

- בעניין: 1. _____ רדואן, ת.ז. _____.
2. _____ רדואן, ת.ז. _____.
3. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולדה בישראל ביום 9.9.92
4. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולד בישראל ביום 18.7.94
5. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולד בישראל ביום 9.12.96
6. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולד באל בירה ביום 20.7.99
7. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולדה באל בירה ביום 5.1.05
8. _____ רדואן, ת.ז. _____, נולד בישראל ביום 1.7.09
9. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.

ע"י ב"כ ו/או עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 - פקס: 03 - 5214947

- נ ג ד -

המערערים

מדינת ישראל – שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה

רח' צלאח א-דין 29, ירושלים

טל': 02-6466590 - פקס: 02-6466655

המשיב

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השי', ד"ר י' מרזל), בעת"מ 41294-05-11, שניתן ביום 23.10.2011.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, אשר דחה את העתירה המינהלית ולקבוע כי המועד הקובע לעניין הסדרת מעמד הילדים, המערערים 3 ו-4 יהא גילם **בעת פנייתם הראשונית למשיב לשם הסדרת מעמדם משנת 2006**.

למצער, יש להורות על שדרוג מעמדו של המערער 4 למעמד ארעי, באשר גילו היה נמוך מ-14 שנה, במלאת שנתיים לשובה של המשפחה לישראל.

א. עניינו של הערעור

1. תושבת מדינת ישראל, שבה להתגורר בירושלים עם משפחתה, בן זוגה וילדיה הקטינים. מתי תוכל לבקש להסדיר מעמדם של ילדיה הקטינים? האם מיידית, עם השתקעותה בעיר? או שמא רק אחרי שנתיים במהלכן יאלצו הילדים לשהות בביתם, באופן בלתי חוקי?

2. ערעור זה נסוב על מדיניות המשיב – מדיניות שתכליתה, כפי הנראה, צמצום מספר הילדים מירושלים המזרחית שיזכו לקבל מעמד בישראל. האמצעי להשיגה הינו דחייה עד כמה שניתן את מועד הגשת הבקשות עבור הילדים ואת ההכרעה בהן (להלן – **מדיניות הצמצום והדחייה**). על ברכי מדיניות זו, תידרש אמא, תושבת ישראל, לדחות בשנתיים את **עצם הגשת הבקשה** להסדרת מעמדם של ילדיה בישראל. לאחר הגשת הבקשה, תאלץ להמתין תקופה ארוכה נוספת עד להכרעת המשיב, במקרה דנן, למשל, שאינו חריג בנוף הטיפול של המשיב, **כשלוש שנים נוספות**, שרק אז יחלו הילדים לקחת חלק בהליך מבחן להסדרת מעמדם, אף הוא אורך שנים, אשר במקרים רבים, נדון להימשך לנצח – והמעמד לא יוסדר.

3. ערעור זה נסוב גם על ההחלטה לדחות את עתירת המערערים 3 ו-4, שניהם היו בני פחות מ-14 בעת שובה של המשפחה להתגורר בישראל. גילו של המערער 4 היה אף נמוך מ-14 שנה, בחלוף שנתיים משובה של המשפחה להתגורר בישראל, עת הוגשה בקשה עבור אחיו הצעירים (בה לא נכלל בשל הנחיית המשיב, כפי שהבינה אותה המערערת, כי יותר לה לפנות עבור המערער ואחותו, המערערת 3 - רק שנתיים ממועד הסירוב לבקשתם הראשונית).

ב. ואלו נימוקי הערעור

4. טעה בית המשפט הנכבד קמא בקביעתו, כי, לכאורה, אין רבב במדיניות המשיב שלא לבחון את גיל הילדים לצורך טיב מעמדם כגילם במועד הגשת הבקשה הראשונית של הוריהם עבורם עם שובה של המשפחה לישראל, אלא סביר להשתית את מעמדם דווקא על פי גילם במועד הגשת הבקשה המאוחרת, שנתיים לאחר שובם לישראל.

5. במסגרת חוק הוראת השעה נקבע כי אין הצדקה למנוע באופן גורף השוואת מעמדו של ילד עד גיל 14 למעמד הוריו. דא עקא, כי על פי מדיניות המשיב רק ילדים עד גיל 12 זכאים למעמד ורק ילדים עד גיל 16 יקבלו היתר צבאי לשהות בישראל עם יתר בני משפחתם. טעה בית המשפט הנכבד קמא כאשר לא ראה בכך כל פסול.

6. טעה בית המשפט הנכבד קמא משלא התערב בהחלטת המשיב לחרוץ את מעמדו של המערער 4, על פי המועד המאוחר של הגשת הבקשה וזאת למרות שהמערער 4 היה צעיר מגיל 14 גם שנתיים לאחר שובה של המשפחה להתגורר בלעדית בישראל.

7. טעה בית המשפט הנכבד קמא כאשר דחה את העתירה על בסיסן של טענות פרוצדוראליות בשעה שהמשיב לא מסר למערערת מהי הפרוצדורה הנדרשת (למשל זכותה להגיש ערר). בתקופה הרלבנטית נהלי הסדרת מעמדם של ילדים לא פורסמו והשתנו באופן דרמטי וקיצוני עקב שינויי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן - **חוק הוראת השעה** או **החוק**) והפסיקה שפרשה אותו. הגם שהמערערים מסכימים שישנה חשיבות רבה למערכת הפרוצדוראלית, כאשר עסקינן בטובתם של ילדים ובזכויותיהם, אין להתעלם מהמהות ולהשתית עניינם על יסודות בירוקרטיה עלומה בלבד. יש לבחון את המקרה כמכלול, אל מול מגבלות חוק הוראת השעה, ולבחון את זכאות הילדים למעמד.

ג. פתח דבר

8. חוק הוראת השעה על מגבלותיו פגע בזכות החוקתית לחיי משפחה (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**). עם זאת, לאור היערות ביהמ"ש בדבר דרישת המידתיות, נמסר ע"י המשיב ונחקק בהתאם, כי כל ילד עד גיל 18 יוכל לחיות עם הוריו בישראל וכל ילד עד גיל 14 יוכל לקבל רישיון ישיבה.

9. בפועל על פי מדיניות המשיב, על ההורה לדחות בשנתיים את הגשת הבקשה להסדרת מעמדו של ילדו. ילד שהיה בן שנים עשרה וחודש, עת שבו הוריו לגור באופן מלא בירושלים, לא יקבל מעמד בישראל – שכן הוריו יורשו להגיש עבורו בקשה רק בהגיעו לגיל 14 וחודש, אז על פי החוק לא יהא זכאי עוד למעמד אלא לכל היותר להיתר שהייה צבאי. ילד שהיה בן 16 וחודש בעת שובו לגור עם

בני משפחתו בירושלים, אינו זכאי למעמד או להיתר בכלל, שכן בחלוף שנתיים ממועד שובה של המשפחה לישראל כבר אינו קטין עוד.

10. בכך מצומצם באופן ניכר מספר הילדים אשר זוכים לקבל מעמד בישראל, יחד עם יתר בני משפחתם. רק ילדים עד גיל 12 בעת שובם לחיות באופן מלא בישראל יקבלו מעמד של קבע. משפחות רבות נדרשות להיקרע מעל ילדיהם ששבו עמם לגור בישראל כשגילם מעל 16 שנה. כתוצאה מכך הורה ישראלי ששב להתגורר בישראל עם משפחתו וילדיו הקטינים יוכל להסדיר רק את מעמדם של חלקם – **למרות שהחוק מתיר ליתן היתר או מעמד לילדים כולם**.

11. לכן, קביעת המשיב כי הורה, תושב המדינה, ששב לגור בארצו, ישראל, לא יוכל לבקש להסדיר את מעמד ילדו במשך שנתיים יוצרת אנומליה מחרידה. ראשית, המדינה דנה ילדים להורים ישראלים לגור כאן באופן בלתי חוקי כתנאי להגשת בקשה ותחילת מבחן שרק אולי מכוחו יוסדר מעמדם בעתיד. יתר על כן, המדינה פוגעת בילדים ובהוריהם, פגיעה של ממש, ביצירת מתווה מובנה, שלא קיים בלשון החוק, לפיו ילדים רבים לא יוכלו להסדיר כאן את מעמדם עד עולם.

12. הוראות חוק הוראת השעה לפיהן כל ילד של תושב המתגורר עם הורה בישראל יוכל לקבל מעמד או אישור שהייה אינן הוראות שרירותיות. הן נועדו לשרת תכלית מסוימת. תכלית אנושית המתקיימת מקדמת דנא המורה לאפשר להורה וילדו לחיות יחד כשהילד בעל זכויות במקום מגוריו.

13. החשיבות הבסיסית שבעיגון מעמדו של הילד בהליך פשוט, יעיל, ומהיר, קיבלה משמעות גורלית עם חקיקת חוק הוראת השעה. על פי חוק זה, לא כל ילד קטין של תושב ישראלי יקבל מעמד בארצו של הורה, אלא ההכרעה בדבר השוואת מעמדו של ילד למעמד הוריו או בדבר היוותותו ללא מעמד, זר נצחי, תיגזר על פי גיל הילד בעת הגשת הבקשה עבורו. כמו לא די במגבלות ובפגיעה שיוצר חוק הוראת השעה, מוסיפה מדיניות המשיב לחוק מגבלות נוספות, שלא נודעו בו: גם אותם ילדים שהחוק מתיר ליתן להם מעמד לא יזכו לו. גם קטינים שהחוק מאפשר לפחות ליתן להם היתר שהייה על מנת שלא להפרידם ממשפחתם הגרעינית, לא יזכו לשהות לצד הורים ואחיהם באופן חוקי, ויתבקשו לעזוב.

14. מדיניות זו הינה בלתי סבירה באופן קיצוני ונפסלה, בעת"מ (מחוזי – י-ם) 8340/08 **אבו גית נ' שר הפנים** (10.12.08) (להלן – **עניין אבו גית**), כפי שאושר בהמשך בעת"מ (מחוזי – ים) 727/06 **נופל נ' שר הפנים** (22.5.11) (להלן – **עניין נופל**), וכן בעת"מ (מחוזי – י-ם) 1140/06 **זעתרה נ' שר הפנים** (30.11.07) (להלן – **עניין זעתרה**), פסיקות אשר הולכות בדרך שהתווה בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** פ"ד נג(2) 728 (4.5.99), פסיקות שקבעו, שיש לאפשר הגשת בקשה למי שמרכז חייו בישראל, אף כי האישור הסופי להסדרת המעמד לא יינתן לפני חלוף שנתיים של מגורים בישראל. העקרונות המהותיים אשר נקבעו בפרשות הנ"ל הינם חלק בלתי נפרד מהדין בנושא זה – המשיב מתעלם מהן. בית המשפט הנכבד קמא לא ראה בכך פסול.

מבחן למבחן למבחן

15. בחירת המשיב להשתית את מדיניות הצמצום דווקא על מוטיב הדחייה הינה בחירה בוטה ונטולת הגיון במיוחד בהתחשב בעיכובים המפליגים בהם נוקט המשיב עד לאישור בקשות. הלא המשיב מודע לכך שבקשה המוגשת תאושר רק לאחר חודשים ארוכים ולא פעם שנים מיום הגשתה. אם

כן, מדוע שלא לאפשר להגישה, עם השתקעות המשפחה בישראל, כי אם לדרוש מהמשפחה לדחות בשנתיים את הגשת הבקשה. קביעת מנגנון עיכוב מובנה, על העיכוב הידוע מראש מדיפה ריח רע של טעמים זרים. המקרה דגן ממחיש זאת, כאשר ילדיה הקטנים של המערערת זכו להסדרת מעמד שלוש שנים לאחר הגשת הבקשה שהוגשה בשנית שנתיים לאחר שובה של המשפחה ארצה – רוצה לומר, הם נאלצו לחיות בישראל כשוהים בלתי חוקיים לאורך חמש שנים. הסחבת בה נוקט המשיב בטיפול בבקשות, כחלק מכוון ממדיניות הצמצום והדחייה – מרוקנת מכל תוכן את כלל ההמתנה בת השנתיים – אם המשיב דואג לגבי השתקעות כנה של המשפחה, לחששו ינתן מענה במהלך ההליך. ההליך, ארוך דיו. לרוב, בסיום הבחינה רק מתחיל הליך מבחן ולא ניתן מעמד של קבע – מדוע לקבוע מבחן למבחן? תקופה של שנתיים של מגורים ללא מעמד עד ההרשאה להגיש בקשה, תקופה של עוד כשנתיים ואף יותר ללא מעמד עד להכרעת המשיב בבקשה, תקופת תנאי ללא מעמד קבוע, לעיתים רק עם היתר שהייה לאחר אישור הבקשה; שתאפשר את תקופת הנצח, גם במהלכה כל שיינתן, במקרים רבים, הוא היתר זמני בלבד.

מדיניות הצמצום והדחיה - המטרה: צמצום; האמצעי: דחייה

16. מדיניות המשיב, לדחות עד כמה שניתן הגשת בקשות על ידי הורים עבור ילדיהם הינה כלי מושחז ביעילותו לצמצום מספר הילדים להורים תושבי המדינה מירושלים המזרחית, אשר יזכו לקבל מעמד קבוע בישראל, צמצום מספר הילדים שיזכו לקבל מעמד זמני נצחי, וצמצום מספר הילדים שיזכו לקבל ולו היתר לחיות יחד עם יתר בני משפחתם בישראל, כשהם נטולי זכויות.

17. המשיב בוחר במדיניות קיצונית ופוגענית באשר להסדרת מעמד ילדים, ובכך פוגע בטובת הילד ובטובת התא המשפחתי. מדיניות זו אינה מתיישבת עם תכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה, למעשה היא נטולת תכלית ובוודאי אינה מהווה בחירה מידתית לצורך בחינת מרכז חייה של משפחה בישראל, על רקע מגבלות החוק. בית המשפט הנכבד קמא לא מצא פסול במדיניות המשיב.

ד. רקע עובדתי

18. המערערת ובעלה, תושב הגדה, נישאו בשנת 1991, תקופה בה על פי מדיניותו המפלה של המשיב, נאסר על נשים להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור בני זוגן. בלית ברירה התגוררו בני הזוג בגדה, תוך שהם נודדים בין ירושלים לבין בית הורי בן הזוג ברמאללה.

19. ביוני 2006 עברו בני הזוג להתגורר בירושלים באופן רציף, מלא ובלעדו, במחנה הפליטים שועפאט. כאן, מתגוררים בני הזוג וילדיהם מאז ועד היום בדירות שכורות. הילדים סמוכים על שולחן הוריהם, פרט למערערת 3, שנישאה לאחרונה לתושב ירושלים, הינה אם לילד תושב ישראל ומתגוררת בסמוך להוריה.

ה. המגעים עם המשיב

20. המערערת ביקשה להסדיר את מעמדם של ילדיה בסמוך לאחר מעבר המשפחה למחנה פליטים שועפאט וטרם מלאו לילדיה, ובהם בתה הבכורה, המערערת 3, 14 שנה. בחודשים יולי ואוגוסט 2006, לאחר המעבר לירושלים, פנתה למשיב על מנת להגיש בקשה להסדרת מעמד הילדים וכן להסדרת מעמדו של בעלה. המשיב סרב לקבל מהמערערת בקשה. לאחר מספר ניסיונות לפנות

למשיב בלשכתו ובאמצעות הטלפון, נמסר למערערת כי עליה להגיש עבור ילדיה בקשה לאיחוד משפחות ולא בקשה לרישום ילדים, כפי שהיה נהוג לגבי ילדי ישראל בשנים קודמות. המשיב מסר למערערת כי לא יקבל ממנה בקשה, כי אם עליה לבקש איחוד משפחות רק באמצעות פנייה מקדימה בכתב. משכך, פנתה המערערת לסיועו של עו"ד שלבי, אשר הגיש עבורה פניה כתובה וזאת 11 ימים בלבד לאחר שמלאו לבתה הבכורה 14 שנה. לו היתה מדיניותו של המשיב מפורסמת בציבור כראוי וכפי שנעשה היום בהתאם להוראת ביהמ"ש בעת"מ 530/07 **האגודה לזכויות האזרח נ' משרד הפנים** (5.12.07), ודאי היתה מוגשת פנייה זו לכל הפחות מספר ימים קודם, טרם הגיעה המערערת 3 לגיל 14, עם פנייתה הראשונית של המערערת למשיב ביולי 2006. מכתבו של עו"ד שלבי מיום 20.9.06, צורף לעתירה וסומן ע/2.

21. על פי תור שניתן מאת המשיב, הגישה המערערת ביום 28.11.2006, בקשה מלאה להסדרת מעמדם של ילדיה, אשר קיבלה את המספר 1768/06. הבקשה הוגשה גם עבור ילדיה הנוספים של המערערת, שעניינם נפתר בינתיים. טפסי הבקשות צורפו לעתירה וסומנו ע/3.

22. במכתב מהמשיב מיום הגשת הבקשה 28.11.2006, **נדרש מהמערערת להסדיר את מעמדם של ילדיה הקטנים בשטחים**, וזאת כחלק מדרישות המשיב לצורך המשך הטיפול בבקשה. כידוע, לימים יטען המשיב כי כל ילד שרשום בשטחים הינו תושב שטחים, ללא קשר למרכז חייו. מכתב המשיב המעיד על הנחייתו לרישום הילדים בשטחים שהוצגה כתנאי לטיפול בבקשות לרישום בישראל, צורף לעתירה וסומן ע/4.

23. עם זאת, במכתב מיום 28.10.2007 סירב המשיב לבקשה, בשל היעדר "מרכז חיים קבוע ורצוף של לפחות שנתיים בתחום ישראלי". על פי עמדת המשיב כדי שהילדים יוכלו לקבל מעמד יהא עליהם לחיות בישראל במשך שנתיים בניגוד לחוק. שנתיים בהם קטינים, ילדיה של תושבת מדינת ישראל מנועים מכל מעמד וזכויות, כאשר בחלוף השנתיים גם כן יהיו מנועים מקבלת מעמד באשר אז יהיו, לשיטת המשיב, מבוגרים מכדי לקבלו.

24. על פי פסה"ד בעניין **זעתרה** ובעניין **אבו גית**, הגם אם לא תאושר סופית בקשה לאיחוד משפחות והסדרת מעמד ילדים ללא מרכז חיים של שנתיים, על לשכת המשיב לקבל את הבקשה ולטפל בה, במובן של הסדרת השהייה/מעמד. אישור סופי לבקשה, באופן של הסדרת מעמד קבע (או אחר על פי הגיל), ינתן לאחר שנתיים. (סעי' 10-12 לפסה"ד בעניין **אבו גית**) מהי אם כן התכלית בהתייחסות לגיל הילדים על פי המועד המאוחר? כיצד יוכלו בני המשפחה לבסס את מרכז חייהם בישראל, בעודם שוהים בלתי חוקיים? למערערת לא הודע על זכותה להגיש ערר על ההחלטה. בהמשך, ייטען ע"י המשיב וע"י בית המשפט הנכבד קמא כי משום שלא הגישה ערר אין המערערת מורשית להעלות טענות ביחס למועד בקשתה הראשונית. מכתב הסירוב מיום 28.10.07, צורף לעתירה, וסומן ע/5.

25. ביום 10.7.08 בחלוף שנתיים מיום חזרתה של המערערת לישראל הגישה בקשה להסדרת מעמדם של בעלה ושל ילדיה הצעירים, המערערים 6 ו-7. המערערת לא הגישה באותה העת גם בקשה עבור שלושת ילדיה הגדולים (המערערים 3 ו-4 נשוא ערעור זה והמערער 5 שמעמדו הוסדר בינתיים), בשל הבנתה מהמשיב כי עליה להמתין שנתיים ממועד הסירוב לבקשתה בטרם תוכל להגיש בקשה נוספת. אלמלא הנחייה מוטעית זו או אי הבנה, כמובן שהיתה המערערת מגישה,

- בקשה עבור בני משפחתה כולם (כך נהגה בעבר). טופס הבקשה מיום 10.7.08 עבור המערערים 6 ו-7 צורף לעתירה וסומן ע/6. יצוין, כי לבסוף הוסדר מעמד האחים, לאחר הגשת הערר, ההשגה והעתירה נשוא הערעור, שכללה גם את האחים והאב וזאת ביום 4.7.2011 – למעלה משלוש שנים לאחר הגשת הבקשה השניה. גם בקשת האב לאיחוד משפחות אושרה. המשיב אישר את בקשתו של המערער 8, האח הצעיר, בסמוך ללידתו, והוא תושב קבע בישראל.
26. ביום 24.6.2009, בחלוף קרוב לשנתיים ממועד הסירוב, הגישה המערערת, בסיוע המוקד להגנת הפרט, בקשה נוספת לרישום המערערים 3-5 - _____, _____ ו-_____, במרשם האוכלוסין הישראלי. במועד הגשת הבקשה התגוררו בני המשפחה בישראל, משך כשלוש שנים. המכתב הנלווה לבקשה מיום 24.6.2009 צורף לעתירה, וסומן ע/7.
27. ביום 20.10.2009 התקבלה במשרדי המוקד להגנת הפרט תשובת המשיב לפיה: "הילדים _____ +92 _____ 94 יקבלו הפניות למת"ק לשנה. _____ 96 יקבל א/5 לשנתיים". מכתב המשיב מיום 20.10.09, צורף לעתירה, וסומן ע/12.
28. ביום 7.1.10 הגישו המערערים ערר כנגד ההחלטה ליתן להם היתרים ומעמד ארעי, תחת מעמד קבוע. המערערים ציינו כי יש להתייחס למועד הגשת הבקשה הראשונה משנת 2006 כמועד הקובע לעניינם (ר' למשל סעיף 4 וסעיף 17 לערר). העתק הערר מיום 7.1.10, צורף לעתירה וסומן ע/13.
29. בתשובה מיום 20.1.10 הודיע המשיב כי הוא עומד על החלטתו כי הילדים אינם רשאים לקבל אלא את האשרות הזמניות שקבלו. תשובת המשיב מיום 20.1.10 צורפה לעתירה וסומנה ע/14.
- 1. השגה 99/10**
30. ביום 3.3.10 הוגשה השגה בעניינם של המערערים 3-5, בה התבקש המשיב להסדיר את מעמדם הקבוע. השגה זו קיבלה את המספר 99/10. ההשגה צורפה לעתירה וסומנה ע/15.
31. על פי נוהל מס' 1.5.0001 היה על המשיב להשיב להשגה בתוך 30 יום, כלומר עד ליום 3.4.10. בהתאם לכך, אכן ניתנה החלטת הוועדה מיום 3.3.10. המשיב התעלם מהנוהל, כמנהגו במקרים רבים. רק ביום 27.12.2010, כמעט עשרה חודשים לאחר הגשת ההשגה ופי עשר מהזמן שנקצב בנוהל, הגיש המשיב תשובתו להשגה. המשיב חזר על עמדתו כי אין להסדיר את מעמדם הקבוע של הילדים או ליתן להם מעמד בכלל. באשר לחובה לראות בפניית המערערים משנת 2006, מועד מחייב, הודיע המשיב, כי היות ופסה"ד בעניין **אבו גית** ניתן לאחר החלטתו, אין הוא מחוייב לפעול על פיו. תשובת המשיב צורף לעתירה וסומנה ע/23.
32. ביום 27.1.11 הגישו המערערים תגובתם לתשובת המשיב, בה חזרו על עמדתם כי על המשיב לפעול על פי פסה"ד בעניין **אבו גית** על העקרון המהותי שנקבע בו, ולא לפתור עצמם בטענות טכניות. תגובת המערערים צורפה לעתירה וסומנה ע/24.
33. בהחלטה מיום 16.6.2010 קובעת הוועדה כי המערערים הינם תושבי שטחים וכי אין להחיל בעניינם את פסה"ד בעניין **אבו גית**, שכן פסה"ד ניתן לאחר ההחלטה בעניינם, כאשר הוא אינו תלוי ועומד. עוד קובעת הוועדה כי בעניין **אבו גית**, לא נקבע כי יש ליתן לילד מעמד אלא היתר וזאת למרות שהשאלה שבמחלוקת איננה על טיב מעמד הביניים, כי אם על עצם התייחסות

למועד הגשת הבקשה הראשונית כמועד לגיטימי על פיו יש להתייחס לגיל הילדים. החלטת הוועדה צורפה לעתירה וסומנה ע/25.

ז. העתירה

34. ביום 16.5.11 הוגשה העתירה נשוא הערעור. לאור פסה"ד בעע"מ 1621/08 מ"י נ' חטיב (30.1.11), לא עסקה העתירה בעצם הגדרת הילדים כתושבי אזור, עניין אשר נדון בימים אלו במסגרת בג"ץ 5030/07 אשר הוגש כנגד חוקתיות חוק הוראת השעה.
35. בעתירה נטען כי היה על המשיב לראות במועד הפנייה הראשונית בעניין הסדרת מעמד הילדים, כמועד הרלוונטי לעניין גילם של הילדים, הגם אם הכרעתו הסופית בבקשות היתה ניתנת לאחר קיום מרכז חיים של שנתיים. המערערים אמנם הגישו בקשה חדשה באשר המשיב לא פרסם אותה עת את נהליו ולא הנחה אותם בדבר זכותם להגיש ערר, אולם לאחר העברת הייצוג למוקד להגנת הפרט, העלו המערערים טענותיהם בעניין זה. בשל השינויים הקיצוניים בדין בתקופה בה הוגשו בקשות המערערים וסורבו, אשר לא פורסמו כראוי, אין לראות בחוסר האונים והידע של המערערים כמרכיב שיגזור את גורל ילדיהם, באם יימצא כי הם זכאים למעמד על פי חוק. המערערים טענו כי פסקי הדין שניתנו עוד לפני עניין **אבו גית** קבעו כי אין לגזור על משפחות קריעה או שהייה בלתי חוקית טרם בחינת הבקשה בעניינם וכי מכל מקום רציונל פסק הדין בעניין **אבו גית**, כפרשנות, חל בעניינם של המערערים.
36. העתירה נסובה גם על עניינם של האחים הצעירים, כאשר במועד הגשתה חלפו שנה וארבעה חודשים ממועד הגשת ההשגה ללא תשובת המשיב. בעתירה נכתב כי בעוד המשיב מדקדק בחשיבות הזמנים לשם בחינת ההשתקעות, הרי שעד לכתיבת העתירה, לא מצא לנכון להכריע בעניינם של האב ושל שניים מילדי המשפחה הקטנים, המערערים 6 ו-7, ומותרם כשהם נטולי מעמד בישראל. כאמור לעיל, לבסוף אושרה בקשת האב והאחים הצעירים **שלוש שנים** לאחר הגשתה.

ח. פסק הדין נשוא הערעור

37. בית המשפט הנכבד קמא שגה בקביעתו לפיה אין מחלוקת כי "הסירוב לקבל את הבקשה לרישום המערערים 3 ו-4 בשנת 2006, היה כדין, משעה שלא קדמו לבקשה שנתיים של מרכז חיים בישראל". (שם סעיף 10). המערערים דווקא חולקים על קביעה זו. לטענתם הסירוב משנת 2006 לא היה כדין. לטענת המערערים הדרישה לקיום מרכז חיים בן שנתיים אך ורק לשם הגשת בקשה של הורה עבור ילדיו הקטינים הינה דרישה בלתי סבירה המטילה הרס על משפחות ובפרט על ילדים, באשר תנאי להסדרת מעמדם הוא שהייה בלתי חוקית בת שנים ובאשר נעשה שימוש בדחיית הבקשה לשם סיכול מתן מעמד לילדים. פסלות אי קבלת הבקשה והדרישה לשהייה בלתי חוקית נדונו הן בפסיקה הקודמת לבקשת המערערים (עניין **סטמקה ומזערו**) והן בפסיקה מאוחרת להחלטה בעניינם של המערערים (עניין **אבו גית**). זאת להבדיל, כאמור, מהדרישה כי עם אישורה הסופי של הבקשה תנהל המשפחה מרכז חיים בן שנתיים.
38. בית המשפט הנכבד קמא מחזק את טענתו לעיל בהסבירו כי כנגד הסירוב לא הוגש ערר, כי אם הוגשה בקשה חדשה בשנת 2009. אלא שהמשיב לא מסר למערערת על זכותה להגיש ערר. זאת

ועוד. לאחר העברת הטיפול למוקד להגנת הפרט הסתבר שלא היתה הצדקה להנחיית המערערת להגיש בקשה חדשה לאחר שנתיים (להבנתה מיום הסירוב), באופן שגזר על שניים מילדיה להיוותר ללא מעמד. המערערים מסכימים עם בית המשפט קמא כי ככלל, בקשה חדשה מטופלת על פי מועד הגשתה, אולם לא כך סביר לנהוג במקרה דנן. כאן סורבה הבקשה מלכתחילה, לטענת המערערים, שלא כדין בתקופה של שינויי דין קיצוניים שלא הובאו לידיעת הציבור. כן באיזון שבין טענת השהוי לבין הפגיעה בילדים, יש ליתן משקל רב לפגיעה בטובת האחרונים.

39. בהמשך לכך קבע בית המשפט הנכבד קמא באופן שגוי, כי אין לפסה"ד בעניין **אבו גית** תחולה למפרע על סירוב שקדם למתן פסה"ד. ביהמ"ש הנכבד קמא טעה בבחירתו שלא להתמודד עם טענות המערערים בדבר תחולת פרשנות **אבו גית** גם על בקשות קודמות להינתנו. (שם בסעיף 11)

40. ביהמ"ש הנכבד קמא ביסס את פסיקתו בין היתר על היעדר התייחסות בפסק דין **אבו גית** לשאלת הגשת בקשה חדשה לאחר שנתיים או לאו. לטענת ביהמ"ש הנכבד קמא, משלא נקבע הדבר, סביר לדרוש הגשת בקשה חדשה ולהתייחס לגיל הילדים בתאריך הגשתה כגיל שיכונן את מעמדם או היעדרו. בית המשפט הנכבד קמא שגה בהתעלמו מהפרקטיקה לפיה בקשות חדשות לאשרות שהייה ממילא מוגשות למשיב מדי שנה בשנה. כלומר לא היה כל צורך לקבוע מפורשות כי על מבקשי מעמד להגיש בקשה חדשה, משום שזו מוגשת בכל מקרה, כל שנה עד לקבלת מעמד של קבע. מי שנאסר עליו לקבל מעמד קבע על פי חוק הוראת השעה, נדרש להגיש בקשה מדי שנה עד אינסוף או עד לביטול החוק. עדיין מועד הגשת הבקשה המקורית הוא המועד הקובע לצורך קביעת מעמד הילד. מכאן, שאין בהגשת בקשה נוספת שנתית כדי להוריד או להעלות מהדיון בו עסקינן לגבי המועד הקובע ואין כל תכלית לראות כמועד הקובע דווקא את המועד של הבקשה המאוחרת. ר' למשל עניין **זעתרה** בו אושרה הבקשה מבלי שהמערערים התבקשו להגיש בקשה חדשה. ר' גם סעיף 8 לעניין **אבו גית**, בו התייחס בית המשפט לגיל הילדים בעת הגשת הבקשה הראשונית.

41. המערערים ביססו את עמדתם על שורה של פס"ד ולא על פס"ד **אבו גית** לבדו. טעה בית המשפט הנכבד קמא בהשתת פסק דינו על נסיבות פס"ד **אבו גית** בלבד, תוך התעלמות מטענות המערערים בדבר הדין כפי שהוא עולה ממארג של פסיקה בדבר טובת הילד, פרשנות מקלה לחוק הוראת השעה, והמועד להגשת הבקשה.

42. כן טעה בית המשפט הנכבד קמא בהישענו על טיעון המשיב בעל פה, לפיו המשיב נוהג ליתן היתרים זמניים לילדים הממתינים לאישור בקשתם ללא מרכז חיים בן שנתיים אך דורש הגשת בקשה חדשה ומתייחס אך למועד הגשתה המאוחר כמועד רלוונטי. לאמירה זו שנאמרה בעלמא אין כל אחיזה בפרקטיקה או בכתובים פרט לאמירת המשיב. בפועל מתעלם המשיב מקביעת פסה"ד **אבו גית** ולא תיקן בהתאם את נוהל 2.2.0010 בעניין הסדרת מעמדם של ילדים כפי שהתבקש לעשות בעניין **נופל**. המוקד להגנת הפרט עוסק בעניינם של עשרות ילדים אשר בקשה להסדרת מעמד עבורם לא נענית גם לאחר קיום מרכז חיים בן שנתיים, באשר בשום מקרה לא ניתן היתר זמני. נוהל 2.2.0010 לא תוקן. עמדת המשיב לפיה יש להתייחס למועד המאוחר של הגשת הבקשה לאחר שנתיים אינה מעוגנת בו.

43. לאור המקובץ, טעה בית המשפט הנכבד קמא גם בקביעתו כי אין פגם של אי סבירות בחריצת גורל המערערים על פי מועד הגשת הבקשה השנייה בעניינם, שנת 2009 "הכל בהתאם לקבוע בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה)". קביעה זו אינה תואמת את חוק הוראת השעה המתיר הסדרת מעמדם של ילדים מתחת לגיל 14. גם אם לאור הנחיית המשיב ואי פרסום הנהלים בנוגע לנושא זה ובדבר זכויותיהם הגישו המערערים בקשה חדשה כפי שהונחו, אין בכך כדי למחוק את זכויותיהם ככל שהם זכאים להן על פי הפרשנות הראויה לחוק.

ט. המסגרת הנורמטיבית

הסדרת מעמד הילדים – העיקרון הכללי בהסדרת מעמד ילדי תושבים

44. כעניין של מדיניות חברתית ומשפטית, אומץ בישראל העיקרון, לפיו מעמדו של ילד צריך להיות כמעמד הורה המשמורן תושב המדינה, ובלבד שהילד חי עם הורה זה בתחומי המדינה. עיקרון זה נגזר מכללי יסוד, שהם ממש בבחינת משפט טבע, בדבר החובות והזכויות של הורה משמורן ביחס לילדו הקטין, ובדבר ההגנה שעל החברה לפרוש על מערך היחסים שביניהם. בהתאם לכך, נפסק כי:

כלל, 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... כשלעצמי סבורה אני, כי אין מקום להבחין בין מעמדו של ילד קטין לבין מעמדו של הורה המשמורן בישראל, וזאת בין אם במסגרת פרשנותה של תקנה 12 ובין אם על-ידי קביעת קריטריון מתאים להנחיית שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בחוק הכניסה לישראל. (הדגשה שלי – ע.ל.). בג"ץ 979/99 - פבאלואיה קרלו (קטין) ואח' נ' שר הפנים, תק-על(3)99, 108.

45. כפי שגם עולה בציטוט לעיל מדברי כב' השופטת הנשיאה היום, בייניש, התשתית החקיקתית, במסגרתה צריכה מדיניות זו להיות מיושמת, בנויה טלאים-טלאים. עם זאת, היישום של כל הוראת חוק צריך להיות בהתאם לאותו עיקרון כללי. ברור לכן, כי התייחסות הוגנת וסבירה מצד הרשות תעדיף את האמצעי, אשר יתאים לעקרונות לעיל ופוגע בטובת הילד, באופן הפחות האפשרי. אמת הדבר, יתכן שחוק יגביל את המשיב באופן שיפגע בטובתם של ילדים. כזאת מתרחש במסגרת חוק הוראת השעה. חוק אשר נחקק לשעה אך בקרוב ימלאו לו עשור והיד נטויה. אולם, ככל שבמסגרת פרשנות מצמצמת, בחינת נתונים והפעלת שיקול דעת ניתן להפחית את הפגיעה, הרי שעל הרשות החובה להפעיל את האמצעים אשר יאפשרו זאת.

היישום לגבי ילדים המוגדרים כתושבי שטחים

46. בנוגע לילד שנולד בישראל חלה באופן ישיר תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן - **התקנות**), לפיה הילד יקבל את מעמד הורה המשמורן. בנוגע לילד שנולד מחוץ לישראל ניתן מעמד על פי סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ונוהלי המשיב, כפי שיפורט בהמשך. העיקרון המנחה בשני המצבים הוא השוואה ככל הניתן של מעמד הילד לזה של הורה.

47. בתאריך 12.5.2002 פורסמה החלטת הממשלה 1813 בעניין הפסקת הליך איחוד המשפחות עם תושבי שטחים. המשיב החליט, כי ההחלטה תחול גם על נושא הסדרת מעמדם של ילדי תושבי המדינה מירושלים המזרחית, שנרשמו במרשם הפלסטיני או התגוררו בשטחים, אף כי עניינם של

הילדים כלל אינו נזכר בלשון ההחלטה העוסקת באיחוד משפחות בין בני זוג. החלטת הממשלה צורפה לעתירה וסומנה ע/39.

48. בשנת 2003 נחקק חוק הוראת השעה, אשר עיגן את החלטת הממשלה. בשלב זה, הוזכר לראשונה עניינם של ילדים ונקבע כי ילדים שנחשבים תושבי שטחים אשר גילם עד 12 שנה יוכלו לקבל מעמד; מעל גיל 12 יהיו הילדים נדונים לגירוש. בחודש ספטמבר 2005 תוקן החוק, ובין היתר, הועלה גיל הילדים הרשאים לקבל מעמד ל-14 שנה ונקבע כי בין הגילאים 14 ל-18 ניתן יהיה לקבל היתר שהייה. המדינה הסבירה לבית משפט נכבד זה במסגרת ההתדיינות בבג"ץ 7052/03, כי כעת כל קטין בכל גיל לא יופרד מעל הוריו.

49. במקביל, תוקנה הגדרת המונח "תושב אזור" בחוק, כך שתכלול את כל מי שרשום במרשם בשטחים והגם אם אינו מתגורר בשטחי הגדה ועזה. יוער, כי בהתאם לתווית תשתית חוקית זו, הורה המשיב להורים לרשום את ילדיהם בשטחים – ר' למשל הנחייתו המפורשת של המשיב למערערת להסדיר בשטחים את מעמדם של ילדיה כתנאי לטיפול בהסדרת מעמדם בישראל – בנספח ע/4 לעתירה.

50. בעע"מ 5569/05 מ"י נ' עוויסאת (10.8.08) נקבע שילד שלא רשום בשטחים והגיש בקשתו לפני התיקון לחוק, יוגדר כתושב שטחים, רק אם יש לו זיקות לשם. בעע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור (27.4.11), נקבע כי מגורים של שנים ספורות בשטחים בעבר עולים כדי זיקה לשטחים שדי בה על מנת להיות מוגדר כתושב לצורך החוק. זאת הגם אם עובר להגשת הבקשה ולשנים שקדמו לה אין לילד כל זיקות לשטחים.

51. בין לבין, מחיל המשיב על ילדים את נוהל 2.2.0010 בדבר הסדרת מעמדם של ילדים שרק אחד מהוריהם תושב. בנוהל קבע המשיב מגבלות שונות המצמצמות הסדרת מעמדם של ילדים מעבר לקבוע בחוק. בין מגבלות אלה, עיגן המשיב בנוהל את מדיניותו לפיה ניתן להגיש בקשה רק לאחר שנתיים של מגורים בישראל (ר' למשל סעיפים ב.7 וב.14 לנוהל). עם זאת, מגבלות אלה אינן חלק מנוהל 1.13.0001 "בדיקה וקביעת מרכז חיים". נוהל 2.2.0010 ונוהל 1.13.0001, צורפו לעתירה וסומנו ע/40 וע/41 בהתאמה. כאמור, בפס"ד בעניין נופל הורה בית המשפט למשיב לתקן את הנוהל באופן שיוטמעו בו הקביעות בעניין אבו גית (המחילות גם את קביעת פסה"ד בעניין זעתרה). חרף הוראת ביהמ"ש הנוהל לא תוקן, ואינו משקף את קביעות פסה"ד לפיהן, יש לבחון את הבקשות עוד טרם מלאו שנתיים למעבר המשפחה לישראל.

52. נכון להיום, באשר לבקשות שהוגשו כמו הבקשה שלפנינו, לאחר תיקון החוק בספטמבר 2005, ילדים שנרשמו במרשם בשטחים הינם תושבי שטחים ועל כן כפופים למגבלות הגיל אשר אינן מתירות הסדרת מעמדו הקבוע של ילד שגילו מעל 14 בעת הגשת הבקשה בעניינו. ר' עע"מ 1621/08 מ"י נ' חטיב; עע"מ סרור לעיל. לעומת זאת, מי שהגיש בקשתו כשהוא מתחת לגיל 14 זכאי לקבל מעמד של קבע.

חשיבות מועד הפניה הראשונית לרשות

53. משראינו כי על פי פסיקת ביהמ"ש היה על המשיב לקבל את בקשת המערערת משנת 2006, הרי שכמו בעניין זעתרה, מועד הגשת בקשה זו יהווה נקודת הזמן הרלוונטית לבחינת גיל הילדים.

עמדה זו, לפיה המועד הקובע לבחינת גיל המבקש הינו מועד הגשת הבקשה אושרה רק לאחרונה בעניין סרור:

... על רקע זה קבעו בתי המשפט המחוזיים לא אחת כי על משרד הפנים לבחון את גילו של הקטין לצורך מתן רישיון ישיבה על-פי סעיף 3א(1) במועד הגשת הבקשה הראשונה לקבלת מעמד בישראל, ולא בתום השנתיים שבהן היה לקטין רישיון לישיבת ארעי. בתי המשפט המחוזיים סברו, כי רק באופן זה תוגשמה הוראותיהם של חוק הוראת השעה ותקנה 12 והתכליות המונחות בבסיסם (ראו דברים שנאמרו בעת"מ (מחוזי י-ם) 8295/08 משארה נ' שר הפנים (לא פורסם, 24.11.2008), פסקאות 12-14 לפסק-דינו של השופט י' עדיאל; ובעת"מ (מחוזי י-ם) 8336/08 זחאייקה נ' שר הפנים זחאייקה נ' שר הפנים (לא פורסם, 2.12.2008)).

עמדה זו מקובלת אף עלי. לדידי, הדרך הראויה ליישומה של הנוהל היא כי במצב שבו הוחלט על-ידי משרד הפנים כי קטין פלוני, שגילו נמוך מגיל 14, עומד בקריטריונים שנקבעו לקבלת מעמד בישראל, המועד הקובע לעניין גילו של הקטין לפי סעיף 3א(1) לחוק הוראת השעה יהיה מועד הגשת הבקשה הראשונה. (שם סעיפים 46 ו-47)

ור' עוד עת"מ 1238/04 ג'וראן נ' משרד הפנים, (19.8.09), פסק הדין בעת"מ 8386/08 ערב אל סוחרה נ' מדינת ישראל- משה"פ, (14.12.09).

מניעת עצם הגשת הבקשה עבור ילד עד לקיום מרכז חיים בן שנתיים מנוגדת לדין

54. הקביעה, כי אך לשם הגשת בקשה על המבקש להוכיח מרכז חיים בן שנתיים, דורשת מניה וביה מהתושב הישראלי להתגורר בישראל עם בני משפחתו שלא כחוק – כאשר בן הזוג וילדים, במקרים רבים קטינים, למעשה מופללים על פי דרישת המדינה. לברינט בירוקראטי זה, נפסל עוד בשנת 1999 בבג"ץ סטמקה. תנאי זה וודאי פסול כאשר עוסקים בהסדרת מעמדם של ילדים, אשר המדינה אמונה על הגנתם וטובתם ואשר זכויותיהם מוגבלות ונפגעות באופן קשה, ממילא, בשל הוראות חוק הוראת השעה.

55. בפסק הדין בעניין אבו גית, נקבע בהתייחס, לפסיקה בעת"מ (מחוזי – י-ם) 742/06 אבו קווידר נ' שר הפנים, כי הדרישה למרכז חיים בן שנתיים נוגעת לאישור מעמד של קבע ולא לעצם הגשת הבקשה. עד לחלוף אותן שנתיים של מרכז חיים יש לאפשר הגשת הבקשה, במסגרתה ינתן לילד מעמד זמני מן הסוג שייקבע (באותו עניין קבע ביהמ"ש כי אין צורך להכריע בדבר טיב המעמד, היות והיתרי השהייה נתנו פתרון לבעיית הלימודים שהועלתה ביחס לילדים וכן היה בהם כדי לפתור את מצוקת בן הזוג (שממילא יהיה זכאי רק להיתר). וכך נקבע:

סבורני כי עמדתו העקרונית של המשיב, לפיה הילדים אינם זכאים למעמד כלשהו עד למילוי הדרישה של מרכז חיים במשך שנתיים, חורגת ממתחם הסבירות. כל כך, משום שהיא עלולה לחשוף אותם למציאות חיים בלתי תקינה של שהייה בלתי חוקית בישראל למשך תקופה ניכרת (כשנתיים), ללא מסגרת לימודית (חרף היותם בגיל חינוך חובה). תוצאה זו, אינה עולה בקנה אחד עם ההכרה בצורך לכבד את "האינטרס של השמירה על שלום הילד" (עניין קרלו, פסקה 2), כמו גם עם אופיה המיוחד של תקנה 12, כתקנה שנועדה לקדם זכויות אדם בשני ההיבטים המרכזיים שעליהם עמדה הנשיאה ביניש: "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 הורה" (עניין עויסאת, פסקה 20). ואכן, כפי שראינו, גם המשיב עצמו, לאחר ששקל את עניינם של הילדים פעם נוספת, החליט, "לפנים משורת הדין" וכדי לאפשר לילדים להירשם בצורה מסודרת לבתי ספר בישראל, כי יינתנו להם היתרי מת"ק לשהייה בישראל, אך זאת מבלי לחזור בו מעמדתו העקרונית, לפיה הילדים אינם זכאים בשלב הזה למעמד חוקי כלשהו בישראל. דא עקא, שעמדה עקרונית זו של המשיב אינה מתיישבת עם מטרתה של תקנה 12 וטעמיה. דעתי היא, על כן, כי ככלל, ובהיעדר טעמים מיוחדים שלא לנהוג כן, על המשיב להעניק לילד, בתקופת הביניים שעד למילוי הדרישה לקיום מרכז חיים, היתר

לשהייה זמנית בישראל אשר יאפשר לילד לחיות בה כחוק לצד הורהו, ולהירשם גם לבית ספר בישראל. (הדגשה שלי – ע.ל. סעיף 12 לפסה"ד).

56. לא רק זו, בעניין **אבו גית** אף נקבע כי גם לבן הזוג יש ליתן מעמד זמני, עד לאישור הסופי של הבקשה, וזאת בהתאם לרציונל בבג"ץ **סטמקה**, אשר וודאי יפה ביתר שאת כשמדובר בילדים:

מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים – כמדיניות עקרונית – כי בן-הזוג הזר יעזוב את הארץ לחודשים מספר עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח". דברים אלה יפים, בשינויים המתחייבים, גם לענייננו. מדיניותו של המשיב שלא ליתן לבן הזוג המוזמן (תושב האזור) היתר זמני לשהייה בישראל – ולו רק היתר מת"ק - כל עוד לא עמד בן הזוג המזמין (תושב הקבע) בדרישה לקיום מרכז חיים בארץ, עלולה לגרום לפיצול התא המשפחתי באופן שאחד מבני הזוג יגור בישראל (עם או בלי הילדים) בנפרד מבן הזוג השני, שייאלץ לבחור באחת משתי הרעות האלה – לחיות במחיצת אשתו וילדיו בישראל, תוך ביצוע עבירה של שהייה בלתי חוקית בישראל והסתכנות בהליכים פליליים נגדו, או להמשיך ולגור באזור בנפרד ממשפחתו במשך כשנתיים.

זוהי תוצאה בלתי סבירה, שקשה לקבלה. שלישית, באחת העתירות שנדונו בפני חברי, כבוד השופט מ' סובל, ואשר גם בה נדחתה הבקשה לאיחוד משפחות עקב אי הוכחת מרכז חיים במשך שנתיים, התבקש המשיב במהלך הדיון בעתירה להבהיר "האם טענתו היא שהעותרת הייתה מחוייבת, לנוכח כוונתה לבקש איחוד משפחות עבור בעלה תושב השטחים, להמשיך ולהתגורר בירושלים בנפרד מבעלה אף לאחר שנישאה לו (שכן כניסת הבעל לישראל אסורה כל עוד הבקשה לא אושרה)" (עת"מ 1140/06 זעתרה נ' שר הפנים, ניתן ביום 30.11.07). כעבור מספר ימים, הודיע שם המשיב לבית המשפט כי הוא מוכן לאשר את הבקשה לאיחוד משפחות, מבלי להשיב על השאלה שהוצגה לו "בדבר ההתנהלות המצופה מתושב ישראל הנישא לתושב האזור האזור שכניסתו לישראל אסורה". (עניין **אבו גית**, סעיף 13).

ר' גם עת"מ 1140/06 זעתרה נ' שר הפנים, בו אושרה הבקשה לגופה, למרות היעדר מרכז חיים בן שנתיים טרם הגשת הבקשה.

57. ללמדנו, כי הגם אם דרישת מרכז החיים בן שנתיים ימים יפה לשם אישורה הסופי של הבקשה, אין היא יכולה לעמוד באשר לעצם הגשת הבקשה ומתן מעמד זמני עד לאישורה הסופי.

ההלכה בעניין סטמקה, זעתרה, ואבו גית חלה על בקשת המערערים

58. על פי המשיב, וכפי שהתקבל ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא, היות והקביעה בעניין **אבו גית** ניתנה בשנת 2008, לאחר הסירוב לבקשת המערערים דנן, אין היא חלה בענייננו. עמדה זו יש לדחות מכל וכל.

59. ראשית, העקרונות שנקבעו בבג"ץ **סטמקה** ובעניין **זעתרה** נקבעו קודם לעניין **אבו גית**.

60. שנית, גם אם יאמר, כי מדובר בהחלה למפרע, הרי הכלל הינו, כי הלכה שיפוטית חלה, בדרך כלל, אלא אם יש נסיבות מיוחדות, למפרע. וכך נאמרו הדברים באופן ברור בבג"ץ 221/86 **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה ואח' פ"ד מא(1) 469, 480**:

כאשר ערכאה שיפוטית קובעת הלכה, תוקפה של זו, בדרך כלל, הוא למפרע: פרופ' א' ברק, "חקיקה שיפוטית" משפטים יג (תשמ"ג-מ"ד) 25, 51. לשון אחר, ההחלטה המפרשת הוראות חוק היא מעצם טיבה וטבעה דקלרטיביות. פעולתה איננה רק מכאן ולהבא, אלא היא בגדר הצהרה על מובנו של דבר החקיקה מאז ומעולם.

61. ברי, כי יש להחיל בעניין בקשה ובפרט בקשה שעניינה ילדים קטינים, את הדין הנורמטיבי כפי שנקבע על ידי ביהמ"ש הנכבד ואין להסתתר תחת אצטלות טכניות. על פי אותה הדרך, הוגשו בקשות לשדרוג מעמדם של בני זוג לאחר מתן **הלכת דופש** (עע"מ 8849/03 **דופש נ' מנהל מינהל**

האוכלוסין), בעקבות פרשנות פסה"ד לחוק הוראת השעה בנושא שדרוג מעמד, פנו בני זוג שבקשתם סורבה בעבר, גם מי שלא הגישו ערר כנגד הסירוב, וביקשו לבחון מחדש את עניינם. לא נטען כי היות ופסה"ד ניתן לאחר ההכרעה בבקשה ספציפית לא ניתן עוד לפעול על פיו במקרים רלוונטים (ר' למשל, עת"ם 8436/08 **עוויסאת סבאח ואח' נ' משרד הפנים**, עת"מ-422-05-10 **נסרין אבו קלבין נ' משרד הפנים-רשות האוכלוסין הגירה ומעברי גבול**). כך גם מוכרעים עניינים שנדונו לפני **הלכת עוויסאת**, (עע"מ 5569/05 **מ"י נ' עוויסאת**) בהתאם לפסיקה זו, מבלי שנטען כי ההלכה לא חלה על החלטות שניתנו לפניו. ביהמ"ש לא קבע שמצב הדברים השתנה, אלא נתן עמדתו המהותית – אשר וודאי מחייבת את המשיב. על פי עמדה זו יש להתייחס לבקשת להסדרת מעמדם של ילדי המערערת. ונזכיר, כי בענייננו כלל לא נמסר למערערים דבר זכותם להגיש ערר.

62. החלטת המשיב, אשר אומצה ע"י בית המשפט הנכבד קמא, אינה נובעת מפרוש נכון של חוק הוראת השעה. היא חוטאת לדין בעניין טובתם של ילדים. היא מנוגדת לחוק במתכונתו העדכנית ומנוגדת לפסיקה בבג"ץ 4022/02 **האגודה לזכויות האזרח נ' שר הפנים** (11.1.07) ובבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים** (14.5.06). החלטת המשיב בעניינם של המערערים עומדת גם בניגוד לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולמושכלות יסוד אנושית:

כחוט השני עוברת בפסיקה הגישה, כי חוק הפוגע בזכויות האדם צריך להתפרש באופן מצמצם: "כלל ידוע הוא שחוק השולל מהאזרח זכויות או מצמצמן צריך לפרשו פירוש דווקני". עמד על כך השופט עציוני, בציינו: "כשהמדובר בסמכות שיש בה פגיעה ממשית בזכות יסודית של אזרח בחברה חופשית, לא נהסס להכריע לטובת הפירוש אשר מצמצם את הפגיעה בזכויות האזרח, שכן חזקה היא שהמחוקק מכבד זכויות אלה". ועל גישה דומה חזר השופט אלון בקובעו: "כל הוראה שבאה לפגוע בחירותו ובזכויותיו האישיות של האדם יש לפרשה בדרך דווקנית ומצמצמת. (אהרן ברק, פרשנות במשפט, כרך שני: פרשנות החקיקה, עמ' 555-556). (שם סעיפים 20 ו-21).

63. מדיניות המשיב, בה לא מצא בית המשפט הנכבד קמא כל פסול, יוצרת פגיעה מיותרת וצמצום פסול של מספר הילדים אשר יזכו לחיות עם הוריהם התושבים בישראל כשמעמדם מובטח.

הפרת זכויות יסוד של האדם

64. החלטת המשיב מפירה את זכות היסוד של המערערים לכבוד, בה נשזרת הזכות החוקתית לחיי משפחה ולהגנה על טובת הילד. בית משפט נכבד זה קבע כי חוק הוראת השעה מידתי רק לאחר תיקונו כך שכל ילד עד גיל 18 יוכל לקבל מעמד בישראל. למרות זאת, מתעקש המשיב לפגוע בזכויות המערערים שהיו קטינים צעירים מ-13 ו-14 שנה, עת הוגשה הבקשה בעניינם, כאשר התגוררו עם אמם, תושבת מדינת ישראל בירושלים.

65. התא המשפחתי וקשרי המשפחה הם חלק מרכזי מזהותו של האדם, מהגדרתו העצמית והחברתית. היא אבן הבניין של החברה ומשענת של אינטימיות ושל שייכות לפרט. המשפחה על ההגנה שהיא מספקת – היא מקור לביטחון חברתי, כלכלי ופסיכולוגי. הפגיעה בילדים שחיים לאורך זמן ללא מעמד בביתם, מובחנים מאחיהם הצעירים ומאמם, הינה פגיעה כה יסודית, אשר הדין הישראלי והבינלאומי מחייב להימנע ממנה ככל הניתן. הגם אם פגיעה נגרמת על פי חוק הוראת השעה, אין להרחיבה אל מעבר למתחייב על פי החוק ותכליתו הביטחונית. פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא מאשר פגיעה בטובת הילד ובתא המשפחתי מעל ומעבר לנדרש. ללא תכלית.

הזכות לחיי משפחה – זכות חוקתית

66. מדינת ישראל מודיעה למערערת כי אף שהיא תושבת מדינת ישראל, ילדיה הסמוכים על שולחנה, יוכלו לגור כאן כשהם נטולי זכויות. אסור להם לעבוד, אסור להם לנהוג, הם אינם זכאים לרשת הגנה סוציאלית מינימאלית ובכלל זה לביטוח בריאות במדינת אמם, בה נולדו ובה הם גרים מילדותם, עוד טרם מלאו להם 14 שנה עם יתר בני משפחתם.

67. בפסק הדין **עדאלה** לעיל, בעניין חוקתיותו של חוק הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוג הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. עניין עדאלה, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

לעניין זה ראו עוד: בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים ואח', פ"ד מז(1) 783, 749; בע"א 238/53 כהן ובוליק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ח4, 35; בג"ץ 488/77 פלוני ואח' נ' היועמ"ש לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434; ע"א 451/88 פלוני נ' מ"י, פ"ד מ"ט(1) 337, 330; דנ"א 2401/95 נחמני נ' נחמני ואח', פ"ד נ(4) 661, 683; בג"ץ 979/99 פבאלויה קרלו נ' שר הפנים, תקדין עליון 99(3) 108; בג"ץ 3648/97 ביג'לבהן פטל ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נג(2), 728, עמ' 784-785.

68. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקת המעידה על שיקולים כאלה. קביעה זו מטילה על המשיב חובה מוגברת להקפיד הקפדה יתרה על קיומה של מערכת מינהלית, אשר תבטיח כי הפעלת סמכותו בבקשות לאיחוד משפחות שמובאות בפניו, סמכות אשר פוגעת בזכות חוקתית מוגנת, תיעשה באופן יעיל, על פי הנהלים שנקבעו, וללא נקיטת סחבת.

זכותם של ילדים להגנת החברה

69. למערערת, תושבת מדינת ישראל, זכות לחיות בבטחה עם ילדיה בישראל, כאשר מעמדם המשפטי מוסדר. זכות זו נובעת מזכותה של המערערת, בהיותה תושבת קבע של מדינת ישראל, כמו גם מזכות היסוד שלה כאם, כי לא יימנע ממנה ע"י מדינתה להגן על ילדיה ולהעניק להם את המרב שביכולתה והמרב שמתיר החוק. על המדינה מוטלת החובה הברורה והטבעית לא רק שלא למנוע פגיעה שכזו, כי אם להגן באופן אקטיבי על האדם מפני פגיעה ביכולתו להעניק לילדיו את ההגנה לה הם זקוקים.

70. במיוחד צורמת התנהלות המשיב כלפי תושבת המדינה כשהיא ננקטת בה בעת בה מוסדר מעמדם של ילדי מהגרי עבודה בלתי חוקיים, להם ניתן מעמד של קבע בעוד ילדי המערערת נדונים לתלות תמידית בהיתרים צבאיים. נדגיש: המערערים מברכים על החלטת המשיב כלפי מהגרי עבודה שהינה החלטה מוצדקת והומאנית – אולם, מדיניות זו ממחישה בבחינת מקל וחומר את חוסר הסבירות הזועק בעניינם של המערערים דכאן.

71. המשיב מתעלם מעקרון טובת הילד, הוא עקרון יסוד בהפעלתו של כל שיקול דעת מינהלי או שיפוטי בנוגע לקטינים. כל עוד הוא קטין וכל עוד הורה מתפקד כראוי, טובת הילד מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו. הסירוב להסדיר את מעמדו של הילד כתושב ישראל, כאשר הורה תושב ישראלי שמקום מגוריו בישראל, והגם שנקבע בחוק שאין מניעה ביטחונית מבחינת גילו בהסדרת מעמדו, משמעו – העמדת הילד בסכנת פירוד מהורהו, (ההיתרים זמניים, לא תמיד חופפים ולא ניתנים בתקופות סגר ואחרות) לפגוע בהתפתחותו ולהתערב בתא המשפחתי בניגוד לטובתו. לחלופין, יישאר הילד בלית ברירה עם הורהו בישראל, אך ללא מעמד יציב וברור, כל עוד קשיי החיים ללא מעמד לא יכניעו את המשפחה.

72. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בעניין חשיבות התא המשפחתי וגבולות חוקתיים על התערבות המדינה בקיומו, ראו את דברי כב' הנשיא שמגר בע"א 2266/93 **פלוני נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, 235-236 :

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקית טבעית וראשונית, בבחינת הקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 היועץ המשפטי נ' פלוני, פ"ד לח (1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראו ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא 'התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית'. (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 פלוני ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב (3) 421, בעמ' 434).

73. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד (31 כ"א, 221), אותה אישרה מדינת ישראל עם כמעט כל אומות העולם, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...].

ר' עוד סעיפים 1, (1)3, 4, 5, 7, (1)9, סעיף 10(1) לאמנה. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר). מן הדין שהמשיבים יפעילו את סמכויותיהם בהתאם לטובת הילד כפירושה בהוראות האמנה. ר' עוד סעיפים 24 (1) ו-(2), 17, 23, 26 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות.

עקרון המידתיות - החובה להחיל בצמצום חוק הפוגע בזכויות יסוד

74. מדיניות המשיב למנוע הגשת בקשה עד למגורים בני שנתיים, כאשר עם הגשת הבקשה לאחר שנתיים נמשך טיפול המשיב כשנתיים נוספות פוגעת בתא המשפחתי במידה העולה על הנדרש, ואינה הולמת את התכלית עבודה נקבעה בחינת השתקעות המשפחה. ראינו כי בחינה זו ניתן לקיים במהלך בדיקת הבקשה, אשר אורכת שנים ארוכות.

75. תכלית וידוא ההשתקעות ניתנת להשגה באמצעים מידתיים במסגרת הליך מבחן, אשר לא רק ידרוש את השתקעות המשפחה בישראל, אלא גם יאפשר אותה כחוק:

... יש ליתן משקל להנחה הכללית לפיה תכליתו של כל דבר חקיקה היא להגשים את ערכי היסוד של השיטה ולא לנגוד להם (ראו, בג"ץ 953/87 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב-יפו, פ"ד מב(2) 309, 331-329 (1988)). מהנחת מוצא זו נגזרת התפיסה כי יש לנקוט "פרשנות מצמצמת ודוקנית של הוראת דין השוללת או מגבילה זכויות אדם" (ראו ברק – פרשנות החקיקה, בעמ' 558). במקרה שלפנינו פרשנות המונח "תושב אזור", כך שהוא לא יחול בהכרח על כל מי שרשום במרשם האזור אלא רק על מי שאכן מתגורר באזור, היא הפרשנות שפוגעת פחות בזכותו של בן המשפחה תושב ישראל לחיות בישראל חיי משפחה בצוותא עם ילדיו הקטינים. זכות זו הוכרה על ידי מרבית שופטי ההרכב בעניין עדאלה, כזכות יסוד חוקתית הנגזרת מכבוד האדם. (עניין עוויסאת סעיף 14. ההדגשה הוספה – ע.ל.).

76. ואם כך באשר לפרשנות של חוק ודאי שגישה דומה צריכה להינקט ביחס למדיניות שתווה המשיב.

77. בבג"ץ 7444/04 דקה נ' שר הפנים (22.2.10), אשר ניתן בהתייחס לבת זוג בגירה, אשר נטען כי עומדת כנגדה מניעה ביטחונית נקבע:

הפרשנות והיישום של הוראות החוק הנדון ניוזנים מן החובה החוקתית להגן על הזכות למשפחה כזכות-על בהיקף שהחוק מאפשר, תוך מתן מענה ראוי ומידתי לאינטרס הביטחון ככל שהמציאות מחייבת, ובמידה ההכרחית בלבד. האיזון הראוי בין זכות היסוד של האדם לבין ערך הביטחון נדרש לא רק לצורך בחינת חוקתיות חוק הוראת השעה. הוא נדרש באותה מידה גם לצורך פרשנותו של החוק ויישום הוראותיו, הלכה למעשה.

אכן, "פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה החוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (פרשת עדאלה, פסק דיני, פסקה 4). (סעיף 13 לפסק הדין בעניין דקה) (הדגשה שלי – ע.ל.)

78. קביעות אלו יפות ביתר שאת כאשר עסקינן בילדים נטולי כל רקע ביטחוני וכאשר, את התכלית בדבר בדיקת מרכז חיי המשפחה, ניתן להשיג באמצעים ש"ירחיבו את מעגל הנהנים", הנפגעים מהגבלות קשות של הוראת השעה. (ר' למשל דברי ביהמ"ש בעת"מ 8386/08 ערב אל סוחרה נ' מ"י-משה"פ)

79. כן, יפים דברי כבוד השופטת א. פרוקציה בעניין דקה:

בהינתן מציאות הדברים, שבה נפגעה זכות יסוד של בני זוג אזרחי ותושבי ישראל להתאחד עם בני זוגם מהאזור מתבקשת פרשנות תכליתית של חוק הוראת השעה, המצמצמת את היקפה של פגיעה זו אך למידה ההכרחית לצורך הגשמת אינטרס הביטחון. נוכח עוצמתה של זכות היסוד למשפחה, כזכות חוקתית מן המעלה הראשונה הנתונה לפרט, רק אינטרס ביטחון בעל עוצמה של ממש עשוי להצדיק פגיעה בה. אינטרס ביטחון ערטילאי ומרוחק לא יצדיק פגיעה כזו. (שם, בסעיף 20).

80. בענייננו, נקבע שאין סכנה ביטחונית במתן מעמד קבוע לילד עד גיל 14. המערערים חיו בישראל ופנו למשיב לשם הסדרת מעמדם עוד לפני הגיעם לגיל 14. האם פרשנות תכליתית עומדת ביסוד

החלטת המשיב אשר אושרה ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא להותירם ללא מעמד? המשיב לא הציג כל תכלית ראויה לצמצום מס' הילדים, מכפי הגילאים שהחוק מאפשר למתן מעמד. כך גם ביהמ"ש הנכבד קמא. בהיעדר תכלית גלויה, ודאי שאין כל קשר רציונלי בין האמצעי למטרה המסתורית. באם התכלית היא הגנה על ביטחון המדינה והציבור, הרי שסעיף 3א לחוק הוראת השעה מתיר מפורשות ליתן מעמד לילדים מתחת לגיל 14 בעת הגשת הבקשה בעניינם, לאחר שנמצא כי אין בכך משום סיכון ביטחוני המצדיק למנוע באופן גורף מתן מעמד לילד מתחת לגיל 14. ודאי שהחלטת המשיב וקבלתה ע"י בית המשפט הנכבד קמא אינן מהוות בחירה באמצעי שפגיעתו פחותה, ואף אין מדובר במצב בו אין חלופה אשר תצמצם את הפגיעה בילד ובהורה התושב.

81. התייחסות הוגנת וסבירה מצד הרשות לעולם תבחר באמצעי, התואם את עקרונות המצוטטים לעיל מעניין דקה ופוגע בטובת הילד, באופן הפחות האפשרי. ככל שניתן לנקוט בפרשנות חוק מצמצמת לפגיעה בילדים וכן ככל שבמסגרת בחינת נתונים והפעלת שיקול דעת ניתן להפחית את הפגיעה, הרי שעל הרשות, כמוה על בית המשפט, מוטלת החובה להעדיף את טובת הילד על פני הפגיעה בו.

חוסר סבירות וחוסר הוגנות

82. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונות-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של המשיב. החלטת המשיב להתעלם ממועד הגשת הבקשה, חרף הוראת הפסיקה בנושא זה, מהווה התנהלות הלוקה בחוסר סבירות קיצוני. ראו לעניין זה: בג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1), 15 ובג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל, פ"ד ל"ד (3), 729 ובמיוחד בעמ' 746-745, דברי כבוד הנשיא ברק לאמור:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים.

83. יפים ומדויקים דברי בית המשפט הנכבד בעת"מ (מחוזי - י-ם) 411/05 חאלדה ואח' נ' משרד הפנים (15.12.05):

לא יעברו שנים רבות ונשפף את עינינו סביב השאלה איך השלמנו עם מה שברור כבר עתה. הערמת המכשולים הביורוקרטיים היא דרך אחרת לומר את מה שברור מאילו, והוא שבקשות אלה אינן רצויות למשיב. לא ניתן שלא לתמוה בכמה "כלפי חוץ" בירוקרטי ובכמה "טיעונים" לגליסטיים אנו מוכנים להתעטף ואלו להטים מינהליים ניתן לעשות – כדי למנוע טיפול ענייני בבקשות מסוג זה – החל מהתור הפיזי מול הלשכות וכלה במסמכים אותם יש להערים אצל המשיב. קיומו של חוק ראוי, מחייב מנגנון מתקבל על הדעת, אשר יאפשר להגשימו. קיומו של חוק ראוי עם אמצעים בלתי מתקבלים על הדעת אינו רעה פחותה מאיסור גורף. על מנת שלא נראה בעינינו כרוכלים העוסקים בענייני רישוי כמו בפרקמטיה זולה, מוטב שהחוק יכובד, וטענות של היעדר קשר נישואין תקף ואמיתי בין בני זוג הורים לשבעה ילדים, כאשר האחרון שבהם הוא בן שלוש, יהיו מבוססות על טענות של ממש, ולא על שיחת טלפון שלא נענתה בנוסף למגורים נפרדים לצרכי פרנסה.

י. סיכום

84. תכליתו הביטחונית של חוק הוראת השעה לא תסוכל באם גילם הרלוונטי של ילדי תושבים לעניין טיב המעמד או ההיתר שינתן להם יהא גילם במועד הפנייה הראשונית, עת שבו לגור בישראל. החוק איפשר מפורשות למשיב ליתן מעמד לילד עד גיל 14 ואין כל רציונל, תכלית, סבירות או מידתיות בצמצום מספר הילדים שיזכו להשוואת מעמדם למעמד הוריהם כך שרק ילדים עד גיל 12 יוכלו לקבל מעמד ורק ילדים עד גיל 16 יזכו לחיות עם משפחתם הישראלית בירושלים.
85. מכל הנימוקים שפורטו, מתבקש בית המשפט לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהורות למשיב להסדיר את מעמדם כתושבים של המערערים 3 ו-4, על פי גילם בעת שובה של המשפחה להתגורר בישראל. כמו כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיב בתשלום הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.

ירושלים, 23 נובמבר 2011

עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ המערערים