד בישראל לקטינים הרשומים כתושבי האזור במרשם האוכלוסין של האזור ואשר טוענים כי אין לראות בהם "תושבי אזור".

30. נאירך, כאחרונה (ביום 19.7.05) ניתן בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים, בעת"מ 355/05 **עביר שועיבי נ' שר הפנים** (כבוד השופטת יהודית צור), פסק דין שעניינו מתן מעמד לבגיר, הרשום כתושב האזור במרשם האוכלוסין של האזור ואשר טוען כי אין לראות בו "תושב אזור" לצורך חוק הוראת השעה. פסק דין זה הולך בדרכם של פסקי הדין נשוא הערעורים דנו, בכל הנוגע לחוק הוראת השעה, וקובע כי הרישום במרשם האוכלוסין של האזור אינו מכריע לצורך תחולתו של חוק זה. מאחר שפסק דין זה עוסק בבגיר, הוא מדגים היטב את הקושי שמעוררת פרשנותם של פסקי הדין נשוא הערעורים (שכשלעצמם עוסקים בקטינים) למונח "תושב אזור" שבחוק הוראת השעה. מכל מקום, גם פסק דין זה דן בחוק הוראת השעה על פי נוסחו הישן.

פסק הדין בעת"מ 355/05 מצורף ומסומן **נספח י"א**.

31. עוד יצוין כי בבית משפט זה, בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, תלויה ועומדת עתירה - בג"ץ 4992/05 **מסאלמה פראס נ' שר הפנים** - המעוררת שאלה דומה לגבי בגירה הרשומה כתושבת האזור וטוענת כי אין לראות בה "תושבת אזור" לצורך חוק הוראת השעה על פי נוסחו הישן. ביום 18.7.05 נעתר כבוד השופט ג'ובראן לבקשתה המוסכמת של המדינה בעתירה זו, והורה על הארכת מועד של 60 יום להגשת תגובת המדינה לעתירה.

### המסגרת הנורמטיבית

32. סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל קובע, לגבי מי שאיננו אזרח ישראלי ואיננו עולה לפי חוק השבות, כי כניסתו לישראל וישיבתו בה יהיו על פי אשרה ורישיון ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל. סעיף זה חל גם לגבי מי שנולד בישראל לתושב (ראו בג"ץ 48/89 **ריינהולד עיסא נ' מנהל הלשכה האזרחית למנהל האוכלוסין במזרח ירושלים**, פ"ד מג(4) 573). סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי מי שרשאי לתת את האשרה ורישיון הישיבה הללו הוא שר הפנים. סעיף 6 לחוק הכניסה לישראל מוסיף וקובע, כי שר הפנים רשאי לקבוע תנאים לנתינתם ולתוקפם של האשרה והרישיון.

33. סעיף 14 רישא לחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע חוק זה". מכוחו של סעיף זה הותקנו תקנות הכניסה לישראל. תקנות אלה הן, אפוא, תקנות "ביצועיות", שנועדו ליישם את הנורמות שנקבעו בחוק המסמיך.

34. במוקד הערעורים דנו עומדת תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל. תקנה זו - שלא שונתה מאז הותקנו התקנות בשנת 1974 - קובעת:

#### **מעמדו של ילד שנולד בישראל**

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

35. התקנה דנה בשלושה מצבים חלופיים, שבמסגרתם ייקבע מעמדם של ילדים שנולדו בישראל ואשר סעיף 4 לחוק השבות אינו חל עליהם:

1. אם לשני הוריו של הילד מעמד אחד, יהיה מעמד זה גם מעמדו של הילד.

2. אחרת, ייקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך". יצוין, כי מאחר שנוסחה המילולי של חלופה זו מפלה לכאורה בין המינים, המדינה סבורה - וכך היא אף נוהגת הלכה למעשה - כי ראוי לקרוא חלופה זו באופן שהילד יקבל את מעמדו של אחד מהוריו (גם אם זו האם) שעמו הוא מקיים מרכז חיים, על פי בקשת אחד ההורים, ובלבד שההורה השני לא התנגד לכך בכתב. זוהי, אפוא, חלופה של **הסכמה** בין ההורים.

3. במקרה של מחלוקת בין ההורים, יכריע בה השר.

36. שתי החלופות הראשונות - שהשנייה שבהן היא הרלוונטית לערעורים דנן - נחזות לכאורה, על פי לשונן הפשוטה, ככאלה המחייבות הענקת מעמד, ואף לאלתר, מבלי להותיר בידי שר הפנים את שיקול הדעת המסור לו על פי חוק הכניסה לישראל, אם וכיצד להעניק את המעמד. רק החלופה השלישית קובעת במפורש כי השר נדרש להפעיל את שיקול דעתו. ואולם, כפי שנסביר בהמשך, **עמדת המדינה היא כי יש לפרש גם את שתי החלופות הראשונות ככאלה המותירות לשר מרחב שיקול דעת, בהתאם לחוק הכניסה לישראל**, שאלמלא כן הייתה התקנה חורגת מגדר סמכותו של מתקין התקנות.

37. התקנה משתמשת במונח הכללי "**מעמד בישראל**". עם זאת, מאחר שהיא משתייכת לתקנות הכניסה לישראל, ברי כי התקנה חלה רק על מעמד שניתן **מכוח חוק הכניסה לישראל**; קרי מעמד של **תושב קבע, תושב ארעי וכיו"ב** (ראו סעיף 2(א) הנ"ל לחוק הכניסה לישראל). יצוין כי המונח "מעמד", בהקשר זה, איננו מופיע בחוק הכניסה לישראל.

38. אשר למעמד של **אזרחות**, הרי שבחוק האזרחות, תשי"ב-1952 (להלן: **חוק האזרחות**), קיים הסדר מפורש לעניינו של ילד שנולד בישראל לאזרח ישראל. סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות קובע:

#### **אזרחות מכוח לידה**

4. (א) אלה יהיו, מיום לידתם, אזרחים ישראלים מכוח לידה:

(1) מי שנולד בישראל כשאביו או אמו היו אזרחים ישראלים;

במאמר מוסגר יוער, כי סעיף 2 לחוק הוראת השעה, הקובע בין היתר כי "בתקופת תוקפו של חוק זה ... שר הפנים לא יעניק לתושב אזור אזרחות לפי חוק האזרחות", אינו חל במקרה כזה. זאת, משום שילד שנולד לאזרח ישראל איננו "תושב אזור" עם לידתו (אף אם הורהו השני הינו תושב האזור), אלא, על פי הוראת סעיף 4(א)(1) הנ"ל לחוק האזרחות, הינו אזרח ישראלי כבר מיום הלידה.

### פסק דין קרלו

39. פסק הדין המרכזי של בית המשפט העליון שבו נדונה תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל הוא בג"ץ 979/99 פבאלואיה קרלו נ' שר הפנים, תק-על 99(3) 108, מפי כבוד השופטת ביניש.

### פסק הדין בעניין קרלו מצורף ומסומן נספח י"ב.

40. פסק דין זה לא עסק במישרין בשאלה העיקרית המתעוררת בערעורים דנן - שאלת כפיפותה של התקנה לשיקול דעתו של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל. עם זאת, קביעותיו של פסק הדין משמשות נקודת מוצא לדיונו. בפסקה 2 לפסק הדין נקבע:

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

חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן - חוק הכניסה לישראל) מסמך 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, ואיננו אזרח ישראל 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-הימצאותו עם ההורה שזכה למעמד בישראל. פרשנות זו שמה את הדגש על עצם הלידה בישראל, וגזרת ממנה זכויות מהותיות הנמשכות על פני ציר הזמן. היא איננה מתיישבת עם התפיסה כי המחוקק איננו 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.

41. בהמשך הדברים (בפסקה 3 לפסק הדין) הוסיפה כבוד השופטת ביניש אגב אורחא:

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" למעמדו של הוריו? --- כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין 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 לישיבת קבע בישראל לא היה העותר במשמורתו, **ניתן להשאירה בצריך עיון.**

42. עוד מצאה כבוד השופטת ביניש להעיר (בפסקה 3), 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. ושנית, משום שהוא מפלה בין המינים.
43. עתירה שהוגשה לבית המשפט העליון לדיון נוסף בפסק דין קרלו נדחתה (דנג"ץ 8710/99).

### **כפיפותה של תקנה 12 לשיקול דעתו של שר הפנים**

44. כבר צוין לעיל, כי לדעת המדינה, מאחר שתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל הותקנה מכוח חוק הכניסה לישראל והיא כפופה לו, הרי שגם שתי החלופות הראשונות הקבועות בתקנה כפופות לשיקול דעתו של שר הפנים. להלן נבאר זאת.
45. חוק הכניסה לישראל מתאפיין בשיקול דעת רחב ביותר שניתן בגדרו לשר הפנים (וכן למי שהשר אצל לו את סמכויותיו - ראו סעיף 16(א) לחוק). כך, למשל, בסעיף 2(א) לחוק נקבע כי שר הפנים רשאי לתת אשרות ורישיונות לישיבת מעבר, ישיבת ביקור, ישיבת ארעי וישיבת קבע בישראל. בסעיף 3 נקבע כי שר הפנים רשאי להאריך רישיונות לישיבת מעבר, ישיבת ביקור וישיבת ארעי. בסעיף 4 נקבע כי שר הפנים רשאי להחליף רישיון ישיבה מסוג קצר יותר ברישיון ישיבה מסוג ארוך יותר או ברישיון לישיבת קבע. בסעיף 6 נקבע כי שר הפנים רשאי לקבוע תנאים לנתינתם ולתוקפם של אשרות ורישיונות כאמור. והוא הדין גם בביטול אשרה או רישיון ישיבה שכבר ניתנו: סעיף 11(א) קובע, כי "שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו - (1) לבטל אשרה שניתנה לפי חוק זה, בין לפני בואו של בעל האשרה לישראל ובין בשעת בואו; (2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה".
46. כל הסעיפים הללו אינם קובעים אמות מידה מהותיות כלשהן המסייגות את שיקול דעתו של שר הפנים. הם מותירים את שיקול הדעת "פתוח". ואם לא די בכך, בא סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, וקובע כי חוק זה - על חובת ההנמקה הקבועה בו - אינו חל על החלטות שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל (למעט החלטה על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין).

47. על רקע זה שבה הפסיקה ועמדה פעמים רבות על רוחב שיקול דעתו של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל. "הלכה משכבר היא כי שר הפנים קנה שיקול דעת רחב ביותר לעניין היתר או איסור כניסתם של מי-שאינם אזרחי-ישראל לארץ" (בג"ץ מסקנאי נ' שר הפנים, תק-על 96(2) 441). "כידוע, מוענק לשר הפנים שיקול-דעת רחב אם להכיר במעמדו של מי שאינו אזרח הנמצא כדין בישראל המבקש להעניק לו מעמד של תושב קבע --- בכך

בא לידי ביטוי העיקרון – המקובל במדינות הדמוקרטיות המודרניות – כי למדינה שיקול־דעת רחב למנוע מזרים מלהשתקע בה" (בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293).

48. חוק הכניסה לישראל, ושיקול הדעת הרחב שניתן בגדרו לרשות, מבוססים על הרעיון, שככלל, למי שאינו אזרח ואינו זכאי שבות, אין זכות קנויה להיכנס לישראל ולשבת בה, אלא ככל שהדבר עולה בקנה אחד עם האינטרס הציבורי (במובן הרחב), כפי שהוא נקבע מעת לעת על ידי הרשות. לא בכדי כותרתו של הפרק הראשון לחוק הכניסה לישראל היא "רשות כניסה וישיבה". "עמדתו של המחוקק ברורה: מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, אין לו זכות כניסה או שהייה בארץ אלא ברשות" (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520). "בכל הנוגע לענייני כניסה של זרים לישראל וישיבה בה, אין היא מיוחדת במינה או יוצאת דופן. בדרך כלל, כל ארץ שומרת לעצמה את הזכות למנוע מאנשים זרים להיכנס לתחומה או להרחיקם מתחומה כאשר אינם רצויים עוד, מסיבה זו או אחרת, ואף ללא כל סיבה. --- אין לאדם, שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות כל זכות לבוא ארצה או לשהות בה, כתייר או כתושב, ללא הסכמת השלטונות המוסמכים" (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 116-118). וראו עוד, למשל: בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770; פרשת דימיטרוב הנ"ל, שם; עע"ס 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים (ניתן ביום 29.6.05, נמצא באתר בית המשפט העליון), בפסקה ו(6).

49. תכליתו העיקרית של חוק הכניסה לישראל היא, אפוא, לאפשר לרשות לקבוע - באמצעות שיקול הדעת הרחב הניתן בידי שר הפנים, ובהתאם לאינטרס הציבורי כפי שייקבע מעת לעת - למי להתיר כניסה ושהייה בישראל, ובאיזה מעמד. תכלית זו משקפת את עקרון הריבונות של המדינה על שטחה ועל שעריה בכל הנוגע לזרים. מאחר שהאינטרס הציבורי, בהקשר זה, הוא דינמי וקשה לתחימה מראש באמצעות הגדרות נוקשות, ומאחר שכנגד אינטרס ציבורי זה לא עומדת זכות קנויה של הפרט, קבע המחוקק, כאמור, כי גם שיקול הדעת שיינתן בידי שר הפנים יהיה פתוח וגמיש.

נמצא ששיקול דעתו הרחב של שר הפנים הינו האמצעי שנקבע על ידי המחוקק להגשמת תכליתו העיקרית של חוק הכניסה לישראל. מקומו של שיקול הדעת בחוק הינו כה מרכזי עד שהוא מהווה, למעשה, חלק מהותי מהגדרתה של תכלית החוק.

50. שונים הם פני הדברים בכל הנוגע לחוק האזרחות (ראו פרשת קרלו הנ"ל). יצוין כי חוק הכניסה לישראל וחוק האזרחות נחקקו באותה שנה. ממילא ברור כי ההבדלים היסודיים שביניהם אינם מקריים. חוק האזרחות מבוסס על הרעיון, שבמקרים מוגדרים כן קיימת לאדם זכות קנויה לקבל אזרחות. על כן, באותם מקרים, ראה המחוקק חשיבות בהגבלת כוחו של השלטון - וממילא בהגבלת שיקול דעתו של שר הפנים - למנוע את הענקת הזכות או לשלול את הזכות לאחר שניתנה.

כך, למשל, סעיפים 2 - 4 בחוק האזרחות מפרטים קשת של מצבים שבהם זכאי אדם לקבל אזרחות ללא תלות בשיקול דעתו של שר הפנים (אזרחות מכוח שבות, מכוח ישיבה בישראל, מכוח לידה, מכוח לידה וישיבה בישראל, ומכוח אימוץ). באותו אופן, סעיף 11 לחוק קובע מספר מצומצם ביותר של עילות לביטול אזרחות שכבר ניתנה (יציאה שלא כדין למדינת אויב, הפרת אמונים למדינת ישראל והשגת האזרחות על יסוד פרטים כוזבים).

### **הגבלה זו של שיקול הדעת השלטוני בקטגוריות מוגזרות של מקרים היא מתכליתית החשובות של חוק האזרחות.**

51. על רקע זה ניתן להבין את לשונו הכופה של סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות, שצוטט לעיל, ושעניינו בקניית אזרחות מכוח לידה על ידי מי שאחד מהוריו אזרח ישראל. ניסוח פסקני זה, שאינו מותיר מקום לשיקול דעת של שר הפנים, מגשים את תכליתו של חוק האזרחות ותואם סעיפים אחרים המצויים בו.

52. **לא כן תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל.** נשוב ונעיין בלשון של שתי החלופות הראשונות אשר נקבעו בתקנה זו: "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפטרופסו זולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך". לשון הפשוטה של חלופות אלו, המתיימרת כביכול לקבוע כללים נוקשים ("יהיה", "ייקבל") שאינם כפופים לשיקול דעתו של שר הפנים, אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו של חוק הכניסה לישראל ואינה תואמת אף אחד מסעיפיו.

53. עמדנו על כך שתכליתו העיקרית של חוק הכניסה לישראל היא לאפשר לרשות לקבוע - באמצעות שיקול הדעת הרחב הניתן בידי שר הפנים, ובהתאם לאינטרס הציבורי כפי שייקבע מעת לעת - למי להתיר כניסה ושהייה בישראל, ובאיזה מעמד. פרשנות מילולית של תקנה 12, לפי לשונה הפשוטה של התקנה, תחתור אפוא תחת תכלית זו ותסכל אותה. פרשנותה של התקנה בהתאם ללשונה הפשוטה תביא לכך, שבאותם מקרים שבהם מתן מעמד בישראל לפי תקנה 12 יפגע באינטרס הציבורי, יישלל משר הפנים הכלי הסטטוטורי שניתן לו - כחלק מהותי מתכלית החוק - לניטרול של הפגיעה.

54. כך, למשל, ברור שמתן מעמד לפי תקנה 12 יפגע באינטרס הציבורי כאשר קיימים טעמים ביטחוניים או פליליים להימנע מכך. טול למשל קטין בן 16, שנולד בישראל לאם תושבת ישראל ולאב תושב האזור, אך גדל הלכה למעשה (עד סמוך לפני הגשת הבקשה) באזור, ואשר היה מעורב שם בפעילות חבלנית או פלילית.

באופן דומה עשויה להתקיים פגיעה באינטרס הציבורי במצבים נוספים, אף בהיעדר טעמים ביטחוניים או פליליים, שגם בהם לא תהיה הצדקה להענקת מעמד אוטומטית אך בשל הלידה בישראל. טול למשל קטין (בגיל כלשהו, אפילו מיד לאחר הלידה), שנולד



בישראל להורה תושב ישראל, ואשר למשרד הפנים יש חשד מבוסס כי משפתתו מתכוונת לעזוב את ישראל מיד לאחר שיוענק לילד המעמד המיוחד. דוגמאות כלליות יותר למצבים בעייתיים לכאורה, שבהם, לדעת המדינה, עשויה להתקיים פגיעה באינטרס הציבורי אף בהיעדר טעמים ביטחוניים או פליליים, הם מקרים שבהם מבקש המעמד הוא קטין על סף הבגירות, שעזב את ישראל עם הוריו למשך תקופה ארוכה לאחר לידתו או לחלופין שהה עימם תקופה ארוכה בישראל שלא כדין, והחזיק בנתינות זרה - או היה רשום כ"תושב האזור" במרשם האוכלוסין הפלסטיני - במשך שנים רבות.

לדעת המדינה, בשל מקרים מעין אלה - וכאמור המדובר בדוגמאות בלבד - מן ההכרח להותיר בידי שר הפנים את שיקול הדעת שניתן לו בחוק הכניסה לישראל, על מנת שיוכל לשקול אם להיעתר לבקשה - במלואה או בתנאים - או לסרב לה.

55. כזכור, תקנה 12 היא תקנה "ביצועית", שנועדה אך ליישם את הנורמות שנקבעו בחוק הכניסה לישראל, שכן היא הותקנה מכוח סמכותו של שר הפנים "להתקין תקנות בכל הנוגע לביצוע חוק זה" (ראו דברי כבוד השופטת ביניש בפרשת קרלו). מכאן, שהתקנה לא נועדה - ושר הפנים שהתקינה לא היה מוסמך להועיד אותה - לקביעתו של כלל נורמטיבי עצמאי, בבחינת הסדר ראשוני המנותק מהוראות חוק הכניסה לישראל. לא כל שכן שהתקנה לא נועדה, ולא הייתה סמכות להועידה, לקביעת כלל הסותר את תכליתו של חוק הכניסה לישראל או חותר תחתיה. כדברי כבוד הנשיא ברק:

משהוענקה סמכות לחקיקת משנה לרשות המבצעת, ההנחה צריכה להיות, כי סמכות זו נועדה לביצוע ההסדרים הקבועים בחקיקה הראשית. החזקה היא איפוא, כי סמכות לחקיקת משנה היא סמכות להתקין תקנות ביצוע (secundam legem). אין להניח כי תכליתה של הענקת הסמכות לחקיקת משנה היא להסמיך את המנהל לחקיקת משנה "מחוץ לחוק" (praeter legem) או לחקיקת משנה "בניגוד לחוק" (contra legem). אכן, אם הכנסת הינה "הרשות המחוקקת", הרי רק הסמכה לחקיקת משנה המבצעת את העקרונות ואמות המידה הבסיסיות (ההסדרים הראשוניים) שנקבעו בדבר החקיקה הראשי, עולה בקנה אחד עם עיקרון זה (א' ברק, פרשנות במשפט: כך שני - פרשנות החקיקה (1994) 528).

56. נמצא, שאם תפורש תקנה 12 באופן מילולי, בהתאם ללשונה הפשוטה - בהתעלם מתכלית חוק הכניסה לישראל שאותו היא אמורה לבצע - כי אז לא יהיה מנוס מלקבוע שהתקנה חורגת מגדר סמכותו של מתקין התקנות. תוצאה כזו איננה רצויה. היא אינה עולה בקנה אחד עם כללי הפרשנות המקובלים, שלפיהם יש לעשות כל מאמץ לפרש נורמה

באופן שיקיים אותה ולא יביא לבטלותה. פרשנות כזו של התקנה אף לא תהלוס את הכלל, שלפיו יש לפרש חקיקת משנה לאור תכליתו של החוק המסמיך שמכוחו היא נחקקה.

על הפרשן להמנע מפירוש המביא לבטלות התקנה. אכן, אם על פי כללי הפרשנות המקובלים ניתן לפרש תקנה בשני אופנים, האחד המביא לידי כך שאין חריגה של מתקין התקנה מסמכותו, והאחר המביא לידי כך שיש חריגה של מתקין התקנות מסמכותו, יש להעדיף את הפירוש המקיים את התקנה על פני הפירוש המביא לבטלותה. גישה פרשנית זו מעוגנת בתפיסה, כי חזקה היא כי תכליתה של חקיקת המשנה היתה לפעול במסגרת ההסמכה המצויה בחקיקה הראשית, ולא לחרוג ממנה (דברי כבוד השופט ברק בבג"ץ 333/85 **אביאל נ' שר העבודה והרווחה**, פ"ד מה(4) 581, 596-597)

וראו עוד: ברק, שם, בעמ' 337-339.

57. **פרשנותה הראויה של תקנה 12 בהקשר ענייננו הינה, אפוא, זו שאינה מתמקדת בלשונה הפשוטה של התקנה, אלא בתכליתו ובלשונו של החוק המסמיך. זוהי הפרשנות הקוראת לתוך התקנה את עקרון שיקול הדעת הרחב של שר הפנים** - הוא העיקרון היסודי הקבוע בחוק הכניסה לישראל, כחלק מהותי מתכליתו של חוק זה - ומכפיפה אליו את האמור בתקנה. לפי פרשנות זו, יש לקרוא את תקנה 12 כאילו נאמר בה: "**בכפוף לשיקול דעת שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל**, ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תשי"ו-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".

58. פרשנות זו עולה בקנה אחד עם דברי כבוד השופטת ביניש בפרשת קרלו, שצוטטו לעיל: "**את תקנה 12 יש לפרש באופן התואם את דבר החקיקה הראשי מכוחו הותקנה ---**. בהעדר הוראת חוק הקובעת זכות לישיבת קבע מ'כוח לידה', מי שנולד בישראל, ואיננו אזרח ישראל על-פי הוראות חוק האזרחות, ישיבתו בישראל תהיה על-פי אחד מסוגי הרשיונות המפורטים בחוק הכניסה לישראל, **הניתנים לפי שיקול דעתו של שר הפנים**".

59. דברים אלה מתיישבים גם עם יתר דבריה של כבוד השופטת ביניש בפרשת קרלו. כפי שציינה כבוד השופטת ביניש, "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". לפיכך, כדבריה, "אף מנקודת מבט של הענקת רשימות 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".

אכן, גם המדינה סבורה, בכל הכבוד, שככלל יהיה על שר הפנים, במסגרת הפעלת שיקול דעתו לפי חוק הכניסה לישראל, להעניק, לילד שנולד בישראל, את המעמד שניתן להורה המשמורן. זאת, כדברי כבוד השופטת ביניש, משום ש"ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד". **בכך יפעל שר הפנים על פי העיקרון הביצועי המנחה שקבע מחוקק המשנה בתקנה 12.** עם זאת - כפי שניתן להעלות גם מפסק דין **קרלו** - מעיקרון מנחה זה רשאי שר הפנים לסטות. במקרים מסוימים עשויים להתקיים שיקולים נוספים, אשר יטו את כף האינטרס הציבורי כנגד הענקת המעמד לקטין, או, למצער, כנגד הענקתו לאלתר. הדרך להתמודד עם מקרים אלה הינה, כאמור, פרשנותה של תקנה 12 לאור החוק המסמך, באופן שישמר בכל מקרה את שיקול דעתו של שר הפנים לסרב לבקשה, או לקבל את הבקשה בתנאים.

60. נראה כי דברים אלה מתיישבים גם עם הערת האגב של כבוד השופטת ביניש בפרשת **קרלו**. לדבריה: "שכלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין 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, --- ניתן להשאירה בצריך עיון".

לדעת המדינה, קריאתה של הערת אגב זו על רקע הקשרה ועל רקע הדברים שנכתבו לפנייה, מחייבת את המסקנה כי **עניינה של ההערה בעיקרון המנחה בלבד** - שעליו, כאמור, אין המדינה חולקת. **ההערה אינה מתיימרת לקבוע כי מעיקרון זה לא ניתן לסטות** - שאלה שכלל לא עמדה לפני בית המשפט באותו מקרה. אדרבה: ההערה הותירה במפורש בצריך עיון את האפשרות, שהעיקרון המנחה האמור ייושם בדרך של "קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל". ולמותר לציין, ש"קריטריון להנחיית שיקול הדעת" מאפשר, לעולם, לסטות ממנו במקרים המצדיקים זאת.

61. נראה כי ניתן ללמוד לענייננו, מכוח קל וחומר, מהאופן שבו קראה הפסיקה שיקול דעת של שר הפנים לתוך סעיף 7 לחוק האזרחות - שעניינו התאזרחות של בעל ואישה - על אף שקיומו של שיקול הדעת לא צוין בסעיף במפורש (ראו: בג"ץ 754/83 **רנקין נ' שר הפנים**, תק-על 1114 (3) 84); וכן מהאופן שבו יצקה הפסיקה לתוך שיקול דעת זה את סמכותו של שר הפנים שלא להעניק את המעמד המבוקש לאלתר, אלא בדרך של הליך מדורג המאפשר בחינה של הנסיבות לאורך זמן (פסק דין **סטמקה הנ"ל**).

62. זה המקום לציין, כי בעבר, משעלה נושא פרשנותה של תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל לדין בבית משפט נכבד זה במנותק מהוראות חוק הוראת השעה, עמדת המדינה הייתה, כי במצבים שבהם הבקשה מוגשת ונדונה **בסמוך ללידתו** של הקטין בישראל, יוענק לקטין מכח תקנה 12 המעמד המבוקש מיידית, אם נוכח משרד הפנים כי מרכז חייו עם הורה המשמורן הינו בישראל.

כך תוארה עמדת המדינה בפרשת **קרלו**: "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 [הכפוף לשיקול דעת] בדבר 'קריטריונים למתן אשרה לישיבת קבע' של זרים בישראל".

טענה זו של המדינה, שפסק דין **קרלו** לא הכריע לגביה, נדחתה מאוחר יותר, לאחר חקיקתו של חוק הוראת השעה, על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין **גושה ואלקורד**. בפסקי הדין הללו נקבע כי תקנה 12 חלה גם על קטין המבקש מעמד בישראל שלא בסמוך ללידתו. יצוין כי קביעה זו באה על רקע הוראות חוק הוראת השעה, שמנעו הענקת מעמד בישראל ל"תושב אזור" מעל גיל 12. המדינה החליטה שלא לערער על פסקי דין אלו, מאחר שהיה בכוונתה ממילא לתקן את הוראות חוק הוראת השעה; ועל רקע הערכתה, כי עמדתו הפרשנית של בית המשפט לעניינים מינהליים ביחס לתקנה 12 נגזרה מהקושי שיצר נוסחו הישן של חוק הוראת השעה ביחס לקטינים.

בנסיבות אלה, לאחר מתן פסק הדין בעניין **אלקורד**, ראתה המדינה לנכון לעדכן את עמדתה באשר לתקנה 12, באופן שהתקנה חלה גם במקרים שבהם הבקשה הוגשה שלא בסמוך ללידה. עם זאת, המדינה הוסיפה לעמוד על עמדתה כי גם במסגרת תקנה 12 קיים שיקול דעת לשר הפנים, וזאת מכח חוק הכניסה לישראל. שיקול דעת זה התבטא - כפי שהיה אף בעבר – בכך שהשר רשאי שלא להעניק את המעמד לאלתר אלא במסגרת הליך מדורג מקוצר, שיאפשר לבדוק את נסיבות חייו של המבקש לאורך זמן.

עמדתה הפרשנית של המדינה, כפי שפורט לעיל, היא כי סמכותו של שר הפנים להפעיל שיקול דעת בנסיבות הנדונות בתקנה 12 קיימת תמיד. אמנם במקרים רבים לא יסרב השר לבקשה, אך השאלה תהיה תמיד שאלה של סבירות שיקול הדעת במקרה או בסוג מקרים נתון. כך, למשל, כאשר הבקשה למתן מעמד לפי תקנה 12 מוגשת בסמוך ללידת הקטין, יהיה זה בדרך כלל בלתי סביר אם השר יסרב לבקשה (בכפוף, כמובן, להוראות חוק הוראת השעה המתוקן).

### פסקי הדין בעניין גושה ואלקורד ופסקי הדין נשוא הערעורים

63. כפי שכבר צוין, שבעת פסקי הדין נשוא הערעורים דן נסמכו, בעיקר, על שני פסקי דין קודמים שניתנו לאחר חקיקת חוק הוראת השעה בבית המשפט לעניינים מינהליים

בירושלים - בעניין **גושה** (בספטמבר 2003) ובעניין **אלקורד** (באוקטובר 2004). פסקי הדין **גושה** ו**אלקורד** התבססו, בתורם, על פרשנות שנתנו לקביעותיה ולהערותיה של כבוד השופטת ביניש בפרשת **קרלו**. לדעת המדינה, בכל הכבוד, פרשנות זו הייתה מוטעית.

64. בשל הדמיון שביניהם, ומטעמי נוחות, נדון להלן בכל פסקי הדין שניתנו בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים - בעניין **גושה**, בעניין **אלקורד**, ובשבעת המקרים נשוא הערעורים - כמקשה אחת, תוך התעלמות מהבדלי ניואנסים מסוימים הקיימים ביניהם.

65. העובדות הבסיסיות בכל המקרים - הן בפרשות **גושה** ו**אלקורד** והן בפרשות נשוא הערעורים - היו דומות: העותרים הקטינים נולדו לפני שנים בישראל, לאם שהיא תושבת קבע בישראל ולאב שהוא תושב האזור. ההורים לא הסדירו את מעמד ילדיהם בישראל לאחר לידתם, אלא בחרו לרשום אותם כתושבי האזור במרשם האוכלוסין של האזור. לאחר שנים - שבמהלכן אפשר שמרכז חייה של המשפחה כלל לא היה בישראל, ואפשר שהוא היה בישראל שלא כדין (שהרי האב והילדים היו תושבי האזור והיו רשומים ככאלה במרשם האוכלוסין של האזור) - החליטו ההורים לבקש, מכוחה של תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, ומכוח מעמדה של האם, כי תוענק לילדיהם הקטינים תושבות קבע בישראל.

66. משרד הפנים סירב לבקשות. בתחילה, קודם לחקיקתו של חוק הוראת השעה (בנוסחו הישן), התבסס הסירוב על החלטת הממשלה מסי' 1813 מיום 12.5.02, שמנעה טיפול בבקשות חדשות של תושבי האזור להענקת מעמד בישראל. לאחר חקיקת חוק הוראת השעה, התבסס הסירוב על חוק זה, כמפורט להלן.

לגבי הקטינים שמעל גיל 12 - מאחר שנוסחו הישן של חוק הוראת השעה אסר על שר הפנים להעניק "תושב אזור" מעל גיל 12 רישיון ישיבה בישראל, דחה משרד הפנים את הבקשות על הסף וסירב לערוך בעניינם בדיקות פרטניות.

לגבי הקטינים שעד גיל 12 - הסירוב נבע מהפעלת שיקול דעת לגבי הבקשות. תפיסתו הראשונית של משרד הפנים הייתה, כזכור, כי תקנה 12 מחייבת אותו לקבל בקשות למתן מעמד שהוגשו בסמוך לאחר לידת הקטין בישראל. לעומת זאת, לגבי בקשות שהוגשו שנים לאחר הלידה, ראה עצמו משרד הפנים משוחרר מכבליה של התקנה, ולפיכך הפעיל בעניין שיקול דעת כסמכותו וכחובתו לפי חוק הכניסה לישראל. המדיניות שעל פיה הדרך את עצמו משרד הפנים בהפעלת שיקול דעתו, לגבי קטינים "תושבי האזור" עד גיל 12, ולנוכח חוק הוראת השעה בנוסחו הישן, הייתה כי מאחר שעבור קטינים אלו לא הוגשו בקשות לקבלת מעמד בישראל בסמוך ללידתם, אלא הוריהם בחרו לרשום אותם כתושבי האזור, ומאחר שקטינים אלו יכולים - על פי חוק הוראת השעה - לקבל היתר שהייה ממפקד האזור לשם מניעת הפרדתם מהורה השווה כדין בישראל, הרי שלא יוענק להם מעמד מכוח חוק הכניסה לישראל.

67. מאוחר יותר (בעקבות פסק דין **אלקורד**), כפי שפורט לעיל, ראה המשרד את תקנה 12 כחלה גם לגבי בקשות שהוגשו שנים לאחר הלידה. עם זאת, עדיין ראה המשרד לנכון לקבל את הבקשות באופן כזה שמעמד הקבע לא יינתן לקטינים לאלתר אלא במסגרת הליך מדורג מקוצר (וזאת, ככל שהמדובר בקטינים הרשומים כתושבי האזור, רק אם גילם הוא עד 12).

68. יצוין, כי חלק מהמבקשים טענו לפני משרד הפנים, שבקשה לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל היא בקשה "לרישום" בלבד, להבדיל מבקשה למתן מעמד לפי חוק הכניסה לישראל. משרד הפנים דחה טענה זו בהתאם להלכה הפסוקה (ראו פסק דין **ריינהולד עיסא הנ"ל**); ולאור זאת גרס, כי על המבקשים לפנות בבקשה רגילה למתן מעמד בישראל (שכאמור, הייתה חסומה בפני אלה מבין המבקשים הקטינים שהיו רשומים כתושבי האזור ועברו את גיל 12).

69. כנגד סירובו של משרד הפנים לבקשות הוגשו העתירות השונות לבית המשפט לעניינים מינהליים.

70. כל העתירות התקבלו במובן זה, שמשרד הפנים חויב לבדוק את מרכז חייהם הנוכחי של הקטינים, במנותק מהעובדה שהקטינים רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני כ"תושבי האזור".

לגבי הקטינים שמעל גיל 12 נקבע, כי הגם שהם רשומים כתושבי האזור במרשם האוכלוסין של האזור, הרי שרק לאחר שייבדק מרכז חייהם הנוכחי ניתן יהיה לקבוע אם הם אמנם "תושבי אזור", כמשמעות מונח זה בחוק הוראת השעה (לשיטת בית המשפט). לפיכך נאסר על משרד הפנים לדחות את בקשותיהם על הסף (נזכיר כי המדינה חולקת על קביעה זו, אלא שלאור התיקון לחוק הוראת השעה אין ההכרעה לגביה נדרשת במסגרת הערעורים דנן).

לגבי הקטינים שעד גיל 12, וכן לגבי הקטינים מעל גיל 12 שלגביהם ייקבע - לאחר הבדיקה הפרטנית - כי אינם "תושבי אזור" כמובנו של מונח זה בחוק הוראת השעה (לפי שיטתו האמורה של בית המשפט לעניינים מינהליים), חויב משרד הפנים, מכוח תקנה 12 - לעיתים במפורש ולעיתים במשתמע - להעניק להם תושבות קבע אם ימצא שמרכז חייהם הנוכחי הוא אמנם בישראל. בחלק מפסקי הדין אף נקבע כי תושבות הקבע תוענק לקטינים לאלתר, תוך שלילת סמכותו של משרד הפנים לנקוט לעניין זה בהליך מדורג מקוצר.

71. עיקרן של הקביעות הנורמטיביות העולות, אפוא, מפסקי הדין - בין במפורש ובין במשתמע - הוא כי אם מרכז חייהם של הקטינים בעת הגשת הבקשה הינו בישראל (מן הסתם שלא כדין), הרי שתקנה 12 מחייבת את משרד הפנים - ללא כל שיקול דעת - להעניק להם (לעיתים באופן מיידי) תושבות קבע, כמעמד אימותיהם.

זאת, כאמור, גם אם הבקשה הוגשה שנים רבות לאחר לידת הקטין בישראל, גם אם הקטין כבר על סף בגירות, גם אם הקטין עזב את ישראל עם הוריו למשך תקופה ארוכה לאחר לידתו או לחלופין שהה עימם תקופה ארוכה בישראל שלא כדין, וגם אם הקטין היה רשום כ"תושב האזור" במרשם האוכלוסין של האזור במשך כל חייו. בכך, לדעת שר הפנים - שהוא הגורם המוסמך לעניין זה על פי החוק - פוגעות הקביעות הנורמטיביות האמורות באינטרס הציבורי.

יתר על כן - והגם שעניין זה לא נדון על ידי בית המשפט - ניתן להסיק מפסקי הדין כי גם שיקולים של מניעה ביטחונית או פלילית אין שר הפנים רשאי לשקול ביחס לבקשות המוגשות לפי תקנה 12; שהרי לכאורה, לפי פסקי הדין, אין לשר כל שיקול דעת בגדרן של שתי החלופות הראשונות של התקנה. למותר לציין כי בכך יש משום פגיעה קשה באינטרס הציבורי.

נציין, כי לא ניתן להימנע מן הרושם, שקביעותיהם האמורות של פסקי הדין נבעו מהקושי שראה בית המשפט בתחולת חוק הוראת השעה (בנוסחו הישן) על קטינים, ומרצונו לפתור את הקושי בדרך כלשהי, גם אם הדבר כרוך במתן פרשנות מרחיקת לכת לתקנה 12 ולחוק הוראת השעה, באופן המנוגד לתכליות חוק הכניסה לישראל וחוק הוראת השעה. לא בכדי לא נפסקה הלכה מעין זו בעתירות רבות אחרות, שעסקו בבגירים.

כפי שכבר ציינו, בין פסקי הדין השונים שניתנו בבית המשפט לעניינים מינהליים - בעניין **גושה**, בעניין **אלקורד**, ובשבעת המקרים נשוא הערעורים - קיימים הבדלי ניואנסים. כך, למשל, בחלקים מפסק הדין בעניין **גושה** קיימת בכל זאת, ככל הנראה, הכרה מסוימת בקיומו של שיקול דעת לשר הפנים, גם במקרים שבהם תקנה 12 חלה. נאמר בו - בעקבות דברי כבוד השופטת ביניש בעניין **קרלו** - כי "כאשר מדובר בילד שנולד בישראל ואחד מהוריו הוא תושב ישראל, קיימת בידו של הילד (בכפוף לשיקול דעתו של שר הפנים) הזכות להירשם במרשם האוכלוסין כתושב ישראל" (פסקה 9, וראו גם פסקה 6 לפסק הדין). לעומת זאת, בפסק הדין בעניין **אלקורד** - שהסתמך על פסק דין **גושה** - וכן בפסקי דין אחרים שבאו אחריו, נראה כי שיקול דעת זה אינו קיים כלל.

ואולם, כאמור, לשם הנוחות אנו מתעלמים מהבדלי ניואנסים אלה לצורך הדיון. נניח, לטובת המשיבים בערעורים, כי כל פסקי הדין האמורים אמנם קובעים ששר הפנים חייב להעניק תושבות קבע לאותם קטינים שנולדו בישראל, ואשר יוכיחו כי מרכז חייהם הנוכחי הוא בישראל.

עוד יש להזכיר, כפי שכבר צוין, כי בעמדה שהציגה המדינה לפני בית המשפט לעניינים מינהליים במקרים השונים חלו שינויים מסוימים; ונראה שגם בכך היה כדי לתרום להבדלי הניואנסים שבין פסקי הדין (ראו את הסקירות לגבי שינויים אלה בפסקי הדין בעניין **עויסאת ומנסור**). השינויים המאוחרים בעמדת המדינה שיקפו תיקונים שערך

משרד הפנים בנהלי עבודתו ביחס לטיפול בבקשות לפי תקנה 12, בעקבות פסקי דינו והערותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים. ביום 31.10.04, לאחר שניתן פסק דין **אלקורד**, הוכן במשרד הפנים הנוהל הכתוב הראשון לעניין זה. נוהל זה תוקן זמן קצר לאחר מכן, ביום 20.3.05, בעקבות הערות שהשמיע בית המשפט לעניינים מנהליים בתיקים התלויים ועומדים לפניו.

נוהל העבודה של משרד הפנים מיום 31.10.04 ביחס לתקנה 12 מצורף ומסומן **נספח י"ג**.  
נוהל העבודה של משרד הפנים מיום 20.3.05 ביחס לתקנה 12 מצורף ומסומן **נספח י"ד**.

יצוין כי נהלים אלה ביטאו, בין היתר, את עמדתו של משרד הפנים, כי גם במקום שבו חלה תקנה 12 אין הכרח להעניק לקטין את המעמד המבוקש **לאלתר**, אלא ניתן לעשות זאת במסגרת הליך **מדורג מקוצר** שבמהלכו תיבחן שאלת מרכז החיים לעומקה (עמדה שאושרה, כידוע, על ידי בית משפט זה בהקשרים אחרים. ראו למשל את פסק דין **סטמקה הנ"ל**).

מכל מקום, לנוכח תיקון חוק הוראת השעה, ולאור עמדת המדינה באשר לשיקול הדעת שמותירה תקנה 12 לשר הפנים, אין טעם להרחיב באשר לנהלים אלה ולהבדלים שביניהם; שכן, בנסיבות אלו, ממילא יש מקום להכין נוהל חדש ומעודכן לטיפול בבקשות כגון אלו נשוא הערעורים, וכך אכן מתכוון משרד הפנים לעשות.

75. המדינה סבורה, בכל הכבוד, כי הקביעות הנורמטיביות העולות מפסקי הדין קשות, באשר הן חותרות תחת תכליתו העיקרית של חוק הכניסה לישראל. כפי שראינו, תכלית זו היא לאפשר לרשות לקבוע, באמצעות שיקול דעת רחב הניתן בידי שר הפנים, ובהתאם לאינטרס הציבורי כפי שייקבע מעת לעת, למי תותר כניסה ושהייה בישראל ובאיזה מעמד. הקביעות הנורמטיביות האמורות מסכלות את הגשמתה של תכלית זו.

76. קביעות אלו נעשו על בסיס פרשנות של חקיקת משנה, אשר שואבת, כידוע, את כל תוקפה וזכות קיומה מהחוק המסמיך, ועל כן אמורה להיות כפופה לו ולא לחתור תחתיו. כך הם פני הדברים ביתר שאת, במקום שבו ההסמכה להתקין את התקנות הייתה, מלכתחילה, הסמכה "ביצועית" בלבד, שלא כללה הסמכה לקבוע הסדרים ראשוניים עצמאיים, המנותקים מהנורמות שנקבעו בחוק המסמיך.

77. המדינה חולקת, בכל הכבוד, על האופן שבו פירשו פסקי הדין את דברי כבוד השופטת ביניש בעניין **קרלו**. לדעת המדינה, כפי שכבר הוסבר, מדברי כבוד השופטת ביניש שהובאו לעיל בהרחבה, לא עולה כלל **השולל** משר הפנים את שיקול דעתו ביחס לבקשות כלשהן למתן מעמד מכוח תקנה 12. בכלל זה, לא עולה כלל השולל את שיקול דעתו של השר בנסיבות שבהן מרכז חייו ה**נוכחי** של הקטין הינו בישראל. כבוד השופטת ביניש הותירה בדבריה פתח להפעלת שיקול דעת של שר הפנים בכל מקרה; הגם שראתה לייחס חשיבות לעיקרון המנחה שביסוד תקנה 12 - השקפה המקובלת אף על המדינה.



78. המדינה סבורה, כי אם הפרשנות שניתנה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים לתקנה 12 בפסקי הדין השונים תיוותר בעינה, כי אז יש לקבוע שהתקנה חורגת מגדר סמכותו של מתקין התקנות. תוצאה זו אינה רצויה, והיא אף מנוגדת לכללי הפרשנות המקובלים.

### סוף דבר

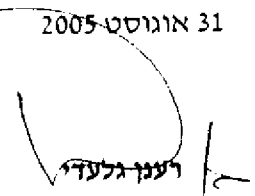
79. אשר על כן, עמדת המדינה היא כי יש לבטל את פסקי הדין נשוא הערעורים, ככל שהם נוגעים לפרשנות תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל. יש לקבוע כי תקנה 12 לא התכוונה - ומכל מקום לא יכלה - לבטל את שיקול דעתו של שר הפנים, שניתן לו בחוק הכניסה לישראל כחלק מהותי מתכליתו של חוק זה. יש לפרש את התקנה באופן שיותיר שיקול דעת בידי שר הפנים לשקול את כלל נסיבות העניין, קודם שיעניק לקטין מעמד מכוח חוק הכניסה לישראל הזהה למעמד הורהו.

80. לאור התיקון לחוק הוראת השעה סבורה המדינה, כי יש להחזיר את כל המקרים נשוא הערעורים לבחינתו של משרד הפנים, על מנת שיפעיל את שיקול דעתו לגביהם בהתאם לאמות המידה החדשות שנקבעו בחוק הוראת השעה המתוקן, ובהתאם לנוהל המעודכן שיגבש המשרד. אם גם החלטותיו החדשות של משרד הפנים לא יהיו לרוחם של המשיבים, יהיה בידם, כמובן, להביאן לביקורת שיפוטית חוזרת בבית המשפט המוסמך, ככל שתהיה להם עילה לכך.

היום, כ"ו אב תשס"ה

31 אוגוסט 2005

  
 יוכי גנשין  
 מנהלת תחום עניינים מינהליים  
 בפרקליטות המדינה

  
 רונן גלעדי  
 פרקליטות המדינה