

- העותרים:**
1. א' ו'
 2. ש' ס'
 3. ז' ו'
 4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או סוניה בולוס ו/או לימור יהודה ו/או עאזם בשארה

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

- נ ג ד -

- המשיבים:**
1. שר הפנים
 2. מנהל מינהל האוכלוסין

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.10.2005 מוגשת בזאת מטעם העותרת 4 עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי, המופנה למשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא תבוטלה ההנחיות, שניתנו לבתי החולים בעניין רישום בהודעת לידת חי, הקובעות, כי כאשר אחד מן ההורים הוא אזרח זר, אין לקבל הצהרת אבהות מן האב;

ב. מדוע לא תבוטל המדיניות, המתנה רישום אב זר לילד ישראלי במרשם האוכלוסין, או מתן מעמד לילד לאב ישראלי ולאם זרה (לרבות רישומו במרשם האוכלוסין), בהמצאת ראיות חותכות וחד

משמעיות לאבהות או בהמצאת פסק דין, המצהיר כי הגבר הוא אביו של הילד, ומדוע לא ייקבע, כי בהסכמת האם תתקבל הצהרת אבהות לצורך רישום האב במרשם האוכלוסין או לצורך מתן מעמד לילדם (לרבות רישומו במרשם האוכלוסין);

ג. מדוע לא ייקבע, כי במקרים חריגים, שבהם נדרש בירור נוסף באשר להצהרת אבהות של אב ישראלי לבנה של אם זרה, יוענק לקטין רשיון לישיבה בישראל עד לסיום הבירור;

ד. מדוע לא ייקבע, כי יש ליתן לכל יולדת בישראל ולבן זוגה הודעת לידת חי, ולבקשתם גם תעודת לידה, הכוללות את פרטי האם והאב;

ה. מדוע לא ייקבע, כי יש לרשום את שם משפחתו של קטין, אשר אימו ישראלית ואביו זר, על פי בקשת הוריו.

ואלה נימוקי העתירה:

הרקע העובדתי: מדיניות משרד הפנים בעניין רישום ילדים והוריהם 4.....

4 (א) מבוא

5 (ב) העתירה המתוקנת והנהלים בהם היא עוסקת

6 (ג) רישום הורים בהודעת לידה

6 רישום הורים ישראלים בהודעת לידה ובמרשם האוכלוסין

7 רישום הורה ישראלי והורה זר בהודעת הלידה

8 (ד) הקניית מעמד לילד לאב ישראלי ולאם זרה

10 נוהל מתן מעמד לקטין

18 (ה) רישום אב זר לילד ישראלי במרשם האוכלוסין ורישום שם משפחה

19 נוהל רישום אב

20 **הטיעון המשפטי**

I. פגיעת המדיניות בהורים ובילדיהם

21 (א) הפגיעה בזכות היסוד של הילד לרכוש אזרחות ולהירשם עם לידתו

25 (ב) הפגיעה בזכויות ובחובות ההוריות

- 27.....(ג) הפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו.....
- 30.....(ד) הפגיעה בפרטיות.....
- 31.....(ה) הפגיעה בכבוד ובזכות לשוויון.....
- 31.....(ו) הפגיעה בזכויות היסוד על דרך של הערמת קושי כלכלי.....
- 32.....II. המדיניות אינה עומדת בחובות הכלליות של המשיבים.....
- (א) בהעדר קריטריונים המשיבים אינם שוקלים כל מקרה לגופו ואינם מנמקים את החלטותיהם.....
- 32.....
- (ב) מדיניות המשיבים אינה סבירה ומבוססת על שיקולים זרים.....
- 33.....
- (ג) מדיניות המשיבים אינה מידתית.....
- 34.....
- מבחן הקשר הרציונאלי.....
- 34.....
- מבחן הפגיעה הפחותה.....
- 35.....
- מבחן המידתיות במובנה הצר.....
- 35.....
- III. נטל ההוכחה ונטל ההפרכה של הזכאות לרישום.....
- 36.....
- (א) נפקותה הראייתית של הודאה באבהות.....
- 36.....
- (ב) אזרחות ומרשם – נפרדים וכרוכים.....
- 37.....
- (ג) רכישת אזרחות מלידה ורישום הילד.....
- 38.....
- (ד) רישום האב.....
- 41.....
- רישום האב בהודעת לידה.....
- 41.....
- רישום האב במרשם האוכלוסין.....
- 42.....
- IV. הענקת מעמד זמני לילד עד לסיום הבירור.....
- 44.....
- V. מתן תעודת לידה והודעת לידת חי.....
- 45.....
- VI. רישום שם משפחתו של קטין על פי בקשת הוריו.....
- 46.....

הרקע העובדתי: מדיניות משרד הפנים בעניין רישום ילדים

והוריהם

(א) מבוא

1. שלוש נשים הרות מובהלות לחדר הלידה, מלוות על ידי בני זוגן: האחת - אזרחית מדינת ישראל. בן זוגה גם הוא אזרח. השניה - אזרחית ישראל. בן זוגה אינו ישראלי. השלישית - אינה ישראלית. בן זוגה אזרח.

בצאתם את חדר הלידה פונים ההורים המאושרים אל משרד הרישום בבית החולים, לרשום את הפעוט. בני הזוג הראשונים, שניהם אזרחים, מתייצבים בפני הפקיד. בני הזוג אינם נשואים, והפקיד מושיט לגבר לחתימתו טופס "הצהרת אבהות". הגבר חותם על ההצהרה, והפקיד מוסר בידי בני הזוג "הודעת לידת חי". על גבי ההודעה רשום מספר זהותו של הפעוט, ורשומים שמות הוריו. בחלוף זמן מה פונים ההורים ללשכה למינהל אוכלוסין או לסניף הדואר, לרשום את הפעוט במרשם האוכלוסין, ולקבל עבורו תעודת לידה. הילד אזרח והוריו רשומים.

ניגשים בני הזוג - האם אזרחית ישראלית והאב אינו ישראלי - אל הפקיד. הגבר מבקש להצהיר על אבהותו. הפקיד ממאן לקבל את ההצהרה. לאם נמסרת "הודעת לידת חי". על גבי המסמך רשומים מספר הזהות של הפעוט ושמה של האם. שמו של האב אינו רשום. האם תוכל לקבל תעודת לידה, עליה לא יופיע שמו של האב. שם משפחתו של הילד יהיה כשם משפחתה של אימו. הילד אזרח. יש לו אם, אך לדידה של מדינת ישראל אין לו אב.

ניגשים בני הזוג האחרונים אל הפקיד. האם אינה ישראלית והאב אזרח. הפקיד ממאן לקבל הצהרת אבהות מן הגבר. בידי ההורים לא נמסר דבר. הפעוט אינו נרשם, והוריו אינם נרשמים. הילד אינו אזרח. לדידה של מדינת ישראל הילד הוא זר.

2. על פי הנחיות מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, כאשר שני הורי הילוד הם אזרחים ישראלים או כאשר האם אזרחית ישראלית, הילוד יירשם מייד כאזרח ישראלי. ואולם, כאשר האם אזרחית ישראלית והאב זר, אין לקבל הצהרת אבהות, והאב לא יירשם. כאשר האם אזרחית זר והאב אזרח ישראלי, אין לקבל הצהרת אבהות, ולילוד לא תוקנה אזרחות ישראלית.

עניינה של העתירה בהורים אלה, האחד אזרח ישראלי והאחר אינו ישראלי, ובילדם המשותף. במהלך השנים האחרונות הוחמרה מדיניות משרד הפנים ביחס למידת ההוכחה הנדרשת לצורך רישום אבהות ומתן אזרחות לילדים. משרד הפנים מפלה לרעה הורים וילדים אלה לעניין הרישום

במרשם האוכלוסין, וממאן לקבל הצהרות אבהות מאבות ישראלים ומאבות זרים. הילדים והאבות יירשמו רק על בסיס "הוכחות חותכות וחד משמעיות", שמשמעותן הלכה למעשה - פסק דין הצהרתי, המבוסס על בדיקת סיווג רקמות.

3. מדיניותו זו של משרד הפנים פוגעת בכבודן של משפחות אלה, משפילה אותן, ואינה נותנת כל משקל לזכויותיהם של קטינים ולטובתם. היא מערימה קושי כלכלי בדרכן של המשפחות להסדיר את רישומו של האב ושל הילד, ומחייבת את בני המשפחה לעבור בדיקה גנטית שלא לצורך. היא משליכה על שורה של זכויות, הנוגעות לקטינים, ילדים לאם ישראלית ולאב זר, כענייני אפוטרופוסות, מזונות, ירושה, דימוי עצמי וזהות. היא מותירה קטינים, ילדים לאב ישראלי ולאם זרה, הזכאים לאזרחות על פי דין, ללא כל מעמד בישראל, נעדרים זכויות בריאות וזכויות סוציאליות. היא שוללת מן האבות יכולת לבצע פעולות רשמיות בשמם ולטובתם של הילדים.

(ב) העתירה המתוקנת והנהלים בהם היא עוסקת

4. בעקבות הגשת עתירה זו ועתירה קודמת (בג"צ 2222/04) מטעמה של העותרת 4, האגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן – **האגודה לזכויות האזרח או האגודה**), ניסחו המשיבים ביום 12.4.2005 שני נהלים, אשר צורפו לתגובתם לבית המשפט הנכבד מיום 2.5.2005, ועוסקים במדיניות שביסוד העתירות:

(א) נוהל מתן מעמד בישראל לקטינים שנולדו בישראל בדרך של הכרה באבהות (להלן ייקרא – **נוהל מתן מעמד לקטין**);

(ב) נוהל הוספת פרטי אב לקטין תושב ישראל הרשום במרשם האוכלוסין (להלן ייקרא – **נוהל רישום אב**).

על פי החלטת בית המשפט הנכבד מיום 16.10.2005 תתמקד עתירה זו בנהלים אלה ובליקויים שנפלו בהם.

העתק "נוהל מתן מעמד לקטין" מצ"ב ומסומן **ע/1**;
העתק "נוהל רישום אב" מצ"ב ומסומן **ע/2**.

5. נבקש להבהיר כבר בשלב זה, מהי המסגרת הנורמטיבית העומדת ביסוד הניתוח העובדתי: **הקניית מעמד לילדים לאב ישראלי ולאם שאינה ישראלית היא סוגיית מעמד (מעמדו של הילד) ולא סוגיה מרשמית**. רישומו של הילוד במרשם האוכלוסין אך נלווה לקביעת מעמדו (ומכאן, שאף אם נעשה שימוש בעתירה במונח "רישום ילד", הרי שכוונת העותרים הינה להקניית המעמד). מאידך, **רישום אבהותו של אב זר לילדה של אם ישראלית במרשם האוכלוסין הוא סוגיה מרשמית, שאין לה דבר עם מעמדו של הילד**.

(ג) רישום הורים בהודעת לידה

רישום הורים ישראלים בהודעת לידה ובמרשם האוכלוסין

6. כאשר שני ההורים אזרחים ישראלים מתבצע הרישום בשני שלבים; תחילה נרשם הולד ב"הודעת לידת חי" בבית החולים. בהודעה נרשמים שמות שני ההורים, ולולד ניתן מספר זהות. אם ההורים אינם נשואים, האב רשאי להצהיר, כי הוא אביו של הולד. התעודה נשלחת למינהל האוכלוסין והעתקה נמסר להורים. בחלוף זמן מה מתייצבים ההורים בלשכה האזורית למינהל אוכלוסין, ומקבלים לידיהם תעודת לידה. גם בתעודת הלידה נרשמים שמות ההורים. הילד נרשם במרשם האוכלוסין, והרישום מסומן בתעודת הזהות של ההורים (את מרבית השירותים הללו אפשר לקבל כיום גם באמצעות הדואר או במשרד הרישום בבית החולים).

העתק עיקרי המדיניות כפי שמפורסמים באתר האינטרנט של משרד הפנים מצ"ב ומסומן **ע/3**.

7. אם הילד נולד לאם פנויה יכולים שני ההורים להגיע ללשכה, עד למלאות לילד שלוש שנים, ולבקש להכיר באבהות ולתת לילד שם משפחה של אחד ההורים (ר' חוזר משרד הפנים מספר 91/89 מיום 30.10.1989, המובא כלשונו בתמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני, דינים משפחה, א', 509). הלכה למעשה, הצהרת האבהות נמסרת עוד בבית החולים. אם לא נמסרה הצהרת האבהות בבית החולים עומדות לרשות ההורים שלוש שנים כדי לפנות ללשכה לצורך רישום האב. ההורים חותמים על הצהרה, לפיה הובא לידיעתם, שמסירת הודעת אבהות כוזבת מהווה עבירה לפי סעיף 35(ב)(2) לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 שעונשה שלושה חודשי מאסר.

העתק טופס ההכרה באבהות (טופס מר/25) מצ"ב ומסומן **ע/4**.

8. "נוהל רישום אב" (נספח **ע/2**) מתקן מדיניות זו. בסעיף 3.ג. לנוהל נקבע:

"במקרה בו שני ההורים אזרחי ישראל או תושביה והם אינם נשואים – ניתן לרשום את האבהות עפ"י הודעת האב והאם כאחד, בכפוף לסמכותו של פקיד הרישום לדרוש ראיות נוספות במקרים בהם הוא סבור כי יש בכך צורך, הכל בהתאם לס' 19 לחוק מרשם האוכלוסין."

לא ברור מנוסח זה, האם מינהל האוכלוסין עודנו עומד על המצאת פסק דין לאחר שמלאו לילד שלוש שנים (שמא רואה עצמו זכאי לדרוש זאת אף קודם לכן); מהן "הראיות הנוספות" שעל ההורים להמציא; ומהם "המקרים", בהם פקיד הרישום אמור להניח שיש צורך בכך.

נראה, כי שעה שההורים הישראלים אינם נשואים נותן הנוהל החדש לפקיד הרישום בלשכה למינהל אוכלוסין שיקול דעת לדרוש ראיות להוכחת ההורות ככל העולה על רוחו. מדובר ללא ספק בהסדר בלתי ראוי, ואולם הסדר זה אינו מעניינה של עתירה זו. לאגודה לזכויות האזרח לא ידוע, לעת עתה, על קושי מעשי ברישום הורותם של אבות ישראלים לילדיהן של אמהות ישראליות.

רישום הורה ישראלי והורה זר בהודעת הלידה

9. ביום 17.7.2002 הנחה הממונה על מעקב ופיקוח במינהל האוכלוסין את בתי החולים בישראל בעניין "הודעות לידת חי" כדלקמן: כאשר אם היא אזרחית ישראלית או תושבת קבע, יש להעניק ליילוד מספר זהות ישראלי. עם זאת, אין לקבל הצהרת אבהות כאשר שני ההורים תיירים או עובדים זרים, וכן כאשר האם היא אזרחית ישראלית או תושבת ישראל והאב הינו זר. הנחיה דומה הועברה בעניין רישום הצהרת אבהות של אב ישראלי לילדה של אם זרה.

העתק הנחיית הממונה על מעקב ופיקוח במינהל האוכלוסין לבתי החולים מצ"ב ומסומן **5/ע**; העתק מכתב מנהל שירותי מיון ואשפוז במרכז הרפואי תל-אביב ע"ש סוראסקי לאגודה מצ"ב ומסומן **6/ע**.

10. הלכה למעשה אם האם היא אזרחית ישראלית תינתן בידה "הודעת לידת חי" ללא רישומו של האב. אם האם היא אזרחית זרה, יש שלא תינתן בידה הודעה כלל, או שתינתן בידה הודעה ללא פרטי האב.

11. בתגובה מטעם המשיבים לבית משפט נכבד זה מיום 2.5.2005 ובנהלים מיום 12.4.2005 שצורפו לה (נספחים **1/ע** ו-**2/ע**) צויין, כי בתי החולים יונחו לרשום את הצהרות ההורים, תוך שמובהר כי משקלה של ההצהרה אינו כרישום הפרטים במרשם. בסעיף 4 לכל אחד מן הנהלים נקבע, כי יש לרענן את ההנחיות לבתי החולים בנוגע למילוי טופס הודעת לידת חי, ולהבהיר, כי עליהם לקבל את כל הפרטים הנמסרים להם על ידי "הטוענים להיות הורי הילוד".

אף על פי כן, למיטב ידיעת האגודה, עד כה לא השתנתה ההנחייה לבתי החולים, והם עודם ממאנים לרשום הצהרתם של אבות, שעה שאחד ההורים אינו ישראלי.

העתק הודעת לידה מיום 7.7.2005 מבית החולים "וולפסון" בחולון, בה נרשמה האם הזרה בלבד (חרף הצהרת האב, מר ט' א', אזרח ישראל, ת"ז ..., כי הוא האב) מצ"ב ומסומן **7/ע**. בעקבות סירוב בית החולים לרושמו פנה האב לבית משפט השלום בראשון לציון והצהיר כי הוא האב. העתק תצהירו מצורף;

העתק הודעת לידה מיום 13.9.2005 מבית החולים "אסף הרופא" בצריפין, בה נרשמה האם הזרה בלבד (חרף הצהרת האב, מר ש' מ', אזרח ישראל, ת"ז ..., כי הוא האב) מצ"ב ומסומן **ע/8**. במקום לרשום את שמו של האב צירף בית החולים להודעת הלידה את צילום דרכונה של האם ותעודת הזהות של האב. העתק הצילום מצורף.

(ד) הקניית מעמד לילד לאב ישראלי ולאם זרה

12. סוגיית הקניית אזרחות ישראלית לילד שאביו ישראלי ואימו זרה מעסיקה את משרד הפנים מזה שנים רבות. המדיניות בעניין זה ידעה תהפוכות, ובשנים האחרונות הוחמרה מאוד.

13. בשנת 1976 ניתנה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין "אזרחות ילד שנולד לפני הנישואים או מחוצה להם" (הנחייה מס' 21.007 מיום 1.8.1976). ההנחיה קובעת באופן חד משמעי, כי כל ילד שנולד לאב ישראלי זכאי לאזרחות ישראלית מלידה, בין שהיו הוריו נשואים זה לזה ובין שלא היו נשואים. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בוטלה, משום מה, במהלך השנים.

העתק הנחיית היועץ המשפטי לממשלה מצ"ב ומסומן **ע/9**.

14. בשנת 1998 פרסם מינהל האוכלוסין "נוהל רישום ילודים שנולדו להורים בעלי מעמד שונה, וקביעת מעמדם", המופנה אל לשכות מינהל האוכלוסין. על פי סעיף 3.3.1 לנוהל, אם האם תיירת והאב אזרח ישראלי, וההורים נשואים ביניהם, יש להקצות לילוד מספר זהות ולרשום אותו במרשם האוכלוסין. ברם, אם ההורים אינם נשואים ביניהם יש לברר תחילה אם לא מדובר בהורות פיקטיבית. ההנחיה מפנה לסעיף 3.2.1, הקובע את אופן הבירור: יש להזמין את ההורים ללשכה ולתשאל אותם. אם משתכנע הפקיד שהאבהות אמיתית – יש להקצות לילוד מספר זהות ולרשום אותו במרשם האוכלוסין. הנוהל אינו מפרט מהן הראיות, שעל בסיסן אמור פקיד הרישום להשתכנע, כי האבהות אמיתית.

העתק הנוהל מצ"ב ומסומן **ע/10**.

15. מאז שנת 1999 שבה ופנתה האגודה לזכויות האזרח למשרד הפנים ולמשרד המשפטים בעניין מקרים שונים של הקניית מעמד לילדים לאזרחים ישראלים ולנשים שאינן ישראליות. בין היתר ביקשה האגודה לברר, אלו בדיקות נערכות בטרם הרישום במרשם כאשר אבי הילוד הינו אזרח ואימו אינה אזרחית; מהן הראיות שיש להביא בפני הפקיד; כמה זמן נמשכות הבדיקות; מה מעמדו של הילד בעת הבדיקות; והאם הבדיקות נערכות בכל מקרה או רק כאשר מתעורר חשד, שהאזרח אינו אביו של הילד. בתשובה לשאלות האגודה השיב משרד הפנים, כי כל מקרה נבחן לגופו, על פי שיקול דעתו ומיומנתו של הפקיד המטפל. אך לעתים נדירות, כך נטען, "מאפשר

משרד הפנים בדיקת רקמות", כדי להוכיח את טענת ההורים. עוד נטען, כי בתקופת הביניים מקבל הילוד מעמד זמני.

העתק מכתב האגודה מיום 18.3.1999 מצ"ב ומסומן **ע/11**.
העתק מכתב הממונה על מרשם ודרכונים במשרד הפנים מיום 2.5.1999 מצ"ב ומסומן **ע/12**.

16. סוגיית הקניית מעמד לילדים עלתה גם במסגרת ישיבות הוועדה לקידום מעמד הילד בכנסת בין השנים 2000 – 2001. אף שם הצהירו נציגי משרד הפנים, כי כל מקרה נבחן לגופו (על יסוד "שיחה" או "תשאול"), ומשרד הפנים אינו דורש בדיקת רקמות.

ר' פרוטוקול ישיבת הוועדה מיום 12.12.2000:
<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/yeled/2000-12-12.html>

ופרוטוקול ישיבת הוועדה מיום 3.4.2001:
<http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/yeled/2001-04-03.html>

17. הצהרות לחוד ומעשים לחוד. לאגודה לזכויות האזרח החלו מגיעות פניות רבות של אזרחים ישראלים, להם מערכות יחסים זוגית עם נשים שאינן אזרחיות ישראל, אשר בקשותיהם להקנות מעמד לילדיהם ולרשום אותם נדחו. הילדים לא נרשמו ואף לא ניתן להם מעמד זמני עד לבירור הבקשה. "שיחה", "תשאול" ו"הצהרה" התחלפו בדרישה בלתי משתמעת להמצאת "ראיות חותכות וחד משמעיות", ולחלופין להמצאת פסק דין הצהרתי, קרי - לעריכת בדיקה גנטית. לא דובר עוד כלל ברצונם של ההורים לערוך בדיקה. בין השנים 2002 - 2004 פנתה האגודה לזכויות האזרח מספר רב של פעמים למשרד הפנים בעניין מקרים נוספים של הקניית מעמד לילדים לאזרחים ישראלים ולאמהות זרות. פירוט התכתובת במלואה תואר בעתירה המקורית, והעתק התכתובת אף צורף לה. מפאת קוצר היריעה לא נשוב על תיאור המקרים.

לדוגמה אחת מני רבות, הממחישה באופן בוטה את ההשלכות הקשות של מדיניות המשיבים ואת הנזקים החמורים הנגרמים בעטייה, ר' סיפורם של בני הזוג מ'. העתק תצהירו של מר מ' מצ"ב ומסומן **ע/13**.

18. בתשובותיו לפניות האגודה גרס משרד הפנים, כי הוא עורך הבחנה בין הורים נשואים להורים שאינם נשואים, לעניין "חזקת ההורות" והקניית המעמד לילוד, וכי בשעה שההורים אינם נשואים, נדרשות "הוכחות חותכות וחד משמעיות" להוכחת ההורות. משרד הפנים לא הבהיר מהן אותן "הוכחות חותכות וחד משמעיות". כאמור, הפונים אל הלשכות לא נדרשו להמציא פחות מפקס דין הצהרתי.

ר' מכתבה של עו"ד גלית לביא ממשרד הפנים מיום 30.3.2003 המצ"ב ומסומן **ע/14**.

19. לאחר הגשת העתירה בבג"צ 2222/04 בחודש מרץ 2004 (סעדים א' – ד', המבוקשים בעתירה זו נתבקשו גם בבג"צ 2222/04) הודה משרד הפנים לראשונה, כי "הוכחות חותכות וחד משמעיות" אינן אלא דרישה להוכחה גנטית. זאת ועוד, עמדת משרד הפנים בעניין זה גובשה בשיתוף משרד המשפטים, וזאת באשר יש לה השלכות "גם לעניין הילודה במגזר הבדווני, על כל המשתמע מכך".

ר' מכתביה של עו"ד לביא מיום 5.7.2004 ומיום 1.10.2004 בעניין רישומה של העותרת 3 המצ"ב ומסומנים 15/ע ו- 16/ע.

20. ואולם לא רק אזרחים ותושבים בדווים נפגעים מן המדיניות. משרד הפנים ממאן להכיר באבהות בין היתר מתוך חשש, שאימהות זרות לילדים ישראלים, תבקשנה לרכוש מעמד בישראל בשל הורותן לאותם ילדים (ולא בשל יחסייהן הזוגיים עם אזרח ישראלי).

ר' בעניין זה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובאה בפני בית המשפט לענייני משפחה ביום 24.6.2004 בתמ"ש (תל-אביב) 25920/04. היועץ המשפטי לממשלה התנגד לעריכת בדיקה גנטית לבדיקת אבהותו של אב ישראלי לעובר של אם זרה, מן הטעם שכאשר מדובר בבן זוג זר "יש לו אינטרסים נוספים ברישום האבהות". העתק עמדת ב"כ היועץ המשפטי לממשלה והעתק החלטת בית המשפט מצ"ב ומסומנים 17/ע.

נוהל מתן מעמד לקטין

21. "נוהל מתן מעמד לקטין" (נספח 1/ע), שבמרכזה של עתירה זו, אינו מרפא את הקשיים, העומדים בפני בני זוג, אב ישראלי ואם שאינה ישראלית, המבקשים להקנות מעמד לילדם, ומקדם אותן תכליות זרות, עליהן הצבענו, ואף תכליות זרות ומפלות אחרות. למעשה, הנוהל אינו אלא חזרה למדיניות העמומה שהוצגה משך מספר שנים, עובר להודאתו המפורשת של משרד הפנים, כי הוא מחייב עריכתה של בדיקה גנטית לשם הקניית מעמד לבנו של אב ישראלי. לכאורה, משרד הפנים אינו דורש עוד הוכחה גנטית באופן אוטומטי, אלא מבקש "ראיות אובייקטיביות מספיקות" להורות, ואולם מה שהיה הוא שיהיה; טיבן של אותן "ראיות אובייקטיביות מספיקות" אינו ידוע ואינו מפורש, והתוצאה אחת היא – לאחר נסיון כושל להוכיח את הורותם בפני פקיד הלשכה למינהל אוכלוסין יופנו ההורים לבדיקה גנטית.

22. ניטול עימנו אבות ישראלים ואימהות שאינן ישראליות, ניטול אף את ילדיהם הפעוטים, ונצא לתעות בנבכיו של הנוהל. יעדו של המסע: הקניית מעמד לילד לאב ישראלי ולאם שאינה ישראלית, שלא על דרך של בדיקה גנטית. בדרכנו נעצור במספר תחנות. תחילה נידרש לצלוח את תנאי הסף להשתתפות במסע. כפי שנראה להלן, תנאי הסף כוללים דרישות בלתי עבירות עבור אימהות רבות, דרישות אשר אינן ענייניות כלל לשאלת בירור ההורות. נותר מאחור אימהות

אלה, ונמשיך בדרכנו. בתחנה הבאה נאלץ להתמודד עם הסדרת מעמדה של האם בישראל. כפי שנראה בעניין זה, אף שלהסדרת מעמדה של האם אין דבר עם הסדרת מעמדו של הקטין, גם בתחנה זו נאלץ להותיר אימהות רבות, שאינן יכולות (או אינן מבקשות כלל) להסדיר את מעמדן בישראל. משם נמשיך עם האבות והאימהות שנתרו עימנו אל פקיד הרישום. אצל פקיד הרישום, ללא קווים מנחים כיצד עליו (ועלינו) לפעול, נשתדל כמיטב יכולתנו. נציג לו כל ראייה שעולה בדעתנו להוכחת הורותינו. ירצה – יקבל את ראיותינו. לא ירצה – יידחה אותנו, על דרך הסתם, וישיבנו אל ראשית הדרך, להצטרף אל אלה שנשארו על הסף.

נצא לדרך החתחתים ונעמוד על הליקויים שנפלו בנוהל, ועל המנגנונים המפלים הטבועים בו.

23. הנוהל מונה מספר **תנאי סף** (סעיפים 1 ו-2 לנוהל) שעל ההורים לעמוד בהם. **הורים שאינם עומדים בתנאי הסף יידרשו להמציא פסק דין המבוסס על בדיקת רקמות** (סעיף 3.ו. לנוהל). להלן תנאי הסף:

א. **הנוהל חל רק על ילדים שנולדו בישראל** (סעיף 1 לנוהל). די בכך שילד נולד מחוץ לישראל, על מנת שהנוהל לא יחול עליו והורותו של האב לא תוכר. בעניין זה אין צורך להרחיק לכת למדינות נוכריות – ילד יכול להיוולד בשטחי הגדה המערבית לאב אזרחי ישראל ולאם תושבת השטחים, על מנת שהנוהל לא יחול עליו, והורותו של האב לא תוכר. כפי שנראה להלן, הנוהל טומן בחובו מנגנונים נוספים, המקשים על רישום ילדים לאימהות תושבות השטחים.

על הנוהל לחול באופן שוויוני על ילדיהם של אזרחים ותושבים שנולדו בישראל ומחוץ לישראל, כל עוד הם זכאים על פי דין לאזרחות או לתושבות ישראלית מלידתם.

ב. **על מנת להגיש בקשה נדרשת נוכחות אישית של הטוען לאבהות ושל האם** (סעיף 2.א. לנוהל). אי אפשר לעמוד בדרישה זו אם האם אינה רשאית להיכנס לישראל ולשהות בה. כך, למשל, אם האם היא תושבת השטחים, היא עלולה שלא לקבל היתר להיכנס לישראל ולשהות בה לצורך הסדרת מעמדו של ילדה, שהוא בן לאב ישראלי, ודאי וודאי אם היא אינה עומדת בתנאים החריגים, הקבועים בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003. אין לקשור בין אפשרות הכניסה של האם לישראל, לבין הסדרת מעמדו של ילד, הזכאי מכוח אביו, למעמד בישראל.

אפשר לדרוש נוכחות של האב ושל האם, רק אם אפשר להבטיח שהאם תהא רשאית להיכנס לישראל ולשהות בה, לפחות לצורך הגשת הבקשה. בהעדר אפשרות כזו, יש לקיים מנגנון חלופי, שיאפשר קבלת הבקשה מן האב הישראלי והצהרה בכתב מן האם.

ג. **על האם להחזיק מסמך מזהה רשמי** (סעיף 2.ב. לנוהל). דרישה זו מוציאה מגדר האפשרות להגיש בקשה להסדיר את מעמדו של הילד אימהות חסרות מעמד, ובעיקר – נשים בדויות. רבות מבין תושבות הנגב הבדויות, הנישאות לאזרחים ולתושבים בדוים, אינן מחזיקות במסמכים מזהים. הן מחוסרות אזרחות מלידתן, אין רישום על לידתן והן אינן מחזיקות בתיעוד מזהה. התוצאה היא שעל מנת להקנות מעמד לילדיהן של נשים בדויות חסרות מעמד, שנולדו להן מבני זוגן הישראלים, יש לפנות לבית המשפט לענייני משפחה ולהוכיח את ההורות המשותפת באמצעות בדיקת רקמות.

על הנוהל לקבוע, כי אימהות חסרות מעמד ותיעוד מזהה, תוכלנה לזהות עצמן בפני פקידי משרד הפנים באמצעות קרוביהן ומכריהן לצורך הקניית מעמד לילדיהן.

ד. **המסמך המזהה שבידי האם צריך להיות תקף** (סעיף 2.ב. לנוהל). דרישה זו זרה לתכלית ההסדר, ככל שכל מטרתו היא לברר את הורותם המשותפת של ההורים, והיא מערימה קושי בלתי סביר. במסגרת התדיינות אחרת המתנהלת בבית משפט נכבד זה, בעניין דרישתו של משרד הפנים, כי מבקשי מעמד בישראל יחזיקו במסמכי נסיעה תקפים כתנאי להסדרת מעמדם בארץ, אף אם הם מתקשים להשיגם (בג"צ 1114/05), הסביר משרד הפנים, כי תכלית הדרישה היא להבטיח, שאם תידחה הבקשה להסדיר את מעמדם של המבקשים בישראל, או הליך הסדרת מעמדם יופסק מטעם כלשהו, לא תתקשה מדינת ישראל להרחיקם לארצם.

העתקי העמודים הרלוונטים מתשובת המדינה לעתירה בבג"צ 1114/05 מצ"ב ומסומנים **ע/18**.

בין בעלי הדין באותו עניין נטושה מחלוקת בשאלה, האם תכלית זו סבירה ומידתית שעה שמדובר במבקשים, שמתקשים להשיג מסמכי נסיעה ממדינותיהם, והעתירה עודנה תלויה ועומדת. ואולם, תכלית זו אינה מידתית, ודאי אינה עניינית, שעה שמדובר בהקניית מעמד לילדים; אין לעניין הרחקתה של האם מישראל דבר עם רישום ילדיה, שהם צאצאים לאב ישראלי. ככל שהמסמך המזהה נועד לזהות את האם הזרה, ודאי שאין כל חשיבות האם מדובר בדרכון שפג תוקפו.

המצאת דרכון חדש ובר-תוקף היא לא פעם משימה מורכבת ויקרה עד מאוד. ישנם הורים, שמוצאם במדינות שאין להן נציגות דיפלומטית בישראל (קזחסטן, למשל). ישנם הורים אחרים, שהנציגות הדיפלומטית של מדינתם אינה מסייעת לאזרחיה השוהים בישראל לחדש את תוקף דרכוניהם (אוקראינה, למשל). גם תושבי השטחים הפלסטינים נדרשים להמציא דרכון פלסטיני בר-תוקף, אף שדרכון בר-תוקף אינו תנאי למעבר מן השטחים לישראל ובחזרה. בשל המצב בשטחים ומצבה של הרשות הפלסטינית, קשה מאוד לקבל דרכון פלסטיני.

אין לדרוש, כי המסמך המזהה שבידי האם יהיה מסמך נסיעה דווקא, ואין לדרוש כי יהיה מסמך תקף, כתנאי להקניית מעמד לילד.

ה. **על האם להציג אשרת כניסה באמצעותה נכנסה לישראל (סעיף 2.ג. לנוהל).** גם לדרישה זו אין דבר עם הוכחת הורות משותפת. השאלה האם נכנסה האם לישראל כדין, כמו גם השאלה האם היא יכולה להמציא את מסמך הנסיעה, עימו נכנסה לישראל, ועליו הוטבעה אשרת הכניסה, אינן רלוונטיות לעניין ההורות. מי שתופלנה לרעה מדרישה זו הן בעיקר אימהות בדוויות חסרות תיעוד ומעמד, שכאמור לא תוכלנה להציג אשרת כניסה לישראל, ואימהות פלסטיניות, שנכנסו לישראל ואולי אף שוהות בישראל שלא כדין (בעיקר בשל הוראות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, שאינן מאפשרות כניסתן לישראל ושהייתן בה). מדובר בעניין הזר להורות, ודאי זר לזכותו של הילד לרכוש מעמד בישראל על פי דין. אין לחייב את ההורים בעריכת בדיקה גנטית רק משום שהאם נכנסה לישראל שלא כדין.

אין לדרוש הצגת אשרת כניסה באמצעותה נכנסה האם לישראל.

ו. **על הבקשה למעמד להיות מוגשת בתוך 3 חודשים ממועד הלידה (סעיף 2.ד. לנוהל).** ככלל, טובת הקטין דורשת שהבקשה תוגש סמוך לאחר הלידה, ושמעמדו יוסדר בהקדם האפשרי. אלא שהתנהלותו הפתולוגית של משרד הפנים בעניינים של הסדרת מעמד אינה מאפשרת טיפול בבקשות בפרק זמן קצר שכזה. בקשות להסדרת מעמד מטופלות במחלקות האשרות בלשכות למינהל האוכלוסין. על מנת לזכות לשירות במחלקת האשרות במרבית הלשכות יש לתאם מועד לפגישה מראש רק באמצעות הטלפון, ובשעות מסוימות בלבד*. מועד הפגישה שנקבע הוא, על פי רוב, בחלוף מספר שבועות. בפגישה ניתנת למבקשים רשימת מסמכים, שעליהם להמציא. מאחר שמשרד הפנים קושר בין מעמדה של האם בישראל למעמדו של הקטין, כפי שיובהר בהמשך, ייתכן שחלק מן המסמכים הם מסמכים שיש להמציא ממדינת המוצא של האם, ואשר השגתם אורכת זמן (כגון: תעודת יושר, תעודת רווקות וכו'). לאחר שהמבקשים השלימו את איסוף כל המסמכים עליהם לשוב ללשכה (במועד חדש שנקבע לשם כך – שוב באמצעות הטלפון). לעתים יידרשו המבקשים להמציא מסמכים נוספים, ויהיה עליהם לשוב ללשכה במועד אחר, לאחר תיאום תיאום מראש, כמובן.

* לצורך הדוגמה: בלשכה למינהל אוכלוסין בחיפה אפשר לנסות לתאם פגישה בין השעות 13:30 – 15:30 בלבד (בטלפון: 8633349 - 04); כך גם בלשכה ברמת-גן (בטלפון: 6759200 - 03); בלשכה בפתח-תקווה – בין השעות 13:00 – 14:30 (בטלפון: 9123210 - 03); ובלשכה בחדרה משך שעה ביום בלבד בין השעות 14:00 – 15:00 (בטלפון: 6302106 - 04).

משרד הפנים רשאי לדרוש, כי ההורים ייתייצבו בלשכה סמוך לאחר הלידה, ואולם זאת רק אם יצליח להבטיח, כי ההורים יתקבלו בלשכה ובקשתם תטופל במועד הגעתם אליה, ללא צורך בתיאום מוקדם (כפי שהוא נוהג בשני הורים ישראלים), וללא שיקשור בין הסדרת מעמדה של האם להסדרת מעמדו של הילוד.

24. אם האם עומדת בתנאי הסף – וכאמור אימהות רבות ובהן אימהות בדוויות ואימהות פלסטיניות אינן עומדות בתנאים – יוכלו ההורים לבקש להכיר בהורותם. ואולם, לצורך כך על ההורים לבקש, כי מעמדה של האם בישראל יוסדר. הנוהל קושר בין מעמדה של האם לבין מעמדו של הילוד. ילדה של אם, שאינה נמצאת בעיצומו של הליך להסדרת מעמדה בישראל (סעיפים 3.א., 3.ב. ו-3.ג. לנוהל), או אינה מבקשת להסדיר את מעמדה בישראל (סעיף 3.ד. לנוהל), לא יוכר כבנו של אזרח או תושב ישראלי, ולא ירכוש מעמד בישראל, אלא בדרך של בדיקה גנטית (סעיף 3.ו. לנוהל). משרד הפנים אינו נותן משקל לכך שמעמדו של ילד לאב ישראלי הוא מעמד עצמאי, היונק אך ורק ממעמדו של האב, ואינו קשור למעמדה של האם בישראל.

ראשית, ייתכנו מקרים בהם האם כלל אינה מבקשת לרכוש מעמד בישראל. לא ברור מדוע במקרה שכזה לא יכול ילדו של אב ישראלי לרכוש מעמד בישראל, לו הוא זכאי על פי דין, ללא הוכחת ההורות באמצעות בדיקה גנטית.

שנית, אפילו האם מבקשת לרכוש מעמד בישראל, הרי שמדובר בהליך מורכב ומסורבל. כאמור, על ההורים לקבוע תור מבעוד מועד, להמציא מסמכים שונים, ולעמוד בשורה של דרישות. בני זוג שאינם עומדים בדרישות, בין היתר משום שכשלו להמציא מסמכים שונים (משום שאי אפשר להשיגם כלל, או אי אפשר להשיגם בארץ או שעלות השגתם גבוהה), אינם יכולים להתחיל בהליך. כן עליהם לשלם אגרה גבוהה בעד הטיפול בבקשתם (סך 1,325 ₪ עבור בקשה להתאזרחות, וממנו סך 750 ₪ במועד הגשת הבקשה (פרט 5 לתוספת לתקנות האזרחות, התשכ"ט-1968); או סך 2,325 ₪ עבור בקשה לרישיון לישיבת קבע, וממנו סך 1,325 ₪ במועד הגשת הבקשה (פרט 6א לחלק א' לתוספת לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974)). בדיקת הבקשה אורכת חודשים ארוכים. גם משום כך, אין לקשור בין ההליך המודרג להסדרת מעמדם של בני זוג להליך הקניית מעמד לילד.

שלישית, אפילו האם מבקשת לרכוש מעמד בישראל ייתכנו מקרים, בהם היא אינה יכולה לעשות כן:

א. נשים פלסטיניות, שאינן עומדות בתנאים החריגים שנקבעו בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, אינן יכולות להסדיר את מעמדן בישראל. על פי הנוהל, על מנת שילדיהן, שנולדו לאבות ישראלים, ירכשו מעמד, עליהן להקדים לכך בקשת

סרק להסדיר את מעמדן בישראל. בהנחה שהפקידים יסכימו לקבל את הבקשה, על ההורים לשלם אגרה בשיעור של מאות שקלים חדשים, כתנאי לפתיחת התיק במשרד הפנים, וכל זאת בשעה שידוע לכל שהבקשה תידחה על פי החוק.

ב. אם ההורים אינם נשואים, אלא ידועים בציבור, משרד הפנים לא ימהר להחיל עליהם את ההליך המדורג. ראשית, **אם האם שוהה בישראל שלא כדין ידרוש משרד הפנים את יציאתה של האם מישראל כתנאי לטיפול בבקשה להסדרת מעמדה כבת זוג ידועה בציבור של אזרח או תושב ישראלי**, ולצורך חזרתה לישראל יידרוש הפקדת ערבות בשיעור 15,000 ₪. חוקיות מדיניות זו נדונה בבית המשפט לעניינים מינהליים והיא עומדת בימים להכרעת בית המשפט העליון (עע"מ 4614/05). אכן, מדיניות זו שאינה מידתית ביחס לבני הזוג, ודאי וודאי אינה מידתית, שעה שהיא הופכת קשורה להקניית מעמד בישראל לילד, שזכאי למעמדו על פי דין. ואולם בפועל, משרד הפנים נוהג על פיה. שנית, **אם האב עודנו נשוי לאחרת, ייסרב משרד הפנים להחיל על בני הזוג את ההליך המודרג להסדרת מעמדה של האם**. משרד הפנים מוכן להחיל את הנוהל להסדרת מעמדם של בני זוג ידועים בציבור, רק בשעה שכן הזוג ישראלי פנוי. בית המשפט לעניינים מינהליים פסק זה מכבר שמדיניות זו אסורה (עת"מ (חיפה) 1223/03). אף על פי כן, משרד הפנים ממשיך לנהוג על פיה.

העתק "נוהל ידועים בציבור" מצ"ב ומסומן ע/19.

ג. **אם ההורים אינם נשואים, אך גם אינם ידועים בציבור, לא יוכלו להסדיר את מעמדה של האם בישראל**. במקרים בהם מקיימים ההורים קשר רומנטי ביניהם, אך אינם חולקים משק בית משותף, אין כל אפשרות להסדיר את מעמדה של האם בישראל. אף על פי כן, ייתכן בהחלט, שבני הזוג יכולים להמציא הוכחות להורותם המשותפת (העתק בדיקות רפואיות לזיהוי מחלות גנטיות, שנערכו לאב ולאם בתקופת ההריון; הצהרות מטעם גורמים רפואיים שליוו את מהלך ההריון ואת הלידה, והיו עדים לקשר; נוכחות של האב בחדר הלידה; רישומו בהודעת הלידה; וכו'). חרף ראיות אלה, לא יוכלו ההורים להקנות מעמד לילדם על פי הנוהל, שכן קשר רומנטי לבדו אינו מספיק על מנת להקנות לאם מעמד בישראל.

ד. **אם ההורים נשואים בנישואין, המהווים עבירה על פי חוק העונשין, התשל"ז-1977** (נישואין ביגמיים או פוליגמיים) **הם אינם יכולים להסדיר את מעמדה של האם, והנוהל קובע במפורש** (במסגרת הערה בין סעיף 3.ב. לבין סעיף 3.ג.) **שהם שאינם יכולים להסדיר את מעמדו של הילד, אלא על ידי בדיקה גנטית** (סעיף 3.ו. לנוהל). על פי הדין, משרד הפנים אינו מסדיר מעמדם של בני זוג שנישאו בנישואי ביגמיה. ואולם, ברי לכל, שאין כל קשר בין אי חוקיותם של הנישואין לבין ההורות. ככל שנישואין מספקים, לדידו של משרד הפנים, הוכחה להורות משותפת, הרי שאין כל חשיבות לשאלה האם הנישואין מהווים עבירה על החוק. הילד

זכאי למעמדו של אביו, גם אם אביו נשוי למספר נשים, ומשרד הפנים ממילא יקנה לו את מעמדו, אם הוריו יוכיחו את הורתם באמצעות בדיקה גנטית. יוצא, שבשל נישואי הביגמיה נענש הילד על לא עוול בכפו בהעדר מעמד, עד שהוריו יוכיחו את הורותם באמצעות בדיקה גנטית. וכי במה חטא הילד?

אין לקשור בין הסדרת מעמדה של האם לבין הסדרת מעמדו של הילוד. מעמדו של הילד הוא מעמד עצמאי, היונק אך ורק ממעמדו של האב, ואינו קשור למעמדה של האם בישראל, או לכשרות הקשר בין ההורים. אכן, ככל שהוגשה בקשה להסדיר את מעמדה של האם בישראל אפשר להסתמך עליה כדי ללמוד על הקשר בין ההורים, ואין צורך בבקשה מיוחדת להקניית מעמד לילד המשותף; בשעה שההורים מוכרים למשרד הפנים, משום שהגישו בקשה להסדרת מעמדה של האם והמציאו מסמכים להוכחת חייהם המשותפים, די בהצהרת הורות משותפת כדי להקנות מעמד לילדם. ואולם, ככל שההורים אינם מעוניינים או אינם יכולים להגיש בקשה כאמור, אין לקשור בין מעמדה של האם בישראל לבין מעמדו של הילד.

25. זאת ועוד, בהסתמכו על בקשות להקניית מעמד שהוגשו על ידי ההורים, לצורך הוכחת הקשר ההורי, אין כל מקום שמשרד הפנים יבחין בין הורים על פי מועד הוריית הילד. הנוהל קובע, כי אבות ואימהות שצלחו את תנאי הסף, והחלו בהליך להסדרת מעמדה של האם **טרם הוריית הילד**, יזכו שלילדם יוקנה מעמד (סעיפים 3.א., 3.ב. ו-3.ג. לנוהל). הורים שהחלו בהליך לאחר הוריית הילד (אף במהלך חודשי ההריון), נדרשים לשכנע את פקיד הרישום בדבר הורותם המשותפת, ואם זה לא השתכנע – הוא רשאי לדרוש הוכחה גנטית להורות (סעיפים 3.ד. ו-3.ה. לנוהל). היחס הפונקציונאלי, שמבקש משרד הפנים למצוא, בין מועד הוריית הילד לבין מועד התחלת ההליך אינו ברור כלל ועיקר. הורים רבים מחליטים למסד את זוגיותם בעקבות הריון. האם שונים הורים שכאלה, שפנו למשרד הפנים במהלך חודשי ההריון בבקשה להסדיר את מעמדה של האם, והמציאו ראיות לחייהם המשותפים, מהורים שפנו למשרד הפנים טרם תחילת ההריון?

26. סעיפים 3.ד. ו-3.ה. הם לב ליבו של הנוהל. **הורים שעמדו בתנאי הסף, והגישו בקשה להסדרת מעמדה של האם לאחר הוריית ילדם (או לא הגישו מסמכים מספקים), נדרשים להמציא לפקיד הרישום:**

“ראיות אובייקטיביות לגבי קיום תא משפחתי טרם להוריית הקטין. אם השתכנע הפקיד המוסמך לטפל בבקשה לקבלת המעמד של הקטין – יעניק לקטין מעמד בישראל בהתאם למעמד האב... בכל המקרים בהם נדרשו ראיות כאמור לעיל ולא סופקו ראיות מספיקות או שהתעורר חשד ביחס לאמינותן – ידרשו המבקשים להצטייד בפסק דין הקובע את האבהות. ככלל, ב"כ משרד הפנים בנסיבות כאמור, ידרוש הוכחת האבהות בדרך של בדיקה גנטית.”

מהן אותן ראיות אובייקטיביות מספיקות לגבי קיום תא משפחתי? כיצד ישתכנע הפקיד? הנוהל אינו מפרש, ומותיר את הבדיקה לשרירות ליבו של הפקיד המטפל. שרירות זו תוצאתה אחת – בהעדר קריטריונים להוכחת ההורות, יתבקשו ההורים להמציא עוד ועוד ראיות להוכחת הורותם המשותפת, ובסופו של יום ידרשו להמציא פסק דין הצהרתי, המבוסס על בדיקת רקמות.

27. המציאות מלמדת שאלה הם פני הדברים. כך היה בעניינם של העותרים 1 – 3 כאן, שהסתבכו בהמצאת מסמכים חסרת תוחלת, עד שנדרשו להמציא הוכחה גנטית להורותם, וכך קורה גם בימים אלה, להורים שהנוהל החדש אמור לחול עליהם*.

כך למשל ארע לבני הזוג מ', שבתם מ' נולדה ביום 10.9.2005. בני הזוג טופלו על פי הנוהל החדש, ואף שהחלו בהליך המדורג להסדרת מעמדה של גב' מ' במהלך חודשי ההריון, בטרם נולדה בתם, והמציאו ללשכה למינהל אוכלוסין, לבקשתה, הוכחות לחייהם המשותפים, לא הוכרה הורותם המשותפת. הם הופנו לבית המשפט לענייני משפחה להמצאת פסק דין הצהרתי המבוסס על בדיקת רקמות. כך, על דרך הסתם, רק משום שפנו למשרד הפנים בבקשה להסדיר את מעמדה של גב' מ' לאחר שהרתה לבן זוגה, וזאת, כדברי הלשכה, "על פי הנהל".

העתק תצהירו המפורט של מר מ' על צרופותיו, שניתן בתמיכה לעתירה זו, מצ"ב ומסומן ע/20.

28. משרד הפנים אינו רשאי לנקוט בצופן "ראיות אובייקטיביות מספיקות" או "הוכחות חותכות וחד משמעיות", להשאירו סתום, ולשלוח את ההורים ב"לך ושוב" חסר תוחלת על מנת שישובו וימציאו ראיות, שטיבן אינו ידוע. על משרד הפנים לגבש דרישה אחידה של מסמכים, ולדאוג לפרסום נאות שלה למען אחידות הקריטריונים ופישוט ההליך.

בניגוד לרכישת אזרחות מכוח נישואין, אז נחוצים המסמכים על מנת להוכיח כנות נישואין ומרכז חיים בישראל, ועל כן יש להמציאם מזמן לזמן, הרי עניין מעמדו של הילד אינו מוכרע על יסוד שאלות אלה, וההכרעה בו נדרשת תכופ לאחור לידתו. על משרד הפנים להנחות את בתי החולים להפנות את ההורים אל הלשכה למינהל אוכלוסין לאחר שתימסר להם רשימה של מסמכים, שעליהם להמציא. מאחר שעסקינן בטובתם של פעוטות, בדיני נפשות ממש, על הלשכה למינהל אוכלוסין לקבל את ההורים בהקדם האפשרי תכופ לאחור הלידה. ההורים ישובו ויצהירו בפני פקיד הרישום אודות הורותם המשותפת, ישאלו אודות הקשר ביניהם, ויצגו בפניו, אם יתעורר

* למיטב ידיעת האגודה, הנוהל פורסם ביום 10.8.2005, ואפשר למוצאו גם באתר האינטרנט של משרד הפנים. הפקידים בלשכות מינהל האוכלוסין אמורים לפעול על פיו.

צורך בכך, את המסמכים: הודעתו של אזרח ישראלי, כי הוא אביו של הצאצא, הניתנת בהסכמת האם; העתקי בדיקות שנערכו לאב ולאם בתקופת ההריון; הודעות מטיפת חלב, עליהן מופיע שמו של האב; הודעת לידה ומכתב שחרור מחדר היולדות, המוכיחים כי האב שהה לצד זוגתו בבית החולים; הודעת לידה, עליה מופיע שמו של האב; תמונות משותפות של בני הזוג או הצהרה של קרוב משפחה או מכר, המצהיר על נסיבות הקשר – כל הם בבחינת "ראיות אובייקטיביות מספיקות". נישואין של האם והאב (אף אם נערכו לאחר שהאם הרתה), או כוונה להינשא, או קיומם של חיי משפחה במשק בית משותף – ודאי יוסיפו לחזיק הראיות.

על פקיד הרישום להכריע על אתר. הוא אינו רשאי לדחות את הבקשה על יסוד "תחושות בטן". הוא אינו רשאי למסור להורים שלא השתכנע, אלא מחוייב לנמק את החלטתו בכתב, ולהבהיר מדוע ילדם אינו זכאי למעמד. עליו לידע את ההורים בדבר הסיבה האמיתית והספציפית, שבגינה הם נדחים, וזאת כדי להרחיק ולו צל צילה של תחושת שרירות, וכדי לאפשר להורים לשקול האם ההחלטה עומדת במבחן הדיון, והאם יש יסוד וטעם להעמיד אותה בביקורת שיפוטית.

(ה) רישום אב זר לילד ישראלי במרשם האוכלוסין ורישום שם משפחה

29. גם מדיניות משרד הפנים בעניין רישום הורותם של אבות זרים לילדים ישראלים הוחמרה במהלך השנים. גם בעניין זה הובאה בעתירה המקורית תכתבות ענפה, שניהלה האגודה לזכויות האזרח עם משרד הפנים. נשוב אך על עיקרי הדברים.

30. כמו בעניין הכרה בהורות לצורך הקניית מעמד לילוד שאביו ישראלי, גם בעניין זה טען משרד הפנים, כי "חזקת אבהות" לצורך רישום הורותם של אבות זרים לילדים שנולדו לאימהות ישראליות, קיימת רק אם בת הזוג הישראלית הרתה בשעה שבני הזוג היו נשואים. בהעדר נישואין על ההורים להמציא "הוכחות חותכות" להורות, שאופיין "משתנה ממקרה למקרה". מהן אותן "הוכחות חותכות"? משרד הפנים לא פרש. בהעדר "הוכחות חותכות" על בני הזוג להמציא פסק דין הצהרתי.

ר' מכתבה של עו"ד גלית לביא ממשרד הפנים מיום 20.1.2004 המצ"ב ומסומן **ע/21**.

31. בעקבות העתירה בבג"צ 2222/04 ריכך משרד הפנים את עמדתו, וטען שאינו דורש "הוכחות ברמת הוכחה גבוהה של הוכחות חותכות וחד משמעיות", אלא מסתפק "ברמת הוכחה נמוכה יותר". גם הפעם לא הבהיר משרד הפנים מהי רמת ההוכחה. משרד הפנים הודה עם זאת בחצי פה, שחששו נובע מכך שהאב עלול לבקש להסדיר את מעמדו בישראל בשל הורותו לילד ישראלי.

ר' מכתבה של עו"ד לביא מיום 22.3.2004 המצ"ב ומסומן **ע/22**.

32. מאז הוגשה העתירה בבג"צ 2222/04 המשיכה האגודה לזכויות האזרח וטיפול במקרים, בהם סרב משרד הפנים לרשום את דבר אבהותם של גברים זרים, אבות לילדים לנשים ישראליות. בעתירה המקורית הובאו לכך דוגמאות למכביר, ומפאת קוצר היריעה לא נשוב עליהן.

די לציין, כי פקידי הלשכות למינהל אוכלוסין אינם מבחינים בין הקניית מעמד לילד לאב ישראלי ולאם שאינה ישראלית לבין רישומו של אב שאינו ישראלי לילד ישראלי. דרישת הלשכות למינהל אוכלוסין אחת היא – פסק דין הצהרתי. זאת ועוד, לדידו של משרד הפנים, ובניגוד להצהרותיו, אין כל חשיבות לשאלה האם ההורים נשואים, אלא לשאלה האם הנישואין הוכרו על ידי משרד הפנים ונרשמו. כלומר, האב לא יירשם, אפילו ההורים נשואים זה לזה, אם נישואיהם לא הוכרו ולא נרשמו. כיוון שמשרד הפנים מערים קשיים, מסרב במקרים רבים לרשום נישואין בין ישראלי לזר, ומתנה את רישום הנישואין בהסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בישראל, גם האבהות אינה מוכרת ואינה נרשמת.

33. העדר ההכרה בקשר בין ההורים ובאבהות גורם לתקלה נוספת. בשעה שאין מוכנים להכיר בהורותו של האב הזר, אין מוכנים לרשום את שם משפחתו של הילד כשם משפחתו של האב, כאשר ההורים מבקשים זאת. שם משפחתו של הילד נרשם כשם משפחתה של אימו. בעניין זה התעמרותו של משרד הפנים בהורים מרקיעה שחקים. משרד הפנים אינו מכיר באב, ושם משפחתו של הילד נרשם, כאמור, עם לידתו כשם משפחתה של אימו בניגוד לדעתם של ההורים. לאחר שההורים פונים על כורחם לבית המשפט, שם נקבע כי האב הוא אכן האב, מוכן משרד הפנים להכיר בהורות, ואולם מסרב לשנות את שם המשפחה. ההורים מופנים אחר כבוד לשוב אל בית המשפט, על מנת שזה יורה על שינוי שם משפחתו של הילד.

ר' בעניין זה עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כפי שהובאה בפני בית המשפט לענייני משפחה בתמ"ש (ראשל"צ) 26390/03 ל' נ' ק'. באותו עניין ביקשו בני זוג ידועים בציבור, אזרחית ישראלית ובן זוגה הטורקי, הורים לשני ילדים, לרשום את הורותו של האב הטורקי ולשנות את שם משפחתם של הילדים לשם משפחתו של האב. מאחר שמשרד הפנים סרב להכיר בהורות המשותפת פנו ההורים לבית המשפט. לאחר שהוכחה ההורות המשותפת התנגדה ב"כ היועץ המשפטי לממשלה לשינוי שם משפחתם של הילדים: "טובת הילדים שישאו את שם אימם", אם אביהם "לא יהיה בארץ". העתק פרוטוקול הדיון מיום 5.1.2004 מצ"ב ומסומן **ע/23**.

נוהל רישום אב

34. "נוהל רישום אב" (נספח **ע/2**) אינו מרפא את הפגמים שבמדיניות. נהפוך הוא; ממש כמו "נוהל מתן מעמד לקטין" הוא טומן בחובו ליקויים ותכליות הזרות להסדר. ביקורתנו מצומצמת אמנם לתנאי הסף (סעיף 2 לנוהל), ולהליך הטיפול ככל שהוא נוגע לאב שאינו ישראלי ולאם ישראלית

(סעיפים 3.ה-3.ח. לנוהל), ואולם הדברים זהים לדברים שאמרנו לעניין "נוהל מתן מעמד לקטין", ואין צורך לשוב עליהם. החליפו אם פלסטינית באב פלסטיני, אם בדואית באב בדואי, אם שאינה יכולה להסדיר את מעמדה באב – והדברים נכונים ויפים אף לעניין נוהל זה.

ביקורתנו לעניין תנאי הסף (סעיף 2 לנוהל): לעניין נוכחות אישית של ההורים; לעניין הצגת מסמכים מזהים רשמיים ותקפים; ולעניין הצגת אשרת כניסה באמצעותה נכנס האב לישראל – הינה אותה ביקורת בדיוק. ביקורתנו לעניין הדרישה שהאב יפעל להסדרת מעמדו בישראל (סעיפים 3.ה. ו-3.ו. לנוהל) – אף היא אותה ביקורת. וגם ביקורתנו לעניין העדרם של קריטריונים (סעיפים 3.ו. ו-3.ז. לנוהל), לפיהם ייקבע כי האב הוא אב – אותה ביקורת.

בשל תנאי הסף ובשל העדר קריטריונים מעטים יוכלו להוכיח את הורותם ורבים ימצאו עצמם נדרשים, על פי הוראות הנוהל (סעיף 3.ח.) להוכיח את הורותם באמצעות בדיקת גנטית.

הטיעון המשפטי:

35. מקורות סמכותם של המשיבים בחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן - **חוק האזרחות**) ובחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965 (להלן - **חוק מרשם האוכלוסין**).

סעיף 4 לחוק האזרחות קובע, כי די בכך שאחד מהוריו של ילד הוא אזרח ישראלי, על מנת שהילד ירכוש אזרחות ישראלית. כל ילד, שנולד בישראל לאב או לאם, שאחד מהם ישראלי, רוכש אזרחות ישראלית מיד עם לידתו. בתנאים מסוימים, הקשורים לאופן רכישת האזרחות הישראלית על ידי ההורים, ירכוש ילד, שנולד לאב או לאם, שאחד מהם ישראלי, אזרחות ישראלית גם אם נולד מחוץ לישראל.

סעיף 2 לחוק מרשם האוכלוסין קובע, כי בין יתר הפרטים שיירשמו במרשם, יירשמו שמות ההורים ושמות הילדים. סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין קובע את סדרי רישום האב כאשר האם אינה נשואה:

21. שם האב כשהאשה פנויה

שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך.

36. כפי שנראה להלן, מדיניותם של המשיבים בסוגייה נשוא עתירה זו חורגת מגדר סמכותם, כפי שנקבעה בדין. ואולם, עוד בטרם נפנה להוראות החוק הספציפיות ולהסדרים שנקבעו מתוקפן, ראוי שניתן דעתנו להשלכותיה של מדיניות רישום ההורים והילדים.

מדיניות המשיבים מתעלמת כליל מזכויות הילד ומזכויות הוריו. היא מטילה דופי במשפחות, שבהן הורה שאינו ישראלי, ומערערת על הקשר הזוגי ועל כנותו. מדיניות זו פוגעת בכבודם של הורים ושל ילדיהם, משפילה אותם ומפלה אותם לרעה לעומת הורים ישראלים וילדיהם. היא מערימה קושי כלכלי בדרכן של המשפחות להסדיר את רישומו של האב ושל הילד, ומחייבת את בני המשפחה לעבור בדיקה גנטית שלא לצורך. היא משליכה על שורה של זכויות, הנוגעות לקטינים, ילדים לאם ישראלית ולאב זר, כענייני אפטרופסות, מזונות, ירושה, דימוי עצמי וזהות. היא מותירה קטינים, ילדים לאב ישראלי ולאם זרה, הזכאים לאזרחות על פי דין, ללא כל מעמד בישראל, נעדרים זכויות בריאות וזכויות סוציאליות. היא שוללת מן האבות יכולת לבצע פעולות רשמיות בשמם ולטובתם של הילדים.

37. זאת ועוד, מדיניות המשיבים חוטאת לכללים, שנקבעו בדין הישראלי בדבר בירור זהותו של אב לילד שנולד לאשה פנויה. המשיבים מתכחשים לנפקות המשפטית של הודאת האב בהורותו, כמו גם לדרכי התנהגותו ביחס לזוגתו ולילדו, המספקים על פי הדין אמצעי הוכחה מספיקים לאבהותו.

38. בראשית דברנו נתמקד בפגיעתה של מדיניות המשיבים בהורים ובילדיהם. נוכח ממצאינו, נבחן את סבירותה ואת מידתיותה של המדיניות. לאחר מכן נפנה למסקלה הראייתית של הודאת האב בהורותו, ונחתום בבחינת המדיניות הראויה לנטל ההוכחה ולנטל ההפרכה של הזכאות לרישום במרשם האוכלוסין.

I. פגיעת המדיניות בהורים ובילדיהם

(א) הפגיעה בזכות היסוד של הילד לרכוש אזרחות ולהירשם עם לידתו

39. חוסר אזרחות הוא מצב פסול, שכן הוא מונע יתרונות שזכאי היחיד לקבל ממדינתו: שירותי בריאות, משאבים סוציו-אקונומיים, זכות כניסה קבועה וחסיונות מפני גירוש. מחוסר אזרחות אינו נהנה מהגנה חוקית על כל אותן זכויות, הדורשות, במפורש או במשתמע, מסגרת חברתית-פוליטית שתספק אותן. באופן מעשי נשללות ממנו רוב זכויות האדם, אשר מניחות מסגרת כזו למימושן. כן שולל חוסר האזרחות מן הפרט את היתרונות, שהוא עשוי לקבל מהחוק הבינלאומי באמצעות מדינת אזרחותו המייצגת אותו (ראו: נ' כרמי, חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן

Jeffrey L. Blackman, State (להלן - **כרמי**); 70-71 (תשס"ד), 70-71 (להלן - **כרמי**); Jeffrey L. Blackman, State Successions and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality Under (International Law, 19 *Michigan Journal of International Law* (1998) 1141, p. 1150.

ואולם, אזרחות אינה רק סטטוס, המעניק יתרונות במסגרת המדינה ובזירה הבינלאומית. האזרחות היא מרכיב מכונן ומהותי של זהות אנושית וכבוד אנושי. היא מדגישה את השתייכות התרבותית של אדם, את הקשר שלו לקהילתו, את זיקתו לארץ מגוריו (ראו: Yaffa Zilbershats *The Human Right to Citizenship* (Ardsley, New York: Transnational publishers, 2002), p. 113). ; כרמי, עמ' 71-72; 'י זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז (תשס"א) 55, 63).

40. מתוך הכרה בינלאומית בחשיבותו העליונה של סטטוס האזרחות להגשמת זכויות הפרט, להגנה עליו בזירה הבינלאומית ולכבודו של האדם, הוכרה הזכות לאזרחות כזכות יסוד. סעיף 15(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) קובע מפורשות, כי כל אדם זכאי לאזרחות. ההכרזה זכתה להכרה בחלק מן המדינות כמשפט בינלאומי מנהגי, וסעיף 15 אומץ במסגרת החלטות שיפוטיות של מדינות רבות (ראו: Johannes M.M. Chan, *The Right to Nationality as a Human Right*, 12 *Human Rights Law Journal* (1991) 1, p. 3 (להלן - **צ'אן**)).

מאז ההכרזה הצטרפה שורה של התחייבויות בינלאומיות למאמץ האוניברסלי לעגן את הזכות לאזרחות ולהגן עליה. האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות (1954) (כ"א 245) מתייחסת לקשיים, הנובעים מהעדר אזרחות. סעיף 32 לאמנה קובע, כי המדינה תקל על מיזוגם והתאזרחותם של מחוסרי אזרחות; בייחוד יעשו כל המאמצים להחיש את הליכי ההתאזרחות ולהפחית, כמידת האפשר, את ההיטלים וההוצאות הכרוכים בהליכים אלה. סעיף 1 לאמנה לצמצום מחוסרי האזרחות (1961) (Convention on the Reduction of Statelessness, 989 U.N.T.S. 175) מטיל על המדינה חובה להעניק את אזרחותה לאדם הנולד בשטחה, שאם לא כן יהיה מחוסר אזרחות. איסורים על הפליה באשר למימוש הזכות לאזרחות מעוגנים בסעיף 5 לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1966) (כ"א 861) ובסעיף 9 לאמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה (1979) (כ"א 1035) (וראו גם: סעיף 20 לאמנה הבין-אמריקאית לזכויות האדם (1978) (Inter-American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123); אמנת האזרחות האירופאית (1997) (European Convention on Nationality, ETS No. 166). מעמדה של הזכות לאזרחות התבסס, עד שהפכה זכות אדם אינהרנטית במשפט הבינלאומי (ראו פסיקת בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות אדם: *RE Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, 5 HRLJ 167 (1984)).

41. המאבק הבינלאומי למיגור תופעת חוסר האזרחות מתמקד במאמץ למנוע חוסר אזרחות מלידה. ילדים עלולים להפוך מחוסרי אזרחות בגינם של קונפליקטים משפטיים שונים (לקונפליקט בין

"דין הדם" (*jus sanguinis*) ל"דין הקרקע" (*jus soli*) ראו: י' דינשטיין, משפט בינלאומי, כרך שני – סמכות המדינה כלפי פנים (1972), 32). ואולם שכיחים לא פחות הם כשלים ביורוקרטיים הגורמים חוסר אזרחות; אי רישומו של ילד עם היוולדו עלול להפכו מחוסר אזרחות. ילדים עלולים להיוותר מחוסרי אזרחות גם בעטיין של פרקטיקות משפטיות מסורתיות, הנותנות משקל למסגרות משפחתיות "לגיטימיות", ואשר אינן מכבדות זכויות אדם.

כדי למנוע מצבים הומניטריים בעייתיים שכאלה, נהנית זכותם של ילדים לרכוש אזרחות ולהירשם מיד עם היוולדם ממעמד עדיף בשורה של הסכמות בינלאומיות. סעיף 3 להכרזת עצרת האומות המאוחדות בדבר זכויות הילד (1959), קובע כי "ילד יהיה זכאי מעת לידתו לשם ולאזרחות" (Declaration of the Rights of the Child, G.A. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (1959) (No. 16) at 19, U.N. Doc. A/4354 (1959)). בנוסף מציינות שתי אמנות, הזכות לקונצנזוס בינלאומי רחב ביותר, את זכותם של ילדים לרכוש אזרחות ולהירשם מיד עם לידתם: סעיף 24(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966) (כ"א 1040) קובע כי כל ילד יירשם מיד לאחר לידתו ויזכה לשם. סעיף 24(3) קובע כי כל ילד זכאי לרכוש אזרחות (מדינת ישראל לא אישרה סעיף זה). סעיפים 7 ו-8 לאמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038) קובעים כדלקמן:

סעיף 7

1. הילד יירשם מייד לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לרכוש אזרחות, וככל האפשר הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על-ידם.
2. המדינות החברות יבטיחו את מימוש זכויות אלה, בהתאם לדין הלאומי שלהן והתחייבויותיהן על-פי המסמכים הבינלאומיים הנוגעים בדבר בתחום זה, ובמיוחד כאשר אם לא יעשו כן יהיה הילד חסר מעמד.

סעיף 8

1. המדינות החברות מקבלות על עצמן לכבד את זכותו של הילד לשמור על זהותו, לרבות אזרחות, שם וקשרי משפחה כמוכר בחוק, ללא התערבות שלא כדין.
2. מקום שנשללו מילד שלא כדין כמה ממרכיבי זהותו או כולם, יספקו המדינות החברות סיוע והגנה מתאימים, במטרה לכוון מחדש במהירות את זהותו.

בדברי הפרשנות וההסבר לאמנה בדבר זכויות הילד נקבע, כי הרישום נועד לספק הגנה לילדים באמצעות מנגנון המכיר בישותו המשפטית של הילד סמוך ללידתו. בדברי הפרשנות של ועדת האו"ם לזכויות הילד לאמנה מודגשת החשיבות שבקיום הזכות להירשם:

- א. הרישום הינו הכרה רשמית של המדינה בקיומו של הילד;
- ב. הרישום מאפשר למדינה לערוך תכנון מראש של הקצאת משאבים לאוכלוסייה, ולפעול למימושם של פרויקטים לטווח ארוך;
- ג. הרישום מאפשר להגן על ילדים ועל זכויותיהם השונות. הרישום מאפשר לילד לדעת את גילו וכתוצאה מכך את זכויותיו המוגדרות לפי גיל (זכות לעבוד, הזכות להוציא

רשיון נהיגה וכו'). הרישום מאפשר למדינה לפקח על פעולות ההורים (מניעת נטישת ילדים, סחר בילדים, המתת עוללים וכו').

הרישום, קובעת ועדת האו"ם לזכויות הילד, צריך להתבצע תוך ימים אחדים מיום הלידה. אין אפשרות לדחות את מועד הרישום לשבועות או לחודשים לאחר הלידה. החובה לרשום את הילד מוטלת על ההורים ועל הרשויות, שלהן נודע דבר לידתו (ראו: *Unicef Implementation Handbook* Unicef *Birth Registration: Right ;for the Convention on the rights of the child* (1998), p.98 בחקיקה בראשות כב' השופטת ס' רוטלוי, דו"ח ועדת המשנה בנושא הילד ומשפחתו (2003), *From The Start* (2002), p.1; הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומם בעמ' 221. וראו עוד: המלצת ועדת השרים של מועצת אירופה משנת 1999 - Recommendation No. R (99) 18 of the Committee of Ministers to member States on the avoidance and ((reduction of statelessness).

לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות שותפות 151 מדינות. לאמנה בדבר זכויות הילד שותפות 192 מדינות. החובה במשפט הבינלאומי לרשום ילדים ולהעניק להם אזרחות מיד עם היוולדם על מנת שלא יהיו מחוסרי אזרחות חורגת, אם כן, מן המשפט הבינלאומי ההסכמי. בחינת האמנות הבינלאומיות, והפרקטיקה הנוהגת במדינות רבות בהקשר זה, מעלה סברה, כי החובה מגלמת משפט בינלאומי מנהגי (ראו: צ'אן, עמ' 11).

42. ברוח ההכרה הבינלאומית בזכות לאזרחות ובחשיבותה, הוכרה גם בישראל הזכות לאזרחות כזכות יסוד :

"האזרחות היא זכות יסוד. כך מקובל במשפט הבינלאומי... כך מקובל גם במשפט של מדינות רבות שקבעו את האזרחות כזכות חוקתית... ואך כי בישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחוק יסוד, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, ממנה צומחת הדמוקרטיה. כידוע, חובה היא על כל רשות מינהלית להימנע מפגיעה בזכות יסוד, והאזרחות בכלל זה, אלא לתכלית ראויה ובמידה ראויה." (בג"צ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22).

וראו גם: בג"צ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117; בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 696 (להלן - פרשת מלבסקי); בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 791 (להלן - פרשת סטמקה).

על מחויבותה של מדינת ישראל לזכות לאזרחות יעידו גם שורת ההתחייבויות הבינלאומיות, להן בחרה להיות צד; מדינת ישראל הצטרפה לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות (1954), לאמנה בדבר ביעור כל הצורות של אפליה גזעית (1966), לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות

אזרחיות ומדיניות (1966), לאמנה בדבר ביטול הפליה נגד נשים לצורותיה (1979) ולאמנה בדבר זכויות הילד (1989). על האמנה לצמצום מחוסרי האזרחות (1961) חתמה מדינת ישראל, אך לא אשררה אותה. ואולם, ביטוי מפורש למחויבותה של מדינת ישראל אף לרוחה של אמנה זו הוא סעיף 4 לחוק האזרחות, שנחקק בשנת תשכ"ח, סמוך לאחר החתימה על האמנה, כדי "לתת ביטוי בחוק לעקרונות של אותה אמנה". סעיף 4 קובע, כי מי שנולד בישראל לאחר הקמת המדינה ולא רכש שום אזרחות יהיה לאזרח ישראלי אם ביקש זאת בין יום הולדתו ה-18 לבין יום הולדתו ה-21 (ראו: א' רובישנטיין וב' מדינה המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (תשנ"ז) ב', 893).

43. מדינת ישראל היא צד להתחייבויות הרבות שפורטו, ובפסיקה נקבעה חזקה פרשנית, לפיה החוק החרות במדינת ישראל יפורש באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי לבין עקרונות המשפט הבינלאומי, וזאת על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי (ע"פ 131/67 קמ"א נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112). חזקה זו חלה, כמובן, גם על הוראות האמנה בדבר זכויות הילד (ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430). ואכן, אין בדין הישראלי דבר אשר יכול להעיד על יכולתה של מדינת ישראל להתנער מחובותיה אלה. הוראות הדין בישראל מתיישבות היטב עם הוראות הדין הבינלאומי.

44. אף על פי כן, המשיבים מתאנים לזכות היסוד של ילדים לרכוש אזרחות עם לידתם ולהירשם. בשל מדיניותם הדווקנית חיים בישראל עוללים, ילדים לאב ישראלי ולאם זרה, הזכאים בדין לאזרחות - והם אינם אזרחים. ילדים אלה אינם זכאים לשירותי בריאות ולזכויות סוציאליות, שכל ילד זקוק להם כל כך. שהותם בישראל תלויה במעמדה של אימם. אם יוחלט להרחיקה, צפויים אף הם לסכנת מעצר ולגירוש.

(ב) הפגיעה בזכויות ובחובות ההוריות

45. הזכות להיות הורה היא זכות יסוד. יש הגורסים, כי זכות זו נגזרת מכבוד האדם ומזכותו לאוטונומיה של הרצון הפרטי (ראו דברי הנשיא ברק בדנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני, פ"ד נ(4) 789, 661 (להלן - פרשת נחמני); ע"א 451/88 פלונים נ' מ"י, פ"ד מד(1) 330). יש הסבורים, כי הזכות להיות הורה היא זכות עצמאית, הניצבת על אדנים משלה (ראו: ד' ברק-ארוז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197, 198-200), ובלשונו של השופט טל:

"נטלת הורות מאדם, כאילו את נפשו נטלת." (פרשת נחמני, בעמ' 702).

46. המשפט אינו מגן רק על הזכות להיות הורה. גם הקשר שבין ההורה לילדו מוכר כזכות טבעית בעלת מעמד חוקתי. זכויות הורים לקשר עם ילדיהם וזכויות וחובות ההורים כלפי ילדיהם יוצרים מערכת משולבת של זכויות וערכים, אשר הביאו להכרה המשפטית באוטונומיה של המשפחה. הכרה זו –

"...שוללת התערבות חיצונית בשלמות התא המשפחתי, אלא בעילות מוגדרות המוכחות היטב. הדין מגן על התא המשפחתי הטבעי ממכלול שיקולים, שבהם לטובת הילד ולזכויות ההורים הטבעיים מעמד כבד משקל... עומקו ועוצמתו של קשר ההורות האוצר בתוכו את זכותם הטבעית של הורה וילדו לקשר חיים ביניהם הפכו את האוטונומיה המשפחתית לערך בעל מעמד משפטי מן הדרגה הראשונה, אשר הפגיעה בו נסבלת רק במצבים מיוחדים וחריגים ביותר." (רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד נו(4) 872, 894).

וראו גם: ע"א 577/83 הועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח(1) 461, 467; ע"א 232/85 פלוני נ' הועמ"ש, פ"ד מ(1) 8.

47. לצד זכות היסוד להיות הורה ולצד ההגנה החוקתית על הקשר ההורי, הפיכתו של אדם להורה כורכת באופן אינהרנטי חובות וזכויות, החובקות את מרבית מישורי החיים. סעיף 3(א) לחוק שיווי זכויות האשה, התשי"א-1951 קובע, כי "האם והאב כאחד הם האפוטרופסים הטבעיים על ילדיהם...". סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע, כי אפוטרופסות ההורים כוללת את החובה ואת הזכות לדאוג לצרכיו של הקטין, לרבות חינוכו, לימודיו, הכשרתו לעבודה ולמשלח-יד ועבודתו, וכן שמירת נכסיו, ניהולם ופיתוחם. החוק נותן בידי ההורים את הרשות להחזיק בקטין ולקבוע את מקום מגוריו, ואת הסמכות לייצגו. חובות וזכויות אלה אינן עניין של מה בכך. כדברר השופט שטרסברג-כהן בפרשת נחמני:

"כניסתו של אדם לסטטוס של הורה כרוכה בשינוי משמעותי של זכויותיו וחובותיו. משהופך אדם הורה, מטיל עליו הדין חובה לדאוג לילדו. ולא בדאגה בעלמא עסקינן, כי אם בחובה להעמיד את טובת הילד בראש מעייניו. הורה אינו יכול להתכחש לצרכיו של ילדו רק משום שלא נוח לו למלאם. לאחריות הורה לשלום ילדו גם פן נזיקי ופלילי. אחריות זו מגלמת את הציפייה הנורמטיבית של ערכינו החברתיים ושיטתנו המשפטית, מהפרט, בהתייחס לתפקודו כהורה. ההשלכות הרוות המשמעות, הנובעות ממעמד זה, מחייבות כי ההחלטה להיות הורה תהא מסורה לאדם ולו בלבד". (שם, עמ' 683).

וראו גם: פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט) ב', 174 (להלן – שיפמן)).

48. האבות, נשוא עתירה זו, מבקשים לעצמם את מימוש זכויותיהם היסודיות להיות הורים, לקיים קשר הורי עם ילדיהם ולגדלם. מודעים לעולה של הודאתם הם מבקשים להצהיר כי הם אבותיהם של הילדים ונכונים ליטול על עצמם כל חובה שבעולם. ואולם המשיבים ממאנים.

אליבא דמשיבים, אבות אלה - אינם אבות. הם אינם הורים, אינם אפטרופסים לילדיהם, אינם זכאים לקבל בשמם ובעבורם כל החלטה, אינם מחוייבים כלפיהם בדבר. מדיניות המשיבים, שלא להכיר באבהות ולהטיל בה ספק, פוגעת בזכות להיות הורה, מתערבת באופן אסור בקשר ההורי, ושומטת את היסוד לזכויותיו של הילד, המוענקות לו על ידי הוריו. התערבות זו של המשיבים בקשר ההורי, על פגיעתה החריפה כל-כך, אינה מוגבלת למצבים "מיוחדים וחריגים ביותר", אלא נקבעה ככלל. בכל מקרה, בו מדובר בהורה ישראלי ובהורה זר, שמעמדו בישראל אינו מסודר, נדרשות "הוכחות אובייקטיביות מספיקות" (קראו: "הוכחות חותכות וחד משמעיות") או פסק דין הצהרתי כדי לרשום את ההורות.

(ג) הפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו

49. השיקול של טובת הילד, בהיותו רלוונטי, מסלק מפניו כל שיקול אחר. התעלמות מטובתו של הילד, החלטה בניגוד לטובתו או שלא בטובתו, הכרעה בעניינו תוך עירובו של שיקול זר, כמו גם אי-מתן משקל ראוי לשיקול טובתו - כל אלה מצדיקים התערבות שיפוטית (ראו: בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460).

גם האמנה בדבר זכויות הילד מכירה בעיקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשוני. סעיף 3 לאמנה קובע:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית או פרטיים ובין בידי בתי המשפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה..."

50. הגנה ראויה על הקשר המשפחתי מגשימה את עיקרון טובת הילד. בהכרה באבהות כרוכים ענייני ירושה, מזונות ואמצעים כלכליים שיבטיחו את רווחתו של הילד. המשיבים אינם נותנים לכך כל משקל. על ידי כך, האינטרסים הקניינים והחומרניים של הילד, המושפעים השפעה ישירה מהקשר של הילד והוריו, אינם מוגנים כהלכה.

51. ויודגש - זכות הילדים להגנה על הקשר שלהם עם הוריהם שאינם ישראלים היא עצמאית מזכותם של הוריהם בקשר זה. "קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש - גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול." (השופט חשין, ע"א 6106/92

פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מח(2) 834, 836). זכותם של הילדים נובעת הן מזכותם החוקתית להגנה על התא המשפחתי שלהם, והן מזכותם שהוריהם יקיימו כלפיהם את חובותיהם הטיפוליות, הרגשיות והכלכליות. בתי המשפט עיגנו היטב בפסיקתם את זכויות הילדים כלפי הוריהם, ומחייבים את הורי הקטינים לכבד זכויות אלה. קל וחומר שהמדינה חייבת לכבדן:

"מושג 'זכויות הילד' מורה לנו כי לילד נתונות זכויות. מושג 'זכויות הילד' הוא בגדר פרישת סוכת ההגנה החוקתית על הילד. ביטויה בהכרה בזכויותיו ובכך שמכלול הזכויות הוא גם ערובה להבטחת טובתו... התפיסה, שמקפל המושג תוכו היא זו: הילד הוא יצור אוטונומי בעל זכויות ואינטרסים עצמאיים מאלה של הוריו". (ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 227, 253-255).

52. הזכות לאזרחות, נזכור, היא זכותו של הילד. אין מדובר בפריביליגיה הניתנת להורים. גם האינטרס שיש לכל קטין לשני אפטרופסים, שיוכלו לקבל החלטות רשמיות בשמו ולטובתו – הוא זכותו של הילד. בחברה, הנותנת משקל רב לרישום במרשם, אב שאינו רשום ואינו מוכר עלול למצוא עצמו נעדר יכולות משפטיות לפעול לטובתו של ילדו. הוא עלול להיתקל בקושי לרשום את ילדו לבית ספר, לפתוח עבורו חשבון בנק, להוציאו מן המדינה ולהגיש בשמו תובענות. הוא אף עלול למצוא עצמו נעדר יכולת לקבל החלטות עבור ילדו במצב חירום רפואי. אם יארע, חלילה, דבר לאימו של הקטין, יוותר הילד, לשיטת המשיבים, גלמוד, נתון לחסדיהן של רשויות הרווחה.

53. מדיניות המשיבים מתעלמת מן ההשלכות הרגשיות והחברתיות שיש לילד, שמדינתו אינה מכירה באדם שהוא אביו לכל דבר ועניין - כאביו. המשפחה והשושלת המשפחתית הן בין הזכויות, הניתנות לכל ילד עם לידתו. ההשתייכות תורמת לתחושת הזהות של הילד. הגנה על הזכות להשתייכות היא הגנה על התפיסה של הילד את עצמו ואת משמעות חייו. כאשר המשיבים מצביעים על משפחות, בהן הורה אחד אינו ישראלי, ובהן הרתה האם מחוץ למסגרת הנישואין, כעל משפחות "חריגות", "סוטות מן הנורמה" או "פגומות מוסרית", יש בכך הפניית אצבע מאשימה, אשר לה השפעות רגשיות וחברתיות ברורות מאליהן על הילד, הפוגעות, בין היתר, בתפיסתו את עצמו ובגיבוש זהותו (ראו: י' רונן "זכות הילד לזהות כזכות להשתייכות" עיוני משפט כו (תשס"ג) 935, 947-948, 952, 956, 957).

54. ודוקו - עמדת המשיבים אינה עמדתו של המשפט הישראלי. המשפט הישראלי אינו מכיר במעמד ילדים "בלתי לגיטימיים" (מעמד, המוכר בדין הזר כ-illegitimate child). ילד שנולד מחוץ למסגרת הנישואין, בין שנולד לאישה פנויה ובין שנולד לאשת איש, ילד לגיטימי הוא להוריו. ילד, כל ילד, נברא בצלם, וזכותו הטבעית היא שיהיו לו אביו ואמו:

"ילד וילדה שנולדו לאם אשר לא היתה נשואה על-פי דין לאביהם - בין אם יכנה אותם המכנה ילדים 'בלתי חוקיים', בין אם יכונה 'ממזרים', ובין אם יכונה בכל כינוי גנאי אחר - ילד וילדה אלה נבראו בצלמו, בצלם אלהים נבראו, והם כילד וכילדה שנולדו לאם אשר היתה נשואה כדין לאביהם. זכותם הטבעית היא, כזכותם של כל ילד וילדה, שיידעו מי הוא אביהם-מולידם אם אך יבקשו לדעת זאת (שלא מטעמים בלתי-ראויים). לא עשב-למירמס הוא האדם. לכל אדם אם ואב, וזכות של-ראשית קנויה לו, זכות מן הטבע, שיידע מנין בא - והיא כבודו... שתוקי זכאי לגאול עצמו משתיקה ומהשתקה, ואנו לא נעמוד בדרכו; נהפוך הוא. זכותו של שתוקי היא שיידע את מי יאהב ואת מי ישטום, את מי יחבק ואל מי יפנה גב. וזכותו היא אף שיידע ממי יוכל לתבוע זכויות הקנויות לילד. אנו נעזור לו כמיטב יכולתנו, כל אחד מאיתנו ממקומו." (ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 605 (להלן - פרשת פלונית)).

וראו עוד: ע"א 548/78 שרון נ' לוי, פ"ד לה(1) 736, 757.

עמדה זו מנוגדת לשיטת המשפט הרומי וממשיכה במשפט הקונטיננטלי, המבוססות על תפיסת "המשפחה החוקית", אשר שורשיה בנצרות: ילד שנולד מחוץ למסגרת הנישואין הוא "ילד לא חוקי", ואינו נחשב כבנו של אביו הביולוגי. ההלכה היהודית דוחה עמדה זו מכל וכל, ואינה מכירה בילד "בלתי לגיטימי". על פי ההלכה, צאצא, שנולד לאשה פנויה שלא מנישואין, אינו נושא כל פגם. אבהות ואמהות נקבעות על-פי הקשר הביולוגי שבין ההורים ליילוד, ולא לפי חוקיות הקשר שבין האם לאב. על פי ההלכה, בנו של אדם, אף מאישה האסורה לו, בנו הוא. אביו הביולוגי של הצאצא מהווה אביו לכל דבר ועניין, ואף אם האב והאם אינם נשואים, מתייחס אחריו הצאצא וזוכה למזונות ולירושה כאילו היה בנו מנישואין. המשפט הישראלי, כאמור, הלך אחרי גישה זו - צאצא, שנולד לפלוני כתוצאה מיחסי אישות עם אמו, נחשב משפטית להיות בנו. בפרשת פלונית הורחבה עמדה זו גם לגבי מי שאינם יהודים (ראו: י' בן-מאיר "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה" אסיא יב (תשמ"ז-תשמ"ח) 80; ר' זפרן "של מי אתה ילד? על פגמיו של ההסדר הקיים בדין הישראלי בשאלת קביעת האבהות" הפרקליט מו (תשס"ג) 311, 315-317).

בעניין פלונית קבע בית המשפט, כי זכותו של ילד לגאול עצמו ממעמדו כ"שתוקי" ("כל שהוא מכיר את אמו ואינו מכיר את אביו", משנה, קידושין, ד, ב) מטילה חובה פוזיטיבית על המדינה לסייע לו להסיר מעליו את שתיקתו:

"ואדם כי יבקש לדעת מי אביו, מי אמו, מניין בא - מי אני, יזעק - כבודו יחייב אותנו, את כולנו, להושיט יד לעזרו... משידענו כי כבוד האדם, כזכות חוקתית במשפטנו, מזכה כל אחד מאתנו לדעת מאין בא... נוסף ונדע כי בצדה של זכות זו קמה ומתייצבת חובתה של המדינה להיות לעזר לאדם לבוא אל שלו. הזכות השוכנת בחוק היסוד קורנת אל-פנינו: מקרינה היא מעצמה סעד לבעל-הכבוד, ומטילה היא מעצמה חובה על זולתו. כך ככלל, ולא-כל-שכן שחוק היסוד מורנו מפורשות - בסעיף 4 בו - כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו." (שם, עמ' 593).

55. והנה המשיבים חוטאים לחובתם החוקתית, חותרים תחתיה, והופכים קטינים, ילדים לאב ולאם המכירים בהורותם המשותפת, להיות "שתוקים" על כורחם. הם שוללים מאבותיהם של הילדים את זכויותיהם וחובותיהם ההוריות, ועל ידי כך גוזלים מן הילדים "הורה אפקטיבי". הם מטילים דופי במסגרת המשפחתית, בה הם גדלים, שזר לדין הישראלי ולהלכה היהודית, ומערערים אגב זאת על לגיטימיות הילדים ועל הקשר שבין הוריהם.

(ד) הפגיעה בפרטיות

56. דומה, שאין צורך להרחיב לעניין חשיבות האינטרס, שיש לכל אחת ואחד בפרטיותם. אינטרס זה חשוב וראוי להגנה לא רק בפני פרטים אחרים, אלא גם ובעיקר בפני רשויות המדינה. "הזכות לפרטיות היא זכותו של האדם. היא מהחשובה שבזכויות האדם." (ע"פ 1302/92 מדינת ישראל נ' נחמיאס, פ"ד מט(3), 309, 353). הזכות לפרטיות היא עקרון יסוד של שיטת המשפט הישראלית, והיא עוגנה בזכות יסוד בסעיף 7 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "כל אדם זכאי לפרטיות ולצנעת חייו". משניתן לזכות לפרטיות בסיס חוקתי חקוק, יש לפרשה מתוך "נדיבות" ומתוך "מבט רחב" (ראו: בג"צ 2481/93 דיין נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470).

57. מתוך הזכות לפרטיות ולאוטונומיה צומחת זכותו של אדם שלא להיבדק על כורחו בבדיקה רפואית שאינו חפץ בה. בדיקה כפויה יש בה משום פגיעה בחירות הפרט, באוטונומיה שלו על גופו ובכבודו (ראו: בג"צ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לה(3) 294 (להלן – פרשת קטלן); ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 115). משמעות דרישתם של המשיבים, כי יומצא פסק דין הצהרתי, היא למעשה דרישה לעריכת בדיקה רפואית-גנטית, בבדיקת סיווג רקמות, לצורך הוכחת האבהות. בית המשפט לענייני משפחה, המוסמך להורות על עריכת הבדיקה, מורה על עריכתה כעניין שבשגרה, ומסתמך על תוצאותיה הסתמכות מוחלטת. עקב מהימנותה הגבוהה מבחינה מדעית מסווג אותה בית המשפט כחלק מ"ידיעת בית-המשפט", ולא כעדות מומחה. ככזו, אין בית-המשפט רשאי לדחות אותה מפני עדויות אחרות (ראו: ע"א 313/68 פלוני נ' פלוני, פ"ד כב(2) 1020).

58. העותרים אינם מביעים עמדה באשר לאפשרות לחייב אדם לערוך בדיקה רפואית, אם הוא מתכחש להורות נטענת. ואולם בעניין נשוא עתירה זו, אין כל הצדקה לחייב את ההורים, המודים שניהם בהורותם, לעבור את הבדיקה. בכך פוגעים המשיבים בפרטיותם של ההורים, המבקשים שלא להיבדק. בכך מערערים המשיבים על כנות הקשר בין ההורים, ומטילים כתם בטוהר ווגיותם. פגיעה שכזו בפרטיות עולה כדי פגיעה של ממש בכבוד.

(ה) הפגיעה בכבוד ובזכות לשוויון

59. כל הדברים שתיארנו הם מנת חלקם של בני זוג, שאחד מהם אינו ישראלי. המשיבים אינם מטילים גזרה שכזו על בני זוג ידועים בציבור, שניהם ישראלים, ועל ילדיהם. כל שבני זוג ישראלים ידועים בציבור נדרשים הוא להצהיר על הורותם המשותפת. רק הורה ישראלי והורה זר נדרשים "להכשיר" את פרי אהבתם. מדיניות זו פוגעת בזכות לשוויון. היא מפלה ומשפילה.

60. השוויון, כעקרון יסוד בשיטת המשפט הישראלית, מחייב יחס שוויוני לשווים, ועל כן מדיניות הקובעת הסדר שונה כלפי המבקשים להירשם כהורים על בסיס השתייכותם הלאומית, הינה מפלה ומפרה את עקרון השוויון. הפלייה מעין זו של "הזוגות המעורבים" כמוה כהפניית אצבע מייחדת כלפיהם. היא עלולה ליצור תמריץ שלילי מפני סוג זה של קשר (ראו: בה"נ 6857/00 בוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 715). בכך מסיגה המדינה את גבולה ונוקטת עמדה ערכית ביחס לעניינים, המצויים בתחומו הפרטי של כל אחד מאזרחיה. הפליה מעין זו מגיעה כדי השפלה, המפרה את הזכות לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו: בג"צ 5394/92 הופר נ' יד ושם, פ"ד מח(3) 353, 362; בג"צ 453/94 שדולת הנשים בישראל נ' ממשלת ישראל, פ"ד מח(5) 501, 526; בג"צ 721/94 אל על נתיבי אויר לישראל נ' דנילוביץ, פ"ד מח(5) 749, 757-758; בג"צ 4541/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 132-133).

61. ההכבדה הקיצונית על הליכי הרישום המופנית אל הזוגות נשוא עתירה זו, על בסיס המוצא הלאומי של בני או בנות הזוג (הכבדה שהיא קשה מיוחדת, שעה שההורה שאינו אזרח או תושב ישראלי הוא בדווי או פלסטיני) מפלה ומפרה את הזכות לשוויון ואת זכותם החוקתית לכבוד. אכן, די בטיפול שונה על בסיס לאום כדי להחשידו כטיפול מפלה (בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 277-278). בכבדה קיצונית זו אף מפרה את החובה, להבטיח את הזכויות המנויות באמנה בדבר זכויות הילד, באופן שוויוני. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי." (סעיף 2(1) לאמנה).

(ו) הפגיעה בזכויות היסוד על דרך של הערמת קושי כלכלי

62. המשיבים דורשים, כאמור, "הוכחות אובייקטיביות משמעותיות" או "הוכחות חותכות וחד משמעיות" להורות ולחלופין - המצאת פסק דין הצהרתי. באין קריטריונים מהן אותן "הוכחות",

מוצאים עצמם זוגות רבים נדרשים להמציא פסק דין הצהרתי. ראוי שנוסיף מספר מילים על ההליך לקבלת פסק דין הצהרתי.

בני הזוג, המבקשים לקבל פסק דין הצהרתי, פונים לבית המשפט לענייני משפחה. עליהם לשכור שירותיו של עורך-דין, לשלם אגרה בשיעור 461 ₪ ולהוסיף עליה 41 ₪ עבור בולי הכנסה. בית המשפט נותן צו לעריכת בדיקה גנטית - בדיקה לסיווג רקמות. בבדיקה משתתפים שני ההורים והילד. עלותה של הבדיקה כ-3,000 ₪. הבדיקה אינה כלולה בסל הבריאות, והמבקשים נושאים בעלותה.

משמעות הדבר היא כי הורים, שאינם יכולים לשאת בנטל, לא יירשמו ולא ירשמו את ילדיהם. תוצאה זו, על רקע פגיעתה בזכויות ההורים וילדיהם, אינה עולה על הדעת. הטובין החברתיים המובטחים ליחיד מכוחה של הזכות חייבים להיות נגישים ובטוח ידם של הכל. מכשולים וחסמים כלכליים, המונעים מן הפרט לממש את זכויות היסוד שלו, דינם להתבטל. על כן, גם מטעם זה פסולה מדיניותם של המשיבים (ראו והשוו: ע"א 733/95 ארפל נ' קליל תעשיות, פ"ד נא(3) 577, 630; ע"א 3833/93 לוינ' לוינ', פ"ד מח(2) 862, 874; בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 713-715).

63. בהקשר זה יודגש, כי החובה לרשום צאצא לאזרח ישראלי ולתת לו אזרחות היא חובתם של המשיבים, השקולה לזכויות הילד והוריו. אין מדובר בפריבילגיה הניתנת להורים, ואין כל צידוק סביר שההורים יישאו בעלויות הכרוכות ברישום ובקבלת המעמד. הלכה היא שזכויות אדם, שהוצאתן מן הכורח אל הפועל כרוכה בהשקעת משאבים, ממומנות על ידי המדינה (ראו: בג"צ 9451/94 מילר נ' שר הבטחון, פ"ד מט(4) 94, 113; ע"א 4463/94 גולן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד נ(4) 136, 170). כיוון שכך, אף לו היה צורך אמיתי בפנייה לערכאות ובעריכת בדיקה להוכחת האבהות (ולא היא!), הרי שעל המשיבים היה לשאת בכל ההוצאות הכרוכות בכך.

II. המדיניות אינה עומדת בחובות הכלליות של המשיבים

(א) בהעדר קריטריונים המשיבים אינם שוקלים כל מקרה לגופו ואינם מנמקים את החלטותיהם

64. פקידי הרישום אינם יודעים להגדיר מהן אותן "הוכחות" על פיהן ייקבע כי אדם הוא אב לילדו. גם הפונים אל המשיבים אינם יודעים מהן. לפיכך, בקשות הפונים נענות על דרך הסתם, בתואנות נוסח "לא השתכנענו", "ההוכחות אינן חותכות", או פשוט "ההוכחות אינן מספיקות". בשל כך נאלצים ההורים לפנות לבית המשפט בבקשה לפסק דין הצהרתי. תשובות שכאלה חוטאות

לחובת המשיבים לשקול כל מקרה לגופו, על פי נסיבותיו, ולבסס את החלטתה על תשתית עובדתית ראויה ובדוקה (ראו: בג"צ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29, 59). תשובות שכאלה חוטאות לחובת המשיבים לנמק את החלטותיהם. חובת ההנמקה תורמת למערכת יחסים ראויה בין הרשות המינהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית, ומקשה את התחושה של שרירות שלטונית. תחושה של שרירות היא בדיוק האפקט הנוצר שעה שלפונים אין משוד על בסיס אלו נתונים התקבלה החלטה הגורלית בעניינם. ההנמקה מאפשרת לפונים אל הרשות לשקול את היסוד והטעם להעמיד את החלטה בביקורת שיפוטית. לכן, התנערות מחובת ההנמקה מתאנה לחובת ההגינות המוטלת על הרשות כלפי האזרח (ראו: י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) ב' 897-898; בג"צ 2159/97 מועצה איזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, 88-89; בש"פ 3810/00 גרומן נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1478, בסעיף 4 לפסק הדין).

(ב) מדיניות המשיבים אינה סבירה ומבוססת על שיקולים זרים

65. המשיבים לא איזנו כראוי את הפגיעה הקשה בזכויות ההורים ובזכויות הילד עם האינטרס למנוע מתן מעמד ורישום על סמך הצהרה כוזבת. המשיבים לא נתנו משקל ראוי להשלכות מרחיקות הלכת שטמונה בחוסר אזרחות. המשיבים לא נתנו משקל להשלכות שיש להצהרתו של אדם אודות אבהותו. המשיבים אף לא הביאו בחשבון את ההשלכות הרגשיות שיש לאב ולילד בהצהרת אבהות, ולחלופין, את הנזק הרגשי, שגורם המשיב לבני זוג ולילדם, אשר במשך חודשים ארוכים נאלצים להתמודד עם מציאות, שאבהותו של האב אינה מוכרת. המשיבים קבעו את המדיניות על דרך הסתם, מבלי שתגובה בנתונים עובדתיים לגבי מספר המקרים, בהם נרשמו אבות והוענקה אזרחות לילד על בסיס הצהרות כוזבות. התעלמות מזכויות היסוד של ההורים ושל ילדיהם היא איזון בלתי ראוי של השיקולים, האמורים להנחות את המשיבים בבואם להפעיל את סמכותם (ראו: בג"צ 953/87 פורח נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309, 329).

66. אפילו היתה כל תכליתה של מדיניות המשיבים להימנע מהענקת אזרחות למי שאינו זכאי לה להגן על אמינות המרשם – הרי שפגיעתה של המדיניות אינה סבירה ואינה מידתית (על כך בהמשך). ואולם, מדיניות המשיבים המכבידה נועדה לסכל, בין היתר, את האפשרות שההורה הזר יבקש לרכוש מעמד בישראל לא מתוקף יחסיו הזוגיים, אלא מתוקף הורותו. מדובר פשוטם כמשמעם בשיקולים זרים, שאין להם דבר עם זכותו של ילד לרכוש אזרחות עם לידתו, ועם זכותו להכרה של המדינה באביו. זאת ועוד, כל עוד גורמת המדיניות – באופן מכוון או תוצאתי – לפגיעה ברישומם של ילדים לאימהות בדויות ולאימהות פלסטיניות, ולפגיעה ברישום אבות בדוים או פלסטינים, הרי שמדובר במדיניות גזענית ומחפירה, היורדת לשורש החוקיות.

(ג) מדיניות המשיבים אינה מידתית

67. כאמור, אפילו נניח, כי תכליתה של מדיניות המשיבים להגן על אמינות המרשם ולהימנע מהענקת אזרחות למי שאינו זכאי לה, הרי שמדיניות זו פוגעת בזכויות היסוד של ההורים ושל ילדיהם וזאת מבלי לקיים את עקרון המידתיות, על שלושת מבחני המשנה שלו: מבחן הקשר הרציונאלי; מבחן הפגיעה הפחותה; ומבחן המידתיות "במובנה הצר" (ראו: בג"צ 3477/95 בן-עטיה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1; בג"צ 5016/96 חורב נ' שר התחבורה, פ"ד נא(4) 1, 53-54; פרשת סטמקה, בעמ' 776-777).

מבחן הקשר הרציונאלי

68. המדיניות שקבעו המשיבים אינה משרתת את תכליתם כלל ועיקר. המשיבים מניחים, כי בני זוג נשואים הם הורים לילדיהם. הם אף מניחים, כי בני זוג ישראלים שאינם נשואים הם הורים לילדיהם. רק בני זוג, האחד ישראלי והאחד זר, אינם נהנים מחזקה כי הם הורים משותפים לילדם. האמנם משוכנעים המשיבים, כי כל הזוגות הישראלים הם הורים ביולוגיים לילדיהם? וכי לא יתכן שבן זוגה של אזרחית ישראלית, זה הנשוי לה וזה שאינו נשוי לה, אינו אבי ילדה? והרי הגנה על אמינות המרשם היתה מחייבת, כי כל ההורים כולם ייבדקו בבדיקת סיווג רקמות.

כך גם באשר להענקת אזרחות. וכי מי תוקע לידיהם של המשיבים, כי נשים זרות, הנשואות לאזרחים ישראלים, הרו דווקא מבני זוג? והרי המשיבים מזכים את ילדיהן של נשים אלו באזרחות ישראלית, על יסוד "חזקת ההורות". יוצא שעל המשיבים לחייב כל אב ישראלי, אפילו הוא נשוי לאם זרה, להיבדק.

תוצאה אבסורדית זו אינה עולה על הדעת. למותר לציין, כי המשיבים לא הציגו בפני העותרים כאן ובפני האגודה לזכויות האזרח, שפנתה פעמים רבות, כל ראיה לכך שמספר הנרשמים שאינם דוברי אמת מקרב קבוצת ההורים הרלוונטית מצדיק את מדיניותם הדווקנית. יפים לענייננו דבריו של השופט חשין בפרשת סטמקה, שנאמרו לעניין טענות משרד הפנים בעניין ריבוי נישואין פיקטיביים בין אזרחים ישראלים לאזרחים זרים:

"יתר-על-כן: משרד הפנים לא נתן בידנו כל סטטיסטיקה רלבנטית, לא באשר למספר הנישואין הפיקטיביים ולא באשר ליחס בין אלה לבין כלל הנישואין בין אזרחי ישראל לבין זרים לא יהודים. נניח שהמדובר בנישואין פיקטיביים בשיעור של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה? האם קשר רציונאלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד?" (שם, עמ' 778-779).

מבחן הפגיעה הפחותה

69. ניתן להצדיק את מדיניותם של המשיבים, רק אם לא ניתן להשיג את התכלית על ידי אמצעים, שפגיעתם בזכויות היסוד של הורים וילדיהם פחותה. דרישת המשיבים להמציא להם ראיות, שמשקלן כפסק דין, או פסק דין ממש, היא האמצעי הפוגעני ביותר להשגת התכלית. הדרישה מסבכת את ההורים במסע איסוף הוכחות חסר תוחלת, עד שהם מוצאים עצמם נאלצים לפנות לבית המשפט, לשאת בעלויות הגבוהות הכרוכות בהליך ההוכחה, ולוותר על כורחם על פרטיותם. וכי אין דרך אחרת לבד מפנייה לבית המשפט? ממש כיוזף ק', גיבורו של קפקא, מבקשים ההורים פתרון סביר, שפגיעתו פחותה, פתרון שיורה להם "... איך אפשר לפרוץ מתוך המשפט, איך אפשר לעקוף אותו, איך אפשר לחיות מחוצה לו. אפשרות כזו הרי מוכרחה להיות קיימת..." (קפקא המשפט (שוקן, תשנ"ב) 204).

המשיבים אינם מסתפקים בהצהרה, המלווה בהוכחות רגילות. כך, למשל, המשיבים אינם מסתפקים בהצהרות קרובים או מכרים, בתמונות משותפות של בני הזוג וכיו"ב. לרשות המשיבים עומדת הסמכות (עליה עמדנו בפרק העובדתי ועליה נשוב ונעמוד בהמשך) להסתמך על הודעת הורות משותפת לצורך רישום, ובמידת הצורך אף לדרוש ולקבל לידיהם ראיות מינהליות, לתמיכה בהודעה.

בהקשר זה ראוי להדגיש, כי רישום במרשם ומתן אזרחות אינם מעשים בלתי הפיכים. במקרים חריגים ומיוחדים, בהם יוכח בדיעבד, כי אדם השיג את מבוקשו על ידי הצגת פרטים כוזבים, יוכלו המשיבים להורות על ביטול האזרחות בהתאם לסעיף 11 לחוק האזרחות, ולהורות על תיקון המרשם בהתאם להוראות סעיף 19 לחוק מרשם האוכלוסין. אם יוכח, כי המצהירים מסרו פרטים כוזבים, הרי שניתן להעמידם לדין פלילי.

מבחן המידתיות במובנה הצר

70. כאמור לעיל, מעולם לא הוצגו נתונים כלשהם, היכולים לאשש קיומו של היקף רחב של הצהרות כוזבות, או ניצול לרעה של הרישום. בהעדר נתונים כאלה, התועלת, אשר המשיבים מבקשים להפיק ממדיניותם, הינה ספקולטיבית בלבד. יפים לעניין זה דבריו של השופט חשין בעניין סטמקה, בשינויים המחויבים (הדברים נאמרו שם לעניין חיוב בן הזוג המוזמן לעזוב את הארץ):

"אין לדעתנו מתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת. התועלת שהמדיניות מביאה בעקבותיה אינה, בעיקרה, אלא תועלת ספקולטיבית, ולא זכינו לקבל נתונים שניתן היה לצפות כי נקבל. קשה להשתחרר מהרושם כי יד-המקרה היא שתכריע אם המדיניות תביא לעקירתם של נישואי-פיקציה או לפגיעה בנישואי-אמת. הנזק - הפגיעה בנישואי אמת - היא אמיתית ומוכחת; התועלת -

הפגיעה בנישואי פיקציה - הינה ספקולטיבית ובלתי מוכחת. יתר-על-כן: בהעדר סטטיסטיקה, קשה להתעלם מאפשרות ריאלית כי הרבים - אלה הנישואים בנישואי-אמת - יסבלו בעבור המעטים - אלה הנישואים בנישואי-פיקציה. בחינת מאזן הנוק והתועלת מצביעה, לדעתנו, על מסקנה חד-משמעית כי המדיניות שמשרד הפנים מחזיק בה אינה מקיימת יחס מידתי וראוי כנדרש. " (שם, עמ' 782).

גם אם הסתפקות בהצהרה ובראיות מינהליות תביא, במקרים נדירים, למתן אזרחות למי שאינו זכאי לה או לרישום שגוי, הרי שאפשרות רחוקה זו אינה מצדיקה פגיעה מרחיקת לכת בזכויות היסוד של הורים ושל ילדיהם. מה גם, כאמור, שבמקרים אלה עומדת למשיבים האפשרות לתקן את המרשם ולבטל את האזרחות, שהושגה שלא כדין. כדברי השופט חשין בעניין סטמקה:

"האמנם מוצדק לטלטל מאות זוגות תמימים בשל אותם מעטים החוטאים? הראוי להרע לרבים בשל המעטים? ואפשר רואים המשיבים צל הרים כאנשים?" (שם, עמ' 775).

71. מן המקובץ עולה, שמדיניות המשיבים מפרה את הזכויות, המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, באשר אינה עומדת בדרישות פסקת ההגבלה, שבסעיף 8 לחוק היסוד.

III. נטל ההוכחה ונטל ההפרכה של הזכאות לרישום

(א) נפקותה הראייתית של הודאה באבהות

"שֵׁר הַפְּנִים בְּפְנִים גּוֹפִי.
אֲנִי מְרַגֵּשׁ אֶת פְּנֵי הַמְּסַתְתָּרוֹת בְּקִיפּוּלֵי בְּשָׂרֵי,
וְנִעְרָתִי אֲמַרָה לִי, נִשְׁמָתְךָ כְּבֹדָה וְקִשָּׁה,
הוּא מִתְחַבֵּא בְּךָ."
(מתוך: "ממשלה", יהודה עמיחי, שירים-1948-
1962 (שוקן, תשס"ג) 20-21)

72. דומה, כי לו יכלו המשיבים להסתתר בפנים גופו של כל אדם, אפשר ידעו לומר האם אב הוא לילדו. ואולם, מיטב השיר כזבו, והמשיבים, אפילו רצו, אינם מסתתרים בקיפולי בשרו של איש. את השאלה, האם אדם הוא אב לילד, יש להפנות אל ההורים. שום "ראיה חותכת וחד משמעית" לא תוכיח אבהות לעולם, לבד, יתכן, מתוצאותיה של בדיקה גנטית.

73. ההלכה היהודית מבכרת את הודאתו של האב על הצורך בקיומם של מבחנים ראייתיים אחרים: "הבא על הפנויה וילדה ממנו, אם הוא מודה שהולד ממנו חייב לזונו." (ש"ע, אה"ע, ע"א, ד').

הודאה יכול שתישמע מן הגבר, ואפשר שתישמע מכללא מתוך התנהגותו. עוד בראשית ימיו של המשפט הישראלי אומצה הלכה זו אל הדין:

"ההודאה - במובנה הפשוט ביותר של המלה - היא כאן אמצעי הוכחה רגיל, כשר ומקובל, על פי ההלכה הנודעה של 'הודאת בעל דין כמאה עדים דמיא'. וההודאה איננה דרך ההוכחה היחידה לקביעת האבהות. באופן תיאוריטי אפשר להוכיח את הדבר אפילו בעדות ישירה: 'כגון שהיו אביו ואמו חבושים בבית האסורים' (ראה חולין, דף י"א ע"ב). אך החשוב מבחינה מעשית, והמענין למפתיע כאחד הוא, כי דוקא כאן, בענין קביעת האבהות, ולגבי החיוב במזונות הילד וחיובי ממון דומים, סוטים רוב הפוסקים, ורובם המכריע, מדרך הפורמליזם המסורתי של דיני הראיות, ומרשים להסיק את המסקנה מתוך כל מסיבות הענין (ייען מן הפעולות יוודעו הכוחות)... על כל פנים, אין כמעט חולק על כך מבין הפוסקים החשובים - חוץ מחכם אחד או שנים... - כי הודאת הנטען, ואפילו שלא בבית דין, ואפילו לא אמר: אתם עדיי, מועילה לחייב אותו בתשלום מזונות הילד. יצויין כי בכמה מן המקרים, בהם הוסקה מסקנה מחייבת מתוך התנהגותו של הנטען, הטעם היה, כי ראו בהתנהגותו זו מעין הודאה ביחסי האבהות. עיין ודייק, למשל, בתשובות הרא"ש, כלל פ"ב, סי א', בו נאמר: - 'והוכחה לדבר שהיה חושבו לבן, שהרי העלה את שמו כשם קרוביו'. משמע כי עובדה זו, כשלעצמה, דייה לשמש הוכחה לקיום האבהות (כי למעשה היתה שם גם הודאה), ואם הודאה סמלית כך, הודאה מפורשת על אחת כמה וכמה!" (ע"א 26/51 קוטיק נ' וולפסון, פ"ד ה' 1341, 1348).

על פי הפסיקה, הודאתו של הנטען לאבהות בהורותו, כמו גם דרכי התנהגות שונות לפני הלידה ואחריה (העדר הכחשה, תמיכה כלכלית באם וביילוד, או הצעה לשאת את האם לאשה) הם אמצעי הוכחה מספיקים לאבהותו (ראו: שיפמן, בעמ' 40-41; ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד (1) 218, 223; ע"א 473/75 רון נ' חזן, פ"ד לא(1) 40, 46; ע"א 366/77 פלוני נ' פלונית, פ"ד לד(1), 229, 234).

מכאן, שהצורך בקבלת פסק דין, המצהיר כי אדם הוא אביו של ילד, מתעורר בשעה שאדם מתכחש לאבהות הנטענת. אין זה המקרה בו עסקינן. עניינה של עתירה זו באם ובאב המצהירים, כי הם הוריו של הילוד. האב מוסר הודאה מרצונו. הודאה זו מחייבת אותו כלפי הילד. הודאה זו צריך שתחייב אף את המשיבים.

(ב) אזרחות ומרשם – נפרדים וכרוכים

74. דומה, שסוגיית האזרחות וסוגיית המרשם כרוכות זו בזו, האחת משפיעה על השניה. ואולם יש להבחין בין הסוגיות. ילד לאם ישראלית הוא לעולם אזרח ישראלי. רישום האב בקובץ המרשם של הילד אינו משפיע על מעמדו של הילד. מכאן, שהנטל הנדרש לצורך רישום האב הוא נטל היונק כל כולו מהוראות חוק מרשם האוכלוסין. מאידך, ילדו של אב ישראלי יהא לאזרח ישראלי, לכשיוכר כבנו. רישומו של הילד כבנו של אב ישראלי כורך בהכרח גם את עניין מעמדו

של הילד. הנטל לעניין המעמד והמרשם גם יחד הוא זה הקובע בדיני האזרחות (ראו: בג"צ 754/83 בנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117-118; והשוו: בג"צ 48/89 עיסא נ' מנהלת הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין, פ"ד מג(4) 573).

(ג) רכישת אזרחות מלידה ורישום הילד

75. סעיף 4 לחוק האזרחות קובע, כי די בכך שאחד מהוריו של ילד הוא אזרח ישראלי, על מנת שהילד ירכוש אזרחות ישראלית. כל ילד, שנולד בישראל לאב או לאם שאחד מהם ישראלי, רוכש אזרחות ישראלית מיד עם לידתו. בתנאים מסוימים, הקשורים לאופן רכישת האזרחות הישראלית על ידי ההורים, ירכוש ילד, שנולד לאב או לאם, שאחד מהם ישראלי, אזרחות ישראלית גם אם נולד מחוץ לישראל.

76. חוק האזרחות קובע זכות לאזרחות, הניתנת לילדו של אזרח ישראלי, ואולם הוא אינו קובע פרוצדורה לבירור הזכות. בנה של אם ישראלית, מסתמא, אף הוא אזרח. ברם, החוק שותק באשר לשאלה על סמך מה תוכר זכאותו של ילד לאב ישראלי לאזרחות. כל שנקבע בתקנה 4 לתקנות האזרחות, התשכ"ט-1968 הוא:

4. פרטים נוספים וראיות

שר הפנים או מי שהסמך לכך רשאי לדרוש ממגיש בקשה, שימציא לו פרטים נוספים על אלה שמסר בבקשתו, וכן ראיות לאימות פרטים שמסר בבקשתו.

מהו טיבן של הראיות שרשאים המשיבים לדרוש? קובעת הפסיקה:

"בנסיבות אלה של היעדר הסדר חקיקתי ספציפי חל הכלל הרגיל של המשפט המינהלי, ולפיו נדרשות 'ראיות מינהליות' לביסוסה של ההחלטה המבוקשת. ראיות מינהליות הן ראיות שאדם סביר - ורשות סבירה - היו מסתמכים עליהן ורואים אותן כבעלות ערך הוכחתי ראוי ומספיק בנסיבות המקרה." (בג"צ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, מינהל האוכלוסין, פ"ד נח(1) 919, 928 (להלן - פרשת מקסימוב)).

וראו גם: בג"צ 442/71 לנסקי נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 337, 355-357; פרשת מלבסקי, בעמ' 715-716.

77. בפרשת מקסימוב נדון לראשונה נטל ההוכחה ונטל ההפרכה של הזכאות לאזרחות מכוח חוק השבות, התש"י-1950. בית המשפט נדרש לקבוע על סמך מה יוכיח המבקש לעלות לישראל ולרכוש אזרחות מכוח שבות, כי אימו יהודיה. נפסק, כי הנטל הראשוני להבאת ראיות מינהליות

מספיקות לביסוס לכאורי של זכאות לשבות ולאזרחות מוטל על המבקש. המבקש ייחשב כמי שהוכיח לכאורה את זכאותו, אם הראיות שהביא הן מסוג הראיות שמשרד הפנים, על-פי נהליו הרגילים, מקבלן בדרך כלל כמספיקות להוכחת הזכאות הנטענת. כאלו הן, למשל, תעודות ציבוריות למיניהן, תמצית רישום ממרשם האוכלוסין או העתק נאמן ממסמך מקורי. עמידתו של המבקש בנטל הוכחתה הראשוני של זכאותו לכאורה לשבות מקימה לו "חזקת זכאות". בהיעדר ראיות מינהליות, שתעוררנה לפחות חשד מבוסס ביחס לזכאותו של המבקש, הרי שככלל תתגבש חזקת הזכאות לכדי זכאות אופרטיבית (שם, 928-929).

לאחר שהמבקש קיים את חובתו הראשונית להניח תשתית עובדתית סבירה לבקשתו, עובר הנטל לסתור את חזקת הזכאות למשרד הפנים. בית המשפט מצדיק את העברת הנטל בכמה טעמים:

"בראש ובראשונה, יש בכך כדי למנוע החלטות סירוב שרירותיות, המבוססות על סברות גרידא ביחס למהימנותו של המבקש ואינן מגובות בראיות, שקבלתן עלולה לסכל את זכותו היסודית של יהודי לעלות לישראל. אכן, הזכות לעלות לישראל - שהיא מיסודות קיומה של המדינה ואשר באה לביטוי חקיקתי מפורש בסעיף 1 לחוק השבות - הינה חשובה מכדי שניתן יהיה לשלול אותה מבלי שהובאה ראיה לסתור. סירוב בלתי מבוסס מצד המדינה, להכיר ביהדותו של מבקש שהוכיח לכאורה את זכאותו לשבות, עלול לעלות כדי הפרת מחויבותה ההיסטורית והמוסרית של המדינה, הנגזרת מהיותה מדינת העם היהודי. שנית, העברת 'נטל ההפרכה' למשרד הפנים, לאחר שהמבקש הציג ראיות מן הסוג המספיק - בדרך כלל - להוכחת הזכאות, מוצדקת גם משיקולים כלליים האמורים להנחות את פעילותן של רשויות המינהל הציבורי, כמו החובה לנהוג בשוויון ובהגינות. שלישית, פערי הכוחות הגדולים שבין המבקש לבין המדינה - שלרשותה מנגנון רב עוצמה הכולל גם נציגויות דיפלומטיות ולשכות קשר במרבית מדינות המוצא של העולים לישראל - מציבים את המדינה בעמדה טובה יותר להשגת ראיות (לסתירת גרסתו של המבקש) על אלה שבידי המבקש להשיג (לביסוס גרסתו). רביעית, העובדה שהתחזות ליהודי במטרה להשיג במרמה אזרחות ישראלית היא עבירה פלילית (סעיף 16 לחוק האזרחות, וכן ראו פרק י"א סימן ו' לחוק העונשין), מחייבת את הרשות להימנע מלקבוע - בהיעדר תשתית מספקת לכך - כי פלוני הוא מתחזה או כי מסמכיו מזויפים." (שם, 929).

תוצאתה המיידית של "חזקת הזכאות", שלא הופרכה על ידי משרד הפנים, תהא הענקת מעמד מכוח שבות לאדם, שאולי נותר ספק בלתי מגובה בראיות מספיקות באשר לזכאותו. ואולם, אם בעתיד תיתגלנה ראיות הסותרות את גרסתו, יהיה בידי משרד הפנים לשלול ממנו את מעמדו בדיעבד (שם, 929-930).

טיבן של הראיות המינהליות, המספיקות לשם סתירת "חזקת הזכאות" (לאחר שזו קמה), אינו כטיבן של הראיות להקמתה של החזקה. נדרשות ראיות של ממש, ואין די ב"תחושות בטן" בלתי מבוססות או ב"ספקות" גרידא בדבר מהימנותו של המבקש כדי להוביל לדחיית בקשתו. משרד

הפנים נדרש להציג ראיות מינהליות, המבססות באורח פוזיטיבי את החלטתו לסרב לבקשה, ואין הוא יוצא ידי חובה בטענה השלילית, כי המבקש לא שכנע אותו בדבר יהדותו (שם, 930-931).

78. דברים אלה יפים אף לענייננו. הודעתו של אזרח ישראלי, כי הוא אביו של הצאצא, הניתנת בהסכמת האם, המספיקה על מנת שיטול על עצמו כל חובותיו של אפוטרופוס, והמזכה את ילדו במזונות ובירושה, מגיעה כדי הרמת נטל ראשוני ומקימה "חזקת זכאות". העתקי בדיקות שנערכו לאב ולאם בתקופת ההריון; הודעות מטיפת חלב, עליהן מופיע שמו של האב; הודעת לידה ומכתב שחרור מחדר היולדות, המוכיחים כי האב שהה לצד זוגתו בבית החולים; הודעת לידה, עליה מופיע שמו של האב; תמונות משותפות של בני הזוג או הצהרה של קרוב משפחה או מכר, המצהיר על נסיבות הקשר – כל הם בבחינת "ראיות אובייקטיביות מספיקות". נישואין של האם והאב (אף אם נערכו לאחר שהאם הרתה), או כוונה להינשא, או קיומם של חיי משפחה במשק בית משותף – ודאי יוסיפו לחזיק הראיות, ובהצטבר כל אלה תתגבש "חזקת הזכאות" לכדי זכות אופרטיבית. מדובר בראיות מינהליות, שאדם סביר ורשות סבירה היו מסתמכים עליהן.

79. בעניין עבאס-בצה קבע בית המשפט, כי כעיקרון הליך ההוכחה על פי הנטל המוטל על מבקש להתאזרח בישראל מכוח נישואיו לאזרח ישראלי –

"...צריך להיות ברור ואחיד ולא מסע התשה ללא תוחלת, ובמקרים שאין מתעוררת בהם בעייתיות מיוחדת, צריכה להיות אחידות בהיקפם ובסוגם של המסמכים הנחוצים." (בג"צ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, 489 (להלן - פרשת עבאס-בצה)).

גם כאן אין המשיבים רשאים לנקוט בצופן "ראיות אובייקטיביות מספיקות" או "הוכחות חותכות וחד משמעיות", להשאירו סתום, ולשלוח את ההורים ב"לך ושוב" חסר תוחלת על מנת שישובו וימציאו ראיות, שטיבן אינו ידוע. על המשיבים לגבש דרישה אחידה של מסמכים, ולדאוג לפרסום נאות שלה למען אחידות הקריטריונים ופישוט ההליך (ראו: פרשת עבאס-בצה, שם). ודוקו - בניגוד לרכישת אזרחות מכוח נישואין, אז נחוצים המסמכים על מנת להוכיח כנות נישואין ומרכז חיים בישראל, ועל כן יש להמציאם מזמן לזמן, הרי עניין מעמדו של הילד אינו מוכרע על יסוד שאלות אלה, וההכרעה בו נדרשת תכוף לאחר לידתו.

על המשיבים להנחות את בתי החולים להפנות את ההורים אל הלשכה למינהל אוכלוסין לאחר שתימסר להם רשימה של מסמכים, שעליהם להמציא. מאחר שעסקינן בטובתם של פעוטות, בדיני נפשות ממש, על הלשכה למינהל אוכלוסין לקבל את ההורים בהקדם האפשרי תכוף לאחר הלידה. ההורים ישובו ויצהירו בפני פקיד הרישום אודות הורותם המשותפת, ישאלו אודות הקשר ביניהם, ויצגו בפניו, אם יתעורר צורך בכך, את המסמכים. פקיד הרישום יכריע על אתר.

פקיד הרישום אינו רשאי לדחות את הבקשה על יסוד "תחושות בטן". הוא אינו רשאי למסור להורים שלא השתכנע, אלא מחוייב לנמק את החלטתו בכתב, ולהבהיר כיצד נסתרה "חזקת הזכאות" של ילדם לאזרחות. עליו ליידע את ההורים בדבר הסיבה האמיתית והספציפית, שבגינה הם נדחים, וזאת כדי להרחיק ולו צל צילה של תחושת שרירות, וכדי לאפשר להורים לשקול האם ההחלטה עומדת במבחן הדין, והאם יש יסוד וטעם להעמיד אותה בביקורת שיפוטית.

80. ודוקו - עניין לנו בזכויות היסוד של ההורים ושל ילדיהם. כדי לקפחן נדרש מן המשיבים מבחן ראייתי מוגבר:

"הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטוטורית בקיום הצדק לשלילתה של זכות יסוד, צריכות להיות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות... כגודל הזכות כך גם גודלה ועוצמתה של הראיה, המשמשת יסוד להחלטה בדבר הפחתתה של הזכות." (ע"ב 2/84 ניימן נ' יו"ר ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250).

הנה כי כן - הוכחות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות הן נטל המוטל על שכם המשיבים, אם מבקשים הם להצדיק שלילתן של זכויות יסוד. זהו אינו נטל המוטל על האזרח.

81. הטלת הנטל לסתור את "חזקת הזכאות" על המשיבים באמצעות הוכחות ברורות, חד-משמעיות ומשכנעות מוצדקת מאותם טעמים, שפירט בית המשפט בעניין מקסימוב: היא מוצדקת בשל תכליתה למנוע החלטות שרירותיות, שקבלתן עלולה לסכל את זכותו היסודית של הפעוט לאזרחות; היא מוצדקת מן הטעם שעל המשיבים לנהוג בשוויון ובהגינות; היא מוצדקת בשל פערי הכוחות בין האזרח למדינה; ומוצדקת בשל העובדה כי רכישת מעמד במירמה מסכנת את מי שרכש אותו, ואת מי שסייע שלא כדין ברכישתו. סעיף 11(ג) לחוק האזרחות קובע, כי שר הפנים רשאי לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אם הוכח להנחת דעתו, שהאזרחות נרכשה על יסוד פרטים כוזבים. סעיף 16 לחוק האזרחות קובע עוד, כי מי שמסר ביודעין פרטים כוזבים בענין הנוגע לרכישתה של אזרחות ישראלית, שלו או של אחר, דינו - מאסר או קנס, או שני העונשים כאחד (וראו גם: סעיף 415 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, שעניינו קבלת דבר במרמה).

(ד) רישום האב

רישום האב בהודעת לידה

82. הודעת לידה ניתנת על פי הוראות סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין:

6. הודעה על לידה בישראל

הודעה על לידה שאירעה בישראל תימסר לפקיד רישום תוך עשרה ימים; ההודעה תימסר על ידי האחראי על המוסד שבו אירעה הלידה, או - על ידי הורי הילוד, הרופא והמיילדת שטיפלו בלידה - אם אירעה במקום אחר; ההודעה תכלול את פרטי הרישום של הילוד ופרטים אחרים שייקבעו בתקנות, באישור ועדת הפנים של הכנסת.

83. תקנות מרשם האוכלוסין (הטפסים להודעות לידה ופטירה), התשל"ב-1972 ותקנות מרשם האוכלוסין (פרטי רישום נוספים בהודעת לידה ופטירה), התשכ"ט-1968 קובעות מהם הפרטים, שיופיעו בהודעה. בין היתר, יכללו בהודעה שמות ההורים, מספר הזהות שלהם, לאומם, מצבם האישי, תאריך נישואיהם ומענם. כן כוללת ההודעה פרטים אחרים, הנוגעים להורים: תאריך לידתם, ארץ לידתם, ארץ הלידה של אבי האם ואבי האב, משלח ידם של ההורים ומספר שנות הלימוד שלהם.

84. החוק והתקנות עוסקים, אם כן, בהודעה ובפטירה, והם אינם מתירים למודיע שלא לרשום פרט מן הפרטים הקבועים בנוסח ההודעה. על "המודיע", איש בית החולים או פקיד הלשכה, לקבל מן האם, וממי שטוען כי הוא האב, את פרטיהם. אין זה משנה כלל אם האב הוא אזרח ישראלי או לא. במקום המתאים לכך בטופס יסמן המודיע את לאומם של ההורים, את מצבם האישי ואת תאריך נישואיהם, אם נישאו. למודיע לא נמסרו סמכויות חקירה, דרישה ושיפוט. נמסרה לו הסמכות (והחובה) להודיע את הפרטים, הקבועים בתקנות. כל שעליו לעשות הוא לדווח לפקיד הרישום את שמסרו לו ההורים. אך סביר הוא, שרק בשעה שהאם היולדת מסרבת שיירשם שפלוגי הוא אביו של הילוד - לא יירשם האב.

רישום האב במרשם האוכלוסין

85. סעיף 2 לחוק מרשם האוכלוסין קובע מהם הפרטים שיירשמו במרשם. בין היתר ירשמו במרשם שמות ההורים. ודוק: במרשם רשומים שמות ההורים, אף אם ההורים אינם אזרחי ישראל או תושביה, והם עצמם אינם רשומים במרשם.

86. סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין קובע את סדרי רישום האב כאשר האם אינה נשואה:

21. שם האב כשהאשה פנויה

שם אביו של ילד שנולד לאשה פנויה יירשם על פי הודעת האב והאם כאחד, או על פי פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך.

גם בעניין זה יודגש: הוראות הסעיף חלות לעניין רישום פרטים ברשומה המיוחסת לילד תושב ישראל או אזרח ישראל. הוראות אלה חלות בין שהאב הוא תושב או אזרח ישראלי, הרשום בעצמו במרשם, ובין שהאב הוא אזרח זר, שאינו רשום במרשם.

87. סעיף 35 לחוק מרשם האוכלוסין קובע סנקציה בגין הודעה שאינה נכונה; מי שמוסר ידיעה ביודעו שאינם נכונה – דינו מאסר.

88. לאחר רישומו של האב זכאים שני ההורים - האם והאב - ששמו של הילד יירשם בתעודת הזהות של כל אחד מהם (ראו: סעיף 25 לחוק מרשם האוכלוסין וכן תקנות 2 ו-3 לתקנות מרשם האוכלוסין (רישומים בתעודת זהות), התש"ן-1990). הם אף זכאים לבקש ולקבל לידיהם תעודת לידה על פי הרשום במרשם, הכוללת את שמות שני ההורים (ראו: סעיף 30 לחוק מרשם האוכלוסין וכן תקנות מרשם האוכלוסין (צורתן של תעודות לידה ופטירה), התשל"ג-1972).

89. סעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין קובע, אם כן, שתי אפשרויות לרישום: על פי הודעה משותפת של ההורים, או על פי פסק דין. ברם שתי אפשרויות אלה אינן שוות משקל מבחינת הנטל, הכרוך בכל אחת מהן. פרשנות סבירה וראויה של הסעיף אינה יכולה לראות בשתי האפשרויות חלופות זו לזו, אלא כלל, וחריג לכלל. הכלל הוא רישום על פי הודעה משותפת. החריג לכלל הוא פסק דין, הכופה את הרישום בהעדר הסכמה. תכלית זו נועדה להגן על ילדים פן יהפכו "שתוקים", בשל התכחשות אביהם להם, ופן יירשם אדם זר כאביהם בניגוד לרצונו, או בניגוד לרצונה של אימם. כדי לכפות על אב להפוך הורה, וכדי לכפות על אם את אבי ילדה, יש צורך בהכרעה שיפוטית. תכלית החוק נועדה, כמו כן, לשמור על אמינות המרשם אם יש יסוד להניח שההודעה אינה נכונה.

90. פרשנות זו מתיישבת עם ההלכה, שהיכתה שורש בפסיקה; ככלל, על פקיד הרישום לרשום את שהאזרח אומר לו, אלא אם אי נכונות הרישום אינה מוטלת בספק (בג"צ 143/62 פונק שלזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225; בג"צ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477, 486; בג"צ 2888/92 גולדשטיין נ' שר הפנים, פ"ד נ(5) 89, 93; בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 375-376; בג"צ 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 735-736 (להלן - פרשת **נעמת**)).

אין פירוש הדבר שלילת שיקול הדעת של פקיד הרישום, ושלילת סמכותו לדרוש מסירת ידיעות ומסמכים, הנוגעים לרישום. רישום האב הוא בבחינת "רישום ראשון" במרשם. סעיף 19 לחוק מרשם האוכלוסין נותן בידי פקיד הרישום סמכות לדרוש מסירת ידיעות ומסמכים, אודות פרט הרישום שאליו מתייחסת ההודעה. סעיף 19ב(ב) לחוק מרשם האוכלוסין מוסיף וקובע, כי אם לאחר שהפעיל פקיד הרישום את סמכויותיו על פי סעיף 19 היה לו יסוד להניח שההודעה אינה

נכונה, יסרב לרשום על פיה. פקיד הרישום רשאי שלא לרשום פרט במרשם אם ההודעה כוללת דבר שקר או רמייה, או כאשר יש ראיות לסתור (בג"צ 264/87 התאחדות הספרדים שומרי התורה נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מג(2) 723, 732). כן רשאי הוא לחקור באשר לאמיתות הפרטים (בג"צ 467/75 האטשינס נ' שר הפנים, פ"ד ל(3) 148, 151; בג"צ 563/77 דורפלינגר נ' שר הפנים, פ"ד לג(2) 97, 98). ואולם –

"אם אין לפקיד הרישום יסוד סביר להניח, שההודעה איננה נכונה, אסור לו לסרב לרשום על פי ההודעה." (בג"צ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 677-676).

ובפרשת נעמת נקבע:

"לפקיד הרישום אין סמכות שיפוטית ואל לו להכריע בסוגייה משפטית 'פתוחה'. כאשר הוא מתבקש לבצע רישום ראשון מכוח הודעת המבקש, עליו להיענות לבקשה, גם אם תוקפה המשפטי אינו נקי מספקות, ויש בו פנים לכאן ולכאן, ובלבד שאי נכונותה של ההודעה אינו בולט לעין." (שם, עמ' 744).

91. הנה כי כן, ככלל על המשיבים להעדיף רישום על בסיסה של הצהרה משותפת. מותר לבדוק, ומותר אף לסרב לרשום, אם יש יסוד סביר להניח, כי ההודעה שקרית או אינה נכונה. ברם פרשנות כמו זו של המשיבים לסמכותם, הנותנת לפקיד הרישום אפשרות שווה לבחור בין הצהרה (הנתמכת ב"ראיות", שטיבן אינו ברור) לבין פסק דין, מובילה למצב בו מועדפת ככלל האפשרות השניה על הראשונה. תוצאה זו אינה נמצאת במסגרת סמכותם של המשיבים, היא אינה סבירה, ועומדת בניגוד לתכלית החוק ובניגוד להלכה הפסוקה. העובדה, שהאב אינו אזרח ישראלי, אינה מהווה, כשלעצמה, ראיה לסתור את הודעתו, ואינה מהווה יסוד סביר להניח, שההודעה אינה נכונה. דרישות המשיבים, אם כן, חורגות מגדר סמכותם:

"הנחיה מינהלית אינה יכולה להעניק לרשות המינהלית סמכות שאין לה. ההנחיה עצמה חייבת להיות במסגרת הסמכות ולכן לא ניתן להסדיר על ידה מעשה החורג מהסמכות" (ר' הר זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 131-132).

וראו גם: פרשת קטלן, בעמ' 298.

IV. הענקת מעמד זמני לילד עד לסיום הבירור

92. לעתים נדירות יתכן שלא תתגבש "חזקת הזכאות" כדי זכות אופרטיבית לאזרחות. ברשות המשיבים תהיינה ראיות מינהליות, שתעוררנה חשד מבוסס ביחס לזכאותו של הילד לאזרחות.

במקרים אלה, עד לסיום הבירור יש להבטיח כי הילד, אזרח פוטנציאלי, לא יוותר ללא כל מעמד, משולל זכויות סוציאליות ובריאותיות.

93. בעניין זה ניתנה בעבר התחייבותה של הממונה על מרשם ודרכונים כי בתקופת הביניים יקבל הילד מעמד זמני (ראו: נספח **ע/12**). יש להבטיח, כי מעמד זה אכן יינתן תכוף לאחר הלידה. בהעדר אזרחות, רישיון ישיבה הוא המפתח להנאה מזכויות (ראו בעניין זה: William Rogers *Brubaker, Membership without Citizenship: The Economic and Social Rights of Noncitizens in Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, edited by Rogers (Brubaker (Lanham, MD: University Press of America, 1989), pp. 145-162).

94. אם תיסתר "חזקת הזכאות", או אם ימצא חלילה, כי נמסרה הצהרה כוזבת, רשאים המשיבים ליטול את המעמד. יוער בהקשר זה, כי טענת המשיבים בתגובתם מיום 2.5.2005, לפיה "המרשם אינו פנקס זמני", ו"אין לכלול במרשם מי שאינו זכאי למעמד על פי הדין המהותי", אינה נכונה. במרשם האוכלוסין רשומים תושבי ישראל ואזרחיה – לרבות תושבים ארעיים.

V. מתן תעודת לידה והודעת לידת חי

95. אף שבמרשם האוכלוסין רשומים תושבי ישראל ואזרחיה (סעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין), סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין קובע חובה כללית לדווח על כל לידה שארעה בישראל. חובה זו מתיישבת היטב עם התחייבויותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי - לרשום כל ילד מיד עם לידתו. חובות אלה מעוגנות, כאמור, בסעיף 24(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ובסעיף 7(1) לאמנה בדבר זכויות הילד. לרישום ילדים עם לידתם ולתיעוד הלידה השפעה רבה מאוד על מהלך חייו התקין של האדם (קביעת גיל, הוכחת מקום הלידה, תיעוד שמות ההורים, וכו').

96. הוכחה בדבר הרישום משמשים הודעת לידת חי ותעודת לידה. סעיף 6 לחוק מרשם האוכלוסין אינו מגביל מסירת הודעת הלידה לכל אם ואב, ללא קשר למעמדם בישראל. סעיף 30 לחוק מרשם האוכלוסין קובע, מאידך, כי מי שנולד בישראל והוא רשום במרשם, רשאי לקבל תעודת לידה (וכן רשאי לקבלה גם מי שיש לו עניין בדבר). עם זאת, אין בחוק מרשם האוכלוסין דבר האוסר על מתן תעודת לידה גם למי שלא רשום במרשם. מאחר שתעודת לידה, בניגוד להודעת לידה, היא תעודה ציבורית, יש לוודא, כי כל מי שנולד בישראל והוריו יהיו זכאים הן להודעת לידה והן לתעודת לידה. כאמור, פרשנות זו של הוראות חוק מרשם האוכלוסין עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה של ישראל על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות והאמנה בדבר זכויות הילד.

97. יצוין, כי גם המשיבים החזיקו בעמדה זו עד לא מכבר. בנוהל הרישום שפורסם בשנת 1998 (נספח ע/10) נקבע, כי כל ילוד בישראל יזכה לתעודת לידה, אם תתבקש כזו. דווקא משום כך, התנגדות המשיבים להנפקת תעודות לידה בתגובתם מיום 2.5.2005 אינה ברורה כלל ועיקר.

VI. רישום שם משפחתו של קטין על פי בקשת הוריו

98. סעיף 3 לחוק השמות, התשט"ו-1956 (להלן – חוק השמות) מחייב את המשיבים לכבד את רצונם של ההורים ולהעניק לילדם את שם המשפחה שהם חפצים ליתן לו:

3. שם משפחה מלידה

ילד מקבל מלידה את שם משפחת הוריו. היו להורים שמות משפחה שונים, מקבל הילד את שם משפחת אביו, זולת אם הסכימו ההורים שיקבל את שם משפחת האם או שמות המשפחה של שני ההורים; אולם ילד שנולד כשאמו אינה נשואה לאביו, מקבל מלידה את שם משפחת אמו, זולת אם רצתה האם שיקבל שם משפחת האב והאב הסכים לכך או שהאם היתה ידועה בציבור כאשתו, ואם הסכימו ההורים, יקבל את שמות המשפחה של שניהם.

99. כאמור, כיוון שאין המשיבים נאותים להכיר בהורותם של אבות זרים לילדים ישראלים, הופך הילד, לדידם של המשיבים, לילדה של האם בלבד, ילד מחוסר אב, אשר אינו זכאי לרכוש את שם משפחתו של אביו, אפילו ההורים רוצים בכך. המשיבים כופים על ההורים ועל ילדם את שם משפחתה של האם. על מנת להחליף מאוחר יותר את שמו של הילד, על האם לשנות את שמה או שההורים נדרשים להמציא פסק דין, המורה על שינוי השם. בעניין זה מסתמכים המשיבים על הוראות סעיף 13 לחוק השמות:

13. שינוי שם על ידי ההורים

הוריו של קטין רשאים לשנות את שמו הפרטי, ובאישור בית המשפט – גם את שם משפחתו.

100. תוצאה אבסורדית זו אינה סבירה בעליל, ומנוגדת להוראות חוק השמות ולתכליתו. ההורים, כמובן, אינם מבקשים לשנות את שם משפחתו של ילדם, שנכפה עליהם בניגוד לדעתם על ידי המשיבים. הם מבקשים להעמידו על השם שרצו להעניק לילדם מלכתחילה בעת שנולד, לפי זכותם הקבועה בסעיף 3 לחוק השמות. על המשיבים לכבד את רצונם של ההורים ולאפשר לילדם לרכוש את שם המשפחה שהם בוחרים לו. הדבר נגזר מתכליתו של חוק השמות – לאפשר להורים ולילדיהם להיקרא באותו שם. תכלית זו נלמדת גם מהוראות סעיף 12 לחוק השמות:

12. שם משפחה של קטין שהוריו שינו שמם

קטין שהוריו שינו שם משפחתם, מקבל על ידי כך את שם משפחתם החדש, וקטין שאחד מהוריו שינה את שם משפחתו לשם משפחתו של ההורה האחר יקבל על ידי כך את שם המשפחה המשותף.

101. ברי, כי סעיף 13 לחוק השמות נועד בעיקרו לסיטואציה שונה: למקרה בו הורים מבקשים להקנות לבנם שם משפחה, השונה משלהם, או שם השונה משמו של אחד ההורים הביולוגיים (למשל, במקרה של אימוץ). במקרה זה דורש החוק את הסכמת בית המשפט. ואולם במצב של כשל ברישום, שנובע מאי כיבוד רצונם של ההורים על ידי המשיבים, אין כל הצדקה להתיש את ההורים ולא לאפשר להם לממש את הזכות, שעמדה להם מלכתחילה, וקופחה.

102. אשר על כן, יש לקבוע כי על המשיבים לרשום את שם משפחתו של קטין, אשר אמו ישראלית ואביו זר, על פי בקשת הוריו מיד עם לידתו על פי הוראות סעיף 3 לחוק השמות. אם לא הכירו המשיבים בהורותו של האב עם לידתו של הילד, וקבעו את שם משפחתו כשם משפחתה של אימו, יש לתקן את הרישום, אם ההורים מבקשים זאת, ולשנות על פי בקשתם את שם משפחתו לשם משפחתו של האב או לצירוף שמות המשפחה של ההורים.

אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.