

העותרים:

1. י' ש' ס'
2. ר' ש' ס'
3. ס' ש' (קטין, באמצעות הוריו, העותרים 1 ו-2)
4. האגודה לזכויות האזרח בישראל

כולם ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או הדס תגרי ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה מרגלית ו/או פאטמה אלעגיו ו/או באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או נעה שטיין ו/או סוניה בולוס

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טל': 5608185-03; פקס: 5608165-03

נ ג ד

המשיבים:

1. שר הפנים
משרד הפנים, רח' קפלן 2, ירושלים
2. מנהל מינהל אוכלוסין
משרד הפנים, רח' הלל 24, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- א. מדוע לא יירשם העותר 2 כאביו של העותר 3 במרשם האוכלוסין, על פי הודעתו והודעת העותרת 1;
- ב. מדוע לא תבוטלנה הנחיות המשיבים שניתנו לבתי החולים בעניין רישום בהודעת לידת חי, הקובעות כי כאשר אחד מן ההורים הוא אזרח זר, אין לקבל הצהרת אבהות מן האב;
- ג. 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);
- ד. מדוע לא ייקבע, כי במקרים חריגים, שבהם נדרש בירור נוסף באשר להצהרת אבהות של אב ישראלי לבנה של אם זרה, יוענקו לקטין אשרה ורשיון לישיבה בישראל עד לסיום הבירור;
- ה. מדוע לא ייקבע, כי יש ליתן לכל יולדת בישראל ולבן זוגה הודעת לידת חי, ולבקשתם גם תעודת לידה, הכוללות את פרטי האם והאב.

ואלה נימוקי העתירה:

מבוא

- 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, 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. הילד אזרח. יש לו אם, אך לידה של מדינת ישראל אין לו אב.

4. 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. לידה של מדינת ישראל הילד הוא זר.

5. על פי הנחיות מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, כאשר שני ההורים אזרחים ישראלים או כאשר האם אזרחית ישראלית, הילוד יירשם מייד כאזרח ישראלי. ואולם, כאשר האם אזרחית ישראלית והאב זר, אין לקבל הצהרת אבהות. כפי שנייכח להלן, האב יירשם רק על פי פסק דין, המצהיר על אבהותו. זאת ועוד, לבתי החולים ניתנה הנחיה שלא להעניק מספר זהות לילד שנולד לאזרחית זרה. כאשר רק האב הוא אזרח או תושב ישראל יש צורך בפסק דין, המצהיר על אבהותו.

6. עניינה של העתירה בהורים אלה, האחד אזרח ישראלי והאחר אינו ישראלי, ובילדם המשותף. משרד הפנים מפלה לרעה הורים וילדים אלה לעניין הרישום במרשם האוכלוסין. הוא ממאן 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.

7. 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 אפוטרופסות, 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.

8. בית המשפט הנכבד יתבקש להורות למשיבים לבטל את המדיניות המפלה והפוגענית ולנהוג בבני זוג, האחד ישראלי והאחר זר, ובילדיהם, כפי שנוהגים בבני זוג, שניהם אזרחים ישראלים, ובילדיהם.

הרקע העובדתי:

I. משפחת ש'-ס'

9. העותרת 1 (להלן - **העותרת**), יהודיה ילידת אוקראינה, עלתה לישראל עם הוריה בחודש יולי 1993, לאחר שמלאו לה 18. העותרת רכשה אזרחות ישראלית מכוח שבות.
10. העותר 2 (להלן - **העותר**), נוצרי אזרח אוקראינה, הגיע לישראל בחודש יוני 1999 באשרת תייר. העותר נשאר בישראל לאחר שפקע תוקף אשרתו.
11. ביום 6.7.00 הכירו העותרים במסעדה בנתניה. העותרת הגיעה למסיבת יום הולדת של חברה. העותר בילה במסעדה עם חבריו. זמן קצר לאחר מכן החלו להתראות.
12. הקשר עם העותר הוא הקשר הרציני הראשון והיחיד שהיה לעותרת עם גבר בחייה. העותר עבר להתגורר עם העותרת בבית הוריה. בסוף חודש אוגוסט 2001 החליטו להינשא.
13. כיוון שהעותרת יהודיה והעותר נוצרי, הם אינם יכולים להינשא בישראל. לפיכך פנו העותרים לשירותיו של עורך-דין, על מנת שיערוך עבורם מסמכים לנישואין בפראגוואי - נישואין בהתכתבות עם הרשות המוסמכת בפראגוואי. ביום 21.10.01 אושרו נישואי העותרים בפראגוואי.
14. לשמחתם של העותרים, בחודש ספטמבר 2001 הרתה העותרת לבן זוגה.
15. ביום 24.11.01 חגגו העותרים את נישואיהם בהשתתפות משפחתה של העותרת וחבריהם המשותפים במסעדה בנתניה. באירוע נכחו כ-70 אורחים.
16. עורך-הדין שטיפל בנישואיהם של העותרים יעץ להם לפנות למשרד החוץ ולהציג את מסמכיהם. ביום 25.12.01 פנו העותרים למשרד החוץ בתל-אביב. במשרד החוץ סימנו בדרכונו של העותר את תאריך פנייתו. הפקידים נטלו מסמכים מבני הזוג ונאמר להם לפנות למשרד הפנים כעבור מספר חודשים.
17. כמתחייב מהוראות משרד הבריאות בעניין הריון ולידה, בחודש דצמבר 2002 עבר העותר בדיקה גנטית לשלילת נשאות של גן טיי-זקס.
18. כעבור מספר חודשים פנו העותרים ללשכה למינהל אוכלוסין בנתניה. לעותרים נמסרה רשימת מסמכים שעליהם להמציא. כן נדרשו העותרים לשלם קנס בגין שהות יתר של העותר.
19. העותרים אספו את המסמכים ופנו מספר פעמים ללשכה בנתניה, ואולם הפקידה שטיפלה בעניינם, גב' ציפי ויזן, לא נאותה לקבל את בקשתם ושלחה אותם שוב ושוב להמציא עוד מסמכים בקשר לחייהם המשותפים.

20. גב' ויזן אף דרשה, שאביה של העותרת יתייצב בלשכה, ויסביר מדוע הסכים שהעותר, בן זוגה של בתו, ששהה בישראל ללא אשרה, יתגורר בביתו. אביה של העותרת התייצב בלשכה, גב' ויזן גערה בו, ולדרישתה נאלץ לכתוב מכתב המאשר, שהסכים שהעותר יתגורר בביתו.
21. בעת ביקור אחר בלשכה הופרדו העותרים, נשלחו לחדרים שונים, ונדרשו לכתוב את סיפורם.
22. פעמים רבות התייצבו העותרים בלשכה. לכל אורך ההליך הפקידים נהגו בהם בגסות. תקופה זו היתה קשה מאוד עבור העותרים, ובמיוחד עבור העותרת, שהיתה בהריון.
23. רק ביום 11.4.02 התקבלה בקשתם של העותרים בלשכה. העותרים שילמו קנס בגין שהות יתר ואגרה עבור אשרה חדשה. העותר קיבל אשרה שהייה ועבודה.
24. למחרת, ביום 12.4.02, נולד בנם המשותף של העותרים, העותר 3 (להלן - **הבן**). בנם של העותרים נולד מוקדם מן הצפוי, בנייתוח קיסרי, במהלך החודש השמיני להריון. העותר היה לצידה של העותרת בבית החולים.
25. ביום 16.4.02 השתחררה העותרת מבית החולים. במכתב השחרור מן המחלקה בבית החולים רשום העותר כאביו של הבן.
26. ביום 10.6.02 ניתנה בידי העותרים תעודת הלידה של בנם. העותר לא נרשם כאביו. העותרים שאלו את פקידת הרישום מדוע העותר אינו רשום, והיא השיבה שמחלקת האשרות לא אישרה לרשום.
- העתק תעודת הלידה מצ"ב ומסומן **ע/1**.
27. במהלך חודש יוני 2002 הוזמנו העותרים לשוב ללשכה ונמסר להם מכתב, לפיו "על פי בג"ץ מתאריך 27.12.2001, נקבע כי נישואי פראגואאי אינם תקפים וחוקיים בלי נוכחות הצדדים. לכן לא נוכל לקבל בקשתכם לרישום נישואין".
- העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/2**.
28. תוך כדי כך מסרו העותרים בלשכה הוכחות לחייהם המשותפים, לפני לידת בנם, ולאחר מכן, לתמיכה בבקשתם לרשום את העותר כאביו של הבן. העותרים מסרו מסמכים מבית החולים, העתק בדיקות רפואיות ועשרות תמונות משותפות. הפקידה עיינה באלבומי התמונות ובחרה מספר תמונות שנראו לה. יוער, כי הבן דומה דמיון רב לאביו.
29. בלית ברירה נאלצו העותרים להינשא שוב. ביום 9.8.02 טסו העותרים לקפריסין ונישאו בנישואין אזרחיים.
30. העותר לא נרשם כאביו של הבן. העותרים פנו לאגודה לזכויות האזרח בישראל (להלן - **האגודה לזכויות האזרח או האגודה**). ביום 22.8.02 פנתה גב' הדר נמיר, רכזת פניות הציבור של

האגודה, למחלקה למרשם ודרכונים במטה מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, בבקשה להורות ללשכה בנתניה לרשום את העותר כאביו של הבן.

העתק הפניה מצ"ב ומסומן **ע/3**.

31. ביום 4.9.02 השיבה גב' תמי אזרזר, רע"ן מרשם ודרכונים, לפניית גב' נמיר כדלקמן:

"עפ"י נוהלי משרד הפנים לעניין רישום אבהות של זר לקטין ישראלי, הרישום נעשה לאחר הצגת הוכחות חותכות וחד משמעיות לאבהות הקטין. אם ברצון האדון להכיר באבהות על הקטין, עליו להמציא הוכחות לאבהותו, כגון: הוכחות לחיים משותפים עם האם קודם הנישואין, קבלת מכתבים מחברים, קרובי משפחה שיעידו על הקשר בין השניים וכו'. רק לאחר המצאת הוכחות חותכות וחד משמעיות כי הזר הינו אבי הקטין יוכל לקבל ההכרה אחרת יש להמציא פס"ד מביהמ"ש".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/4**.

32. העותרים שבו ללשכה, ומסרו מכתבים התומכים בבקשתם: מכתב מהוריה של העותרת, מכתב מגיסתה של העותרת (אשת אחיה), מכתב מאביה של הגיסה, מכתב ממקום העבודה של העותר ומכתבי חברים משותפים. דבר לא הועיל. העותר לא נרשם כאביו של הבן. ביום 21.10.02 נמסר לעותרים מכתב מאת הלשכה, בעניין בקשתם להכרה באבהותו של העותר. נכתב, כי "עפ"י ההוראות יש להמציא פסק דין מבית משפט על אבהות".

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/5**.

33. ביום 14.11.02 שבה ופנתה האגודה לזכויות האזרח למינהל האוכלוסין בעניין רישום האבהות.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/6**.

34. ביום 3.6.03 קיבל העותר אשרת תושבות ארעית מסוג א/5. באותו יום שונה רישום מעמדה של העותרת מ"בבירור" ל"נשואה". העותרים החליטו לאמץ את שני שמות משפחתם, ושניהם רשומים תחת השם "ש-ס".

35. ביום 14.9.03 פנה ב"כ העותרים ליועץ שר פנים לענייני מינהל אוכלוסין בבקשה שיתערב בעניין רישום העותר כאביו של הבן. ביום 27.10.03 השיב יועץ השר, כי הפניה הועברה לבדיקת המחלקה למרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין.

העתקי הפניה והתשובה מצ"ב ומסומנים בהתאמה **ע/7** ו-**ע/8**.

36. ביום 7.12.03 פנה הח"מ לגב' אסתר שרון, ממונה מרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין במשרד הפנים, ואל עו"ד גלית לביא, היועצת המשפטית של מינהל האוכלוסין, במכתב בעניין רישום אבות זרים במרשם האוכלוסין. במכתב הובא סיפורם של העותרים ושל בני זוג נוספים שעניינם דומה. הח"מ ביקש לפתור את בעיית הרישום, לבטל לאלתר את ההנחיה שניתנה לבתי החולים

בדבר אי רישום פרטי אב בהודעת לידת חי, ולהורות ללשכות למינהל אוכלוסין לרשום אבהות של אב זר במרשם על סמך הצהרתו.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/9.

37. ביום 20.1.04 השיבה עו"ד לביא לח"מ, כי "חזקת אבהות" קיימת כאשר בת הזוג הרתה עת בני הזוג היו נשואים. ביתר המקרים נדרשות הוכחות, אשר טיבן צריך להגיע לכדי הוכחה חותכת, ואופיין משתנה ממקרה למקרה. מאחר שהעותרים נישאו לאחר שהעותרת הרתה, חזקת האבהות אינה מתקיימת ומינהל האוכלוסין מסרב להכיר בהורותו של העותר. כן נטען, בניגוד גמור לאמת ולמסכת ההתעמרות שחוו העותרים בלשכה למינהל אוכלוסין בנתניה, כי עד לתאריך 11.4.02 לא היו העותרים מוכרים ללשכה. עו"ד לביא קובעת, כי המסמכים שהמציאו העותרים אינם הוכחות חותכות וחד משמעיות. לפיכך על העותרים להמציא הוכחות שכאלה (עו"ד לביא לא פרטה מהן ההוכחות הנוספות, שיהוו הוכחות חותכות וחד משמעיות) או להציג פסק דין הצהרתי, הקובע באופן חד משמעי את ההורות.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/10.

38. העותרים הם הוריו של הבן. הם מגדלים אותו בצוותא, וחיים חיי משפחה. פנייה לערכאות לשם קבלת פסק דין הצהרתי כרוכה בעלויות גבוהות כמו גם בעריכת בדיקה גנטית, שמחירה גבוה. זאת ועוד, הדרישה לערוך בדיקה להוכחת הורותם המשותפת מטילה ספק בזוגיותם ובכשרות הקשר ביניהם, מעליבה אותם ופוגעת בכבודם. העותרים הופיעו בלשכה למינהל אוכלוסין פעמים אין ספור, מיוזמתם ולדרישת הפקידים, והמציאו כל הוכחה שנדרשו להמציא להוכחת חייהם המשותפים. לא נמסר להם מה עליהם להמציא עוד לבד מפסק דין הצהרתי.

II. מדיניות משרד הפנים בעניין רישום ילדים והוריהם

39. במהלך השנים האחרונות הוחמרה מדיניות משרד הפנים ביחס למידת ההוכחה הנדרשת לצורך רישום אבהות ומתן אזרחות לילדים.

(א) רישום הורים ישראלים בהודעת לידה ובמרשם האוכלוסין

40. כאשר שני ההורים אזרחים ישראלים מתבצע הרישום בשני שלבים; תחילה נרשם הוולד ב"הודעת לידת חי" בבית החולים. בהודעה נרשמים שמות שני ההורים, ולוולד ניתן מספר זהות. אם ההורים אינם נשואים, האב רשאי להצהיר, כי הוא אביו של הוולד. 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. 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.

העתק עיקרי המדיניות כפי שמפורסמים באתר האינטרנט של משרד הפנים מצ"ב ומסומן **ע/11**.

41. המדיניות, הנוגעת לרישום האב בהסכמת שני ההורים עד למלאות לילד שלוש שנים, נקבעה בחוזר משרד הפנים מספר 91/89 מיום 30.10.89 :

"א. הודעת הכרה באבהות הנמסרת תוך 3 שנים מיום הלידה על ידי אישה פנויה וגבר הטוען לאבהות על הילד, תימסר על פי טופס הצהרת הכרה באבהות. ההצהרה תתקבל כאשר שני ההורים יהיו נוכחים ביחד בלישכה ויחתמו עליה בפני עובד בכיר של הלישכה האזורית. מולאו התנאים האלה יירשמו על סמך הצהרה זו פרטי האב בהודעת הלידה.

ב. עברו שלוש שנים מאז הלידה, ומבקש אדם למסור הודעת הכרה באבהות על ילד שנולד לאישה פנויה יש להפנות את האם והגבר הטוען לאבהות להמציא פסק דין של בית משפט או בית דין מוסמך, הקובע את אבהותו. רק על פי פסק דין כזה ייוספו פרטי האב להודעת הלידה."

הנוהל מובא כלשונו בהחלטת בית המשפט לענייני משפחה, תמ"ש (ת"א) 72470/98 פלוני נ' פלוני, דינים משפחה, א', 509.

42. 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.

43. מדיניות זו יפה לשני הורים ישראלים. לזוגות מעורבים, האחד ישראלי והאחר זר, נקבעה מדיניות שונה הן לעניין הרישום בהודעת הלידה והן לעניין הרישום במרשם האוכלוסין.

(ב) רישום הורה ישראלי והורה זר בהודעת לידה

44. ביום 17.7.02 הנחה הממונה על מעקב ופיקוח במינהל האוכלוסין את בתי החולים בישראל בעניין "הודעות לידת חיי" כדלקמן: כאשר אם היא אזרחית ישראלית או תושבת קבע, יש להעניק לילוד 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.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/12**.

45. הנחיה דומה הועברה בעניין רישום הצהרת אבהות לאב ישראלי ולאם זרה. האגודה פנתה בעניין למנהל מינהל האוכלוסין, והדברים אושרו במכתבו של הממונה על מעקב ופיקוח במינהל האוכלוסין לאגודה לזכויות האזרח מיום 6.11.02. הדברים אושרו אף במכתבה של הממונה על מרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין לאגודה מיום 11.3.03. במכתב זה ציינה הממונה על מרשם ודרכונים:

"אכן קיימת הנחיה לבתי החולים שאין להעניק מספר זהות אוטומטית לילד שנולד לאזרחית זרה. . . . כאשר מדובר בשני הורים אזרחים או תושבים או כאשר מדובר באם אזרחית ישראלית הילוד יירשם אוטומטית כאזרח ישראלי. . ." [ואולם כאשר] "מדובר בבני זוג שאינם נשואים, הרישום בהודעת הלידה על שם האב מבוסס למעשה רק על הצהרת האב". [על כן] "כאשר רק האב הוא אזרח או תושב ישראלי, אנו דורשים פס"ד הצהרתי המוכיח על אבהותו על הילד."

העתק מכתב האגודה מצ"ב ומסומן **ע/13**;

העתק תשובת הממונה על מעקב ופיקוח מצ"ב ומסומן **ע/14**;

העתק מכתבה של הממונה על מרשם ודרכונים מצ"ב ומסומן **ע/15**.

46. סיכומם של דברים - כאשר אחד ההורים אינו ישראלי אין מקבלים בבתי החולים הצהרת אבהות, וזאת על פי הנחיות מינהל האוכלוסין. כפי שכתב מנהל שירותי מיון ואשפוז במרכז הרפואי תל-אביב ע"ש סוראסקי (בית החולים איכילוב) לאגודה לזכויות האזרח ביום 7.10.02:

"בעניין הצהרת אבהות, הורתה לנו הממונה על מרשם ודרכונים במשרד הפנים, שכאשר אחד מבני הזוג תייר, אין למלא הצהרת אבהות בבית החולים ויש להפנות את בני הזוג ללשכה האיזורית של משרד הפנים במקום המגורים."

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/16**.

47. זאת ועוד, הלכה למעשה אם האם היא אזרחית ישראלית תינתן בידה "הודעת לידת חי" ללא רישומו של האב. אם האם היא אזרחית זרה, לא תינתן בידה הודעה כלל.

העתק הודעת לידה בה נרשמה האם בלבד מצ"ב ומסומן **ע/17**.

(ג) רישום ילד לאב ישראלי ולאם זרה במרשם האוכלוסין

48. בשנת 1998 פירסם 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/18**.

49. ביום 18.3.99 פנתה עו"ד גילה שטופלר מהאגודה לזכויות האזרח לעו"ד יוכי גנסיין ממחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה, וביקשה לברר אלו בדיקות נערכות בטרם הרישום במרשם כאשר אבי הילוד הינו אזרח ואימו אינה אזרחית, ומהן הראיות שיש להביא בפני הפקיד. כן ביקשה לדעת כמה זמן נמשכות הבדיקות, מה מעמדו של הילד בעת הבדיקות, האם הבדיקות נערכות בכל מקרה או רק כאשר מתעורר חשד, שהאזרח אינו אביו של הילד.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/19.

50. ביום 2.5.99 השיבה הממונה על מרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין לשאלות האגודה כדלקמן:

"כאשר נטען כי מאן דהוא הוא אבי הילד בעוד שאמו אינה בעלת מעמד בישראל ולעתים מזומנות אף שוהה בישראל שלא כחוק, נערכת בדיקה בשים לב לנסיבות של כל מקרה ומקרה ולבעייתיות של כל מקרה. הבדיקה הנערכת נתונה לשיקול דעתו ולמיומנותו של הפקיד. לעתים נדירות כאשר משרד הפנים סבור שאין ממש בטענות לגבי האבהות, מאפשר משרד הפנים ביצוע בדיקת רקמות כדי לאמת טענותיהם. . . בתקופת הביניים מקבל הילוד מעמד זמני. לא ניתן להגדיר בזמן את הבדיקות בגלל הבעייתיות של כל מקרה ומקרה. אין מתכוון קבוע לסוג הבדיקות הנערכות, כל מקרה נבדק לגופו. משרדנו נתקל במקרים לא מעטים וכמובן כל מקרה שונה ממשנהו ובכל מקרה השאלות הנשאלות שונות."

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/20.

51. עניין רישום הילדים עלה במסגרת ישיבות הוועדה לקידום מעמד הילד בכנסת. בישיבת הוועדה ביום 12.12.00 אמר עו"ד דניאל סלומון מן הלשכה המשפטית במשרד הפנים את הדברים הבאים:

"... לפעמים רואים עדות לכך שהאב היה בבית החולים, המקרה הוא קל, רושמים אותו בתעודת הלידה והם מגיעים יחד ללשכה. . . לא צריך בדיקת רקמות אלא במקרים חריגים. . . במצב דברים רגיל כאשר מדובר באישה פנויה, כל מקרה נבדק לגופו. הפקיד צריך להשתכנע שמדובר באביו של אותו ילד. . . אם האישה מצהירה והאב מצהיר, ואין ספק מיוחד או סיבה מיוחדת להבין שלא, הילד יירשם."

העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן ע/21.

52. הוועדה לקידום מעמד הילד בכנסת שבה והתכנסה באותו עניין ביום 3.4.01. יו"ר הוועדה, ח"כ תמר גוז'נסקי, ביקשה לדעת מהן ההוכחות, אותן דורש משרד הפנים מאזרח, הטוען כי הוא אביו של ילד לאישה זרה. גב' בתיה כרמון, הממונה על אשרות וזרים במינהל האוכלוסין, השיבה כדלקמן:

"... קודם מקיימים שיחה עם בני הזוג. . . שיחה אומרת הרבה מאוד - רואים ומתרשמים. . . מכיוון שאנחנו לא דורשים בדיקת DNA, בדרך כלל לאנשים

שמגיעים ממדינות המערב יש הוכחות: יש תמונות משותפות וכדומה. . . אם הילדה נולדה בארץ אז יש טיפת חלב, יש רופא פרטי, יש בני משפחה, יש שכנים. . . לשכת משרד הפנים עושה את הבדיקה. אנחנו מבקשים מסמכים."

לשאלת חה"כ גוז'נסקי האם יש רשימה של מסמכים מבוקשים, השיבה גב' כרמון:

"לא אומרים כל פעם להביא עוד מסמך. נפגשים עם בני הזוג. הרי כל מקרה הוא שונה. . . יכול להיות שלא צריך בכלל מסמכים. יכול להיות שמדברים עם בני הזוג, הם כבר מביאים איתם נניח תמונות משותפות וכל מיני דברים אחרים ולא מבקשים מהם שום דבר. יכול להיות שבשיחה ראשונה מתרשמים שאמנם מדובר כאן בילדים משותפים של שני בני הזוג וזה מספיק. זה לא שיש איזה רשימה שמשגעים את האנשים ודורשים מהם להביא. הרי כל מקרה לגופו. . . יש אנשים שאין להם שום מסמך והם ביוזמתם אומרים שאין להם שום הוכחה ושהם רוצים לעשות בדיקת DNA כדי להוכיח שאכן מדובר על אב ובן. במקרה כזה אנחנו לא יכולים להגיד לאנשים לא, מפני שאין להם שום הוכחה נוספת וזאת ההוכחה שאנשים רוצים להביא לנו."

העתק פרוטוקול הדיון מצ"ב ומסומן ע/22.

53. הצהרות לחוד ומעשים לחוד. לאגודה לזכויות האזרח הגיעו פניות רבות של אזרחים ישראלים, להם מערכות יחסים זוגית עם נשים שאינן אזרחיות ישראל, אשר בקשותיהם לרשום את ילדיהם 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.

54. כך, למשל, ביום 17.12.02 פנתה עו"ד מיכל פינצ'וק מהאגודה לזכויות האזרח למנהלת מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה בעניין רישומם של ילדים לשלושה אזרחים ישראלים, שבנות זוגם אינן ישראליות. חרף הצהרתם של הגברים אודות אבהותם, סירב מינהל האוכלוסין לרשום את דבר אבהותם.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/23.

55. ביום 21.1.03 השיבה עו"ד גלית לביא, היועצת המשפטית למינהל האוכלוסין, כי קביעת האבהות דורשת "הוכחות חותכות וחד משמעיות", ובאין הוכחות, יידרש פסק דין הצהרתי מבית המשפט לענייני משפחה.

העתק המכתב מצ"ב ומסומן ע/24.

56. האגודה לזכויות האזרח המשיכה ופנתה בעניינם של אזרחים נוספים, שמשד הפנים מאן לרשום את ילדיהם. ביום 30.3.03 פנה עו"ד אבנר פינצ'וק מהאגודה לממונה על מרשם ודרכונים במינהל

האוכלוסין בענייניו של אזרח ישראלי, החובק עם זוגתו שאינה ישראלית בן משותף, ומשרד הפנים מסרב להכיר בהורותו, אלא אם ימציא פסק דין הצהרתי. ביום 27.4.03 פנתה עו"ד שרון אברהם-ויס מהאגודה למנהלת מחלקת הבג"צים בעניינם של שני זוגות נוספים - אב ישראלי ואם זרה - שגם את רישום ילדיהם היתנה משרד הפנים בהמצאת פסק דין הצהרתי. ביום 5.5.03 פנתה עו"ד באנה שגרי-בדארנה למנהלת מחלקת הבג"צים בענייניו של זוג נוסף.

העתק מכתבו של עו"ד פינצ'וק מצ"ב ומסומן **ע/25**;

העתק מכתבה של עו"ד אברהם-ויס מצ"ב ומסומן **ע/26**;

העתק מכתבה של עו"ד שגרי-בדארנה מצ"ב ומסומן **ע/27**.

57. ביום 30.3.03 השיבה עו"ד גלית לביא, היועצת המשפטית למינהל האוכלוסין, לכל הפניות במשותף. עו"ד לביא הודיעה כדלקמן:

"... לשאלת ההכרה באבהות, כשמדובר בהורה ישראלי ובהורה זר, הרי שאנו מבחינים בין שני מצבים. כאשר מדובר בבני זוג נשואים, הרי שחלה חזקת ההורות והילד מקבל את המעמד מכח האזרח הישראלי. עניין המרשם הוא אך נלווה לסוגיית המעמד... כאשר מדובר בבני זוג שאינם נשואים, הרי שאין חזקת הורות ומאחר ומדובר בשאלת מעמד - ולא בשאלה מרשמית גרידא - אנו מבקשים הוכחות חותכות וחד משמעיות שאכן מדובר במי שזכאי לקבלת המעמד הנטען. בהעדר ראיות כאמור, אנו דורשים הצגת פסק דין הצהרתי מבית משפט, הקובע כי אכן מדובר בהורה כנטען, וזאת לאחר בחינת העניין לעומק. הצהרות גרידא אינן מספיקות לשם כך."

העתק המכתב מצ"ב ומסומן **ע/28**.

58. עו"ד לביא, במסורת התשובות שניתנו עד כה על ידי משרד הפנים, לא הבהירה מהן אותן "הוכחות חותכות וחד משמעיות". הפונים אל משרד הפנים לא התבקשו לספק פחות מפסק דין הצהרתי.

59. על יסוד תשובתה זו של עו"ד לביא טיפלה האגודה בעניין נוסף - רישום בתו של אזרח ישראלי, מר ע', הנשוי לאזרחית זרה. נדרשו לא פחות משישה מכתבים של הח"מ אל עו"ד לביא ואל הממונה על מרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין, ושישה מכתבי תשובה של מטה מינהל האוכלוסין, מחודש יוני 2003 ועד לחודש ינואר 2004, על מנת שבקשתו של ע' תטופל. בתחילה סרבו פקידי הלשכה למינהל אוכלוסין בירושלים לקבל את בקשתו. לאחר התערבות הח"מ הסכים מטה מינהל האוכלוסין לקבל מידי תעודת נישואין. לאחר שנמסרה התעודה, חתומה ומאומתת כדין, נקבע כי אין בה די. לצורך הרישום נדרש ע' להמציא "הוכחות חותכות וחד משמעיות" (וזאת על אף ש"חזקת ההורות", לשיטת משרד הפנים, אמורה היתה לחול). ע' מיהר ללשכה למינהל אוכלוסין והמציא חוזי שכירות, המשותפים לו ולרעייתו, תמונות משותפות שלהם - לפני נישואיהם, מטקס הנישואין, בתקופת ההריון ולאחר הלידה - מכתבי מכרים משותפים ותעודת שחרור של הקטינה מבית החולים. דבר לא הועיל. ממטה מינהל האוכלוסין נמסר לח"מ, כי

משרד הפנים לא שוכנע בכנות האבהות, ועל כן על ע' להמציא הוכחות נוספות או פסק דין הצהרתי מבית משפט. נדרשה התכתבות נוספת על מנת שע' ורעייתו יוזמנו לשימוע במטה מינהל האוכלוסין. בשימוע לא נדרשו בני הזוג להמציא דבר. הפקיד שוחח עם ע', שאל אותו לנסיבות היכרותו עם זוגתו, וביקש הבהרות לתמונות שמסר. זוגתו נשאלה שאלות דומות. בעקבות השימוע נרשמה בתם של בני הזוג. הפעוטה נרשמה לראשונה לאחר שמלאה לה שנה. במשך השנה הראשונה לחייה היתה מחוסרת אזרחות, לא נהנתה מביטוח בריאות ממלכתי ולא מביטוח סוציאלי. הוריה התקשו אף לרשום אותה למעון, שכן הרשות המקומית דרשה מספר זהות לצורך הרישום.

העתק מכתבו של הח"מ בעניינו של מר ע' אל הממונה על מרשם ודרכונים במינהל האוכלוסין מיום 2.10.03, שבעקבותיו נקבע שימוע לבני הזוג, מצ"ב ומסומן ע/29.

(ד) רישום אב זר לילד ישראלי במרשם האוכלוסין

60. נוכח הצהרות מינהל האוכלוסין, כי הצורך בראיות החותכות נובע מסוגיית המעמד ולא מעניין הרישום, אפשר היה לצפות, כי בשעה שמדובר ברישום אבהות לילד לאם ישראלית ולאב שאינו אזרח, כמו בעניינם של העותרים כאן, לא יהיה כל קושי. הילד הוא ממילא אזרח ישראלי, אין כל שאלה של מעמד, והסוגיה היא אך סוגיית מרשם - סוגיית רישום האב.

61. והנה עמדת משרד הפנים בעניין זה זהה לחלוטין לעניין רישום ילדים לאב ישראלי ולאם זרה. במכתב תשובתה של עו"ד לביא אל הח"מ (נספח ע/10), שעניינו רישום אבות במרשם האוכלוסין, מאשרת עו"ד לביא כי המדיניות אחת היא:

"חזקת האבהות קיימת כאשר בת הזוג נכנסה להריון עת בני הזוג היו נשואים. ביתר המקרים נדרשות הוכחות, אשר טיבן צריך להגיע לכדי הוכחה חותכת ואופיין משתנה ממקרה למקרה. . . אם אין [הוכחות חותכות וחד משמעיות] פתוחה בפני בני הזוג האפשרות להציג לנו פס"ד הצהרתי הקובע באופן חד משמעי את ההורות."

62. הנה כי כן, גם כאשר אין שאלה של מעמד עולה מעניין המרשם, וכל שמתבקש משרד הפנים הוא לרשום את אביו של ילד ישראלי, נדרשות הוכחות חותכות וחד משמעיות או פסק דין הצהרתי. ודוקו - על מנת שההורים ייהנו מ"חזקת האבהות", עליהם להוכיח כי בשעה שהאם הרתה היו בני הזוג נשואים.

63. כך, למשל, אף העותרים כאן, אשר נאלצו להינשא פעמיים - לפני הולדת בנם ולאחריה - אינם נהנים מחזקת האבהות. עו"ד לביא מדגישה במכתבה:

"גם אם ניקח את תאריך הנישואין הראשון כתאריך הקובע (למרות שכאן התאריך הקובע הוא מועד הנישואין או המועד שבו הגיעו בני הזוג ללשכה והלשכה הכירה בהם לראשונה כזוג), הרי שבמועד הכניסה להריון לא היו בני הזוג נשואים."

(ה) סיכום מדיניות משרד הפנים בעניין רישום ילדים והוריהם

64. נבקש לסכם, אם כן, את מדיניות משרד הפנים לעניין הרישום: בני זוג ישראלים, שאינם נשואים, יכולים להצהיר על הורותם המשותפת בבית החולים ובלשכה למינהל אוכלוסין. הורותו של האב הישראלי תירשם עד למלאות לילד שלוש שנים. לעומתם, בני זוג, האחד ישראלי והשני זר, המבקשים להסדיר את הרישום, פונים אל הלשכה למינהל אוכלוסין. אם ההורים היו נשואים בעת שהאם הרתה, הם נהנים מ"חזקת האבהות", ילדם יירשם, ואם הוא רשום זה מכבר - יירשם אביו במרשם. אם ההורים לא היו נשואים בעת שהאם הרתה, הרי שעליהם להמציא "הוכחות חותכות וחד משמעיות" להורותו של האב, או פסק דין, המצהיר על האבהות. משרד הפנים אינו מוכן לפרט מהן "הוכחות חותכות וחד משמעיות". הן משתנות, לשיטתו, מעניין לעניין. הבדיקות הנערכות בלשכה נתונות לשיקול דעתו ולמיומנותו של הפקיד, ולא ניתן להגדיר כמה זמן תיערכנה.

הטיעון המשפטי:

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

66. 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 כשהאישה פנויה

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

67. 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.

68. 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.

69. מדיניות המשיבים מתעלמת כליל מזכויות הילד ומזכויות הוריו. היא מטילה דופי במשפחות, שבהן הורה שאינו ישראלי, ומערערת על הקשר הזוגי ועל כנותו. לשיטת המשיבים, רק נישואין מולידים "אבהות". באין נישואין אין "אבהות", אלא לאחר שזו תוכח באותות ובמופתים. 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 לא 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.

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

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

III. פגיעת המדיניות בהורים ובילדיהם

(א) הפגיעה בזכויות ובחובות ההוריות

72. הזכות להיות הורה היא זכות יסוד. יש הגורסים, כי זכות זו נגזרת מכבוד האדם ומזכותו לאוטונומיה של הרצון הפרטי (ר' דברי הנשיא א' 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:

"מימושה של אופציית ההורות אינו רק דרך חיים אפשרית, אלא מושרש בקיום האנושי. יהיה מי שימצא בה מזור לבדידות; אחר יתמודד באמצעותה עם תודעת המוות... אולם הבחירה בהורות אינה רק בחירה לגבי דרך חיים; יש לה משקל מעבר לכך בקיום האנושי. היא מבטאת צורך קיומי בסיסי. נוסף על כך, בהחלטה להפך להורה יש גם מיסוד ההגשמה העצמאית, בעיקר בחברה המודרנית, שמדגישה את ההגשמה העצמית כערך. אולם הזכות להורות אינה שואבת רק מן ההגשמה העצמית. הזכות לחיים היא זכות-יסוד עצמאית, ולא נגזרת של אוטונומיית הרצון,

וכמותה גם הזכות להורות. . . " (ד' ברק-ארז "על סימטריה וניטרליות: בעקבות פרשת נחמני" עיוני משפט כ (תשנ"ו-תשנ"ז) 197, 198-200).

ובלשונו של השופט צ' טל:

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

73. 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 כבוד משקל... . עומק 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 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד לח(1) 467, 461;

ע"א 232/85 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד מ(1) 8.

74. 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 האישה, התשי"א-1951 קובע, כי "האם והאב כאחד הם האפוסטרופסים הטבעיים על ילדיהם. . .". סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופסות, התשכ"ב-1962 קובע, כי אפוסטרופסות 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:

"החובה כלפי הילד איננה ניתנת למילוי על ידי פעולה חד-פעמית אלא דורשת התנהגות רצופה ומסורה. חובה זו איננה רק חומרית ביסודה, דהיינו, לדאוג לצורכי המחיה של הילד, אלא גם, ואולי במיוחד, רגשית וחינוכית, ובדרך כלל לא ניתן להשתחרר ממנה אפילו בהסכמת כל הצדדים המעורבים בעניין. החשיבות המשפטית המיוחדת לחובות אלו היא כה חזקה עד שהן מוגנות לא רק בסנקציות אזרחיות אלא גם בסנקציות פליליות. . . " (פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט) ב', 174 (להלן - שיפמן)).

ומוסיפה השופטת ט' 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).

75. הנה כי כן, "צער גידול בנים" זה כורך זכויות - הזכות להיות הורה, הזכות לקשר עם הילד, הזכות להחזיק בילד, לגדלו, לחנכו ולייצגו - עם חובות - לכלכל את הילד ולזוננו, לדאוג לכל מחסורו ולהעמיד את טובתו בראש מעייניו של ההורה. בשל ההשלכות כבדות המשקל נותן הדין לכל אדם את הזכות להחליט אם להיות הורה. ברם משעה שהפך הורה אין הוא עוד זכאי להשתחרר מן המעמד. החובות המוטלות על ההורה שקולות מעתה לזכויותיו של הילד.

76. 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.

77. אליבא דמשיבים, אבות אלה - אינם אבות. הם אינם הורים, אינם אפוטרופסים 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, נדרשות "הוכחות חותכות וחד משמעיות" או פסק דין הצהרתי כדי לרשום את ההורות.

(ב) הפגיעה בטובת הילד ובזכויותיו

78. 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).

79. האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, 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 תחקיתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה..."

80. הגנה ראויה על הקשר המשפחתי מגשימה את עיקרון טובת הילד. טובתו של ילד היא לגדול בחיק הוריו (בשג"צ 488/88 דואר נ' דואר, פ"ד מב(4) 453, 460; ע"א 5532/93 גזנבורג נ' גרינוולד, פ"ד מט(3) 282, 291). עוצמתה של זכות זו מחייבת, כי רשויות השלטון ייחסו לה משקל רב (ע"א 549/75 פלונים נ' היועמ"ש, פ"ד ל(1) 459, 465).

81. בהכרה באבהות כרוכים ענייני ירושה, מזונות ואמצעים כלכליים שיבטיחו את רווחתו של הילד. המשיבים אינם נותנים לכך כל משקל. על ידי כך, האינטרסים הקניינים והחומריים של הילד, המושפעים השפעה ישירה מהקשר של הילד והוריו, אינם מוגנים כהלכה.

82. ויודגש - זכות הילדים להגנה על הקשר שלהם עם הוריהם שאינם ישראלים היא עצמאית מזכותם של הוריהם בקשר זה, והיא 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).

83. כן חוטאים המשיבים לאינטרס שיש לכל קטין לשני אפטרופסים, שיוכלו לקבל החלטות רשמיות בשמו ולטובתו. בחברה, הנותנת משקל רב לרישום במרשם, אב שאינו רשום עלול למצוא עצמו נעדר יכולות משפטיות לפעול לטובתו של ילדו. הוא עלול להיתקל בקושי לרשום את ילדו לבית ספר, לפתוח עבודה חשבון בנק, להוציא 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.

84. 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, 956, 947-948, 952, 957.

85. 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 פלונת נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 605 (להלן - פרשת פלונת)).

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

86. 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 לאישה 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 פלונת הורחבה עמדה זו גם לגבי מי שאינם יהודים.

ראו: י' בן-מאיר "הורות משפטית והורות גנטית בהלכה" אסיא יב (תשמ"ז-תשמ"ח) 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.

87. 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... נוסיף 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 ב - כי כל אדם זכאי להגנה על כבודו." (שם, עמ' 593).

88. 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.

(ג) הפגיעה בזכות היסוד של הילד להירשם עם לידתו ולרכוש אזרחות

89. חמור שבעתיים הוא מצבם של ילדים, צאצאים לאב ישראלי ולאם זרה, אשר בשל מדיניות המשיבים אינם נרשמים עם לידתם ונותרים מחוסרי אזרחות.

90. חוסר אזרחות הוא מצב פסול, שכן הוא מונע יתרונות שזכאי היחיד לקבל ממדינתו: שירות 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 (אוניברסיטת תל-אביב, 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.

91. ואולם, אזרחות אינה רק סטטוס, המעניק יתרונות במסגרת המדינה ובזירה הבינלאומית. האזרחות היא מרכיב מכוון ומהותי של זהות אנושית וכבוד אנושי. היא מדגישה את השתייכותו התרבותית של אדם, את הקשר שלו לקהילתו, את זיקתו לארץ מגוריו:

"The function of the State in the life of the individual is not expressed merely by the creation of a defense mechanism that enables the individual to live his life in safety. The State is also a national-cultural framework for the people who live in its territory. The State's language, its symbols, and the history of the State and the people living there together compose the elements of the national-cultural framework. In this connection the State contributes significantly to the formation of the identity of the people living within its territory." (Yaffa Zilbershats The Human Right to Citizenship (Ardsley, New York: Transnational publishers, 2002), p. 113).

וראו גם: כרמי, עמ' 71-72;

י זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז (תשס"א) 55, 63.

92. 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**).

93. 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).

94. מעמדה של הזכות לאזרחות התבסס, עד שהפכה זכות אדם אינהרנטית במשפט הבינלאומי. בפסיקה של בית הדין הבין-אמריקאי לזכויות האדם נקבע:

"It is generally accepted today that nationality is an inherent right of all human beings. Not only is nationality the basic requirement for the exercise of political rights, it is also has an important bearing on the individual's legal capacity. [...] The classical doctrinal position, which viewed nationality as an attribute granted by the state to its subjects, has gradually evolved to the point that nationality today perceived as involving the jurisdiction of the State as well as human rights issues." (*RE Amendments to the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica*, 5 HRLJ 167 (1984)).

95. 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 sanguini*) ל"דין הקרקע" (*jus soli*) ראו: י' דינשטיין, משפט בינלאומי, כרך שני - סמכות המדינה כלפי פנים (1972), 32). ואולם שכיחים לא פחות הם כשלים בירוקרטיים 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.

96. 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). 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 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.
97. 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;

וראו גם: המלצת ועדת השרים של מועצת אירופה משנת 1999 למדינות החברות בעניין מיגור תופעת חוסר האזרחות וצמצומה. ועדת השרים מאמצת את ההתפתחות הבינלאומית, שחלה במעמדה של הזכות לאזרחות, וקוראת למדינות לנקוט אמצעי מנע נגד חוסר אזרחות, ובהם להעניק אזרחות מיד עם הלידה לילד שאחד מהוריו אזרח:

Recommendation No. R (99) 18 of the Committee of Ministers to member States on the avoidance and reduction of statelessness: <http://cm.coe.int/ta/rec/1999/99r18.htm>

98. 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 אֶלְרַאי נ' שֶׁר הַפְּנִים, פ"ד נ(2) 18, 22).

וראו גם: בג"צ 754/83 בנקי' נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117;

בג"צ 1227/98 מלבסקי' נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 696;

בג"צ 3648/97 סטמקה' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 791.

99. 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).

לעניין מעמדן בדין הישראלי של האמנות הבינלאומיות שאושרו על ידי מדינת ישראל, ובפרט האמנה בדבר זכויות הילד, ראו: ע"פ 3112/94 אבו-חסן' נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 422, 430.

100. המשיבים מתאנים לזכות היסוד של ילדים להירשם מיד עם לידתם ולזכותם היסודית לאזרחות. 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.

(ד) הפגיעה בפרטיות

101. 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). "זכות זו מהווה את אחת מזכויות היסוד של האדם בישראל. היא אחת החירויות המעצבות את אופיו של המשטר בישראל כמשטר דמוקרטי והיא אחת מזכויות העל המבססות את הכבוד והחירות להן זכאי אדם כאדם, כערך בפני עצמו." (ע"פ 2963/98 גלעם' נ' מדינת ישראל, תק-על(2) 99, 1149, 1154).

102. 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 ד"ן נ' מפקד מחוז ירושלים, פ"ד מח(2) 456, 470).

103. 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 בתני הסוהר, פ"ד לה(3) 294; ע"א 506/88 שפר נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1) 87, 115). משמעות דרישתם של המשיבים, כי יומצאו להם "הוכחות חותכות וחד משמעיות" או פסק דין הצהרתי, היא למעשה דרישה לעריכת בדיקה רפואית-גנטית, בדיקת סיווג רקמות, לצורך הוכחת האבהות. בית המשפט לענייני משפחה, המוסמך להורות על עריכתה של 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).

104. 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 זוגיותם. פגיעה שכזו בפרטיות עולה כדי פגיעה של ממש בכבוד.

(ה) הפגיעה בכבוד ובזכות לשוויון

105. 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 ישראליים 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.

106. השוויון, כעקרון יסודי 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.

על הזכות לשוויון כעקרון יסודי במשפט הישראלי ראו: בג"צ 1113/99 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' השר לענייני דתות, פ"ד נד(2) 164, 170;

בג"צ 2671/98 שדולת הנשים בישראל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב(3) 630, 650-651.

107. 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 רוטה 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 הופרט 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.

108. ההכבדה הקיצונית על הליכי הרישום המופנית אל הזוגות נשוא עתירה זו, על בסיס המוצא הלאומי של בני או בנות הזוג, מפלה ומפרה את הזכות לשוויון ואת זכותם החוקתית לכבוד. די בטיפול שונה על בסיס לאום כדי להחשידו כטיפול מפלה:

"השוויון הוא מושג מורכב. היקפו שנוי במחלוקת. עם זאת, הכל מסכימים כי השוויון אוסר על טיפול שונה מטעמי דת או לאום... התרגום המעשי של תפישות יסוד אלה באשר לשוויון הינו כי תכליתה (הכללית) של כל חקיקה הינה להבטיח שוויון בין בני האדם בלא הפליה על בסיס של דת או לאום. טיפול שונה בשל דת או לאום הוא טיפול 'חשוד' והוא לכאורה טיפול מפלה." (בג"צ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258, 277-278).

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

109. המשיבים דורשים, כאמור, "הוכחות חותכות וחד משמעיות" להורות ולחלופין - המצאת פסק דין הצהרתי. באין קריטריונים מהן אותן "הוכחות חותכות וחד משמעיות", מוצאים עצמם זוגות רבים, כעותרים כאן, נדרשים להמציא פסק דין הצהרתי. ראוי שנוסיף מספר מילים על ההליך לקבלת פסק דין הצהרתי.

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

111. 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 לזיון נ' לזיון, פ"ד מח(2) 862, 874;

בה"נ 6857/00 רוטה נ' נצבטייב, פ"ד נד(4) 707, 713-715.

112. 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.

IV. המדיניות אינה עומדת בחובות הכלליות של המשיבים

(א) המשיבים אינם שוקלים כל מקרה לגופו

113. כעולה מעניינם של העותרים כאן, בקשתם לרשום את הורותו של העותר נדחתה "על פי ההוראות" (ראו נספח ע/5). מדיניות גורפת זו מאפיינת מקרים רבים אחרים, עליהם הצבענו. אחת מחובותיה של הרשות המינהלית, היא החובה 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). אל לרשות להחיל את מדיניותה באופן עיוור, על כלל המקרים המובאים בפניה. הנחיה פנימית היא כלי בידי הרשות המינהלית, להפעיל את שיקול דעתה באופן שיתאים לסוג של מקרים, ועליה להתבסס על השיקולים הענייניים השכיחים באותו סוג של מקרים (ראו: י' זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) ב', 784 (להלן - זמיר)). קביעת מדיניות והנחיות פנימיות אינה פוטרת את הרשות מחובתה זו.

ראו: בג"צ 327/52 זמיר נ' המפקח על התעבורה, פ"ד ז(1) 358, 363;

בג"צ 92/83 נגר נ' מנהלת ענף ביטוח נפגעי עבודה ופעולות איבה, פ"ד לט(1) 341;

זמיר, עמ' 701-703, 784-786.

(ב) המשיבים אינם מנמקים את החלטותיהם

114. פקידי הרישום אינם יודעים להגדיר מהן "הוכחות חותכות וחד משמעיות". גם הפונים בבקשה לרשום אינם יודעים מהן. לפיכך, בקשות הפונים נענות על דרך הסתם, בתאונות נוסח "לא השתכנענו", "ההוכחות אינן חותכות וחד משמעיות", או פשוט "ההוכחות אינן מספיקות". תשובות שכאלה חוטאות לחובת המשיבים לנמק את החלטתם. חובת ההנמקה תורמת למערכת יחסים ראויה בין הרשות המינהלית לבין האזרח במדינה דמוקרטית, ומקחה את התחושה של שרירות שלטונית. תחושה של שרירות היא בדיוק האפקט הנוצר שעה שלפונים אין מושג על בסיס אלו נתונים התקבלה ההחלטה 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: זמיר, 897-898;

בג"צ 2159/97 מועצה איזורית חוף אשקלון נ' שר הפנים, פ"ד נב(1) 75, 88-89;

בש"פ 3810/00 גרוסמן נ' מדינת ישראל, תק-על 2000(2) 1478, בסעיף 4 לפסק הדין.

(ג) מדיניות המשיבים אינה סבירה

115. המשיבים מחייבים את האב הזר, המבקש להירשם כאביו של ילדו, ואת האב הישראלי, המבקש לרשום את ילדו, להמציא "ראיות חותכות וחד משמעיות" לאבהותם, או פסק דין הצהרתי. תוצאתה של מדיניות זו היא הפנייה אוטומטית כמעט של ההורים אל בית המשפט על מנת שיורה על עריכת בדיקת סיווג רקמות. עד שלא תומצא החלטה שיפוטית לא יירשמו האבות, וילדים יוותרו מחוסרי אזרחות. תוצאה זו אינה סבירה בעליל.

116. המשיבים לא איזנו כראוי את הפגיעה הקשה בזכויות ההורים ובזכויות הילד עם האינטרס למנוע רישום ומתן מעמד על סמך הצהרה כוזבת. המשיבים לא נתנו משקל ראוי להשלכות מרחיקות הלכת שיש להצהרתו של אדם אודות אבהותו. המשיבים אף לא הביאו בחשבון את ההשלכות הרגשיות שיש לאב ולילד בהצהרת אבהות, ולחלופין, את הנוק 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 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309, 329.

(ד) מדיניות המשיבים אינה מידתית

117. זאת ועוד, מדיניות המשיבים 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;

בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 776-777 (להלן - פרשת סטמקה).

מבחן הקשר הרציונאלי

118. תכליתה של מדיניות המשיבים להגן על אמינות המרשם ולהימנע מהענקת אזרחות למי שאינו זכאי לה. מדיניות זו אינה משרתת את התכלית 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 מ"חזקת ההורות". 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.

119. כך גם באשר להענקת אזרחות. וכי מי תוקע לידיהם של המשיבים, כי נשים זרות, הנשואות לאזרחים ישראלים, הרו דווקא מבני זוגן? 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.

120. 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' 779-778).

מבחן הפגיעה הפחותה

121. 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).

122. על אף הצהרות הפקידים, 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 נעמוד בהמשך) להסתמך על הודעת הורות משותפת לצורך רישום, ובמידת הצורך אף לדרוש ולקבל לידיהם ראיות מינהליות, לתמיכה בהודעה.

123. 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

124. 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 הנשואים בנישואי-פיקציה. בחינת מאזן הנזק והתועלת מצביעה, לדעתנו, על מסקנה חד-משמעית כי המדיניות שמשרד הפנים מחזיק בה אינה מקיימת יחס מידתי וראוי כנדרש. " (שם, עמ' 782).

125. גם אם הסתפקות בהצהרה ובראיות מינהליות (עליהן נעמוד בהמשך) תביא, במקרים נדירים, לרישום שגוי או למתן אזרחות למי שאינו זכאי לה, 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).

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

V. נטל ההוכחה ונטל ההפרכה של הזכאות לרישום

(א) נפקותה הראייתית של הודאה באבהות

"שר הפנים בפנים גופי.

אני מרגיש את פניו המסתתרות בקיפולי בשרי,

ונערתי אמרה לי, נשמתך כבדה וקשה,

הוא מתחבא בך."

(מתוך: "ממשלה", יהודה עמיחי, שירים 1948-

1962 (שוקן, תשס"ג), 20-21)

127. 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.

128. 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." (שולחן ערוך, 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, והמעניין 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 (יען מן הפעולות יודעו 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).

129. 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 לאישה) הם אמצעי הוכחה מספיקים לאבהותו.

ראו: פ' שיפמן דיני המשפחה בישראל (תשמ"ט) ב', 40-41;

ע"א 620/74 מור נ' פלונית, פ"ד ל(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.

130. 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 המשביים.

(ב) מרשם ואזרחות - נפרדים וכרוכים

131. דומה, שסוגיית המרשם וסוגיית האזרחות כרוכות זו בזו, האחת משפיעה על השנייה. 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 והשוו: בג"צ 48/89 עיסא נ' מנהלת הלשכה האזורית למינהל האוכלוסין, פ"ד מג(4) 573.

(ג) רישום האב

רישום האב בהודעת לידה

132. 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.

133. 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.

134. 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 שפלוני הוא אביו של הילוד - לא יירשם האב.

רישום האב במרשם האוכלוסין

135. סעיף 2 לחוק מרשם האוכלוסין קובע מהם הפרטים שיירשמו במרשם. בין היתר ירשמו במרשם שמות ההורים ושמות הילדים.

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

21. שם האב כשהאישה פנויה

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

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

138. 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 הרישום במרשם, הכוללת את שמות שני ההורים (ראו: סעיף 30 לחוק מרשם האוכלוסין וכן תקנות מרשם האוכלוסין (צורתן של תעודות לידה ופטירה), התשל"ג-1972).

139. 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 לרצונם, 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.

140. 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-שלוזינגר נ' שר הפנים, פ"ד יז(1) 225):

"במסגרת פסיקה עקיבה וממושכת שתחילתה בבג"ץ פונק-שלוזינגר, נקבע, שפקיד רישום אינו מוסמך לקבוע מהו תוקפו של הרישום שאותו הוא נדרש לרשום, אלא חייב הוא לרשום את אשר האזרח אומר לו, אלא אם כן מדובר ביאי-נכונותו של

הרישום הגלויה לעין ואינה מוטלת בספקי." (בג"צ 1779/99 ברנר-קדיש נ' שר הפנים, פ"ד נד(2) 368, 375-376).

וראו גם: 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 5070/95 נעמת נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 721, 735-736 (להלן - פרשת **נעמת**).

141. 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 לאמינות 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 הרישוי 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).

142. 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 סמכות לדרוש "הוכחות חותכות וחד משמעיות" לאבהות אינה קיימת וסירוב בלתי מבוסס אינו יכול לעמוד. 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: בג"צ 355/79 קטלן נ' שרות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 298.

143. יסוד סביר לאי נכוונתה של ההודעה יכול להימצא, למשל, ברישום האבהות שנים מספר לאחר הולדת הילד. אכן, מתן הצהרה במרחק שנים מן הלידה עלול להטיל ספק בנכוונתה. עמדה זו עוגנה, כאמור, בנהלי המשיבים הקובעים, כי לאחר מלאות לילד שלוש שנים לא תתקבל הצהרת ההורות המשותפת, ולשם הרישום יהיה צורך בפסק דין. העותרים אינם מביעים דעתם על סבירותו של הנוהל או על סבירות לוח הזמנים שנקבע בו. ואולם ככל שמדיניות שכזו יכולה לשמש פרשנות ראויה לסעיף 21 לחוק מרשם האוכלוסין, הרי שאין המשיבים רשאים להפלות ולהחילה רק על אם ואב ישראלים. בהעדר שוני רלוונטי הרי שיש להחילה גם על אם ישראלית ואב שאינו ישראלי.

144. פרשנות כמו זו של המשיבים לסמכותם, הנותנת לפקיד הרישום אפשרות שווה לבחור בין הצהרה (הנתמכת ב"ראיות חותכות וחד משמעיות", 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.

(ד) רכישת אזרחות מלידה ורישום הילד

145. 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.

146. 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 שהסמיך לכך רשאי לדרוש ממגיש בקשה, שימציא לו פרטים נוספים על אלה שמסר בבקשתו, וכן ראיות לאימות פרטים שמסר בבקשתו.

147. 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' שר הפנים (טרם פורסם), סעיף 9 לפסק-הדין (להן - פרשת מקסימוב)).

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

בג"צ 1227/98 מלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נב(4) 690, 715-716.

148. 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 יחשב 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 שכלל תתגבש חזקת הזכאות לכדי זכאות אופרטיבית (ראו: שם, סעיף 10 לפסק הדין).

149. 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).

150. 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 (ראו: שם).

151. 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 (ראו: שם).

152. 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 אפטרופוס, והמזכה את ילדו במזונות וברישה, 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; תמונות משותפות של בני הזוג או הצהרה של קרוב משפחה או מכר, המצהיר על נסיבות הקשר; נישואין של האם והאב (אף אם נערכו לאחר שהאם הרתה), או כוונה להינשא - כל אלה מגבשים את "חזקת הזכאות" לכדי זכות אופרטיבית. אין מדובר ב"הוכחות חותכות וחד משמעיות", כי אם בראיות מינהליות, שאדם סביר ורשות סבירה היו מסתמכים עליהן.

153. 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**)).

154. גם כאן אין המשיבים רשאים לנקוט בצופן "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. כל שנדרש הגבר להוכיח הוא כי הוא אביו של הילד. הוכחה כאמור לא תילמד מהמצאת תלושי משכורת והעתקי חשבונות חשמל, ארנונה וטלפון, ואין מקום לשוב ולהוכיחה מעת לעת. מדיניות המשיבים, להורות להורים לשוב ללשכה עת ימצאו להם "הוכחות

חותכות וחד משמעיות" מופרכת מיסודה. "ראיות חותכות וחד משמעיות" להורות אינן מתגבשות מעצמן לאורך זמן.

155. 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 תכופ לאחר הלידה. ההורים ישבו ויצהירו בפני פקיד הרישום אודות הורותם המשותפת, ישאלו אודות הקשר ביניהם, ויצייגו בפניו, אך אם יתעורר צורך בכך, את המסמכים. פקיד הרישום יכריע על אתר.

156. 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.

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

"הראיות, הדרושות כדי לשכנע רשות סטטוטורית 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.

158. 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.

VI. הענקת מעמד זמני לילד עד לסיום הבירור

159. 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.

160. בעניין זה ניתנה בעבר התחייבותה של הממונה על מרשם ודרכונים כי בתקופת הביניים יקבל הילד מעמד זמני (ראו נספח ע/19). יש להבטיח, כי מעמד זה אכן יינתן תכוף לאחר הלידה. בהעדר אזרחות, אשרה ורישיון לישיבה הם 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.

161. אם תיסתר "חזקת הזכאות", או אם יימצא חלילה, כי נמסרה הצהרה כוזבת, רשאים המשיבים ליטול את המעמד.

סיכום

162. "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).

מדיניות הרישום של המשיבים מתעלמת כליל מזכויות הקטן ומזכויות הוריו. היא גורפת, אינה סבירה, בלתי מידתית, וחותרת תחת סמכותם של המשיבים. מדיניות זו אינה יכולה לעמוד עוד.

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

היום, 3 במרץ 2004

עודד פלר, עו"ד

ב"כ העותרים