

בעניין:

1. ח'לאילה, ת.ז. (ב"ל 10382/10)
2. רימאוי, ת.ז. (ב"ל 10384/10)
3. פרעון, ת.ז. (ב"ל 10556/10)
4. שאמה (קטינה), ת.ז.
שאמה (קטין), ת.ז.
באמצעות אימם ואפוטרופתם הטבעית
5. דבש, ת.ז. (ב"ל 53097-08-10)
גבראן ת.ז. (האם)
6. גבראן (קטין)
אסעד (קטין), ת.ז. (ב"ל 1821-09-10)
באמצעות אימו ואפוטרופתו הטבעית
7. אסעד, ת.ז. (ב"ל 38091-09-10)
פרוח (קטין), ת.ז., פרוח (קטין),
ת.ז., פרוח (קטינה) ת.ז.
באמצעות אימם ואפוטרופתם הטבעית
8. פרוח, ת.ז. (ב"ל 1573-12-10)
קריע ת.ז. (האם),
קריע (קטין), קריע (קטין),
9. קריע (קטין), קריע (קטינה) (ב"ל 13137-12-10)
סאלם, ת.ז. (האם),
10. סאלם (קטין), סאלם (קטין) (ב"ל 13143-12-10)
גאנם (קטין), גאנם (קטינה),
גאנם (קטינה)
באמצעות סבתם
11. גאנם, ת.ז. (ב"ל 52438-01-11)
גית' (קטינה)
באמצעות אביה ואפוטרופסה הטבעי
12. גית', ת.ז. (ב"ל 30822-02-11)
סיורי (קטין)
באמצעות סבתו
13. אבו חרשיק, ת.ז. (ב"ל 3052-03-11)
עבד רבה, ת.ז. (האם),
עבד רבה (קטין), עבד רבה (קטינה),

- עבד רבה (קטינה) (ב"ל 11-03-3067)
14. שרבאטי (קטין), שרבאטי (קטינה),
שרבאטי (קטין)
באמצעות אביהם ואפוטרופסם הטבעי
שרבאטי, ת.ז. (ב"ל 11-03-3072)
15. דיף-אללה (קטין), דיף-אללה (קטינה)
באמצעות סבתם ואפוטרופסתם
סרסור, ת.ז. (ב"ל 11-03-41007)
16. עבידיה (קטינה)
באמצעות סבתה ואפוטרופתה
עבידיה, ת.ז. (ב"ל 11-03-41067)
17. שויכי (קטין), שויכי (קטין)
באמצעות אימם ואפוטרופתם הטבעית
שויכי, ת.ז. (ב"ל 11-03-41112)
18. דנדיס, ת.ז. (האם),
דנדיס (קטינה), דנדיס (קטין),
דנדיס (קטינה),
דנדיס (קטינה) (ב"ל 11-04-34962)
19. קלב (קטין), קלב (קטין),
קלב (קטין)
באמצעות אפוטרופתם ודודתם
מחמוד, ת.ז. (ב"ל 11-04-35105)
20. רמדאן (קטינה), ת.ז. ,
רמדאן (קטין), ת.ז.
באמצעות אמם ואפוטרופתם הטבעית
רמדאן, ת.ז. (ב"ל 12-03-49778)
- כולם ע"י ב"כ עו"ד בסאם כרכבי ו/או
עו"ד סופי טיקוצקי
(באשר המערערים מסי' 4 מיוצגים עפ"י כתב מינוי
של הלשכה לסיוע משפטי)
מרח' החבצלת 12, גי', ת.ד. 850
ירושלים 91008
טל. : 02-6221611 פקס : 02-6235277

המערערים

המוסד לביטוח לאומי
ע"י הלשכה המשפטית
שדי ויצמן 13
ירושלים
פקס: 02-6709044

המשיב

כתב ערעור

מוגש בזה כתב ערעור על החלטת בית הדין האזורי לעבודה בירושלים (מפי כב' הנשיאה ד' פרוז'ינין) שניתנה ביום 2.6.13 בתיקים המאוחדים כמפורט בכותרת לעיל, שהומצאה למשרד ב"כ המערערים בפקסימיליה ביום 2.6.13 (להלן – "פסק הדין").

העתק מההחלטה מצ"ב ומסומן א'.

מהות ההחלטה כפסק דין

1. המערערים בערעור זה, תושבי ישראל, הגישו לבית הדין קמא תביעות נפרדות לרישום ילדיהם הקטינים (באשר בחלק מהתיקים התביעות הוגשו בשם הילדים הקטינים עצמם שהינם גם המערערים כאן) (להלן – "הילדים") על ידי המשיב ברשימת מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד – 1994 (להלן – "החוק"), מבלי שזכות הילדים להורה תושב ישראל לביטוח בריאות ממלכתי תותנה ברישום במרשם האוכלוסין של משרד הפנים, כדרישת המשיב.
2. יש לציין שבפני בית הדין קמא עמדו להכרעה 22 תביעות, ולא 21, כרשום בסעיף 1 לפסק הדין, שכן ברשימת התביעות בכותרת פסק הדין נשמט בשגגה תיק ב"ל 38091-09-10 אסעד (המערער מס' 6), אם כי שמו של התובע הנ"ל מופיע בכותרת ברשימת התובעים שתיקיהם אוחדו ונסיבות אותו תיק נזכרו בעמ' 5 לפסק הדין.
3. כמו כן, בית הדין קמא כלל בשגגה בפסק דינו את התיק ב"ל 996-09-10 איוב, שעניינו רק זכות לקצבת ילדים והוא תלוי ועומד באופן עצמאי להמשך הליכים בפני בית הדין קמא.
4. בחלק מהתיקים בפני בית הדין קמא (ב"ל 10382/10, ב"ל 13137-12-10, ב"ל 13143-12-10, ב"ל 3052-03-11, ב"ל 3067-03-11, ב"ל 3072-03-11, ב"ל 41007-03-11, ב"ל 34962-04-11) התביעות הוגשו הן לסעד של רישום ברשימת המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי והן לתשלום קצבאות ילדים עבור ילדים שטרם נרשמו במרשם האוכלוסין.
5. לכן, עפ"י החלטת בית הדין קמא מיום 12.7.11, הדיון בתביעות בפני בית הדין קמא פוצל באופן שהתיקים נשוא פסק הדין (וכן שני התיקים הנוספים שנכללו ברשימת התיקים

המאוחדים ואינם נמנים על כתב הערעור כאן) יאוחדו לצורך דיון בסוגיה משפטית משותפת, כלהלן:

"האם זכאותו של קטין שאחד משני הוריו הוא תושב ישראל, והקטין שוהה עם ההורה שהינו תושב ישראל, זכאי לביטוח בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי או שזכאותו מותנית ברישום במרשם האוכלוסין."

6. כמו כן, נוכח טענת המשיב שהחלטה על מעמד תושב לילדים תהווה תקיפה עקיפה של החלטת משרד הפנים לגבי אותם ילדים, אוחדו התיקים בפני בית הדין קמא, לפי החלטתו המתוקנת מיום 19.9.11, גם לדיון בסוגיה הבאה:

"האם עתירה לבית דין זה כאמור בסעיף 4א' (קרי: תביעה לרישום קטינים ילדי תושב ישראל ברשימת המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי ע"י המשיב – הח"מ) מהווה תקיפה ישירה או עקיפה של החלטת משרד הפנים בענין רישום ילדים אלו במרשם האוכלוסין, והאם מוסמך בית דין זה לקבל החלטה כזו."

7. בית הדין החליט בסוגיה המשפטית הראשונה, כלהלן:

"אנו מקבלים את טענות המוסד לביטוח לאומי ואת עמדת היועץ המשפטי לממשלה כי ילדים שאחד מהוריהם הינו בעל רישיון לישיבת קבע בישראל אינם זכאים לביטוח בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, כל עוד לא הוסדר מעמדם במשרד הפנים, ומבלי לגרוע מן ההסדר שנקבע בבג"צ 2100/99."

8. בית הדין גם קיבל את טענת המשיב לענין הסוגיה המשפטית השנייה, בקבעו, כלהלן:

"כמו כן תקיפה של החלטות משרד הפנים הן לגבי נהליו והן לגבי החלטות שניתנו בעניינם של התובעים בענין רישום במרשם האוכלוסין או דחיית בקשותיהם בענין זה יש לתקוף תקיפה ישירה במסגרת ערר על ההחלטה בבקשה לרישום או במסגרת עתירה מנהלית."

9. כתוצאה מהחלטת בית הדין קמא כנ"ל לדחות את כל טענות המערערים בשתי הסוגיות המשפטיות שעמדו להכרעה בפניו, דחה בית הדין קמא את התביעות בענין הקטינים לגביהם המשיב הודיע בסיכומיו שהם נרשמו במרשם האוכלוסין ובוטחו בביטוח בריאות ממלכתי ממועד רישומם במשרד הפנים (שהינם, בין היתר, המערערים מס' 1, 2, 3, 4, 6 ו-7) [ס' 18 לפסק הדין].

10. לגבי יתר התביעות המאוחדות שעמדו בפניו, בית הדין קמא הורה למערערים להודיע תוך 30 ימים **"אם הם מעוניינים להמשיך את ההליכים בתיקים אלה, ואם כן מהי עילת התביעה בהם, בכפוף לאמור בסעיף 14 להחלטה זו"**.

11. לאור הכרעת בית הדין קמא שהילדים אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי כל עוד אינם רשומים במרשם האוכלוסין, ברור הוא שהחלטה כאמור מסיימת את ההליכים גם בתביעות הנוספות ביחס לסעד של מתן ביטוח בריאות ממלכתי, שבחלקן זהו הסעד היחיד שנתבע.

12. לפיכך, ההחלטה נשוא הערעור דנן מהווה פסק דין הדוחה את 12 התביעות נשוא הערעור באופן מלא, וכן פסק דין חלקי ב- 8 התביעות הנוספות נשוא הערעור, כמפורט בסעיף 4 לעיל, הדוחה את הסעד של רישום ילדים קטינים של המערערים ברשימת המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי ע"י המשיב.

הגדרת המחלוקת נשוא פסק הדין

13. הסוגיה המשפטית שהיתה משותפת לכל התיקים המאוחדים הינה זכות ילדים להורה תושב ישראל, הגרים עימו או עם אפוטרופוס חוקי אחר תושב ישראל, להירשם בקובץ מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי אצל המשיב ולקבל שירותי בריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תשנ"ד-1994 (להלן – "חוק ביטוח בריאות ממלכתי" או "החוק"), אף בהיעדר רישום במרשם האוכלוסין של משרד הפנים.
14. לטענת המערערים, זכות ילדים לביטוח בריאות ממלכתי קמה מכוח תושבותו הישראלית של ההורה שבהחזקתו נמצאים הילדים; ובמקרה שהילדים לא מוחזקים ע"י הורה תושב ישראל, זכות הילדים לביטוח בריאות ממלכתי קמה מכוח אותו הורה תושב ישראל, ובלבד שהם נמצאים בהחזקת אפוטרופוס חוקי אחר שאף הוא תושב ישראל.
15. המערערים יטענו שמשקנה זו מתבקשת מהוראות חוק ביטוח בריאות ממלכתי והיא זו שהנחתה את המשיב במהלך שנים מאז חקיקת החוק כשביטח ילדים קטינים יחד עם ההורה התושב, וכל עוד ההורה הוא תושב, ללא כל תנאי נוסף, עד שחל שינוי מדיניות המשיב בהנחיותיו הפנימיות מיום 31.12.03.
16. המערערים יטענו שבחוק לא קיימת כל דרישה לקביעת מעמד במרשם האוכלוסין כתנאי לזכאות לביטוח בריאות ממלכתי.
17. המערערים יטענו שילדיהם הגרים עמם הם תושבי ישראל לענין חוק הביטוח הלאומי (ומכוח כך, גם לענין חוק ביטוח בריאות ממלכתי) לפי מבחן התושבות שנקבע בפסיקת בתי דין לעבודה, ואף המשיב הסכים בסיכומיו בפני בית הדין קמא שאין לראות בהם "שוהים שלא כדין" לפי סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי.
18. לפיכך, המערערים יטענו שסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי אינו חל על הילדים ואינו מונע מהמשיב לקבוע את תושבותם ולבטחם בביטוח בריאות ממלכתי כדין.
19. המערערים יטענו עוד שהתניית ביטוח ילדים להורה תושב ישראל, בהגשת בקשה לרישום ילדים למשרד הפנים, או בהשלמת הרישום במרשם האוכלוסין - נוגדת את החוק ומקורה בטעמים הזרים לביצוע החוק ובשיקולים פסולים הנגועים בהפליה אסורה.
20. זאת ועוד, מדיניות המשיב בהתניית נגישות ילדים של הורה תושב ישראל למערכת הבריאות הציבורית ברישום במרשם האוכלוסין מהווה הפרת ההתחייבויות הבין-לאומיות של מדינת ישראל על פי אמנת זכויות הילד.
21. המערערים יוסיפו, במאמר מוסגר, שעבורם, ילדים והורים ממזרח ירושלים, רישום ילדים במרשם האוכלוסין אינו דבר "טכני", קל ופשוט שיכול להתבצע אף באמצעות הדואר, כמו עבור תושבים אחרים; אלא מהווה הליך ארוך ומייגע הכולל איסוף מסמכים רבים, הגשת בקשה בכתב באופן אישי למשרד הפנים במזרח ירושלים, המתנה לשימוע, לעתים, איסוף מסמכים נוספים, המתנה להחלטה, נקיטת הליכי ערעור או ערר וכיוצ"ב, קרי: ההליכים שעד קבלת החלטה כרוכים בהמתנה ממושכת מאוד ובבירוקרטיה קשה, מקשה ומסועפת הנמשכת שנים.
22. יתר על כן, כאשר רק הורה אחד לילדים ממזרח ירושלים הוא תושב ישראל מצב הקטינים קשה אף יותר שכן לצורך רישום ילדים כאלה, מציב משרד הפנים דרישה של "השתקעות של הורה וילד בארץ משך שנתיים לפחות טרם הגשת הבקשה לרישום" - דרישה שאינה מאפשרת, הלכה למעשה, את רישום הילד במרשם האוכלוסין במשך שנתיים לפחות לאחר קביעת תושבות ההורה, ולרוב לתקופה ארוכה יותר בשל הבירוקרטיה הנוהגת במשרד הפנים.
23. זאת ועוד, לעתים, נרשמים הילדים במרשם האוכלוסין כבעלי אשרת שהייה ארעית בלבד כך שרישום של ילדים אלה ממשיך להיות, בעל כורחם, מותנה ובלתי קבוע.

24. בפועל, שעה שלנתבע אין ספק בתושבות הורה לילדים וההורה עצמו מבוטח בביטוח בריאות ממלכתי, אין כל הצדקה בדחיית ביטוח ילדיו שבהחזקתו עד שיעברו את המכשולים הבירוקראטיים הנ"ל והנמשכים שנים.
25. עמדת המשיב בפני בית הדין, אליה הצטרף היועץ המשפטי לממשלה, התבססו על חוקים בתחום הכניסה לישראל וההגירה שהמשיב אינו מופקד על ביצועם ואשר נועדו למטרות אחרות, מאשר מטרת החוקים עליהם מופקד המשיב.
26. כמו כן, טענות המשיב בדבר אי חוקיות מתן ביטוח בריאות ממלכתי לילדים חסרי רישום במרשם האוכלוסין אינו מתיישב עם הפרקטיקה הנהוגה והמשורשת של המשיב להנפיק מספרים מזהים – הבאים כתחליף למספרי תעודות זהות מטעם משרד הפנים – לילדים שטרם נרשמו במרשם האוכלוסין, ממועד לידתם ועד הגעתם לגיל שנה (כאשר במסגרת סיכומיו בפני בית הדין קמא, המשיב הודיע על הרחבת תקופת הביטוח מטעמו עפ"י מספרים זמניים עד גיל שנתיים וחצי לילד!), במסגרת "הליך מקוצר", קרי: לפי הסדר שקיבל תוקף של פסק דין בעתירה בבג"ץ 2100/99 ביום 3.7.01.
27. יתרה על כן, טענת המשיב כנ"ל, אינה מתיישבת עם הוראות דין המסמיכות את המשיב להנפיק מספרים מזהים למבוטחים רבים שלא נושאים תעודות זהות ישראליות כלל, כגון "עולה בכוח", המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי.
28. לטענת המערערים, סלע המחלוקת בתיקים המאוחדים לא היתה פרשנותו ו/או יישומו הנכון של ההסדר בבג"ץ 2100/99, בהיות הסדר זה נועד לספק פתרון מעשי מידי למצוקת אי הנגישות לשירותי בריאות מכוח חוק ביטוח בריאות לילדים שנולדו לתושבי ישראל, מבלי שבית המשפט הגבוה לצדק הכריע במחלוקת משפטית העומדת מאחורי ההסדר.
29. עם זאת, ההסדר שהתגבש בבג"ץ 2100/99 מהווה ראייה בדבר הלך רותו של בית המשפט הגבוה לצדק לענין הטיעונים שעמדו בפניו ואשר הניע אותו להביא את הצדדים לגיבוש ההסדר, ובתור שכזה, ההסדר רלבנטי להכרעה גם בתיקים המאוחדים.

העובדות הרלבנטיות לפסק הדין

30. טעה בית הדין קמא כאשר סטה מהמסגרת העובדתית המוסכמת שנקבעה על ידי הצדדים בהגדרת הסוגיה המשפטית הראשונה (סעיף 4א' להחלטתו מיום 12.7.11 – ר' סעיף 5 לעיל, כאשר בעקבות טענות המשיב בסיכומיו, וחרף התנגדות נחרצת של המערערים בסיכומי התשובה שלהם, בסיפא לסעיף 12 לפסק הדין שלל כל משמעות מהכרה על ידי המשיב של תושבות הורה שבזכותו נדרש ביטוח ילדיו הקטינים בביטוח בריאות ממלכתי וביסס על כך את קביעתו להשוות את מקרי המערערים עם נסיבות בג"ץ 11044/04 דמיטרי סולומטין ואחי נ' שר הבריאות [פורסם בבנו, 27.6.2011] (להלן – "פסק דין סולומטין").
31. בית הדין קמא הגיע למסקנה זו לאחר ניתוח לקוני וחסר עקביות בשאלה אם פסק הדין סולומטין (עליו ביקש לבסס את עמדתו המשיב) חל על ענין המערערים, כאשר בתחילת הדיון, הסכים עם המערערים על היעדר זהות בעובדות שעמדו להכרעה בענין סולומטין ובענייניהם, אך בסופו, הגיע למסקנה הנוגדת את המסגרת העובדתית המוסכמת ש-"לפחות בחלק מהתיקים מעמדו של ההורה תושב ישראל אינו חד משמעי, ובנסיבות אלה העובדות שנדונו בענין סולומטין אינן שונות בתיקים אלה" [ר' סיפא לסעיף 12 לפסק הדין].
32. כמו כן, המערערים יטענו שטעה בית הדין קמא, עם כל הכבוד, שהתייחס לעובדות שלא היו מוסכמות בין הצדדים, ובטרם נקבעו בעקבות הליך בירור עובדתי מתאים, על סמך טענות המשיב בלבד, ומבלי שהיה בעובדות אלה כל רלבנטיות להכרעה בסוגיות

המשפטיות שעמדו בפניו, כגון: תקופות תושבות הורה שבזכותו נטענה זכות הילדים לביטוח בריאות ממלכתי, מקום הלידה של כמה מהילדים (שהיתה טענה חסרת כל בסיס, נוכח תעודות לידות חי שהוגשו במסגרת התביעות הנפרדות, כפי שהעירו המערערים בסיכומי תשובתם, אך ללא כל התייחסות להערתם בנדון מצד בית הדין קמא) ועוד.

העובדות המוסכמות בתיקים המאוחדים וייחודם של תיקים מסוימים

33. להלן, יעמדו המערערים על החלק העובדתי שהיה דרוש להכרעת בית הדין קמא.
34. התביעות המאוחדות הוגשו בעניינם של ילדים תושבי מזרח ירושלים.
35. רובן המכריע של התביעות המאוחדות הוגשו ע"י הורה (בדרך כלל, האם) שהינו תושב ישראל ובעלת תעודת זהות ישראלית (להלן – "ההורה") שבהחזקתו ילדים קטינים עבורם הוא הגיש למשיב בקשה לרישום ילדים אלה בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי והיא סורבה ע"י המשיב, או, לחילופין, המשיב הודיע על כוונתו להפסיק את ביטוח הילדים בביטוח בריאות ממלכתי, בטענה שהילדים לא רשומים במרשם האוכלוסין.
36. התביעות המאוחדות הוגשו לסירוגין בשם ההורה ו/או בשמם של הילדים הקטינים.
37. ככלל, אין מחלוקת שהילדים התובעים נולדו להורים שרק אחד מהם תושב ישראל כשהורה השני אינו תושב.
38. כיוצא מן הכלל, בתיק בענין _____ גית (בלי' 11-02-30822), התביעה הוגשה ע"י הורה שהינו אב התובעת ותושב ישראל, כאשר התובעת יתומה מאמה שאף היא, ועל כך הנתבע לא חולק, היתה תושבת ישראל עד לפטירתה [ר' רשימת מוסמכות ופלוגתאות בתיק בפרוטוקול הדיון מיום 25.5.11].
39. יחד עם זאת, התביעות בענין _____ סיורי (בלי' 11-03-3052), גאנם ואחי' (בלי' 52438-11-01), _____ דיפאללה ואחי' (בלי' 11-03-41007), _____ עבידיה (בלי' 11-03-41067) ובשראטי (בלי' 11-10-48297), הוגשו על ידי סבתאות תושבות ישראל שמשמשות כאפוטרופוסות לנכדיהם שננטשו על ידי הוריהם, שאחד מהם הינו תושב ישראל.
40. זאת ועוד, התביעה בענין _____ קלב ואחי' (בלי' 11-04-35105) הוגשה בשם אחייניה ע"י דודתם ואפוטרופתם של התובעים, שאף הם ננטשו ע"י אביהם שהינו תושב ישראל והתובעים מצויים עפ"י החלטת בית הדין השרעי במשמרות דודתם זו המשמשת להם כמשפחה אומנת.
41. כל הילדים נשוא הערעור נולדו בישראל וכראיה ללידתם בישראל צורפו לכתבי התביעות הודעות לידת חי מבתי החולים הישראליים (ולפיכך, לא היה כל מקום, ללא קשר לחוסר רלבנטיות של שאלה עובדתית זו לצורך ההכרעה, להטיל לעת עתה ספק בנכונות טענת המערערים בנדון), להוציא התובעים בתיק בלי' 10-12-1573. הילדים _____ פרוך ואחינו שנולדו בארה"ב, שעל נסיבות לידתם בחו"ל נטען בסי' 8 לכתב התביעה בתיק, כלהלן:
- "התובעים נולדו בארה"ב, ובשנת 2008 עברו עם אימם לישראל. אימם של התובעים התגוררה בירושלים עד לשנת 2004, ולאחר שהות בת 3 – 4 שנים בארה"ב חזרה עם ילדיה להתגורר בישראל.**
- שניים מאחיהם של התובעים, קייס ואנס, אשר נולדו לפני נסיעת ההורים לארה"ב, נרשמו במרשם האוכלוסין."**
42. ודוק, המשיב לא חלק על שתי העובדות העיקריות המאוחדות לכל התביעות המאוחדות שעמדו בפני בית הדין קמא: תושבות ישראלית של ההורה או של האפוטרופוס החוקי של

הילדים, לפי הענין, והעובדה שהילדים מצויים בהחזקתם של הורה תושב ישראל או של האפוטרופוס החוקי תושב ישראל, לפי הענין.

43. על כן, מדובר במצב בו ההורה או האפוטרופוס החוקי של הילדים המשמש כמשמורו עליהם, הינו תושב ישראל והוא עצמו זכאי לקבל שירותי הבריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי אך ילדיו הקטנים והרכים בשנים הגרים עמו, אינם זכאים לשירותי הבריאות הללו.

44. יתרה מכך, בחלק מן התביעות, לילדים התובעים ישנם אחים הגרים יחד עמם, שהינם בעלי תעודת זהות ישראלית ומקבלים שירותי בריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי. כך, כאמור לעיל, לשלושת הילדים התובעים בענין פרוד ואח' (בלי' 10-12-1573), שני אחים הגרים עמם שהינם בעלי תעודת זהות ישראלית. לילדה היתומה גית (בלי' 11-02-30822) חמשה אחים חורגים מאשתו השנייה של אביה (שאף היא תושבת ישראל) שגרים עמה והם בעלי תעודות זהות ישראלית. בענין סאלם ואח' (בלי' 10-12-13143), לשני הילדים התובעים שני אחים הגרים עמם ובעלי תעודת זהות ישראלית. בענין שויכי ואח' (בלי' 11-03-41112), לשני התובעים אח בעל תעודת זהות ישראלית וכדו'.

45. בתביעות הנ"ל, המציאות היומיומית היא שההורה זכאי לקבל שירותי הבריאות עפ"י החוק לעצמו וגם לחלק מילדיו, כאשר ילדיו האחרים (ובדרך כלל, קטנים יותר) אינם זכאים לשירותי בריאות ממלכתיים.

46. לגבי גילאי הילדים התובעים, ברובן המכריע של התביעות מדובר בילדים קטנים בגילאים מגיל שנה עד 9 שנים.

47. גילם הרך של הילדים שזכותם לשירותי הבריאות נידונה בתביעות הנ"ל רלוונטי גם לצורכיהם הדחופים והתכופים של ילדים קטנים לשירותי בריאות.

48. עוד נוסיף שבחלק מהתביעות, לילדים היתה זכות לשירותי בריאות ממלכתיים, במועד הגשת התביעות, שהוענקה להם מכוח הנחיותיו הפנימיות של המשיב בדבר הנפקת מספר מזהה זמני לילדים שטרם נרשמו במרשם האוכלוסין וגילם מתחת לגיל שנה, והיא הופסקה או עומדת להיפסק עקב הגעתם של הילדים לגיל שנה.

49. זאת ועוד, לא היתה מחלוקת וכך קבע גם בית הדין קמא בסעיף 17 לפסק הדין, שלגבי הילדים לא קיים כל הסדר מיוחד מטעם המדינה למתן שירותים רפואיים שלא בהתאם לחוק ביטוח בריאות ממלכתי (כפי שנרחיב בהמשך), וקבלת שירותים רפואיים עבורם תלויה ביכולתם הכלכלית של הוריהם או אופוטרופסם לממן טיפול רפואי בילדים אלה מכיסם.

50. יש לציין שהצדדים הסכימו שאין להבחין בין מעמד הורה תושב ישראל לבין מעמד אפוטרופוס החוקי שהינו תושב ישראל, לצורך בחינת זכות ילדים לביטוח בריאות ממלכתי, ובלבד שילדים ישהו בחזקתם, באשר בית הדין קמא לא התייחס לסוגיה זו לא במפורש ולא במכללא.

51. ודוק, באופן הגדרת השאלה המשפטית הנ"ל, הוסכם על הצדדים שאין כל רלבנטיות לשאלה האם ההורה או האפוטרופוס הגישו למשרד הפנים בקשה לרישום הילדים במרשם האוכלוסין, ואם בכלל, ומתי ומה גורלה של בקשה כזו.

עיקרי טענות המערערים כנגד קביעות משפטיות בפסק הדין

52. טעה בית הדין קמא, עם כל הכבוד, בקביעתו שהמשיב חסר סמכות בקביעת תושבות הילדים בטרם נרשמו במשרד הפנים לצרכי ביטוחם בביטוח בריאות ממלכתי, היות ובעל הסמכות לקביעת תושבות לצרכי חוק ביטוח בריאות ממלכתי וחוק הביטוח הלאומי הינו שר הפנים.
53. טעה בית הדין קמא בקביעתו שסמכות המשיב בקביעת התושבות לצורך ביצוע החוקים עליהם הוא מופקד מצטמצמת לקביעת התושבות בפועל של מי ש- "מעמדו מוסדר כתושב הוא מחזיק בידיו תעודת זהות ישראלית" [ר' סעיף 15 לפסק הדין], ואינה מחילה את עצמה על מי שאינו רשום במשרד הפנים.
54. טעה בית הדין קמא בדחייה משתמעת וחסרת הנמקה של טענות המערערים שלפי ההלכה הפסוקה, מבחן התושבות לקביעת תחולת החוקים שעל ביצועם מופקד המשיב, הינו מבחן "מירב הזיקות" והוא לא מותנה בקביעת מעמד במשרד הפנים, למעט במקרים המוגדרים בסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי, שאינו חל בעניינו (כפי שגם הסכים המשיב).
55. טעה בית הדין קמא בקביעתו שמעמד של הורה קטין כתושב ישראל אינה מקנה לילדי אותו הורה זכות להיות מבוטחים, בדומה להוריהם, בביטוח בריאות ממלכתי, כל עוד לא הוסדר מעמדם במשרד הפנים [ר' סעיף 8 לפסק הדין].
56. טעה בית הדין קמא בפירוש סעיפים 3(א) ו-3א' לחוק כאילו לא מגדיר את אופן קביעת התושבות לצורכי הענקת ביטוח בריאות ממלכתי ולא מגדיר את המשיב כבעל סמכות בלעדית לקבוע את חוג המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי.
57. טעה בית הדין קמא בדחייתו המשתמעת של טענת המערערים שהמשיב הפר את כללי המינהל התקין בסירובו להפעיל את סמכותו עפ"י החוק, כדי לבדוק את זכאות הילדים לביטוח בריאות ממלכתי, מנימוקים שאינם מעניינים של הוראות החוק.
58. טעה בית הדין קמא בפרשנות טענות המערערים לענין סעיף 3א' לחוק (תוך שבית הדין קמא, עם כל הכבוד, ערבב עם טענות המערערים בנדון עם טענותיהם בדבר אי תחולת סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי), כשהוא הגיע, כתוצאה מהטעות הנ"ל, למסקנה בלתי הגיונית לגבי טענת המערערים שמעולם לא נטענה שכביכול, "סעיף 2א' העניק סמכות למוסד לביטוח לאומי לקבוע תושבות או הרחיב את הסמכויות שהיו נתונות לו עד לחקיקה סעיף זה במסגרת חוק ההסדרים" (!?) [ר' סיפא לסעיף 11 לפסק הדין].
59. טעה בית הדין קמא שהתעלם מטענת המערערים בפניו שאין זיקה ישירה ומחייבת בין "הסדרת מעמד" במשרד הפנים לבין תושבות כמשמעה בחוק הביטוח הלאומי ותוק ביטוח בריאות ממלכתי, שכן מעמד זה מהווה ולו ראייה לכאורה לתושבות אדם ואינה ראייה להתגבשות תנאי התושבות, להבדיל מהעובדות המסוכמות על הצדדים המעידים על התושבות הישראלית של הילדים הלכה למעשה.
60. טעה בית הדין קמא שהשווה את נסיבות המערערים עם נסיבות פסק הדין סולומטין והגיע למסקנה שיש להחיל את תוצאות אותו פסק הדין על המערערים, כך שגם הם אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי כל עוד לא נרשמו במשרד הפנים. כאמור לעיל, בהגעתו להחלטה בנדון, סטה בית הדין קמא מהמסגרת העובדתית המוסכמת לצורך הכרעה בסוגיות המשפטיות שעמדו בפניו בענין תושבות אחד מהוריהם שבחזקתו הם מצויים.
61. טעה בית הדין קמא בהתעלם מטענת המערערים בפניו שהתניית מתן ביטוח בריאות ממלכתי לילדי תושבי ישראל בדרישת רישום במשרד הפנים מפרה את התחייבויות מדינת ישראל לפי אמנת זכויות הילד, כשבית הדין קמא לא דן בטענות בנדון כלל ועיקר!

62. טעה בית הדין קמא בהתעלם מטענות המערערים המבוססים על ההסדר שהושג בבג"ץ 2100/99 כמהווה את הודאת המשיב שאין כל מניעה בדין למתן ביטוח בריאות ממלכתי לילדים שנולדו לתושב ישראל אף ללא קשר להסדרת מעמדם במשרד הפנים, ההסדר אותו הרחיב המשיב במהלך הדיון בסוגיות המשפטיות לשנתיים וחצי לילד, בנסיון ליתר את התביעות בפני בית הדין קמא.
63. זאת ועוד, טעה בית הדין קמא כשהתעלם מטענות המערערים שמדיניות המשיב בהצבת תנאי נוסף, למעט תנאי תושבות הורה, כתנאי עפ"י החוק, לצורך זכאות קטין לביטוח בריאות ממלכתי, נובע מטעמים זרים ולוקה בהפליה אסורה.
64. זאת ועוד, טעה בית הדין קמא בקביעתו שבית דין לעבודה חסר סמכות לדון בתביעות כנגד החלטות המשיב בענין רישום הילדים שטרם נרשמו במשרד הפנים, בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי, משתביעות כאלה מהוות תקיפת החלטות משרד הפנים בענין הסדרת מעמדם של הילדים שהסמכות העניינית לדון בתובענות נגדן לא נתונה לבית דין לעבודה.
65. המערערים יטענו, באופן כללי, שחרף מורכבות וחשיבות הסוגיות המשפטיות שעמדו להכרעת בית הדין קמא, פסק הדין של בית הדין קמא לוקה בלקוניות יתר והיעדר הנמקות לקביעותיו כמפורט לעיל, ולחילופין, המדובר בהנמקה שמקורה באי הבנה של עצם טענות המערערים בפניו.

עקרונות ביטוח בריאות ממלכתי והגדרת "תושב" זכאי לביטוח בריאות ממלכתי

66. עקרונות היסוד של מתן שירותי בריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי נקבעו בס' 3 לחוק, כאשר הרלבנטי לענייננו הוא סעיף קטן (א), הקובע, כלהלן:
3. (א) כל תושב זכאי לשירותי בריאות לפי חוק זה, אלא אם כן הוא זכאי להם מכוח חיקוק אחר.
67. לענין הגדרת "תושב" מבוטח עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי, נקבעה סעיף 2 לחוק, כלהלן:
- "תושב" - מי שהוא תושב לענין חוק הכיטוח הלאומי, לרבות תושב ישראל באזור שהגדרתו בסעיף 378 לחוק האמור.
68. לזכות תושב ישראל לשירותי בריאות במימון ציבורי נלווית חובתו להירשם באחת מקופות החולים הקיימות, ולרשום את ילדו הקטין, לאמור:
4. (א) תושב שמלאו לו 18 שנים חייב להירשם כחבר בקופת חולים, לפי בחירתו, ולרשום בה גם את ילדו הקטין (להלן - הילד), ובלבד שלא יירשמו ביותר מקופת חולים אחת; רישום ילד בידי הורה אחד פוטר את ההורה השני.
69. יתר על כן, בסעיף קטן 4 (ב) לחוק נקבעה חזקת רישום התושב בקופת חולים שנקבעה ע"י שר הבריאות בהיעדר רישום בידי התושב עצמו. הדעת נותנת שחזקה זו תחול גם במקרה של אי ביצוע חובת רישום קטין תושב ישראל.
70. בנוסף, על תושב ישראל מוטלת חובה לשאת בתשלומי דמי ביטוח בריאות בשיעור שנקבע בהתאם לגובה הכנסתו או בשיעור מינימאלי, אם כי בהתאם לס"ק 14(ז) לחוק, ילדים עד גיל 18 פטורים מתשלום דמי ביטוח בריאות.
71. משמע הפטור לילדים קטינים מתשלום דמי ביטוח בריאות הינו, לכאורה, ששירותים רפואיים עבורם ממונים במלואם מהקופה הציבורית שהוריהם משתתפים בה גם כן.

72. עם חקיקת חוק ביטוח בריאות ממלכתי, הוא שולב בשורה של חוקים בתחום הביטוח הסוציאלי, והוא הטיל על הנתבע סמכות מנהלית בלעדית בתחומים להלן: (א) ניהול רשימת המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי בהתאם להגדרתם כ- "תושבים" לענין חוק הביטוח הלאומי (סעיף 3א' לחוק), גביית דמי ביטוח בריאות (סעיף 15 לחוק) וחלוקת התקבולים בין ספקי שירותים רפואיים עפ"י החוק (סעיף 16 לחוק).
73. לפי לשונו הברורה של סעיף 3(א) לחוק, רישום אדם בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי או גריעתו ממנו תלויה אך ורק בשאלה האם הוא תושב ישראל לענין חוק הביטוח הלאומי.
74. החוק לא כולל, לא במפורש, ואף לא במשתמע, דרישה נוספת לזכאות לביטוח בריאות ממלכתי ובפרט, אין הוא כולל תנאים, כגון: קביעת מעמד במשרד הפנים ואו רישום במרשם האוכלוסין ואו מתן מספר זהות מטעם משרד הפנים.
75. טענת המשיב להתניית הזכאות לביטוח בריאות ברישום במרשם האוכלוסין סותרת את הפרקטיקה שלו עצמו בהנפקת מספרים מזהים במקום מספרי תעודת זהות, מכוחה מספר בלתי מבוטל של מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי מבוטחים מבלי שהם נושאים תעודת זהות ישראלית, כגון: עולה חדש שלא הונפקה לו תעודת זהות, אזרח זר בעל אשרת שהייה ארעית המוכר כתושב ישראל (המכונה ע"י עובדי הנתבע כ- "דרכוניסטי") או ילדים הנרשמים ב- "הליך מקוצר" לפי הסדר שהושג בעתירה בג"ץ 2100/99.
76. זכאות הנמנים על שתי הקטגוריות הראשונות הנ"ל להירשם בהתאם לחוק כמבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי בהיעדר תעודת זהות ישראלית נגזרת מהגדרת "תושב" עפ"י חוק הביטוח הלאומי, שעליה ניתן ללמוד גם מהגדרת "מסמך מזהה" המשמש לזיהוי מבוטח המבקש להירשם בקופת חולים בתקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופת חולים ונהלי מעבד), תשנ"ה – 1995, כלהלן:
- "מסמך מזהה" - כל אחד מאלה:
- (1) תעודת זהות;
 - (2) תעודת עולה - לגבי מי שעלה לישראל לפי חוק השבות, תש"י-1950, וטרם הונפקה לו תעודת זהות (להלן - תועדת עולה);
 - (3) דרכון בצירוף אישור שהנפיק המוסד למי שפרטיו מצויים אותה שעה בקובץ בעלי דרכון שהמוסד העביר לרשות הדואר;
77. הדעת נותנת שאם ביקש המחוקק הראשי לקבוע את תושבות המבוטח בהתאם למעמד שהוכר ע"י משרד הפנים ונרשם במרשם האוכלוסין, היה יכול לעשות זאת תוך הפנייה להגדרת "תושב" בחוק מרשם האוכלוסין, תשכ"ה – 1965 (להלן – "חוק מרשם האוכלוסין"), שהיא הגדרה שונה במהותה ובתכליתה מקביעת תושבות לענין חוק הביטוח הלאומי.
78. כך, בסעיף 1 לחוק מרשם האוכלוסין נקבע בהגדרת "תושב", כלהלן:
- "תושב" - מי שנמצא בישראל כאזרח ישראלי או על פי אשרת עולה או תעודת עולה, או על פי רשיון לישיבת קבע.
- (ב) לענין חוק זה יראו כתושב גם אדם אחר הנמצא כחוק בישראל, אך לא יראו כתושב את מי שנמצא בה על פי רשיון לישיבת מעבר או לישיבת ביקור או על פי דרכון-חוץ דיפלומטי.
79. אם לא די בכך שלשונה הפשוטה של הגדרת "תושב" כסעיף 2 לחוק אינה מפנה לחוק מרשם האוכלוסין, הרי גם תכליתם של החוקים הנ"ל שונה היא.
80. כך, למשל, הגדרת "תושב" בחוק מרשם האוכלוסין, בחוק הכניסה לשיראל ובחוקים אחרים שנחקקו בתחום הגירת זרים לישראל (כגון: חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003) מבוססת על קביעת מעמדו של אדם כאזרח, עולה או בעל

רשיון ישיבה על ידי שר הפנים¹. בהקשר זה, נפסק שבתחום ההגירה עומדת למדינה "זכות להחליט מי יהיו תושביה ואזרחיה", שמקבלת משנה תוקף במצב של איום ממשי לביטחון המדינה [ר' אליבא דמשנה לנשיא מ' חשין (כתאורו אז) בפסק דין בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, פורסם בנבו].

81. לעומת זאת, משמעות "תושבות" לענין חוק הביטוח הלאומי מבטאת את זיקתו של אדם לישראל זיקה של קבע, "זיקה שלא יהא בה מהזמניות או מהארעיות" [ר' פסיקה בענין סנוקה להלן], באשר תכליתה לקבוע את אחריות המדינה לביטחון הסוציאלי של תושביה הקבועים, לעומת אלה שאין להם זיקה קבועה לישראל.

82. לכן, אפילו ביקש המשיב לפרש את המונח "תושב" בסעיף 2 לחוק תוך סטייה ממילותיו הפשוטות של סעיף 2 לחוק, בדרך של הפנייה לתכלית הסעיף, שהינה דרך פרשנות לא קלה אך אפשרית בהיחלט, לא היה מצליח במשימתו.

ניתן להביא כדוגמא לפרשנות תכליתית של מונחי חוק הביטוח הלאומי את אופן פרשנות המונח "אישה נשואה" כמחיל את עצמו גם על אלמנה שהפכה לידועה בציבור כאישה, ללא קשר נישואין, לצורך פקיעת זכותה לקצבת שאירים [בג"ץ 5492/07 סמדר בוארון נ' בית הדין הארצי לעבודה, ניתן ביום 19.9.10, פורסם בנבו], באשר נקבע שפרשנות זו עולה בקנה אחד עם תכליתה האחידה של הגדרת "אישה" בקביעת הזכויות לגמלאות שונות עפ"י חוק הביטוח הלאומי.

דוגמא נוספת לפרשנות תכליתית החורגת מגדרת המונח המילולי הרשום בחוק הינה פרשנות סעיף 331 לחוק הביטוח הלאומי, לגבי נקבע שלאור תכליתו וחרף לשון הסעיף הפשוטה המגבילה את יסומו לתביעות עפ"י פקודת הנזיקין בלבד, הוא מחיל את עצמו גם על תביעות עפ"י חוק פיצויים לנפגעי תאונות דרכים [ס' 17 לפסק דין ע"א 1856/08 הדר חברה לביטוח בע"מ נ' אליהו חברה לביטוח בע"מ, ניתן ביום 15.12.10, פורסם בנבו].

83. סיכומו של דבר, לשונה הברורה של החוק המפנה להגדרת "תושב" לחוק הביטוח הלאומי כתנאי לזכות לביטוח בריאות ממלכתי, על תכליתה ופרשנותה, אינה סובלת פרשנות אותה מבקש להעניק לה המשיב, קרי: חובת מבוטח להיות רשום במרשם האוכלוסין /או לשאת מספר זהות ישראלי כתנאי לזכותו לביטוח בריאות ממלכתי.

סמכותו המנהלית הבלעדית של המשיב ברישום מבוטחים עפ"י החוק פירוש סעיף 3א' לחוק

84. כאמור לעיל, בחוק נקבע שהמשיב רשאי לכלול או לגרוע פלוני מקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי בהתאם למבחן התושבות.

85. סמכות המשיב ברישום המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי הינה סמכות מנהלית בלעדית שכפופה רק לביקורת שיפוטית של בית דין לעבודה.

86. כידוע, מבחן התושבות עומד במוקד מיצוי מרבית הזכויות בתחום הביטחון הסוציאלי בישראל.

87. לכן, קל להניח שהסמכות הבלעדית של המשיב לנהל את קובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי הופקדה בידי המשיב בהיות מבחן התושבות עפ"י החוק משותף גם לקביעת תושבות לצורך תשלום גמלאות אחרות עפ"י חוק הביטוח הלאומי, וגם לאור

¹ ר' לדוגמא סעיפים 13 – 16 לפסק דין בתיק עתמ (י-ם) 430/04 עבד אל-מליכ אל גיאבר נ' שר הפנים, מר אברהם פורז, פורסם במאגר נבו, ניתן ביום 18.03.2004, שם נקבע, כלהלן: "אין זה מתקבל על הדעת, שלצורך חוק העוסק בהקניית תושבות קבע, יראו את המבקש כתושב קבע, עוד טרם ניתן לו מעמד כזה על-פי חוק, רק משום שהוא מתגורר בישראל."

יכולת המשיב לבדוק באופן פרטני את נושא התושבות לגבי כל הטוען להיות תושב ישראל.

88. ודוק, עפ"י החוק, לנתבע סמכות בלעדית לא רק לנהל את קובץ המבוטחים אלא גם לכלול את את המבקש להירשם בו או לגרוע אותו, מבלי שהמשיב נדרש, לצורכי הפעלת סמכות זו, להחלטה של משרד הפנים בדבר מעמדו של המבקש בישראל.

89. עד לפני תיקון 9 לחוק, סמכות זו של המשיב נלמדה מהגדרת "תושב" הזכאי לביטוח בריאות ממלכתי בדרך של הפנייה לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], תשנ"ה – 1995 (לעיל ולהלן – "חוק הביטוח הלאומי").

90. בשנת 1999, התקבל בכנסת חוק ההסדרים למשק המדינה (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנת הכספים 1999), תשנ"ט – 1999 [ס"ח 704, כ"ט בשבט תשנ"ט, 15.2.99] כשבסעיף 24 לחוק זה נחקק תיקון מס' 9 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אשר כלל, בין השאר, סעיף 3א' לחוק לענין אופן קביעת התושבות למבקשים להירשם בקופת חולים (מועד התחילה של סעיף זה מיום 1.4.1999 – ר' ס' 38(3) לחוק ההסדרים הנ"ל).

91. וכך נקבע בסעיף 3א' לחוק הנ"ל בחלק הרלבנטי לענייננו, לאמור:

3א. (א) מי שאינו רשום בקופת חולים ומבקש להירשם בקופת חולים, יגיש למוסד בקשה לקבלת אישור כי הוא תושב (להלן – מגיש הבקשה), וכן בקשה לרישום בקופת חולים, לרבות בקשה לרישום ילדו הקטין, בטופס שקבע המוסד (להלן – בקשה לקביעת תושבות).
(ב) סעיף קטן (א) לא יחול על –

(1) קטין הנמצא במשמורתו של הורה או של אפוטרופסו החוקי, וההורה או האפוטרופוס, רשום בקופת חולים ונמצא בישראל, ובלבד שהקטין והורה או אפוטרופסו, רשומים במרשם האוכלוסין;

(2) מי שהיה רשום בקופת חולים תכוף לפני הגיעו לגיל 18 וטרם חלפו 12 חודשים מיום שמלאו לו 18 שנים;

(3) מי שהיה רשום בקופת חולים תכוף לפני שנעשה לחייל כמשמעותו בסעיף 55 וטרם חלפו 12 חודשים מהיום שחדל להיות חייל כאמור;

(4) מי שהיה רשום בקופת חולים תכוף לפני שהיה לאסיר או לעציר וטרם חלפו 12 חודשים מיום שחרורו ממאסר או ממעצר;

(5) מי שטרם חלפה תקופה של 90 ימים מיום שנכנס לראשונה לישראל לפי אשרת עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950 (להלן – חוק השבות), או מיום שניתנה לו תעודת עולה לפי חוק השבות, לגבי התקופה שמיום קבלת אשרת העולה או תעודת העולה, כאמור.

(ג) קבע המוסד כי מגיש הבקשה אינו תושב, יודיע על כך למגיש הבקשה.

(ד) קבע המוסד כי מגיש הבקשה הוא תושב, יקבע גם את המועד שממנו יש לראותו כתושב (להלן – מועד תחילת התושבות), וירשום אותו ואת ילדו הקטין, על אף האמור בסעיף 4א, בקופת החולים שצוינה בבקשה לקביעת תושבות; המוסד יודיע על הקביעה והירשום למגיש הבקשה (להלן – קביעת המוסד) ולקופת החולים; רישום לפי סעיף קטן זה יהיה בתוקף ממועד הודעת המוסד ויראו בקשה לרישום שהוגשה לפי סעיף קטן (א), כבקשה לרישום שהוגשה לפי הוראות סעיף 4א.

[ההדגשה שלנו – הח"מ]

92. לענין שיקולי המחוקק בקביעת סעיף 3א' לחוק, נפנה להצעות חוק מס' 2785 בהן פורסמה הצעת חוק ההסדרים הנייל, שלגבי סעיף 31 להצעת חוק זה (המציע את התיקון הרלבנטי לעניינו), נאמר, כמפורש:

"חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד – 1994 (להלן – חוק ביטוח בריאות) קובע כי כל תושב (כמשמעותו בחוק הביטוח הלאומי) זכאי לשירותים הקבועים בו. המבחנים הקבועים לענין זה הם מבחני התושבות המקובלים בפסיקת בתי המשפט והמבוצעים בפועל בידי המוסד לביטוח לאומי.

כיום, ישנם אנשים המתגוררים בישראל אשר אינם נחשבים תושבים, אם משום שאינם עומדים במבחני התושבות, ואם משום שלא הגישו בקשה להכיר בהם כתושבים; הכרה בתושבות אפשר שתהיה רטרואקטיבית, לפי מבחני התושבות הכלליים.

מוצע לקבוע בחוק ביטוח בריאות הסדר לענין קביעת תושבות בידי המוסד לביטוח לאומי, תחולתה של קביעה כאמור לענין חוק זה וכללים להתחשבות הנובעים מכך..."

[ההדגשה שלנו – הח"מ]

93. על כוונת המחוקק בהתקנת סעיף 3א' לחוק למדים בפירוט יתר מדיון בועדת הכספים של הכנסת ערב חקיקתו של תיקון מס' 9 לחוק [פרוטוקול דיון ועדת הכספים מס' 352 מיום 3.1.99]. בדיונים אלה עלה שסעיף זה, אשר נחקק לבקשת הנתבע, נועד להסדיר את נושא תשלום החזרים בעד הוצאות רפואיות במסגרת ביטוח רפואי פרטי למגישים בקשות לקביעת התושבות עבור תקופה שקדמה להגשת הבקשה לקביעת תושבות, מבלי שהיו מבוטחים באותה תקופה ולא שילמו דמי ביטוח בריאות.

94. כפי שנאמר בדברי סגן הממונה על התקציבים במשרד האוצר, חיים פלץ, בפני ועדת הכספים, "אנחנו בסעיף זה באים להסדיר את הנושא ולהסביר את הזכויות הרטרואקטיביות של תושב בגין התקופה שלפני הגשת בקשת תושבות" [ר' בעמ' 5 לפרוטוקול הועדה].

95. מהאמור לעיל עולה שסעיף 3א' לא בא לשנות את אופן קביעת התושבות שהיה נהוג מראשית קיומו של החוק אלא בחקיקתו התכוון המחוקק לקבוע זכויות עקב הכרה רטרואקטיבית בתושבות במטרה למנוע התעשרות לא הוגנת על חשבון תקציב הבריאות בשל תכנון מועד רישום בקופת חולים עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

96. נוכח מטרת סעיף 3א' לשמש מנגנון לקביעת תושבות לצורך קבלת זכויות רטרואקטיביות בעד התקופה שקדמה למועד הגשת הבקשה לקביעת התושבות, ברורה גם רשימת החריגים בסעיף קטן (ב) הפטרת מהגשת בקשה לקביעת התושבות את אלה ששאלת תושבותם לא טעונה בירור עובדתי, שכן חזקה על המבקש (או על ילדו הקטין) שהוא תושב, בין בזכות רישום במרשם האוכלוסין המשמש ראיה לכאורה לתושבות [ר' סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין] ובין בזכות רישום קודם בקופת חולים וכדו'.

97. מאז חקיקתו של סעיף 3א' לחוק, בפן הפרוצדוראלי, בעלי הפטור נהנים מהיעדר הצורך לפנות למשיב טרם פנייתם לקופת חולים לצורכי הרישום (לדוגמא, לפי נוהל, לצורך רישום ילד רך נולד בקופת חולים על תושב ישראל להגיש לקופת חולים, לא למשיב, ואפילו באמצעות פקסימיליה, תעודת לידה של הילד ממשרד הפנים בליווי בקשת התושב לרישום בכתב, והילד יירשם לאלתר בקופת החולים).

98. מאידך, קיום הפטור מהגשת בקשה לקביעת התושבות כמפורט בסעיף קטן 3א'(ב)(1) לחוק, מלמד על חובה להגיש בקשה כאמור כשמבקש הרישום או ילדו אינם רשומים במרשם האוכלוסין.

99. חובה זו מדגישה ביתר שאת את **סמכות המשיב** להחליט בבקשה לקביעת תושבות המוגשת מכוח סעיף 3א' לחוק, בהיעדר רישום במרשם האוכלוסין!
100. ודוק, הוראות סעיף 3א', לחוק הקובעות מנגנון קביעת התושבות לצורך ביטוח בריאות ממלכתי, לא באו לבטל את מנגנון קביעת התושבות שהיה קיים לפני חקיקתו, אך עם חקיקתו אף הוברר והודגש שהמשיב מוסמך להכיר **גם בילד שאינו רשום במרשם האוכלוסין כמבוטח בביטוח בריאות ממלכתי, ובלבד שתוגש לגביו בקשה לקביעת התושבות לפי הוראות סעיף זה.**
101. ובכן, בכל התיקים המאוחדים נשוא הערעור למשיב הוגשו בקשות לקביעת תושבות לילדי המערערים בהיותם ילדים שלא רשומים במרשם האוכלוסין.

הימנעות פסולה של המשיב מהפעלת סמכותו עפ"י סעיף 3א' לחוק וסמכותו העניינית של בית הדין

102. הסמכות הנתונה למשיב לקבוע תושבות לצורך רישום בקובץ מבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי, לאור לשונם המפורשת של סעיפים 3 ו-3א' לחוק ותכליתם, הינה סמכות "חובה", כמשמעותה במשפט המנהלי. קרי: המשיב **היה חייב להחליט** בבקשות לענין הילדים התובעים לקביעת התושבות לצורך רישומם בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי, תוך שימוש בשיקול דעת באופן ענייני ופרטני, וללא דעה מוקדמת, והוא לא היה רשאי לדחות את הבקשות הנ"ל על הסף תוך הפניית המבקשים לגורם ממשלתי אחר, קרי: משרד הפנים, ובעילה שאינה מנויה בחוק [ר' יצחק זמיר, **הסמכות המנהלית** (כרך ב') (תשנ"ו), פרק 29: חובה לפעול, עמ' 691].
103. יוער **שחובת הפעלת הסמכות** ע"י המשיב בבקשה לקביעת התושבות נובעת בראש ובראשונה מכך שסמכות זו הוקנתה עפ"י החוק אך ורק למשיב, ולא לאף גורם אחר.
104. ואולם, המשיב סירב לשקול בקשות אלה, משהוא סירב לקבוע אם הילדים הם תושבים כהגדרת "תושב" בסעיף 2 לחוק, אם לאו, בנימוק שעל הילדים להיות רשומים במרשם האוכלוסין כתנאי לרישומם בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי.
105. ודוק, הסתמכות על הנחיות פנימיות לא יכולה להוות עילה לסירוב להפעיל סמכות בניגוד לחוק, שכן, כפי שנקבע: **"הרשות אינה יכולה לצמצם באמצעות ההנחיות את שיקול הדעת שהחוק הקנה לה"** [ר' שם, בעמ' 702].
106. סיכומו של דבר, התנהלות המשיב בענין הילדים מהווה הפרת כללי המינהל התקין בדרך של הימנעות מלהפעיל סמכות חובה בקביעת זכותם להירשם בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי עפ"י החוק, בדרך של קביעה האם הילדים הם "תושבים", אם לאו.
107. נקדים ונעיר, לענין טענתו הנוספת של המשיב לחוסר סמכות עניינית של בית דין זה לדון בשאלת המחלוקת, **שלו פעל הנתבע כדין במסגרת סמכותו ונתן החלטה שהילדים התובעים אינם תושבים**, מסיבות כאלה או אחרות, הוא היה מנוע מלהעלות כל טענה של חוסר סמכות עניינית של בית דין זה לדון בהחלטתו לענין קביעת תושבות הילדים התובעים, לאור אופייה הברור של החלטה בענין התושבות כמצויה בתחומי סמכותו הייחודית של בית דין זה.
108. בהקשר זה, גם החלטה שלא להכיר בתושבות הילדים לפי סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי, היא החלטה בתושבות שלבית דין זה סמכות להתערב בה. בפועל, המשיב התחמק מלהתבסס על סעיף זה באופן מפורש, אלא בחר לטעון, בשלבי הדיון הראשוניים, וטרם הגשת סיכומיו בפני בית הדין קמא, שכל עוד הילדים לא רשומים במרשם האוכלוסין, הם בגדר "שוהים שלא כדין" בישראל!
109. על כן, לא די שהמשיב הפר את חובתו כרשות מינהלית להפעיל את סמכותו הבלעדית על פי החוק ולקבוע את תושבות הילדים לצורך קביעת זכאותם לביטוח בריאות ממלכתי

לפי סעיף 3א' לחוק, הוא אף מנסה לזכות ביתרון דיוני מסירובו להפעיל את הסמכות בבוא לטעון שהחלטת בית הדין בענין תושבות הילדים תהווה התערבות בסמכות משרד הפנים שהינה מחוץ לסמכותו הייחודית של בית דין זה!!

110. סיכומו של דבר, שאלת התושבות עפ"י בקשה לקביעת התושבות המוגשת לפי סעיף 3א' (א) לחוק, כמו גם סמכות המשיב להחליט בבקשה זו לפי החוק - אינם מותנים כלל ברישום מגיש הבקשה או ילדו הקטין במרשם האוכלוסין.

111. לאור העובדות המוסכמות כמפורט לעיל, ולאור הימנעות המשיב מלהחליט בבקשות לקביעת תושבות הילדים, לבית הדין לעבודה הסמכות לקבוע שהילדים הינם תושבי ישראל לענין חוק הביטוח הלאומי, לצורך קביעת זכאותם עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי.

הגדרת "תושב" לענין חוק הביטוח הלאומי ביחס לילדים

112. המערערים יטענו שטעה בית הדין קמא בקביעתו שהרישום במרשם האוכלוסין מהווה תנאי בלי יעבור לקביעת תושבות הילדים לענין חוק הביטוח הלאומי המזכה אותם בביטוח בריאות ממלכתי עפ"י החוק.

113. ביסוד תחולתו של חוק ביטוח בריאות ממלכתי עומד אותו עיקרון הטריטוריאלי שנהוג במרבית ענפי הביטוח הסוציאלי שתכליתו להעניק זכויות סוציאליות לתושבי קבע בישראל, ולא לתיירים או שוהים בה באופן זמני בלבד.

114. באשר לטעמים להתניית מתן הזכויות בתחום הביטוח הסוציאלי בתושבות קבע בישראל, נקבע בפסק דין בענין עבאדין {דב"ע נו/162-0 עבאדין נ' המל"ל, פד"ע, כרך לב, תשנ"ט – תש"ס 1999}, כלהלן:

"ביטחון סוציאלי הינו ביטוח בעל אופי טריטוריאלי. הדבר מובן מאליו, למדינת ישראל יש אחריות לרווחת אזרחיה ותושביה. אחריות זאת נובעת מהזיקה היציבה שבין התושבים המבוטחים לבין המדינה, זיקה היוצרת מחויבות הדדית ביניהם: מחויבות המדינה היא לרווחת תושביה ומחויבות התושבים לתשלום דמי ביטוח ולנשיאה בנטל הביטוח...

לעומת זאת, אין המדינה אחראית לרווחת אנשים שאינם תושביה אלא אם קיבלה זאת על עצמה במפורש בחקיקה או באמנה. בדרך-כלל, הזיקה בין מי שאינו תושב ישראל לבין מדינת ישראל אינה יציבה או ממושכת. מי שאינו תושב ישראל אינו נושא בעול המוטל על תושבי המדינה."

[ר' שם בעמ' 582]

115. וכך נפסק לענין תחולתו הטריטוריאלי של חוק ביטוח בריאות ממלכתי בפסק דין סלומטין לעיל, לאמור:

"ביטוח בריאות בהיקף מלא ניתן על-פי החוק לבעלי מעמד קבע בישראל שזיקתם למדינה היא זיקה של קבע. לא כך הוא ביחס למי שאינו בעל זיקה כזו. כבר נקבע, כי ביטוח בריאות ממלכתי אינו אלא מנגנון להסדרת שירותי בריאות לתושבי ישראל שאינו מהווה ערובה לזכויות היסוד שלהם לכבוד ולשלמות הגוף. על אחת כמה וכמה, אין לטעון כי לחסרי מעמד של תושבים עומדת זכות יסוד להיכלל בביטוח בריאות זה:

"ביטוח הבריאות הממלכתי הינו מוסד שלו תפקיד מרכזי – אך לא בלעדי – בהסדרת שירותי הבריאות הציבוריים במדינה ... קיומו של ביטוח הבריאות הממלכתי אינו מספק כשלעצמו ערובה לכבודם או לשלמות גופם של התושבים, כפי שהיעדרו אינו שולל זכויות אלה ממי שאינם תושבים. זהו אך מנגנון – הנושא עלויות ניכרות – שנועד להסדיר את מתן שירותי הבריאות לתושבי המדינה ומטיל עליהם חבויות בהתאם. אין לראות בעצם שלילת החברות במנגנון זה פגיעה בזכותו של כל אדם לכבוד או לשלמות הגוף" (הנשיא ברק בענין עמותת רופאים לזכויות אדם, בעמ' 335; וראו גם: ענין לוזון, בפסקה 10).

[ר' ס' 17 לפסק הדין]

116. אשר על כן, עקרון הטריטוריאליזם להענקת זכות לביטוח בריאות ממלכתי מקורו באחריות המדינה שהיא חבה כלפי מי שזיקתו לישראל יציבה וקבועה והוא משתתף במימון מערכת הבריאות הציבורית.
117. משמעותה של חובת המדינה כלפי תושביה כעומדת בבסיס מושג "הטריטוריאליזם" של דיני הביטוח הסוציאלי הודגשה לאחרונה בהקשר של קביעת תושבות לאדם שאין מדינה אחת אחראית לקיומו ולרווחתו, משנקבע שככל שלא הוכח "ולו לכאורה כי מדינה אחת אחראית לדאוג לקיומו של המבקשים" תיטת הכף להכרה בתושבותו בישראל [ר' ס' 13 סיפא להחלטה בשי"א (י-ם) 1143/05 ועד הכפר צור באהר נ' המל"ל, ניתנה ביום 21.2.05, פורסמה בנבו] (ההדגשה שלנו – הח"מ).
118. זאת ועוד, על בית הדין לפרש את המושג "תושב" "כך שתקודם מטרת החוק" [ר' עב"ל מה/73-04 עיידה סנוקה נ' המל"ל, פד"ע, כרך יז תשמ"ו 1985 – 1986].
119. לענין חוק ביטוח בריאות ממלכתי, יש לפרש תושבות המזכה בביטוח עפ"י החוק ברוח תכליתו ליצור מערכת בריאות ציבורית שתהיה נגישה לכל תושבי ישראל באופן שוויוני וללא זיקה ליכולת כלכלית ו/או השתייכות קבוצתית, לאומית וכדו'.
120. מבחן התושבות מושרש היטב בפסיקתו של בית הדין הארצי לעבודה והוא מהווה מבחן מעשי-פרקטי שנקבע, כלהלן:

"לא יהא זה נכון לקבוע נוסחה כוללת ומרשם כולל, אשר יהיה בהם כדי לענות על כל המצבים שבהם מתעוררת השאלה, אם פלוני הוא תושב ישראל, אם רכש ממעד כזה, או אם הפסיד ממעד כזה. תשובה תבוא ממכלול הנסיבות, כעולה מכל האמור לעיל. יודגש, שבחשבון סופי תקבע הזיקה למעשה, זיקה שלא יהא בה מהזמניות או מהארעיות, וזיקה שיש בה להוכיח ראיית מקום שבתחום ישראל, כמקום ש- "בו הוא חי", ש" זה ביתו"

[שם, בעמ' 84]

121. ברי שלאור עקרונות קביעת התושבות לצרכי ביטוח בריאות ממלכתי, דין הילדים שנולדו בישראל (או נולדו בתו"ל ולא רכשו שם מעמד תושבים) והם גרים בישראל עם הורה או אפוטרופוס תושב ישראל, כאשר אין להם מדינה אחרת האחראית על רווחתם, כדין תושבי ישראל.

122. מסקנה אחרת, לפיה הילדים אינם תושבי ישראל לצרכי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, תהיה נגועה בהפליית קבוצת אוכלוסייה זו, לעומת קבוצות אוכלוסייה אחרות, בנגישות למערכת בריאות ציבורית שלא מטעמים מוצדקים והיא תהיה אף נגועה בפגיעה בכללי הצדק הטבעי, הרי שעה שהורה הילדים מבטוח והוא משלם דמי ביטוח בריאות, **האם יכולה להיות הצדקה להבחין בין זכותו עצמו לשירותי הבריאות עפ"י החוק, לבין זכות ילדיו הקטינים לאותם שירותים ממש!?**

משמעות הרישום במרשם האוכלוסין כמהווה ראיה לכאורית בלבד לתושבות

123. באשר למשמעות הרישום במרשם האוכלוסין, לפי סעיף 3 לחוק מרשם האוכלוסין, הרי שרישום זה **מהווה ראיה לכאורה בלבד לתושבות**. מכאן עולה שניתן לסתור את הרישום ולהוכיח שחרף האמור במרשם האוכלוסין או בתעודת זהות, נושא התעודה אינו תושב [ר' דב"ע נה/19-0 פאתנה שעאבנה נ' המל"ל, פד"ע כט, 133(1995)].

124. לכן, לפי הפסיקה, קיום תעודת הזהות משמשת ולו להעברת נטל הוכחה לסתור את טענת התושבות אל שכמי המשיב ובלבד שמחזיק תעודת הזהות לא מודה שהתגורר תקופה ממושכת מחוץ לתחום [ר' סי' 9 לפסק דין עב"ל 113/10 סלאמה עאישה נ' המל"ל, ניתן ביום 8.5.11, פורסם בנבו].

125. וזוהי אכן תופעה רווחת כאשר המשיב שולל תושבות לבעלי תעודת זהות ולילדיהם הרשומים בה, ולעתים, עבור שנים רבות אחורה, **וזאת, אגב, ללא כל חשש מפגיעה בסמכות משרד הפנים**.

126. המסקנה המתבקשת מכאן הינה שאם המשיב רשאי לבטל תושבות **חרף רישומה** במרשם האוכלוסין מדוע הוא רואה את עצמו מנוע מלקבוע תושבות **בהיעדר** רישום במרשם האוכלוסין לפי מבחן התושבות המקובל בפסיקה?

127. בית הדין קמא לא נתן כל מענה לשאלה זו.

128. ברוח הפרשנות הני"ל, על דרך משל, פסק בית הדין האזורי לעבודה בענין קאדי פתחיה [בלי' (חי) 2941/00 קאדי פתחיה נ' המל"ל (ניתן ביום 22.5.06, פורסם בנבו)]. התובעת שם חזרה להיות תושבת ישראל לפי מבחן התושבות שנקבע בפסיקה והיא זכאית לקצבת ילדים, חרף היעדר הכרה ע"י משרד הפנים (בעקבות ויתור על אזרחותה וביטול תעודת הזהות שלה).

האם חל שינוי במבחן התושבות בעקבות פסיקת בג"ץ בענין סולומטין?

129. כפי שנטען לעיל, מבחן התושבות בפסיקת בתי הדין לעבודה מבוסס על "מירב הזיקות", שהעיקרית ביניהן היא מקום ביתו, המצביעות על ישראל כמרכז חייו.

130. המערערים יטענו שמבחן זה שריר וקיים עד היום והוא **לא הוחלף** במבחן של "קביעת מעמד ע"י משרד הפנים" בפסק הדין בענין **סולומטין**, וקביעת בית הדין קמא בנדון בטעות יסודה.

131. בהליך הני"ל, בית המשפט הגבוה לצדק דן בעתירה להכיר בזכות ילדים שנולדו **לאמהות נתינות זרות**, שמצויים בישראל ולגביהם הוגשה בקשות לקביעת מעמדם בישראל מכוח אב תושב ישראל, לשירותים רפואיים עפ"י חוק בריאות ממלכתי, **בתקופה בטרם נקבעה אבהות האב הישראלי לפי בדיקת רקמות כדרישת משרד הפנים**.

132. כדי להבין את הלך המחשבה ונימוקי פסק הדין בענין **סולומטין**, יש לקרוא אותו יחד עם פסק הדין בענין **איל ויס**, בג"ץ 10533/04, שעה ששני פסקי הדין נכתבו ע"י השופטת פרוקציה למעשה, בד בבד, כשהם דנים בסוגיות קשורות אחת לשנייה ונובעות אחת

מהשנייה: בחוקיות דרישת משרד הפנים לבצע בדיקת רקמות כתנאי לרישום ילדים לזוגות מעורבים (של ישראל/מית ונתיקה זרה) במשרד הפנים (ענין פסק הדין ויס), ובפגיעה הנטענת בזכות ילדים אלה בטרם נרשמו במרשם האוכלוסין בקבלת שירותים רפואיים עפ"י החוק (ענין פסק הדין סולומטין).

133. בענין ויס, דן בית המשפט הגבוה לצדק בשני נוהלים: נוהל הוספת פרטי אב זר לרישום ילד שנולד לאם אזרחית או תושבת ישראל (שכונה ע"י בג"ץ "נוהל רישום") ונוהל מתן מעמד לילד שנולד בישראל לאם זרה מאב אזרח או תושב ישראלי (המכונה ע"י בג"ץ "נוהל מעמד"). בשני הנוהלים, התנה משרד הפנים את רישום פרטי האב (כאשר ביחס הנוהל השני, רישום פרטי האב העניק מעמד לילד בישראל) לגב ילד שנולד לזוג לא נשוי, שהקשר הזוגי של הוריו לא הוכר קודם ללידת הילד, בהגשת פסק דין להכרה באבהות שיתבסס על בדיקת רקמות.

134. בית המשפט הגבוה לצדק קיבל, ברוב דעות, את העתירה ביחס לנוהל הרישום ודחה את העתירה לגבי נוהל המעמד, על דעתה החולקת של השופטת פרוקציה שקיבלה את העתירה ביחס לשני הנוהלים גם יחד [ר' ס' 53 לפסק דינה].

135. הרציונל המנחה של כל חברות ההרכב היה איזון ראוי בין אינטרס הרשות בחשיבות אמיתות רישום פרטי הורים במרשם וחשש מפני הצהרות-שווא, לבין אינטרס הפרט להימנע מהכבדה בהליך רישום ילדו במרשם ומייחוס אי אמיונות מובנית להצהרותיו לענין הורות לילד. אליבא דשופטת פרוקציה בפסק הדין ויס, הוראות שני הנוהלים המתנים את רישום פרטי האב של ילד לזוגות לא נשואים, שזוגיותם לא הוכרה טרם לידת הילד, בהגשת פסק דין להכרה באבהות – פסולים, בהיותם הסדר גורף וכללי הפוגע בקבוצה שלמה של אנשים ומייחסת להם אי אמיונות מובנית. לעומת זאת, דעתה של השופטת ארבל בדעת הרוב היתה שיש לבטל רק את נוהל הרישום המתנה את רישום פרטי אב זר לילד מאם ישראלית במרשם בפסק דין להכרה באבהות, אך לא את נוהל המעמד.

136. נקודת המוצא בגינה הבחינה השופטת ארבל בפסק דינה בין שני הנוהלים היתה, לאמור:

"6. ... נוהל הרישום, כשמו כן הוא, עניינו ברישום בלבד. הנוהל עוסק במצב בו נולד קטין לאם שהיא תושבת או אזרחית ישראל. סעיף 4(א)(1) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952 קובע כי מי שנולד לאב או אם שהם אזרחים ישראלים יקבל אזרחות מכוח לידה. לפיכך יזכה ילדה של אזרחית ישראלית למעמד של אזרח ישראלי, וזאת גם אם אביו אינו ישראלי. כמו כן ילד של תושבת ישראלית המצוי במשמורת של אימו ישווה מעמדו למעמד אימו ואף הוא יזכה בתושבות ישראלית (תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974; בג"ץ 979/99 פבאלואיה (קטין) נ' שר הפנים ([פורסם בנבו], 23.11.99)). משכך מעמדו האזרחי של האב במקרים אלו לא יהיה רלוונטי לצורך קביעת מעמדו של הקטין בישראל. לעומת זאת נוהל המעמד עוסק למעשה בהקניית מעמד לקטין שנולד. מאחר שהנוהל עניינו באם שאינה תושבת או אזרחית ישראל, הרי שמעמדו של הקטין תלוי במעמדו של האב בישראל. קביעת האבהות, אם כן, הינה למעשה קביעת מעמדו של הקטין בישראל."

[ר' סעיף 6 לפסק דינה של הש' ארבל בפסה"ד בענין ויס]

137. יוצא איפוא שלדעת בית המשפט הגבוה לצדק, מעמד של ילד שנולד לאם תושבת ישראל והוא מצוי במשמורתה אינו טעון קביעה הכרוכה בקבלת זכויות ע"י הילד בישראל, אלא רק רישום, מתוך הנחה שממילא ישווה מעמד הילד למעמד אמו התושבת.
138. אכן, בית המשפט הגבוה לצדק בפסק דין ויס לא קבע קביעה מקבילה לגבי רישום ילד מאב ישראלי הנשוי לאם זרה, אך אף מפני שהענין חרג ממסגרת הדיון בעתירה.
139. כפי שיראו המערערים בהמשך, הקביעה של בית המשפט הגבוה לצדק שילד לאם תושבת ישראל והוא מצוי במשמורתה שווה לה במעמד ולא זקוק להקניית מעמד בדרך של רישום במשרד הפנים, אינה קביעה חדישה או תקדימית והיא עולה בקנה אחד עם פסיקתו של בית משפט זה מלפני שנים אחרונות שמעמד ילד שנולד בישראל זהה למעמד הורה לתושב ישראל שבמשמרתו הוא נמצא.
140. ואולם, החשיבות של פסק הדין ויס היא בהבחנה בין פעולת הרישום במרשם האוכלוסין שמשמעה הקניית מעמד לילד, שאילולא פעולה זו הילד לא היה רוכש סטאטוס וזכויות בישראל, לעומת פעולת רישום הילד במרשם האוכלוסין שמשמעה רישום מעמד הקיים מכוח הדין.
141. ובכן, בפסק הדין בענין סולומטיו. דן בית המשפט בזכות לביטוח בריאות ממלכתי של ילדים הזקוקים להקניית מעמד בדרך של רישום אביהם הישראלי במרשם האוכלוסין, ובתקופה בטרם בוצעה פעולת הרישום כאמור.
142. עמדת המדינה בפסק הדין בענין סולומטיו היתה שאין להעניק לילדים אלה שירותי בריאות מכוח החוק "בתקופת הביניים עד לבירור מעמדם האזרחי בישראל מכוח מעמד הוריהם" (ר' ס' 8 לפסק הדין) (ההדגשה שלנו – הח"מ).
143. המדינה בתשובתה לעתירה אף הבחינה בין מקרה העותרים הנוכחים לבין את מה שכינתה "פרשת ילדי מזרח ירושלים" (כנראה, הכוונה היתה לבג"ץ 2100/99), באמרה, כלהלן:

"באותו ענין הושג הסדר מוסכם, אשר נתקבל לפני חקיקת סעיף 2 לחוק הביטוח הלאומי, והוא מתייחס לילדים של תושבי מזרח-ירושלים, שלא התעוררה לגביהם שאלת אבהות המקרינה על מעמדו של הילד בישראל, כפי הדבר בענייננו. באותה פרשה עלתה רק סוגיית מרכז החיים האמיתי של המשפחה, ביחס להורה שהוא בעל מעמד בישראל, ואשר היה בעת לידת הקטין מבוטח על-פי חוק ביטוח בריאות."

[ר' ס' 9 לפסק הדין] (ההדגשה שלנו – הח"מ)

144. בניגוד לפרשנות המשיב בפני בית הדין קמא, בית המשפט הגבוה לצדק ביסס את פסיקתו על אותו מבחן תושבות רב-שנים המחייב זיקה מהותית ונמשכת לישראל והשתתפות בעול מימון המערכת הציבורית, לעומת "מי שמקיים זיקה ארעית בלבד למדינה, ואינו נדרש לשאת בחבות ובנטלים המוטלים על תושביה", כאשר גם נקבע ש- "אין להניח קיומה של חובה חוקתית לשוויון בהקצאת משאבים – לרבות לצרכי בריאות – בין בעלי מעמד בישראל לאלה שאינם תושביה ובלבד שזכויות היסוד לחיים ולשלמות הגוף של כל אדם באשר הוא תכובדנה" [ר' סעיפים 24 – 26 לפסק הדין].
145. עמדת בית המשפט היא, כי בתקופה בה טרם הוכרה אבהות של אב ישראלי בדרך שנקבעה ע"י משרד הפנים (ואשר קיבלה גושפנקא משפטית בפסק הדין בענין ויס), זיקתם היחידה של הילדים נשוא העתירה לישראל, מתבטאת אך ורק בשהייתם בישראל (בפסק הדין לא נקבע ולא נשקל מקום לידתם של הילדים העותרים).

146. לדעת בית המשפט הגבוה לצדק, אין די בהימצאות בישראל כדי למלא אחרי מבחן התושבות, בטרם הוסדר מעמדם בישראל באמצעותו הם היו רוכשים זיקה נוספת – וקבועה - לישראל ומטעמים אלה, נדחתה העתירה [ר' סעיפים 17, 18 לפסק הדין].
147. ודוק, קביעתו של בית המשפט הגבוה לצדק שהילדים נשוא העתירה אינם נכללים בהגדרת "תושב" עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי כיוון "שמעמדם בישראל טרם הוסדר" [סי' 27 לפסק הדין] יש לקרוא בהקשר של נסיבות העתירה, כמותיחסת להיעדר מעמד בעטיו של היעדר הורה תושב ישראל, כלהלן:
- "עולה מכך, כי לא עומדת לילדים, אשר מעמדם בישראל טרם נקבע בשל בירור שאלת האבהות עליהם, זכות חוקתית להיכלל כמבוטחים בחוק ביטוח בריאות."**
- [ר' סי' 17 סיפא לפסק הדין] [ההדגשה שלנו – הח"מ]
148. זאת ועוד, הגם שבית המשפט גבוה לצדק דחה טענה שזכות לביטוח בריאות ממלכתי מהווה זכות יסוד המוגנת עפ"י חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אחד השיקולים העיקריים שהובילו לדחיית העתירה היה קיום הסדר חלופי המאפשר לילדים נשוא העתירה נגישה נאותה לשירותים רפואיים במימון חלקי של המדינה בהיקף כמעט זהה לסל הבריאות עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי (אמנם, ילדה אחת משני הילדים נשוא העתירה נפטרה לפני מתן פסק הדין, אך בפסק הדין לא הוברר האם היא נהנתה מהסדר).
149. המדובר בהסדר למתן שירותים רפואיים לקטינים הנמצאים בישראל ואינם מבוטחים עפ"י החוק שנקבע בחוזר מנכ"ל משרד הבריאות מס' 17/2001 מיום 15.7.01 ועל פיו קופת חולים מאוחדת מעניקה שירותי בריאות נרחבים לילדים אלה במימון המדינה ובהשתתפות הורי הילדים (להלן – "ההסדר").
150. ואולם, לפי סעיף 2.6 להסדר, ילדים שלהם הורה הרשום במרשם האוכלוסין, מוחרגים מההסדר.
151. וכך נקבע בסעיף 2.6 להסדר, לאמור:
- "החריגים לזכאות כוללים: קטינים שהאחראי להם הוא תושב הרש"פ, קטינים שאחד מהוריהם רשום במרשם האוכלוסין הישראלי, וקטינים השוהים בישראל כתיירים, או במסגרת שליחות דיפלומטית, עבודה אקדמית או לימודים אקדמיים של אחרים להם או שלהם."**
152. סיכומו של דבר, טעה בית הדין קמא בקביעתו שלאור פסק הדין בענין סולומטין יש לדחות את תביעות המערערים לרישום הילדים בביטוח בריאות ממלכתי.
153. המערערים יטענו שגם בעקבות פסק דין סולומטין, "תושבות" אדם לצורך זכאות לביטוח בריאות ממלכתי נקבעת לפי מבחן מירב הזיקות לישראל. יישום מבחן זה ביחס לילדים השוהים בישראל בטרם הוכחה אבהותו של תושב ישראל הובילה למסקנה שהם אינם תושבים.
154. לאור המסגרת העובדות המוסכמת לגבי תושבות הורה שבחזרתו שוהים הילדים המערערים (כאשר גם לא טענה כל טענה לגבי היעדר הוכחת אבהות לגבי הורה שהינו אב המחזיק בילדיו) נסיבות פסק הדין בענין סולומטין שונות מנסיבות התיקים המאוחדים.
155. לכן, אין כל רלבנטיות להכרעה בפסק הדין סולומטין לגבי התביעות נשוא הערעור, שעה שהורות הורה תושב ישראל בהו הינה מוכרת ואינה טעונה הוכחה.
156. כמו כן, דרך המחשבה של בית המשפט הגבוה לצדק בפסקי הדין ניס וסולומטין מלמדת שהוא הבחין הבחנה ברורה בין מעמדם כתושבים של ילדים שהם בעלי מעמד זהה למעמד ההורה התושב ושבעבורם פעולת הרישום במרשם האוכלוסין מהווה פעולת רישום גרידא, לבין מעמדם של ילדים שהכרה בתושבותם מתאפשרת רק לאחר שתוכח אבהותו

של תושב ישראל ושעבורם פעולת הרישום תהווה פעולה של הקניית מעמד חוקי בישראל.

157. זאת ועוד, עמדת המדינה עצמה בענין סולומטין היא המשמיטה את הבסיס לטענתו המוטעית של המשיב, אותה אימץ בית הדין קמא, שיש להחיל את פסק הדין הנ"ל על הילדים, כשהיא מבחינה בין הילדים נשוא העתירה, לבין "ילדי מזרח ירושלים" לגביהם, כך נטען, לא קיים ספק לגבי הורות הורה תושב ישראל ולפי ההסדר שהושג בבג"ץ 2100/99 ביטוחם בביטוח בריאות כפוף רק להכרה בתושבות בפועל של אותו הורה בישראל.

אי תחולת סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי על הילדים

158. למען מן הצורך ועל מנת להראות את הטעות שנפלה בפסק הדין בענין ניתוח טענות המערערים בפני בית הדין קמא, המערערים יוסיפו ויטענו שאין לקבוע שהילדים אינם תושבי ישראל מכוח סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי.

159. בפסק הדין בענין סולומטין, בית המשפט הגבוה לצדק נמנע מלדון באחת הטענות המרכזיות של המדינה בפניו שדין ילדים לגביהם טרם הוכרעה שאלת אבהות של אב ישראלי המונעת את רישומם במרשם האוכלוסין כדין "שוהים בלתי חוקיים" מכוח סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי.

160. המערערים יטענו שעל אחת כמה וכמה, אין להחיל עליהם את ההגדרה של "שוהה שלא כדין", וזאת מהטעמים, כלהלן:

(א) הטעמים לאי הכרה ב- "שוהה שלא כדין" כתושב ישראל הזכאי לזכויות כלכליות וסוציאליות בישראל נובעים ממדיניות המדינה בתחום הגירת זרים, ביחוד ביחס למהגרי עבודה, ולא ישימים לגבי הילדים התובעים, קטינים שנולדו בישראל והם מצויים במשמרות הורה תושב ישראל.

(ב) לילדים אשר נולדו בישראל זכות לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד – 1974 (להלן – "תקנה 12") שמעמדם ייקבע לפי מעמד ההורה התושב עמו הם מקיימים מרכז חיים בישראל. לפי פסיקת בית המשפט העליון, אמות מידה לשיקול דעת שר הפנים שלא להיענות לבקשה לפי תקנה זו מוגבלות למקרים ייחודים ונדירים שקיימים בהם טעמים פליליים וביטחוניים קונקרטיים, וזאת לאור תכלית התקנה לשמור על שלמות התא המשפחתי של קטין ולא ליצור פער בין מעמד הורה לבין ילדו, אף לא מבחינת סל הזכויות הנלוות לאותו מעמד.

(ג) הגדרת הילדים התובעים כ- "שוהים בלתי חוקיים" תהווה הפרת התחייבויות מדינת ישראל עפ"י אמנת זכויות הילד שלא לגרום למצב של חוסר מעמד לילד, כאשר אין מדינה אחרת אחראית עליו (statelessness) ולא להפלות את הילד במעמדו כלפי המדינה על רקע מעמדם של הוריו בשל היותם לא אזרחים אלא תושבי קבע.

נדון בכל אחת הטענות הנ"ל בהרחבה להלן.

(א) הגדרת "שוהה שלא כדין" ושיקולי המחוקק ובתי הדין שלא להכיר בו כתושב

161. סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי קובע בחלקו הרלבנטי, כלהלן:

(ב) לענין חוק זה לא יראו כתושב ישראל, בין השאר, כל אחד מאלה:

(1) שוהה שלא כדין, כמשמעותו בסעיף 13 בחוק הכניסה לישראל;

162. לטענת המשיבים (שר האוצר והמוסד לביטוח לאומי) בעתירה בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם ואח' [פ"ד, נט (3), עמ' 322] שהוגשה כנגד חקיקתו של סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי, סעיף זה "עייגן, במידה רבה, את הפרקטיקה הנוהגת גם כך במוסד בשנים האחרונות, בהשראת פסיקתם של בתי-הדין לעבודה, בכל הנוגע לטיפול בתובעים שזיקתם לישראל מוטלת בספק." [שם, עמ' 330].
163. בנוסף, טענו המשיבים בג"ץ 494/03 שאמות המידה שנקבעו בפסיקה של בתי דין לעבודה לקביעת תושבות לענין חוק הביטוח הלאומי לא השתנו עקב חקיקת סעיף 2א' לחוק, והן ממשיכות להיבחן "בין היתר, לפי אופי, תכלית ומשך השהות של תובע ההטבה בארץ: מי שמקיים זיקה ארעית בלבד לישראל אינו נדרש לשאת בחובות ובנטלים המושטים על תושביה, ואינו זכאי גם ליהנות מהביטוח הסוציאלי והרפואי שהמדינה מעניקה", כאשר "אחד הכלים לבחינת אמות מידה אלה הינו סוג אשרת השהייה שהתובע מחזיק." [ר' שם].
164. העתירה בבג"ץ 494/03 דנה בחוקתיות סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי ובחוקיות קבלתו במסגרת חוק הסדרים רב-היקף. בית המשפט הגבוה לצדק ציין בפסק דינו הדוחה את העתירה שהיא לוקה בכלליות יתר מאשר למטרותיה.
165. ובכן, בשנת 2009, הוגשה עתירה נוספת בבג"ץ 2649/09 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הבריאות אח' (כולל המוסד לביטוח לאומי), שעניינה פגיעה בלתי מידתית ובלתי סבירה מחקיקת סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי בבני זוגם וילדיהם שגילם מעל 14 שנים של תושבים ואזרחים ישראלים, שהליכי שדרוג מעמדם לרשיון ישיבת קבע או לקבלת אשרה א/5 הוקפאו עקב חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), ובשל כך, חרף קיום זיקה משמעותית ואף יחידה לישראל בה הם חיים משך שנים רבות, הם אינם זכאים לביטוח בריאות ממלכתי ולזכויות עפ"י חוק הביטוח הלאומי.
166. יובהר שאוכלוסיית היעד של העתירה בבג"ץ 2649/09 הינם "תושבי אזור" שחל עליהם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג – 2003 (להלן – "חוק הוראת שעה") האוסר על מתן אישורי שהייה (ולגבי ילדים מעל גיל 14 – על שדרוג אישורי השהיה לרשיונות ישיבה) בתקופת תחולת החוק, כמו גם מונע שדרוג מעמד במסגרת הליכי איחוד משפחה.
167. כאן יוער שלמיטב ידיעתם של ב"כ התובעים, אף אחד מהילדים התובעים לא נמנה עם אוכלוסיית היעד של העתירה בבג"ץ 2649/09. מטעמי זהירות, יטענו התובעים שבמידה ומי מהם נמנה עם אוכלוסיית היעד הזו, מסכים הוא לדחיית הכרעה בעניינו עד להכרעה בעתירה הנ"ל.
168. ביום 24.6.09, ניתן בעתירה צו על תנאי אך תשובת המדינה בתיק לא הוגשה עד עצם היום והמועד לנתינתה הוארך עד ליום 1.4.12. המדינה נימקה את בקשתה להארכת מועד לתשובתה לעתירה בצורך לדון ב- "הצעת חוק המתגבשת מטעם הממשלה, שנועדה להקיף מכלול של בעיות הקשורות במדיניות הכניסה לישראל, כדי להתמודד עם אתגרי ההגירה המוצבים בפני מדינת ישראל" [ר' החלטת בית המשפט בתיק מיום 5.12.11].
169. אי לכך, בענין העתירה התלויה ועומדת בבג"ץ 2649/09 העוסקת בהשלכות סוציאליות של תחולת סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי, מפנה המדינה שוב לטעמי מדיניות ההגירה שעליה לקבוע בטרם תיקבע את עמדתה בנושא העתירה.
170. פסק הדין הראשון של בית הדין הארצי לעבודה שקבע את ההלכה לפיה אין להכיר בשוהה שלא כדין כתושב ישראל, ניתן ביום 23.9.93 בתיק דיון נג/04-20 המל"ל נ' גיברין מחמד אבו האני [פד"ע כו, 122] ("פסק הדין בענין אבו האני").

171. בפסק הדין התקבל, ברוב דעות, ערעור הנתבע על פסק דין של בית דין אזורי לעבודה המכיר בזכות המשיב לגמלת הבטחת הכנסה, משנקבע שאשת המשיב שגרה עמו בישראל והיא אם לשלושת ילדיו, לא יכולה להיחשב ל- "תושבת ישראל" משום שהיא שוהה בה שלא כדין לאחר שבקשתה לרשיון קבע בישראל נדחתה. כן נפסק כי שעה שזכות המשיב לגמלה מותנית בזכות אשתו, הוא לא זכאי לגמלה (ובכן, בעקבות פסיקה זו יזם הנתבע התקנת תק' 5(7) לתקנות הבטחת הכנסה בדבר זכאות נפרדת של בני זוג אם אחד מהם אינו תושב והוא מתגורר עם תובע הגמלה).

172. הראויים לציון הם הטעמים שהובילו את בית הדין הארצי לעבודה לקביעת הלכה זו.

173. שיטת רוב ההרכב היתה, לאמור:

"פרשנותו של בית הדין קמא עשויה להביא לתוצאות בלתי רצויות לפיהן תונצח ישיבתם הבלתי חוקית בארץ של אנשים אשר ייכנסו וישהו בה בלא היתר, בדרך של הכרה עקיפה."

[ר' שם, עמ' 128] (ההדגשה שלנו – הח"מ)

וגם:

"אם תוענקנה לשוהים בארץ באופן בלתי חוקי כל הזכויות הסוציאליות אשר אותן ייחד המחוקק לתושבי המדינה בלבד ייגדלו הקשיים העומדים בפני השלטונות המנסים לגרשם מהמדינה שבעתיים", ויוטל עול כספי על תקציבי הביטחון הסוציאלי."

[שם, עמ' 129].

174. בקביעתו זו, בית הדין הארצי לעבודה הסתמך על פסק דין בבג"ץ 332/87 בן שלמה ואח' נ' שר הפנים, פ"ד מג (3), 353, שדן בזכותם של שוהים שלא כדין להיתרי עבודה לצורך פרנסתם בישראל, כשהוא מצטט מאותו פסק דין שהתרת שילוב שוהים בלתי חוקיים בחיי עבודה ובחיי כלכלה תקינים תגרום לכך ש- **"ייגדלו קשיי גירושם מהמדינה שבעתיים"**.

175. לדעת המיעוט בפסק הדין בענין אבו האני, יש להבחין בין המקרה של המשיב לבין נושא העתירה בבג"ץ 332/87, שעה שבמקרה של אשת המשיב אין נסיון להשתלב בחיי עבודה או בחיי כלכלה תקינים, לכן, שעה שאשת המשיב בפועל חיה בישראל שנים רבות, ילדה שלושה ילדים ורשויות המדינה אינן מבקשות לגרשה, לא עומדים לצד המערער אותם מניעים שלא לראות בה תושבת ישראל.

176. יחד עם זאת, בין חברי ההרכב היתה תמימות דעים שאין לראות בשוהה שלא כדין תושב ישראל אם יהיה בהכרה זו כדי לסייע לו להשתקע בישראל ובכך להקשות על גירושו מהמדינה.

177. משחקיקת סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי נעשתה, כטענת המשיבים בבג"ץ 494/03, בצל ההלכה הקיימת, כולל הלכת אבו האני, יש לפרש את מושג "שוהה שלא כדין" כמופנה נגד מהגר לא חוקי, ובעיקר, מהגר עבודה, שדינו גירוש פן ישתקע בה ויקשה על נסיון הרחקתו ממנה.

178. פרשנות זו נתמכת ע"י הפנייה ישירה של מושג "שוהה כדין" בסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי לסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל שדן בשוהה שלא כדין בר-גירוש.

179. ברם, לא כל אחד שתסר מעמד רשום בישראל, נתפס כבר-גירוש שיש להרחיקו מישראל לבל ישתקע בה.

180. כך, בענייני הילדים, ההליכים לרישום במרשם האוכלוסין מול משרד הפנים נמשכים שנים, כל אחד לפי נסיבותיו, ובחלקם, אף סירב משרד הפנים לרשום את הילדים על סמך נוהליו שהם לא ממלאים את תנאי ההשתקעות למשך שנתיים בישראל טרם הגשת בקשה לרישום. למרות זאת, לגבי אף אחד מהילדים לא ננקטו הליכי גירוש, ומשרד הפנים לא גילה כל כוונה לגרשם.
181. באופן כללי, לא ידוע לבי"כ המערערים על נסיון גירוש ילדים קטינים המצויים במשמורת חוקית של הורה תושב ישראל או ילדי תושב ישראל המצויים במשמורת חוקית של אפוטרופוס אחר תושב ישראל.
182. אין ספק שנסיון כזה, לו נעשה, היה בלתי חוקי ושערורייתי, נוכח תקנה 12 שעל ייעודה ופרשנותה בפסיקה נרחיב בהמשך.
183. מאידך, למיטב ידיעתם של בי"כ המערערים, משרד הפנים גם לא מבצע בפועל את הוראת בית המשפט בדבר חובת משרד הפנים לספק אישורי שהייה זמניים לילדים למשך תקופת הדיון בבקשה לרישום ילדים בפניו כפי הנדרש בפסק דין עת"מ (י-ס) 8340/08 למא אבו גית ואח' נ' משרד הפנים (ניתן ביום 10.12.08, פורסם בנבו).
184. אשר על כן, אין כל ראיה לכך שרשויות המדינה רואים בילדי תושבי ישראל שטרם נרשמו במרשם האוכלוסין כבני גירוש בהיות שוהים בלתי חוקיים בישראל.
185. כמו כן, לא עומדים לגבי הילדים טעמים למנוע את השתקעותם בישראל, כנקבע בהלכת אבו האני לעיל, שעה שמדובר בילדים להורה תושב ישראל שנולדו בישראל (כמו רוב הילדים התובעים, למעט התובעים בתיק מאלד פרוד ואח', בל' 1573-12-10), או כנסו אליה באופן חוקי, יחד עם הורה תושב ישראל (כמו במקרה של מאלד פרוד ואח'). והם מצויים במשמורת של תושב ישראל וגרים עמו.
186. יתר על כן, לפי נוהל משרד הפנים בענין רישום ילדים שרק אחד מהוריהם תושב ישראל, על ההורה התושב וילדו הקטין להוכיח את השתקעותם בישראל למשך שנתיים לפחות, כתנאי לרישום הילד במרשם האוכלוסין.
187. לא יתכן שמחד גיסא, הילד ייחשב כ- "שוהה בלתי חוקי", קרי: בתור אחד שאת השתקעותו בישראל יש למנוע, כל עוד אינו רשום במרשם האוכלוסין, ומאידך גיסא, כתנאי לרישום מרשם, משרד הפנים ידרוש מאותו ילד השתקעות בישראל למשך תקופה ארוכה בת שנתיים. מדיניות כזו של רשויות המדינה צריכה להיפסל כבלתי סבירה באופן קיצוני וגובלת עם רדיפות.

(ב) זכות הילדים התובעים למעמד תושבי ישראל לפי תקנה 12 (או לפי סעיף 3א'(1) לחוק הוראת השעה)

188. לפי ההלכה הפסוקה של בית המשפט העליון, ילד תושב ישראל שנולד בישראל וחוק השבות לא חל עליו, ושאינו "תושב אזור" כהגדרתו בסעיף 1 לחוק הוראת השעה, זכאי מכוח תקנה 12 לקבל מעמד של הורה תושב ישראל ובלבד שהילד נמצא במשמורתו ומקיים עמו מרכז חיים בישראל.
189. לפי פרשנות בית המשפט, שעלתה בקנה אחד עם עמדת המדינה בענין, אין נפקא מינא אם רישום ילד לפי תקנה 12 מתבקש מכוח אם או אב תושב ישראל (ר' סעיף 20 לפסק דין בעע"ם 5718/09 מדינת ישראל נ' סרור, ניתן ביום 27.4.11, פורסם בנבו) (להלן – "פסק הדין בענין סרור").
190. בעע"ם 5569/05 משרד הפנים נ' דלאל עויסאת ואח' (ניתן ביום 10.8.08, פורסם בנבו) (להלן – "פסק הדין בענין עויסאת") בית המשפט העליון ציין שהגם שתקנה 12 לא מעניקה זכות לשיבת קבע "מכוח לידה", היא משמשת לתכלית בעלת ערכים גבוהים

שהינם: מניעת נתק או פער בין מעמד ההורה למעמד ילדו שנולד בישראל ומניעת פגיעה בשלמות תא המשפחה ומרכזי הילד, לאמור:

"בהתחשב בכך שחוק הכניסה לישראל אינו מכיר בזכות ישיבה בישראל "מכוח לידה", הרי אף תקנה 12 אינה מיועדת להעניק מעמד בישראל אך "מכוח לידה". מטרתה היא למנוע "יצירת נתק או פער בין מעמדו של הורה אשר ישיבתו בישראל היא מכוח חוק הכניסה לישראל, לבין מעמדו של ילדו אשר נולד בישראל, ואשר עצם לידתו בארץ איננה מעניק לו מעמד חוקי בה" (ראו, עניין קדלו, בפסקה 2). כפי שנפסק בעניין קדלו, הטעמים לכך נעוצים בטובת הקטין, בזכותו לחיי משפחה ובכיבוד התא המשפחתי:

"ככלל, שיטתנו המשפטית, מכירה ומכבדת את הערך של שלמות התא המשפחתי ואת האינטרס של שמירה על שלום הילד, ולפיכך יש למנוע יצירת פער בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו. אף מנקודת מבט של הענקת רשיונות ישיבה בישראל נראה כי אין הצדקה ליצירת פער כזה, שכן ההצדקות אשר עמדו בבסיס מתן רשיון הישיבה להורה יחולו ככלל גם ביחס לילדו שנולד בישראל ומצוי עמו." (ראו, שם).

בהתאם לכך נקבע בעניין קדלו, כי כאשר התכלית של שלמות התא המשפחתי (עם ההורה בעל רישיון הישיבה בישראל) אינה עומדת בבסיס בקשת הקטין למעמד בישראל, אין שר הפנים מחויב לתת לקטין מעמד אך בשל לידתו בישראל להורה בעל רישיון ישיבה בישראל.

[ר' סעיף 18, שם]

191. בפסק הדין בעניין עויסאט, בית המשפט העליון פירש את סמכות שר הפנים עפ"י תקנה 12 כסמכות מצומצמת המאפשרת לסרב לבקשה שהוגשה לפי תקנה 12 במקרים "נדירים וקיצוניים", משיקולים פליליים או ביטחוניים קונקרטיים, כאשר על שר הפנים ליתן משקל "משמעותי וניכר" או "גבוה ביותר", כלשון פסק הדין, לטובת הילד ולערך של שלמות תא משפחתו המוגנים בתקנה זו [ר' סעיף 20 לפסק הדין].

192. וכך נקבע בפסק הדין בעניין עויסאט, לאמור:

"...כאשר שוקל שר הפנים בקשה שהוגשה לפי תקנה 12, עליו ליתן משקל משמעותי וניכר לטובת הילד ולשלמות תאו המשפחתי. זאת, משני טעמים עיקריים. ראשית, יש ליתן את הדעת לכך שמחוקק המשנה בחר להתקין תקנה מיוחדת לעניין מעמדם של ילדים שנולדו בישראל. כפי שכבר ציינו, לרוב לא נקבעו בהוראותיו של חוק הכניסה

לישראל או בתקנות שהותקנו מכוחו קריטריונים לעניין הענקת רשיון לישיבת קבע בישראל. לפיכך מעצם התקנתה של תקנה מיוחדת הנוגעת להסדרת מעמדם בישראל של ילדים שנולדו בה ניתן ללמוד, כי מחוקק המשנה ביקש לקבוע כי לעניינם של אותם קטינים יש ליתן משקל מיוחד וניכר לשיקול של שלמות התא המשפחתי. שנית, יש להתחשב באופייה המיוחד של תקנה 12 כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם, וזאת בשני היבטים מרכזיים. הראשון, הוא ההיבט הנוגע לזכותו של ההורה בעל המעמד בישראל לגדל את ילדו, כלומר בזכותו החוקתית של ההורה לחיי משפחה. ההיבט השני נוגע לזכויותו העצמאיות והאוטונומיות של הקטין לחיות את חייו לצד הורהו..."

[ר' סעיף 20, שם] (ההדגשה במקור – הח"מ)

193. יצוין שלפי עמדת המדינה בפסק הדין בענין עוויסאת, הוראות תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל חלות אף כאשר הבקשה לפי התקנה הוגשה שלא בסמוך ללידת הילד [ר' סעי 17 סיפא לפסק הדין הנ"ל].

194. לכן, ההלכה המנחה שנקבעה ע"י בית המשפט העליון בדבר יישום תקנה 12 הינה, כדלקמן:

יש להניח, כי ככל שבקשת הקטין הוגשה בסמוך יותר ללידתו, וכי ככל שמרכז חייו לצד הורהו נמצא בישראל תקופה ממושכת יותר, הרי שפרט למקרים נדירים וקיצוניים, ובהעדר מניעה ביטחונית או פלילית קונקרטי, יהיה על שר הפנים ליתן לקטין מעמד זהה לזה של אמו של [צ.ל. או] אביו בעלי המעמד בישראל.

[ר' סעיף 20, פסק הדין בענין עוויסאת]

195. מטעמי זהירות, מבלי שידוע לבי"כ התובעים אם בין הילדים התובעים ישנם "תושבי אזור" שחוק הוראת שעה חל עליהם, הוא יטען שגם לפי סעיף 3א(1) לחוק הוראת שעה, לילד "תושבי אזור" זכות בדין לקבל מעמד שווה למעמד הורהו התושב, עמו הוא מקיים מרכז חיים.

196. נפרט שההסדר שנקבע בתקנה 12 אינו חל על ילדים המוגדרים "תושבי אזור" לפי ההגדרה בסעיף 1 לחוק הוראת השעה, אשר חל גם על ילדים שנולדו בישראל וגרים בה עם הורה תושב ישראל בישראל אך הם רשומים במרשם האוכלוסין באזור².

197. מעמד ילד "תושבי אזור" עד גיל 14 (בעת הגשת הבקשה לרישום) נקבע לפי סעיף 3א(1) להוראת השעה המעניק סמכות רחבה יותר לשר הפנים להחליט לגבי סוג רשיון הישיבה, שאינו חייב להיות לישיבת קבע דווקא אלא בסמכותו להעניק גם רשיון לישיבה ארעית. סמכות זו מוגבלת בכך שאם הילד ממשיך לקיים מרכז חיים עם הורהו התושב לאחר פקיעת האשרה הארעית, הוא זכאי לשרוג מעמדו למעמד של ההורה (ר' פסק הדין בענין סרור).

198. בעקבות פסק הדין בענין סרור, קבע בית המשפט העליון שביחס לילדים עד גיל 14, למעשה, אין הבדל בהסדרים עפ"י תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל ועל פי סעיף 3א לחוק הוראת שעה, כאשר ההסדר השני שווה, הלכה למעשה, לראשון, בקבעו, כלהלן:

"קטינים עד גיל 14 (עליהם חל סעיף 3א(1) לחוק הוראת שעה – הח"מ) זכאים לקבל מעמד בישראל לשם מניעת הפרדתם מהורה משמורן השווה כדין בישראל, ועל כן זכותם לחיות עם ההורה המשמורן אינה נפגעת כלל..."

[ר' סעיף 18 אליבא דשופטת מ' נאור בבג"ץ 466/07 ח"ב ז'הבה גלאון מר"ץ יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה, ניתן ביום 11.1.12, פורסם בבנו] (ההדגשה שלי – הח"מ).

199. נוסף שבסעיף 16 לפסק דינה, ציינה השופטת נאור שזכות זו כפופה אף היא לשיקולים פליליים או ביטחוניים, בדומה לזכות עפ"י תקנה 12.
200. באשר לילדים מעל גיל 14, סעיף 3א(2) לחוק הוראת שעה מטיל איסור מוחלט על שר הפנים להעניק רשיון ישיבה כלשהו, כשהוא מסמיך אותו להוציא לילדים אלה רק אישורי שהייה לשם מניעת הפרדתם מההורה המשמורן השווה כדין בישראל.
201. כאמור לעיל, שאלת זכאות ילדים "תושבי אזור" בגילאים מעל 14 לביטוח בריאות ממלכתי עפ"י החוק נידונה בבג"ץ 2649/09 ואינה חלק מהמחלוקת המשפטית בתיק זה.
202. נדבך נוסף לזכותם שבדין של ילדים להורה תושב ישראל לקבלת מעמד השווה למעמד הורה התושב שבמשמורתו הוא נמצא, נקבע בפסק הדין שניתן לאחרונה, ביום 22.11.11, בתיק עע"ם 1966/09 אחמד עבד אל חפאז עווד עטון נ' שר הפנים (פורסם בבנו) (להלן – **"פסק הדין בענין עטון"**).
203. באותו פסק דין, נדרש בית המשפט העליון לפרש את דרישת תושבות הורה לפי תקנה 12 לצורך רישום ילדיו שנולדו בישראל כתושבי קבע, בנסיבות בהן המשפחה כולה התגוררה בוואדי חומוס, באזור המצוי בתוך גדר ההפרדה אך מחוץ לתחום מוניציפאלי של ירושלים, שמהווה חלק אינהרנטי מכפר צור באהר שנמצא בתוך תחום ישראל.
204. בפסק הדין בענין עטון פירש בית המשפט העליון (בפסיקתה של כב' הנשיאה ד' ביניש) את תכלית תקנה 12 כמגנה על שלמות משפחת הקטין ועיקרון טובת הילד, גם מבחינת מניעת הפיצול בין מעמד ההורה לבין מעמד ילדיו כ- **"פיצול בסל הזכויות הנלוות לו, באופן היוצר בתוך תא משפחתי אחד קבוצות שזכויותיהן הסוציאליות פחותות משל יתור בני המשפחה, מצב שאף הוא אינו רצוי בראייתו של עקרון טובת הילד"** כשהוא בא ומוסיף ש- **"דברים אלה נכונים ביתר שאת עת מדובר במשפחה שרוב ילדיה הינם במעמד זהה להוריהם, ואחרים רכים בשנים הם נטולי מעמד כלשהו – כבעניינו"** [ר' סעיף 20 אליבא דנשיאה ביניש, שם] (ההדגשה שלי – הח"מ).
205. המבחן שהפעיל בית המשפט העליון לצורכי קביעת תחולתה של תקנה 12 על המערער, היה **"בחינה מהותית של שאלת מרכז החיים והזיקות לישראל והיא אינה יכולה לבוא על פתרונה אך בהישען על בחינת מיקומו הפיזי של בית המערער"** [ר' ס' 18 שם].
206. מבחן זה הוביל את בית המשפט למסקנה (בדעת מיעוט הנשיאה ביניש) שמצב המערער הוא מצב ייחודי וחריג המצדיק לראות בו תושב ישראל ש- **"חرف מיקומו הגיאוגרפי של מקום המגורים, עדין ימצא כי הזיקות לישראל רבות מן הזיקות לשטחי הרשות הפלסטינית"** [ר' ס' 21, שם], אשר מכוחו זכאים גם ילדיו למעמד של תושבי קבע בישראל.
207. חילוקי הדעות בין חברי ההרכב בפסק הדין בענין עטון היו בשאלה האם ניתן להכיר בתושבות אדם שמנהל את מרכז חייו בישראל אך מקום מגוריו נמצא מחוץ לתחומה. על שאלה זו השיבו שני חברי ההרכב, השופטים א' לוי וא' גרוניס, על דעתה החולקת של הנשיאה ביניש, בשלילה.
208. ואולם, בפסק הדין בענין עטון לא היתה מחלוקת בענין הרלבנטי לעניינו, והוא פרשנות תכלית תקנה 12 כבאה למנוע פיצול בין מעמד הילד לבין מעמד ההורה **גם מבחינת מיוצו זכויות סוציאליות**, לשם שמירת על טובת הילד העומדת כנר לרגלי התקנה.

209. נוסף לגבי גבולות סמכות שר הפנים ברישום מעמד ילדי תושב ישראל, שאמנם, לפי עת"ס 8340/08 בענין גית לעיל, לשר הפנים, בביצוע תקנה 12, סמכות להתנות את רישום הילדים בתנאי השתקעות למשך שנתיים לפחות טרם מועד הגשת הבקשה; או, לפי עת"ס 727/06 מאג'דה נופל ואח' נ' שר הפנים (ניתן ביום 22.5.11, פורסם בנבו) נתונה לו סמכות לקבוע מועדים ארוכים יחסית לקבלת החלטה בבקשה לפי סעיף 3א(1) לחוק הוראת שעה.
210. אך מכל מקום, ברור הוא שדחיית מועד רישום הילדים שבסמכות שר הפנים אינה מבטלת את זכותם הבסיסית של הילדים לקבלת מעמד מכוח תקנה 12 או סעיף 3א(1) לחוק הוראת שעה, שאיין בסמכות שר הפנים לפגוע בה, ולפיכך, דינה כזכות שבדין לרישום מעמדם כתושבי קבע בישראל.
211. אשר על כן, יסכמו המערערים שאין לראות בהם "שוהים בלתי חוקיים" לאור זכותם בדין לקבל מעמד השווה למעמד ההורה תושב ישראל עמו הם גרים, שאין בסמכות שר הפנים לבטלה או לדחותה, בהתקיים מרכז חיים של הילד עם הורה תושב ישראל, ולפיכך, פעולת הרישום במשרד הפנים אינה מהווה בעבורם פעולת הקניית המעמד אלא רישום מעמד המוכר בדין.
212. כמו כן, המערערים יטענו שאם בבסיס תקנה 12 וסעיף 3א(1) לחוק הוראת שעה עומדת מטרה למנוע את פיצול הזכויות הסוציאליות בין ההורה התושב לבין ילדו, על אחת כמה וכמה יש לפרש את חוק ביטוח בריאות ממלכתי, בהיות חוק סוציאלי בעל משמעות גבוהה ביותר, באופן שישווה את מעמד הילדים התובעים עם הוריהם התושבים.

ג) הפרת התחייבות בין-לאומית של ישראל שלא לשלול מעמד מהילדים

213. המערערים יקדישו פרק נפרד להתחייבויות מדינת ישראל במשפט הבינלאומי בתחום זכויות הילד ולטיעון לגבי הפרת התחייבויותיה הללו בעקבות התניית זכויות ילדים להורה תושב ישראל עפ"י חוק ביטוח בריאות ממלכתי ברישום במרשם האוכלוסין.
214. בהיעדר מעמד במדינה אחרת, הגדרת אחד הקטינים נשוא דיון זה כ"שוהה בלתי חוקי" בישראל הופכת אותו לחסר מעמד בכל מדינה, או stateless, בניגוד לסעיף 7 לאמנת זכויות הילד שאושרה ע"י מדינת ישראל³.
215. סעיף 7 לאמנה קובע, לאמור:

"1. הילד יירשם תיכף לאחר לידתו, ותהיה לו מלידתו הזכות להיקרא בשם, הזכות לקבל אזרחות, וככל האפשרות הזכות להכיר את הוריו ולהיות מטופל על ידם.

2. המדינות החברות יבטיחו את מימוש זכויות אלה, בהתאם לדיניהם הלאומיים והתחייבויותיהן על פי המסמכים הבינלאומיים הנוגעים בדבר בתחום זה, ובמיוחד כאשר בהיעדרן יהיה הילד חסר אזרחות."

216. תכלית סעיף 7 לאמנה לעיל הינה למנוע מצב בו יישאר ילד שנמצא בתחום המדינה החברה, ולו לפרק זמן קצר ביותר, חסר סטאטוס כלפי אף מדינה וחסר זכות להיחשב לנתין מדינה כלשהי (stateless).
217. התחייבות מדינת ישראל שלא לגרום למצב של statelessness חלה על כל ילד שנפרד והן על קבוצת ילדים.
218. לא זו אף זאת. ניתן לגרום שאקט שלילת מעמד חוקי בישראל כלפי קבוצה של ילדים לא מזוהים, הנבחרים רק לפי קריטריון של תושבות הוריהם, ושעה שמדובר בקבוצה המונה

אלפי נפשות, תהווה הפרה בוטה שבעתיים של סעיף 7 לאמנה וכן של סעיף 2(2) לאמנה, מאשר אקט דומה ביחס לילד ספציפי אחד.

219. זאת ועוד, המשיב לא טוען ביחס לילדים של אזרחי ישראל שלא נרשמו במרשם שהם "שוהים בלתי חוקיים", הרי ילדים אלה זכאים לאזרחות ישראלית מיום לידתם לפי סעיף 4 לחוק האזרחות, תשי"ב - 1952, אפילו אם הם לא נולדו בישראל ולא גרו בה בעבר, מכוח אזרחות הורה ישראלי.

220. לכן, שעה שהטענה בדבר "שהייה בלתי חוקית" של ילדי תושב ישראל בישראל מועלית, לכאורה, אך ורק כלפי ילדים של תושבי קבע שאינם אזרחים, כשמצב זה מאפיין בייחוד את תושבי מזרח ירושלים, נגועה היא בהפליה אסורה כבר בהיות הפרה של התחייבות מדינת ישראל לפי סעיף 2(2) לאמנת זכויות הילד להגן על ילד "מפני כל צורה של הפליה... על יסוד מעמדם... של הורי הילד, אפטרופסיו החוקיים או בני משפחתו", כלשון הסעיף.

התחייבות מדינת ישראל לפי אמנת זכויות הילד הרלבנטיות לעניינו

221. טעה בית הדין קמא שהתעלם מלדון מהפרת התחייבות מדינת ישראל בתחום הבין-לאומי כתוצאה מקבלת טענות המשיב ודחיית התביעות בפניו.

222. המערערים יטענו שלצד עיקרון הטריטוריאליות לדאוג לרווחת תושביה הקבועים, מדינת ישראל לקחה על עצמה התחייבות בינלאומית לדאוג לרווחתו ובריאותו של כל ילד המצוי בתחום שיפוטה לפי אמנת זכויות הילד שאושרה ע"י ישראל ונכנסה לתוקף ביום 2.11.91 [ר' סעיף 2(1) לאמנה].

223. בסעיף 2 (2) לאמנה, מדינת ישראל התחייבה "לנקוט בכל האמצעים המתאימים להבטיח כי הילד מוגן מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם, או אמונותיהם של הורי הילד, אפטרופסיו החוקיים, או בני משפחתו".

224. בסעיף 3 (1) לאמנה, התחייבה מדינת ישראל שטובת הילד יהיה "שיקול ראשון במעלה" "בכל פעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאליות ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים", ובסעיף 2(3) לאמנה, היא התחייבה לפעול להבטחת "הגנה וטיפול [לילד] ככל שיידרשו לטובתו".

225. בסעיף 4 לאמנה, התחייבה מדינת ישראל להשתמש במירב המאמצים, בהתאם למשאבים העומדים לרשותה, כדי להבטיח זכויות כלכליות, סוציאליות ותרבותיות של ילד.

226. בסעיף 7 לאמנה, מדינת ישראל התחייבה לרשום ילד "תיכף לאחר לידתו" ולשמור על זכותו "לקבל אזרחות", עם דגש על מקרים בהם "בהיעדרן [של זכויות אלה] יהיה הילד חסר אזרחות".

227. בסעיף 24(1) לאמנה, מדינת ישראל הכירה בזכות הילד "ליהנות מבריאות ברמה הגבוהה ביותר הניתנת להשגה ולאמצעים לטיפול במחלות ושיקום הבריאות" ולצורך מימוש זכות זו, "להשתדל להבטיח כי משום ילד לא תישלל הגישה לשירותי טיפול ובריאות".

228. לבסוף, בסעיף 23 לאמנה, מדינת ישראל התחייבה להבטיח זכויות רבות ומגוונות של ילד, כולל בתחום שיקום הבריאות ושימוש בשירותי הבריאות.

229. המערערים יטענו ששלילת זכותם לשירותי בריאות עפ"י החוק בנימוק של היעדר רישום במרשם האוכלוסיין, ומסיבה זו בלבד, מהווה הפרה של שלל ההתחייבות של מדינת ישראל המפורטות לעיל.

230. ביחוד, יפנו המערערים להיעדר כל הסדר חלופי אחר מטעם המדינה לצורך הבטחת זכויותיהם בתחום הבריאות, כאמור לעיל [ר' נספח ב' לסיכומים אלה], שמשאיר את הילדים לחסדם של גופים פרטיים ו/או ליכולתם הכלכלית של הוריהם או האחראים עליהם, דבר שמהווה, מבחינת המדינה, שלילת גישה לשירותי טיפול ובריאות (ס' 24(1) לאמנה].
231. מנגד, לא עומדת למדינה כל טענת הגנה שתצדיק את שלילת הגישה לבריאות, כגון: בטעמי תקציב או משאבים, שעה שהורה תושב של ילדים משלם דמי ביטוח בריאות, שחלקם נועדים למימון טיפול רפואי בילדיו הקטינים.
232. זאת ועוד, אין בין נימוקים המובאים ע"י השמייב להצדקת דרישה של רישום הילדים במרשם האוכלוסין כתנאי לקבלת שירותי ביטוח בריאות עפ"י החוק, לבין עיקרון טובת הילד שהיה חייב להנחות אותו בענין זה, ולא מאומה.
233. לכן, לו דן בית הדין קמא בטענות הנ"ל, היה אמור להגיע למסקנה המתבקשת כטענת המערערים.

ההסדר בבג"ץ 2100/99 לענין "הליך רישום מזורז" והנחיות המשיב

234. נקדים בכך שההסדר שנקבע בבג"ץ 2100/99 מהווה הודאת המשיב, כבעל דין, בעקרון שהזכאות לביטוח בריאות ממלכתי אינה מותנית ברישום במרשם האוכלוסין. המדובר בהודאה הכרוך בה השתק המונע מהמשיב לטעון טענה הפוכה עתה גם אם הוא מצמצם אותה לפעוטות שגילם עד שנה.
235. בעבר, במסגרת בג"ץ 2100/99, הושג הסדר על פיו ילדים אשר אחד מהוריהם הוא תושב קבע, מנפיק הביטוח הלאומי מספר מזהה זמני, במסגרת הליך מקוצר, לצורך קבלת שירותי ביטוח בריאות (צורף לכתב התביעה).
236. ההליך המקוצר האמור גובש כפתרון לילדים, אשר משרד הפנים מעכב את רישומם לצורך בחינת תושבות, לעיתים במשך חודשים ארוכים, ובמשך תקופה זו הם נותרו משוללי ביטוח בריאות.
237. זאת ועוד, נהלי המשיב עצמם מכירים בעקרון שזכויות ילדים תושבי ישראל הגרים בישראל עם הורה תושב ישראל זכאים לזכויות מהנתבע חרף אי רישום במרשם האוכלוסין. זוהי הודאת בעל דין המקימה השתק מלטעון אחרת.
- ההודאה כאמור באה לידי ביטוי, בין היתר, בחוזר היועצת המשפטית של המשיב מיום 31.12.03 בעניין "חיוב מבוטחים לרישום במרשם האוכלוסין כתנאי לקבלת זכויות". סעיף 17 להנחיה קובע:

"עם זאת, במקרים מיוחדים שבהם עשו המבוטחים כל שלא ידם לשם ביצוע הרישום, והעיכוב ברישום נובע מנסיבות שאינן תלויות במבוטחים, זאת כגון: מי שנדרשים ללשכת מרשם האוכלוסין במזרח ירושלים (ראה בעניי זה בגצ 2783/03 ג'ברא נ' שר הפנים, מיום 3.12.03), יידרש להעניק להם זכויות גם טרם השלמת הרישום ולהנפיק להם מספר מזהה זמני.

לפיכך, כאשר הליך הרישום לא הסתיים בשל סיבות שאינן בשליטת המבוטח (דהיינו בשל עיכוב במשרד הפנים כגון זה הקיים בלשכת הרישום במזרח ירושלים), יראה המוסד לצורך דרישת ה"רישום במרשם האוכלוסין" הקבוע בסעיף 296(1) לחוק הביטוח הלאומי, את תאריך הגשת הבקשה לרישום במרשם כתאריך הרישום, וזאת עד להשלמת

הרישום במרשם האוכלוסין, כמפורט בסעיפים 19 עד 26 שלהלן.

פרשנות רחבה זו לסעיף 296(ב1) תמנע מחד גיסא, פגיעה במבוטחים אשר עשו ככל יכולתם על מנת להירשם במרשם האוכלוסין ומאידך גיסא, לא תביא הנפקת מספר מזהה זמני, מקום שהמבוטח לא טרח כלל לפנות למשרד הפנים".

- הגיונם של הדברים הנ"ל תקף, מקל וחומר, שעה שמדובר בביטוח בריאות של קטינים.
238. כמובן שהעמדה העולה מהנוהל אינה מקובלת על המערערים, והיא הובאה בכדי להראות שגם המשיב עצמו סבור כי אדם יכול להיות "תושב ישראל" לצורכי חוק הביטוח הלאומי אף מבלי שנרשם במרשם האוכלוסין.
239. דא עקא, בית הדין קמא מנמנע מלדון בטענות המערערים לענין הודאת המשיב ומדיניותו להעניק ביטוח בריאות ממלכתי לילדים, אף תוך הרחבת סמכותו זו עד גיל שנתיים וחצי לילד.

סמכות בית הדין לעבודה לדון בזכות הילדים לביטוח בריאות ממלכתי

240. קביעות בית הדין קמא בפסק דינו בענין היעדר סמכותו העניינית לדון בתביעות שהוגשו בעילת אי רישום ילדים שטרם נרשמו במרשם האוכלוסין, בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי, מקורן בטעות.
241. הסמכות הבלעדית לניהול קובץ המבוטחים, לרבות הוספת זכאים וגריעתם ממנו, נתונה למשיב, וכפופה לביקורתו של בית הדין.
242. הסמכות האמורה אינה נתונה למשרד הפנים, והמשיב אינו אמור לערוך "מיקור חוץ" של סמכותו זו למשרד הפנים על ידי הסתמכות על החלטות משרד הפנים.
243. המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו, כמתחייב מחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לצורכי ביצוע סמכותו הבלעדית עפ"י החוק בכל הקשור התובעים.
244. אם המשיב היה מפעיל שיקול דעת כאמור, שיקול דעתו היה כפוף לביקורת של בית הדין. לפיכך, הימנעות המשיב מהפעלת שיקול דעתו גם היא כפופה לסמכות בית הדין.
245. ודוק, בית הדין לא התבקש להתערב, במסגרת התביעות המאוחדות שעמדו בפניו, בתוכנו של מרשם האוכלוסין ואף לא בהחלטות משרד הפנים לגבי המערערים או מי מהם.
246. מעבר לנדרש יצוין כי לבית הדין סמכות אינצידינטאלית להכריע בשאלת התושבות אגב תקיפה עקיפה של החלטת משרד הפנים. הדבר נקבע מפורשות הן בפסק הדין בענין מרים מגינן (עבל 1372/04) וגם בפסיקה יותר מאוחרת.
247. לא זו אף זו, אלא באחד התיקים המאוחדים בית הדין קמא פסק בהליכים מקדמיים וטרם איחוד התביעות בבוא לדון בקשת המשיב לסילוק על הסף, כי כן נתונה לו סמכות לדון בתביעות אלה "אף אם הן אינן עולות בקנה אחד עם אישור משרד הפנים" והוסיף "לא יכולה להיות נפקות לסירובו של משרד הפנים לבקשת התובעת לרישום ילדיה, וממילא אין בכך כדי לאיין את עילת התביעה ו/או את המשך ההליך המשפטי בתיק" (החלטה מיום 10.2.11 בתיק בל 10556/10 שירין פרעון).
248. המשיב לא הגיש בקשת רשות ערעור על החלטה זו, והיא הפכה לחלוטה.
249. ואולם, בית הדין קמא התעלם מקביעותו עצמו כאמור לעיל.

250. המערערים יטענו שדין פסק הדין ביטול ודין ערעורם להתקבל.
251. המערערים יטענו שזכותו של קטיין לביטוח בריאות ממלכתי קמה מכוח תושבותו הישראלית של ההורה עמו הוא גר, ואף אם אינו גר עמו אך מצוי בהתזקת אפוטרופוס חוקי אחר שגם הוא תושב ישראל.
252. חוק ביטוח בריאות ממלכתי אינו מתנה את הזכאות לביטוח בריאות ברישום במרשם האוכלוסין.
253. התניית הזכאות לביטוח בריאות בהשלמת הרישום במרשם האוכלוסין נוגדת את לשונו הברורה של החוק, חוטאת לתכליותיו, אינה מתיישבת עם עקרונותיו ומקורה בשיקולים זרים לחוק ביטוח בריאות ממלכתי.
254. התניית הזכאות לביטוח בריאות, בנסיבות המתוארות לעיל, יוצרת מעמדות בתוך המשפחה ופוגעת קשות בתא המשפחתי: ההורה תושב ישראל נהנה מביטוח בריאות בעודו שילדו הקטיין הגר עימו אינו זכאי לביטוח בריאות ממלכתי, אליבא דנתבע; במקרים שבפנינו נוצרת אף הפלייה בין אחים בתוך המשפחה שעה שחלקם נרשמו במרשם האוכלוסין וחלקם האחר לא! זו תוצאה שההגינות וחוש הצדק הבסיסי אינם יכולים לשאת בה!
255. התניית הזכאות לביטוח בריאות ברישום הילדים במרשם האוכלוסין סותרת את עמדת המשיב עצמו ולפיו הוא מבטח תושבים שאינם רשומים במרשם האוכלוסין, כגון: עולה חודש שלא הונפקה לו תעודת זהות; קבוצת הילדים עד גיל שנה (כעת גם עד גיל שנתיים וחצי) הנרשמים ב"הליך מקוצר" מכוחו של ההסדר בבגץ 2100/99.
256. הגדרת "תושב" בסעיף 2 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי אינה מפנה לחוק מרשם האוכלוסין, אלא לחוק הביטוח הלאומי, ולא בכדי: התכליות והעקרונות העומדים בבסיס שתי ההגדרות שונים.
257. הגדרת "תושב" בחוק מרשם האוכלוסין נעוצה בשאלת קביעת המעמד ("סטטוס") בישראל, בבחינת כי זכותה של מדינה להחליט מי יהיו תושביה ואזרחיה.
258. לעומתה, הגדרת "תושב" לצורכי חוק הביטוח הלאומי תכליתה לקבוע את אחריות המדינה לבטחון הסוציאלי ולשירותי הבריאות הניתנים לתושבי המדינה - קרי לאלה שיש להם "זיקה שלא יהא בה מהזמניות או מהארעיות".
259. הסמכות הבלעדית לניהול קובץ המבוטחים, לרבות הוספת זכאים וגריעתם ממנו, נתונה למשיב, וכפופה לביקורתו של בית הדין.
260. הסמכות האמורה אינה נתונה למשרד הפנים, והמשיב אינו אמור לערוך "מיקור חוץ" של סמכותו זו למשרד הפנים על ידי הסתמכות על החלטות משרד הפנים.
261. המשיב לא הפעיל את שיקול דעתו, כמתחייב מחוק ביטוח בריאות ממלכתי, לצורכי ביצוע סמכותו הבלעדית עפ"י החוק בכל הקשור למערערים.
262. אם המשיב היה מפעיל שיקול דעת כאמור, היה מגיע למסקנה שהיה עליו לכלול את המערערים בקובץ המבוטחים בביטוח בריאות ממלכתי, מכוח השיקולים להלן.
263. סעיף 3א' לחוק הבהיר, ביתר שאת, את שהיה ברור גם לפני הוספתו: המשיב מוסמך להכיר גם בילד שאינו רשום במרשם האוכלוסין כמבוטח בביטוח בריאות ממלכתי, ובלבד שתוגש לגביו בקשה לקביעת תושבות לפי הוראות אותו סעיף.
264. סעיף 3א' לחוק ביטוח בריאות ממלכתי לא שינה את אופן קביעת התושבות שהיה נהוג מראשית קיומו של החוק, אלא בחקיקתו התכוון המתוק לקבוע זכויות עקב הכרה רטרואקטיבית בתושבות במטרה למנוע התעשרות לא הוגנת על חשבון תקציב הבריאות.
265. ה"תושבות" לצורכי חוק ביטוח בריאות ממלכתי נקבעת לפי מבחן התושבות שנקבע בפסיקת בתי הדין, לרבות סעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי.

266. לפי העקרונות שהתוותה פסיקת בתי הדין למבחן התושבות, דינו של ילד המתגורר בישראל עם הוריה תושב ישראל, כשאין מדינה אחרת האחראית לרווחתו של אותו ילד, כדין תושבי ישראל.

267. אותה פסיקה קבעה כי הרישום במרשם האוכלוסין מהווה ראייה לכאורה לתושבות, ולא מנעה מבית הדין לקבוע תושבות חרף העדר הכרה של משרד הפנים, או לשלול תושבות חרף הכרת משרד הפנים.

268. פסק דינו של בית המשפט העליון בענין סולומטיין, שעליו מטיל המשיב את יהבו, דווקא מאשש את עמדת המערערים: גם היום כמו בעבר, "תושבות" אדם לצורך זכאות לביטוח בריאות ממלכתי נקבעת לפי מבחן מירב הזיקות לישראל. בהעדר הוכחת אבהות בין ילדים לבין אביהם הישראלי הובילה את בית המשפט למסקנה שהילדים אינם תושבים. אם כן, לא העדר הרישום במרשם האוכלוסין הוא שהוביל לאותה מסקנה, אלא העדר הוכחת אבהות.

269. הגדרת "תושב" בסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי מוציא מתחולת "שוהה שלא כדין". ברם, קטינים הגרים בישראל ושאחד מהוריהם ישראלי ומתגורר בישראל – אינם "שוהים שלא כדין" כהגדרת מונח זה בסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי. שלושה טעמים לכך:

א. הוצאת "שוהה בלתי חוקי" מהגדרת "תושב" תכליתה למנוע ממהגר לא חוקי, בעיקר מהגר עבודה, שדינו גירוש פן ישתקע בישראל ויקשה על נסיון הרחקתה ממנה. לא כנגד קטיין שהוריה תושב ישראל כוונה ההגדרה. אם כן, הכוונה ל"שוהה בלתי חוקי" שהוא בר גירוש! ולא לילדים שהליכי רישומם מכוח תושבות הוריהם נמשך שנים!

פרשנות אחרת לוקה בסתירה פנימית בלתי ניתנת לגישור: בעוד שילדים כאלה זכאים, עקרונית, להירשם כתושבים מכוח תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, הנה הנתבע מתייחס לאותם ילדים כ"שוהים בלתי חוקיים" שאת השתקעותם יש למנוע!

ב. ילדו של תושב ישראל זכאי להירשם כתושב ישראל לפי תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, וזאת, בין היתר, במטרה לקיים ולשמור על שלמות התא המשפחתי ללא יצירת פערי מעמדות בין הורה לבין ילדו. אמנם הפסיקה קבעה שיש לשר הפנים שיקול דעת שלא להיענות לבקשה לפי תקנה זו, אך הדבר צומצם למקרים "נדירים וקיצוניים" שקיימים בהם טעמים פליליים וביטחוניים קונקרטיים.

ג. הגדרת הילדים התובעים כ"שוהים בלתי חוקיים" תהווה הפרת התחייבויות מדינת ישראל עפ"י אמנת זכויות הילד שלא לגרום למצב של חוסר מעמד לילד, כאשר אין מדינה אחרת אחראית עליו, ולא להפלות את הילד במעמדו כלפי המדינה על רקע מעמדם של הוריו בשל היות לא אזרחים אלא תושבי קבע.

270. בסיכומיו בפני בית הדין קמא, המשיב אף הסכים שאין לראות בילדים "שוהים שלא כדין", אם כי המשיך לטעון שהילדים הינם "חסרי מעמד", מונח שלא קיים בסעיף 2א' לחוק הביטוח הלאומי, ולפיכך, חסר נפקות לצורך תחולתו.

271. ההסדר שנקבע בבג"ץ 2100/99 מהווה הודאת המשיב, כבעל דין, בעקרון שהזכאות לביטוח בריאות ממלכתי אינה מותנית ברישום במרשם האוכלוסין. המדובר בהודאה הכרוך בה השתק המונע מהמשיב לטעון טענה הפוכה עתה גם אם הוא מצמצם אותה לפעוטות שגילם עד שנה.

אשר על כן, בית הדין הנכבד מתבקש לקבל את הערעור, לבטל את פסק הדין של בית הדין קמא ולקבוע כי הילדים זכאים לביטוח בריאות ממלכתי ללא קשר להליכים לרישומם במרשם האוכלוסין מול משרד הפנים.

כמו כן, בית הדין הנכבד מתבקש לחייב את המשיב בהוצאות משפט ושכ"ט עו"ד בתוספת מע"מ כחוק.

בסאם כרכבי, עו"ד
בי"כ המערערים

סופי טיקונצקי, עו"ד
בי"כ המערערים