

- 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 עזי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'י
 מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
 טל': 02 - 6222808 ; פקס: 03 - 5214947

המעוררים

- נ ג ד -

המשיב

מדינת ישראל – שר הפנים
 ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
 רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
 טל': 02-6466590 ; פקס: 02-6466655

תגובה מטעם המעוררים

בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 12.6.13 ולהארכות המועד אשר ניתנו, מגישים בזאת המעוררים את תגובתם להודעה מטעם המשיב.

א. פתח דבר

1. בהחלטתו מיום 12.6.13 נעתר בית המשפט לבקשת המשיב להשלים טיעון בשאלה "האם זרישת המשיב שהבקשה תוכל להיות מוגשת רק בחלוף שנתיים מאז שלקטין יש מרכז חיים בישראל אין בה כדי לפגוע בהוראת החקיקה הראשית - 3א לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, כפי שתוקן" (בשנת תשס"ה-2005, תיקון 1).
2. תהיה זו של בית המשפט הנכבד, היא בבחינת עמידה על מושכלות ראשוניים - שיקול הדעת שמפעיל המשיב, נהליו, הנחיותיו והתנהלותו, אינם חסינים מפני ביקורת שיפוטית. הנחיות, תנאים ונהלים חייבים, בראש ובראשונה, לעלות בקנה אחד עם הוראות החוק המסמיך את הרשות המנהלית לקבוע אותם ועם תכליתן (ראו: עע"מ 9187/07 לוזון נ' משרד הפנים (24.7.08), פסקה 41 לפסק-דינו של השופט י' דנציגר) וככל שאין הדבר כך, דינם פסלות (ראו, יואב דותן, הנחיות מנהליות 180 (1996)).
3. ביום 9.9.13 הודיע המשיב, כי "מבלי שהדבר מתחייב מחוק הוראת השעה", הוא נאות **מכאן ולהבא** לאפשר להורים להגיש בקשות עבור ילדיהם שהינם מתחת לגיל 14 עם שובם לישראל ובאם היא תאושר יתייחס המשיב לגיל הילד בעת הגשת הבקשה ויהיה נכון ליתן לו רישיון לישיבת ארעי בישראל בכפוף לעמדת גורמי הבטחון (להלן- **הודעת המשיב**).
4. המשיב הכיר כעת, וכך מובן מאליו במדינה מודרנית ודמוקרטית, כי במצב דברים תקין, יש לאפשר לכל הורה להגיש בקשה לילדו עם שובו להתגורר בישראל. כך עולה, למעשה, מפסקי הדין בעת"מ 8340/08 **אבו גית נ' שר הפנים** (10.12.08) ועת"מ 1140/06 **זעטרה נ' שר הפנים** (30.11.07), באשר אין להלום מצב בו ישהו במדינה לאורך זמן ילדים באופן בלתי חוקי מתוקף מדיניותה של הרשות, וחמור מכך, כי הסדרת מעמדם תמנע באופן

מוחלט, גורף וצופה פני עתיד. זאת, כזכור, כביכול בשל הצורך לבחון מרכז חיים, אותו ניתן להגשים בקלות בדרך שאינה פוגעת בילד. בשינוי מדיניותו, למעשה, מכיר המשיב בקשיות מדיניותו הקודמת ומתקנה לטובת יישום המתיישב עם חוק הוראת השעה מאז תיקון 1. יחד עם זאת, על פי הודעת המשיב, מדיניותו החדשה תוחל מכאן ולהבא, ולפיכך לא יתאפשר למערערים ולשכמותם לקבל מעמד, מן הטעם "שלא נפל פגם" במדיניות עד כה. המשמעות המעשית הינה, שילדים שעברו עם משפחתם לישראל עת גילם במעט מעל 12 שנה לא יזכו במעמד. ילדים שעברו לישראל וגילם במעט מעל 16 שנה יתבקשו להיקרע ממשפחתם זאת בניגוד לתיקון 1. (לקבוצה זו כלל אין המשיב מתייחס ואף שמדובר ברצינות זהה) נוסף על זאת, מתייחס המשיב בתשובתו רק למתן מעמד ארעי ואין הוא מבהיר כי מעמד זה ישודרג בחלוף שנתיים למעמד של קבע.

5. משנוכחנו, כי את בחינת מרכז החיים ניתן לקיים בדרך פשוטה כל כך, שלא תגרום לפגיעה בילדים - מהי התכלית לשמה ימנע הסדרת מעמד מילדים, כמו המערערים דנן, אשר שבו עם משפחתם לישראל כשהם מתחת לגיל 14? כך כאשר חוק הוראת השעה, אשר תכליתו ביטחונית, תוקן לשם הוצאת ילדים עד גיל 14 מגדרי תחולתו לאחר שהובהר, כי אין הצדקה ביטחונית להימנע באופן גורף מהסדרת מעמדם. כן, תוקן החוק באופן המאפשר הסדרת שהייתו בישראל של כל ילד עד גיל 18 לשם מניעת הפרדתו מן התא המשפחתי, לאחר שנמצא, כי אין הצדקה ביטחונית למנוע זאת.

6. המערערים מברכים על השינוי החלקי במדיניותו של המשיב. חלקי משום שמדיניות זו עדין תחול על ילדים רבים שהוריהם ביקשו להסדיר מעמדם טרם הודעת המשיב ונדחו או נמנעו מהסדרת המעמד בשל הנחיית המשיב כי עליהם להמתין שנתיים לצורך כך - שנתיים אשר לאחריהן, על פי מדיניות המשיב, לא יהיו ילדיהם זכאים עוד למעמד.

7. במדיניות הקודמת של המשיב, אשר על פי הודעתו עדין תהיה מנת חלקם של ילדים רבים, נפלו פגמים רבים. כפי שיובהר להלן, מדיניות זו מנוגדת לחוק, להצהרות המשיב בפני בית המשפט, לתכלית החקיקה ולפרשנות בית המשפט. לאור פגמים אלה יש לפסול את המדיניות, ולאפשר לילדים, שמעמדם לא הוסדר תוך פגיעה בחוק כתוצאה ממנה, להסדיר מעמדם ובד בבד להגיש בקשה למתן מעמד זמני לילד מכוחו ישהה בישראל עד להכרעה בבקשתו, שתנתן לאחר שנתיים (עניין אבו גית, ועניין זערתה). בכלל זה, יש להסדיר מעמדם גם של המערערים דנן. כך, בדומה למה שנקבע בע"מ 8849/03 דופש נ' מנ"א בי-ם המז' (2.6.08).

ב. מדיניות המשיב לפיה הבקשה תוכל להיות מוגשת רק בחלוף שנתיים מאז שלקטין יש מרכז חיים בישראל פוגעת בהוראת החקיקה הראשית

8. כבר בבג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים תק-על 1754, 2006(2), ביטאה המשנה לנשיא, כב' השופטת מ' נאור, את חוסר שביעות רצונה מהאופן בו הוחל חוק הוראת השעה על קטינים. בפסקה 24 לפסק דינה, קבעה השופטת נאור כי אם יוארך תוקפו של החוק:

...ראוי לשקול גם, לטעמי, העלאה ניכרת של גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק. (שם בעמ' 1908).

9. בפסקה 5 לפסק דינו בעניין עדאלה מתאר המשנה לנשיא, כתוארו אז, כב' השופט מ' חשין את ההקלות שנעשו בחוק, לדבריו, עם קבלת תיקון מס' 1, באוגוסט 2005. בעניין זה הוא קובע:

נודה ונסכים: חוק האזרחות והכניסה לישראל במקורו פגע לא-במעט בילדים שנמנע מהם להתגורר עם ההורה המשמורן בישראל. ואולם לאחר תיקונו של החוק - בהוספת ההסדר שבסעיף 3א - נשתפר המצב במאוד: כך באשר לקטינים מתחת לגיל 14 וכך באשר לקטינים מעל גיל 14. על-פי החוק כניסוחו כיום, לא נמצא לי הצדק ראוי להורות על ביטולו מכיוון זה.

בהמשך, מוסיף כב' השופט חשין בפסקה 67 לפסק דינו:

החוק אינו חל כלל על ילד הנולד בישראל להורה ישראלי הואיל וילד כזה מקבל מעמד כשל הורהו הישראלי.

כב' השופט חשין ציין, כי לחוק אינו תחולה ביחס לילד, כמו המערערים דנן, שנולד בישראל, ובעניינו חלה תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אשר קובעת כי מעמדו יהא כמעמד הוריו.

המערערים דנן נולדו בישראל לאם תושבת ישראל. תקנה 12 חלה בעניינם ואילו מגבלות חוק הוראת השעה אינן חלות. אף על פי כן, המשיב מחיל את חוק הוראת השעה עליהם ועל אחרים במצבם. מניעת המעמד מנוגדת לחוק ולתקנות ואיננה חוקית.

10. כך תיארה בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש (11.1.12) המשנה לנשיא, כב' השופטת מ' נאור, את תיקוני חוק הוראת השעה הנוגעים לילדים, אשר היוו, בין היתר, יסוד לקביעת החוק כמידתי:

כפי שבואר עוד בפסק דינו של המשנה לנשיא חשין בעתירות הקודמות – קטינים עד גיל 14 זכאים לקבל מעמד בישראל לשם מניעת הפרדתם מהורה משמורן השהיה כדון בישראל, ועל כן זכותם לחיות עם ההורה המשמורן אינה נפגעת כלל, ואילו הקטינים מעל גיל 14 יכולים לקבל היתר שהייה בישראל לשם מניעת הפרדתם מההורה המשמורן. היתר זה יוארך רק אם הקטין מתגורר דרך קבע בישראל. המשנה לנשיא ציין בפסק הדין הקודם כי הסדר זה משביע רצון וכי טוב עשה המחוקק שקבע חריג המאפשר לילדים לשהות ולו עם אחד מהוריהם בישראל. אכן, כך הודגש שם, החוק המקורי פגע לא מעט בילדים שנמנע מהם להתגורר עם ההורה המשמורן, אולם הפגיעה לעת בירור העתירות הקודמות היתה מצומצמת. (ראו עמודים 416-414 לפסק דינו של המשנה לנשיא בעתירות הקודמות). (פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא, כב' השופטת נאור, בעניין גלאון)

11. בעע"מ 5718/09 מ"י נ' סרור (27.4.11), אליו התייחסה כב' השופטת נאור בפסק דינה בעניין גלאון, עמד בית המשפט על כוונת המחוקק להשוות מעמדם של ילדים עד גיל 14 למעמד הוריהם:

עיון בפרוטוקולים המתעדים את דיוני הוועדה חושף את הרציונאליים שעמדו בבסיס שינויים אלה. בפרוטוקולים צוין הצורך להעניק לילדים שגילם נמוך מ-14 שנים מעמד הזהה למעמדם של הוריהם החיים בישראל. זאת, לא באופן מיידי אלא לאחר תקופת מבחן של מספר שנים – בה ינתן לילדים מעמד ארעי – על מנת לוודא שאותם ילדים אכן מתגוררים בישראל דרך קבע (ראו: פרוטוקול ישיבה מס' 466, הכנסת ה-16, 17-19, 23, 25 (11.7.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 466) המתייחס להענקת מעמד של קבע לאחר קיום הליך מדורג, וכן, פרוטוקול ישיבה מס' 486, הכנסת ה-16, 12 (25.7.2005) (להלן: פרוטוקול מס' 486) המתייחס להעלאת רף הגיל מ-12 ל-14). (פסקה 32 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

12. בבואו להגן על חוקתיות החוק במסגרת פרשות **עדאלה וגלאון**, הסביר המשיב לבית המשפט, כי מעמדם של ילדים עד גיל 14 ישווה למעמד הוריהם וכי כל ילד עד גיל 18 יהיה זכאי למעמד. בפרשת **גלאון** הובהר, כי המעמד יוארך גם לאחר שיהפוך הילד בגיר. הצהרות המדינה עוגנו בפרשת **עדאלה** (למשל, הערת המשנה לנשיא כתוארו אז, כב' השופט חשין פסקה 65 לפסק דינו) ובפרשת **גלאון** (למשל, פסקה 18 לפסק דינה של המשנה לנשיא, כב' השופטת נאור)

13. והנה, במקביל, קבע המשיב הסדרים, שלא במסגרת החוק, ובניגוד להצהרותיו, לפרשנות בית המשפט, לכוונת המחוקק ולתכלית החקיקה, אשר משמעותם שרק ילדים ששבו לישראל מתחת לגיל 12 יהיו זכאים למעמד. כן צמצם המשיב את גיל הילדים הזכאים להיתרים למניעת הפרדה מהוריהם לגיל 16. כל זאת לשם בחינת מרכז החיים, בחינה אותה אפשר לעשות גם באופן שלא יפגע בילד ולא יגביל אותו מקבלת מעמד או היתר על פי העניין. (ר' והשוו, בג"ץ 827/08 נטליה סנדזוק נ' משרד הפנים (24.12.08)).

14. הפגיעה בילדים כתוצאה ממדיניות המשיב לצמצם את מספר הילדים הזכאים למעמד ולדחות את הגיל שעל בסיסו נבחנת הבקשה אינה לתכלית ראויה ואינה הולמת את ערכי המדינה וודאי שהיא מעל ומעבר לנדרש.
15. בפרשת סרור נקבע, כי תכליתו הסובייקטיבית של סעיף 3א הינה הגשמת התכלית הבטחונית של החוק, באופן מידתי ותוך צמצום הפגיעה בזכויות אדם ככל הניתן, כך שיתאפשר ככל הניתן, להשוות מעמדו של קטין, שגילו עד גיל 14, למעמדו של הורה המשמורן. בית המשפט דן גם בתכליתו האובייקטיבית של החוק וקבע:

ומכאן, לבחינת התכלית האובייקטיבית, שעניינה בערכי היסוד של השיטה המשפטית בחברה דמוקרטית מודרנית (ראו ברק, בעמ' 201-204). התכלית האובייקטיבית נבחנת, בין היתר, על רקע מהות דבר החקיקה, מערך החקיקה הכולל וערכי ועקרונות היסוד של השיטה המשפטית (ראו ברק, בעמ' 249-251). ערכי היסוד של השיטה המשפטית כוללים הגנה על זכויות האדם וכללי הפרשנות הנהוגים בשיטתנו המשפטית מחייבים כי תינתן לחוק פרשנות המתיישבת עם ההגנה על זכויות אלה תוך צמצום הפגיעה בהן ככל שהדבר ניתן (ראו: עניין חטיב, פסקאות 5 ו-10). [...] כפי שכבר הוזכר, סעיף 3א מעיד על עצמו כי הוא נועד למנוע הפרדתו של ילד תושב אזור מהורה השוהה בישראל כדין. אחת מהתכליות האובייקטיביות של הסדר זה היא אפוא הגנה, בכפוף לסייגים שנקבעו, על הזכות החוקתית לחיי משפחה... לעניין זכותו של הורה לגדל את ילדו וזכותו של ילד לגדול במחיצת הוריו בהקשרים אחרים, ראו: רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד (4) 872, 893-894 (2002); דנ"א 6041/02 פלונית נ' פלוני, פ"ד (נח) 246 (2004); בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים ([פורסם בנבו], 13.4.2011), פסקאות 38-39 לפסק-דין של השופטת א' פרוקצ'יה (להלן: עניין קו לעובד)).

ערך יסודי נוסף של שיטתנו המשפטית, השזור, כחוט השני, בפסיקתו של בית משפט זה הוא עיקרון טובת הילד. עיקרון זה ניצב לנגד עיניו של בית המשפט בכל הליך הנוגע בליבתו לעניינם של קטינים, גם כאשר מדובר בהפעלת סמכות מינהלית (ראו: ע"מ 10993/08 פלוני נ' משרד הפנים ([פורסם בנבו], 10.3.2010), פסקה 4 לפסק-דין של חברי השופט נ' הנדל. לתחולת העיקרון בהקשרים אחרים ראו: ע"פ 49/09 מדינת ישראל נ' פלוני ([פורסם בנבו], 8.3.2009), פסקה 20 לפסק-דין של השופט י' דנציגר; ראו גם סעיף 3 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 1038(31), 221 (נחתמה ב-1990)). [...] (פסקאות 33-35 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

16. בהמשך לכך, דן כב' השופט פוגלמן בפרשת סרור בחשיבות השוואת מעמדו האזרחי של הילד למעמד הורה המשמורן, כשלצדה תכליתו הבטחונית של חוק הוראת השעה:

מצירופם של הזכות לחיי משפחה ועיקרון טובת הילד יחד, נגזרת החשיבות של השוואת מעמדו האזרחי של ילד לזה של הורה המשמורן:

"המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. כך, סעיף 4 לחוק האזרחות, קובע כי ילד של אזרח ישראלי יהיה אף הוא אזרח ישראלי, בין אם נולד בארץ (א4(1)) ובין אם נולד מחוצה לה (א4(2)). בדומה, תקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974, קובעת כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, תש"י-1950, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו". (עניין עדאלה, פסקה 28 לפסק-דינו של הנשיא א' ברק) [...]

כאמור, סעיף 3א מסייג את תחולתה של תקנה 12 על תושבי האזור והוא אינו מתייחס מפורשות לעיקרון בדבר השוואת מעמדו של קטין למעמדו של הורה המשמורן, אלא אך לרצון למנוע הפרדתו של ילד מהורה השוהה בישראל. עם זאת, על-פי כללי הפרשנות הנהוגים, יש לפרש סעיף זה ככל הניתן, לאורו של עיקרון מנחה זה. תכלית אובייקטיבית נוספת המונחת בבסיסו של סעיף 3א היא הגשמת תכליתו הבטחונית הכללית של חוק הוראת השעה, המחייבת הטלת הגבלות מסוימות על זכויות אדם לשם שמירה על ביטחון אזרחי מדינת ישראל. כאמור לעיל, קביעתו של רף גיל שמתחתיו יינתן לקטין רישיון לישיבה בישראל ומעליו יינתן לו היתר שהייה בלבד מבוססת על טעמים בטחוניים אלו (ראו גם סעיף 3ד לחוק הוראת השעה העוסק במניעה ביטחונית להעניק מעמד לתושבי אזור). (שם בפסקה 36. ההדגשות הוספו - ע.ל.)

17. כן, יפים דברי כבוד השופטת, כתוארה אז, פרוקצ'יה בבג"ץ 7444/04 דקה נ' שר הפנים (22.2.10), אשר עסק באיחוד משפחות בין בני זוג, בצלה של מניעה ביטחונית:

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. [...] (שם, בפסקה 20. הדגשה שלי - ע.ל.).

18. ההחלטה לבחון מרכז חיים שמשכו שנתיים ניתנה במנותק לו, מבלי להביא בחשבון את ההשלכות החמורות שיהיו לבחינה זו, באופן בו מבקש המשיב ליישם אותה, על ילדים נוכח גזרות החוק ותכליתו. המשיב מסכים למעשה, כי על פי יישום "מקל" של החוק יש לאפשר להורים להגיש בקשות מיד עם שובם ארצה ולראות בגיל הילדים בעת הגשתן כמועד הקובע. (סעיף 6 להודעתו) אף על פי כן, מבקש המשיב להחיל קביעה זו באופן צופה פני עתיד, כך שכל אותם ילדים שנפגעו מהיישום המוקשה, אשר עומד בניגוד לתכליתו ולשונו של חוק הוראת השעה (תיקון 1) - בכל זאת, לא יזכו לשדרוג מעמדם על פי גילם בעת שובם לישראל עם משפחתם.

ג. הוראת בתי המשפט ליישום מקל של חוק הוראת השעה על שום פגיעתו הקשה בזכויות ותקופת תחולתו הארוכה, גם במקרים שההכרעה בעניינם ניתנה לפני שנים

19. בעע"מ 8849/03 דופש נ' מנ"א בי-ם המז' (2.6.08) ופסקי הדין הרבים העוקבים לו, התייחסו בתי המשפט באופן מרוכך לנושא שדרוג מעמדם של בגירים על מנת לצמצם את הפגיעה הנגרמת כתוצאה מחוק הוראת השעה. כך למשל, בעת"מ 35406-01-12 סעדה נ' שר הפנים (22.3.12), לא עלה על הדעת לטעון, כי אין לפעול על פי רציונל פסק דין דופש, על שום הינתנו שנים רבות לאחר הסירוב הפרטני לשדרג את מעמד העותר. זאת כאשר בעקבות פסק הדין בעניין דופש הובהר, כי אין הוא מוצדק. וראו עוד, עת"מ 8436/08 עויסאת סבאח ואח' נ' משרד הפנים (14.9.08), עת"מ 422-05-10 נסרין אבו קלבין נ' משרד הפנים - רשות האוכלוסין הגירה ומעברי גבול (17.10.10), עת"מ 1953-05-11 נתשה ואח' נ' משרד הפנים (28.7.11), עת"מ 27661-11-11 אהראם ואח' נ' משרד הפנים (2.2.12), עת"מ 4469-04-11 בדך ואח' נ' שר הפנים ואח' (27.2.12) - בכל אותם מקרים ועוד רבים אחרים סורבו בקשות לשדרוג בהתאם למדיניות ויישום קודם של המשיב ונדונו מחדש שנים מאוחר יותר בעקבות תיקונם במסגרת פסק הדין דופש. כך למשל, גם מוכרעים עניינים שנדונו לפני עע"מ 5569/05 מ"י נ' עויסאת) בהתאם לפסיקה זו.

20. לאחרונה, שב בית המשפט וגילה דעתו, כי ברבות השנים בהן עומד חוק הוראת השעה בתוקפו, יש לשקול שלא להגביל עוד מתן מעמד ארעי. כך גם במקרים רגילים של בקשות לאיחוד משפחות בין בגירים, אשר לשון החוק מגבילה את שדרוג מעמדם (ר' סעיפים 1)4 ו-2) לחוק הוראת השעה) וגם כאשר לא חלו טעות או עיכוב בלתי מוצדק. בעע"מ 6407/11 דג'אני נ' משרד הפנים (20.5.13), שעניינו שדרוג מעמד בעקבות הלכת דופש של מי שלטענתו היה זכאי לשדרוג עוד טרם גזרות חוק הוראת השעה, העירה המשנה לנשיא, כב' השופטת נאור, כי בהינתן הארכת נוספת של החוק:

תנתן הדעת למצבם של אלו שאינם זוכים לשדרוג למרות שהחלו בהליך המדורג לפני זמן כה רב.... (פסקה 6 לפסק דינה של כב' השופטת, המשנה לנשיא נאור).

כב' השופט פוגלמן הצטרף לחוות דעת של המשנה לנשיא וקבע:

במצב דברים זה, נדמה כי ההוראה בדבר הקפאת השדרוג של אלה הנכללים בגדר הוראות המעבר אינה מתחייבת עוד מהתכלית הביטחונית של חוק הוראת השעה - תכלית שעליה עמד בית משפט זה בבואו לבחון את חוקתיותו. ראשית, בעניינם של האחרונים לא זו בלבד שניתן לבצע בדיקה אינדיבידואלית, אלא שבדיקה זו אכן מתבצעת הלכה למעשה מדי שנה במועד חידוש ההיתר. שנית, מדובר באנשים הנתונים כבר למעלה מעשור לבחינתם של גורמי הביטחון, שכן ההיתרים מתחדשים רק בכפוף להיעדר קיומה של מניעה ביטחונית. שלישית, גם לאחר שדרוג מעמדו של אדם בישראל - משהייה מכוח היתר מת"ק לשהייה מכוח רישיון ישיבת ארעי מסוג

א/5 (וזה הקטגוריה שאליה מכוונים דברינו) – מוסיף הוא להיות נתון לבחינה ביטחונית, על רקע ההוראות הקבועות בנהלי המשיב במסגרת ההליך המדורג. (פסקה 19 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן)

ורי עע"מ 9168/11 פלוני נ' משרד הפנים (25.11.13), פסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט זילברטל; עע"מ 4014/11 כפאיייה אבו עיד נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין (1.1.2014).

21. גם בשאלת שדרוג מעמדם של ילדים, נקט עד היום בית המשפט בפרשנות מרחיבה, מקלה ורגישה. ר' למשל, פסק דינו של כב' השופט סובל בעת"מ 311/06 מוניר נ' שר הפנים (21.8.08); פסקאות 10 ו-11 לפסק דינו של כב' השופט מרזל בעת"מ 24885-09-10 חלבייה נ' שר הפנים (28.7.11); פסק דינה של כב' הנשיאה, כתוארה אז, השופטת ארד, בעת"מ 1238/04 ג'ובראן נ' שר הפנים (19.8.09); פסק דינה של כב' השופטת, סגנית הנשיאה, כתוארה אז, צור, עת"מ 8386/08 ערב אל סוחרה נ' שר הפנים (14.12.09).

22. בפסק דין דקה, אשר ניתן בהתייחס לבת זוג בגירה, אשר נטען, כי עומדת כנגדה מניעה ביטחונית נקבע:

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). (פסקה 13)

קביעות אלו יפות ביתר שאת כאשר עסקין בילדים נטולי כל רקע ביטחוני וכאשר אין כל הכרח בסנקציה של מניעת מעמד לשם קיום בחינת מרכזי חיי המשפחה. בשונה מעניין דג'אני אבו עיד ופלוני, בענייננו אין צורך בתיקון החוק, באשר החוק כבר תוקן בשנת 2005 לאחר שהובהר, כי אין הצדקה בטחונית למניעת שדרוג המעמד של ילדים עד גיל 14. גם בענייננו, אותם ילדים, אשר זכאים ליהנות מתיקון 1 וממדיניותו החדשה של המשיב, כבר שוהים בישראל מזה שנים מכוחם של היתרי שהייה ובדיקות שנתיות. כך למשל, באשר למערערים דנו, זו השנה השישית בה הם מקבלים היתרי שהייה ללא זכויות, תחת המעמד שהתיקון לחוק, כמו גם תקנה 12, מורים ליתן להם.

23. מדוע אפוא למרות הנחיית בית משפט נכבד זה להחיל את חוק הוראת השעה בצמצום¹, הוחל החוק באופן כה מרחיב אשר אינו הולם את תכליתו הבטחונית, דווקא על ילדים, הקבוצה הפגיעה ביותר, שטובתה אמורה לעמוד לנגד עיני המדינה כשיקול ראשון במעלה? ומדוע גם כעת, מבקש המשיב להחיל החלטתו החדשה, הברוכה, אשר מהווה פתרון פשוט כל כך לבחינת מרכזי החיים, רק באופן צופה פני עתיד? הדעת מתקשה להבין. מדוע ילד ששב כעת עם הוריו ממגורים בני מספר שנים בשטחים והוא בן 12 וחצי, ימצא זכאי למעמד ואילו ילד ששב עם הוריו להתגורר בישראל לפני שנתיים ואף גילו הרך 12 וחצי שנה, לא יזכה במעמד? על שום מה יוותר הילד האחרון, שנסיבותיו זהות לאלו של הראשון, ללא מעמד וללא זכויות, בשונה מאחיו הצעירים, כאשר החוק אינו מגביל ולא הגביל ממתן מעמד, וכאשר אין שיקולי ביטחון בגינם יש למנוע הסדרת מעמד?

ד. שיקול דעת לשלול באופן מוחלט את שיקול הדעת

24. המשיב לא רמז בהודעתו המעדכנת על פישרה של אבחנה בין ילדים שבקשותיהם תוגשנה בעתיד לבין כאלה שהגישו בקשותיהם בעבר, פרט לטענה השגויה, כי במדיניות הקודמת, אותה החליט לתקן, "לא נפל פגם".

¹ ר' גם, בג"ץ 466/07 גלאון נ' היעמ"ש (11.1.12), פסקה מ"ח לפסק דינו של כב' השופט רובינשטיין, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט הנדל, פסקאות 2 ו-16 לפסק דינה של כב' הנשיאה כתפקידה אז ביניש, פסקה 26 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל, פסקה 7 לפסק דינו של כב' השופט, כתוארו דאז, א. לוי

25. הטעם היחיד, הרפה, שנתן המשיב בתמיכה לטענתו, כי לא נפל פגם במדיניותו הקודמת הינו **שיקול הדעת הרחב** שניתן לו, אשר מתיישב לטענתו עם חוק הוראת השעה - למרות שכפי שראינו, מדיניות זו עומדת בניגוד לתיקון החוק.

26. איש אינו כופר בסמכותו ובחובתו של המשיב לבדוק כל בקשה המונחת לפניו, ולסרב לאשרה אם נשקפת מן המבקש סכנה לביטחון המדינה ולביטחון הציבור (ר' עניין **סטמקה**, בעמ' 787-788; בג"ץ 2527/03 **אסעיד נ' שר הפנים**, פ"ד נח(1) 139, 143-144) או בהיעדר מרכז חיים בישראל. ואולם, החלטה גורפת, שלא להסדיר מעמד כלל, באשר המבקשים הם הורה תושב המדינה וילדיו הקטנים, שעברו להתגורר בישראל לאחר גיל 12 ולפני גיל 14 או בין הגילאים 16 ל-18 בנוגע למתן היתר, פוגעת בזכויות היסוד של התושבים במידה קשה וודאית שאינה נדרשת ואינה מתיישבת עם החוק. כבילת שיקול-הדעת של המשיב, באופן שאף ילד לא יוכל לקבל מעמד בישראל **בשום מקרה**, בו שב עם משפחתו והוא בן למעלה מ-12 שנה, ובאופן שאף ילד ששב עם משפחתו והוא מעל גיל 16 שנה, מהווה בחירה באמצעי קיצוני, פוגעני, בלתי ראוי, אשר עולה הרבה מעבר לנדרש.

27. המשיב מצטט בהודעתו מתוך פסקה 47 לפרשת **סרוור**, אולם הדברים תומכים דווקא בעמדת המערערים, באשר שיקול הדעת המדובר כרוך "באפשרות להעניק לקטין מעמד של קבע בסוף ההליך המדורג".

28. ועוד, יפים דברי כב' השופט פוגלמן בהקשר זה בפרשת **סרוור** :

בשלב זה ניתן לסכם ולומר, כי מלשונו של הסעיף – המקורי והמתוקן – ומן ההיסטוריה החקיקתית, אנו למדים כי בהתחשב בתכליתו הביטחונית הכללית של חוק הוראת השעה וברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ועל טובת הילד, ביקש המחוקק לאפשר, ככל הניתן, את השוואת מעמדו של קטין תושב אזור שגילו עד גיל 14, למעמדו של הורה המשמורן. כצד האמור, ביקש המחוקק להותיר מרווח של שיקול דעת למשרד הפנים ולאפשר קיומו של הליך מדורג.

29. ראינו, כי למעשה, המשיב אינו מבקש לממש את שיקול הדעת שניתן לו. במדיניותו הפגומה עד כה, הפעיל המשיב את שיקול דעתו לשם שלילה עצמית של שיקול דעתו. הטענה, כי שיקול דעת יכול לשמש לשלילת שיקול דעת באופן מוחלט, שלא על פי חוק, אף בניגוד לתיקון לחוק, ככלי, להימנעות ממתן מעמד לילדים כמו המערערים דנן ורבים אחרים, מהווה שימוש ציני מובהק בביטוי 'שיקול דעת'.

ה. מדיניות רישום ילדים בעבר – כמוסה והפכפכה

30. חוסר הסבירות והפגיעה הנובעת מהחלטתו של המשיב להסדיר מעמדם של ילדים על פי מועד שיבתם לישראל רק מעתה ואילך גוברים בהיתן העובדה, כי מדיניות רישום הילדים השתנתה תדיר בעבר ולא פורסמה (ר' עת"מ (י-ס) 530/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים** (5.12.07)). עד להליך בעת"מ 727/06 **נופל נ' שר הפנים** (22.5.11), לא היה כלל נוהל מוסדר המעגן את התבחינים להסדרת מעמדם של ילדים. לכך יש להוסיף את התנאים הקשים ששררו במשרד הפנים והקשו על הורים לפנות ללשכה (ר' למשל, בג"ץ 2783/03 **דפול רופא ג'ברא נ' שר הפנים ואח'** (6.10.05); עת"מ (י-ס) 754/04 **בדווי נ' מנהל לשכת מינהל האוכלוסין** (10.10.04)).

מקבץ מהתכתבויות המערערת 9 עם המשיב לאורך השנים, בניסיון לתהות על מדיניותו המשתנה עליה למדה מתשובות ספוראדיות שניתנו פרטנית, התכתבויות שברובן היו חד צדדיות, מצ"ב ומסומן הע/1. ממאי 2002 הוחלה החלטת הממשלה 1813 על עניינם של ילדי תושבים, באופן שמנע הסדרת מעמד באופן מוחלט וזאת עד לחיקוק חוק הוראת השעה, אשר קבע מגבלות גילאיות, מהן מנסה המשיב להתנער.

31. בפסק הדין בעניין **אבו גית** משנת 2008, נקבע כי יש לאפשר להורים להגיש בקשה עבור ילדיהם עם שובם להתגורר בארץ. לאחר הגשת הבקשה, יש ליתן לילדים אשרות לשהייה בישראל שתוארכנה עד שיוכת מרכז חיים לאורך שנתיים, שאז ניתן יהיה להסדיר את מעמדם הקבוע:

יש לדוק בדברים שנאמרו בעניין אבו קוידר ולשים לב כי הם כוונו להוכחת קיומו של מרכז החיים כ"תנאי בסיסי לאישורן של בקשות לרישום ילדים", דהיינו לאישור מעמדם כתושבי קבע מכח תקנה 12, ולא התייחסו כלל לשאלת מעמד "הביניים" (כלשון המשיבים) שיינתן לילדים בטרם הוכיח המבקש - ההורה תושב קבע - קיומו של מרכז חיים בישראל במשך שנתיים. (שם, בפסקה 10 לפסק הדין בעניין אבו גית ור' שם, פסקאות 11-12. ההדגשות אינן במקור - ע.ל.)

32. בעת"מ נופל ממאי 2011, הורה בית המשפט למשיב לתקן את נוהל רישום ילדים באופן שיוטמעו בו הקביעות בעניין **אבו גית** (ר' שם בפסקה 11), דבר שלא נעשה עד היום. גם משפורסם הנוהל, בשלב מאוחר יותר, על פי פסקה 10 לפסק הדין בעניין **אבו גית**, תבחין הזמן לפיו יש לקיים מרכז חיים בן שנתיים בישראל לא נכלל בנוהל שפורסם². בעניין זה יצויין, כי על פי נהלי המשיב, עבור ילד נלווה לזר הנשוי לאזרחי ישראל, ניתן להגיש בקשה **כשהילד נמצא בחו"ל או מייד עם הגיעו**, כאשר המועד הקובע לבחינת הגיל הוא מועד הגשת הבקשה. (ר' נוהל 5.2.0008).

33. רק מאז פורסם נוהל הסדרת מעמדם של ילדים במסגרת עת"מ נופל, נוהל שלא כלל את התבחין של קיום מרכז חיים במשך שנתיים, התבהרה חלקית מדיניות המשיב בנושא זה, באופן אשר הקל על הורים לעמוד בפרוצדורה הסבוכה והיקרה הכרוכה בכך³. על פי החלטת המשיב, דווקא אותם ילדים שעניינם טופל עת התבחינים ונהלי הפנייה להסדרת מעמדם של ילדים לא היו ידועים בציבור - הם אלו שיפגעו. יפיים לעניין זה דברי בית המשפט בעע"מ 4014/11 **כפאייה אבו עיד נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין** (1.1.2014):

[...] יישום נוקשה של הדרישה של "מרכז חיים" בישראל במשך תקופה של שנתיים לפחות מעורר קושי בשים לב לכך שאמת מידה זו לא זכתה לפרסום כנדרש בנהלי של משרד הפנים (נתון שהובא בפנינו רק בתגובה מטעם המשיב מיום 8.9.2013).

[...]

הנתון הראשון שיש להתחשב בו, כאמור לעיל, הוא מקור הדרישה ל"מרכז חיים" בישראל במשך תקופה של שנתיים לפחות לשם התחלת הטיפול בבקשה לאיחוד משפחות ואופן פרסומה של דרישה זו. כאמור, בהודעה מטעם המשיב שהוגשה לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט קמא ואף לאחר הדיון שבפנינו הובהר כי בפועל בקשות לאיחוד משפחות לא אושרו ללא הוכחה של "מרכז חיים" של שנתיים, אם כי דרישה זו אינה מופיעה כתנאי פורמאלי הן בנוהל משנת 2007 והן בנוסחו העדכני של הנוהל. המשיב אף לא הצביע על כל פרסום אחר של דרישה זו. זאת, למרות שכבר נקבע בבית משפט זה כי תנאי מוקדם להחלתן של הנחיות פנימיות האוצלות על זכויות הפרט הוא פרסומן באופן סביר (בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 513 (1992)), וכיום דרישה זו מתחייבת אף מהוראתו המפורשת של סעיף 6 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998 (ראו עוד: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי א 346-347 (2010) (להלן: ברק-ארז)). למותר לציין, כי הוכחת "מרכז חיים" של שנתיים היא תנאי הנוגע במישרין לזכויותיהם של מי שמבקשים מעמד בישראל מכוח איחוד משפחות. ידיעת מלוא התנאים לרכישת מעמד של קבע בישראל היא חיונית למבקשי המעמד והיא נדרשת כדי לאפשר להם לכלכל את צעדיהם. כידוע, הדברים אף חזרו ונאמרו באופן ספציפי בכל הנוגע לנהלי של משרד הפנים בנושאים הקשורים

² נוהל 2.2.0010 הסדרת מעמד ילדים שפורסם בעקבות עת"מ נופל, מצוי בקישור: <http://www.piba.gov.il/Regulations/7.pdf>. רק לאחרונה, שונה הנוהל, והופרד לשני נהלים.

³ לשם המחשה, במצב הבהיר יותר היום, לאחר פרסום הנוהל - (שטרם פורסם בערבית), אגרה לרישום ילד שנולד מחוץ לישראל עומדת על סך 750 ₪. משפחה החוזרת להתגורר בישראל ולה שיש ילדים, (כמו למערכת דנו), צריכה לשאת בתשלום של 4,500 ₪ לשם הגשת בקשה להסדרת מעמדם, כאשר עם אישור הבקשה יהיה עליה לשלם פעמיים, שנה אחת שנה אגרה על סך 180 ₪ עבור כל ילד, שיקבל מעמד אזרחי מסוג א/5, ילדים שמקבלים היתרי מתייק צריכים להגיע בנוסף ללשכה בירושלים גם למינהלת התאום והקישור בשטחים, לא פעם יותר מפעם אחת, בכל חידוש שנתי, כדי לקבל את ההיתר בפועל, התורים ארוכים, המסמכים והתצהירים שיש לצרף רבים, לרוב אין רצף בין אשרות השהייה השנתיות, ופרק הזמן שעמד על תצי שנה לאישור הבקשה מעת הגשתה, לרוב מתארך אל מעל ומעבר לפרק זמן זה. הדברים אינם נכתבים לשם תקיפת מצב זה במסגרת זו, אלא כדי לשפוך מעט אור על טיב ההליך והמצב בו מצויים ילדים של תושבי ישראל גם לאחר פרסום המדיניות.

לרכישת מעמד בישראל (ראו: בג"ץ 355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 768 (1999); בג"ץ 7139/02 בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481, 490 (2003)). (פסק דינה של כב' השופטת ברק ארז, בפסקאות 27 ו-28)

34. ילדים אשר שבו להתגורר בישראל לפני המועדים הקבועים בחוק, אך הפנייה עבורם נדחתה על הסף; התעכבה מחמת היעדר נוהל מפורסם; בשל תנאי הלשכה; או לא הוגשה על שום הנחיית המשיב שלא להגיש בקשות טרם קיום מרכז חיים בן שנתיים - זכאים על פי החוק לקבל מעמד או היתר בישראל, על פי העניין, בהתאם למועד שובם לישראל ואין למנוע זאת מהם.

ו. מן הכלל אל הפרט - יש להסדיר מעמדם של המערערים 3 ו-4

הַיֵּשׁ כְּנוֹלְדֵי?

הַיֵּשׁ כְּנוֹזְלֵי?

מִי יֵתֵן וּכְפֻנֵי

כֵּן יֵאִיר מְזֻלֵי.⁴

35. לטענת המשיב בסעיפים 7 א ו-ב להודעתו, אין להחיל את מדיניותו החדשה על המערערים משני טעמים. הראשון, היעדר פגם במדיניותו. הסברנו מדוע טיעון זה אינו יכול לעמוד, באשר נפל גם נפל פגם במדיניות הקודמת של המשיב שהונהגה באופן שעוקף את תיקון 1 לחוק. הטעם השני, הוא "זניחת" הבקשה המקורית להסדרת מעמד המערערים, כלשונו של המשיב, משום שלא הגישו ערר או עתירה על ההחלטה שהתקבלה, לסרב לבקשתם בגין היעדר מרכז חיים בן שנתיים. להלן נסביר, מדוע אין המשיב יכול להתלות על טיעון זה עת בניגוד לנהליו לא הודיע למערערים על זכותם להגיש ערר או עתירה וכאשר נוהל רישום ילדים לא גובש ולא פורסם בציבור אותה עת. מכל מקום, גם אם היה נמסר למערערים שברשותם להגיש ערר, משהשתנתה המדיניות שהנהיג המשיב בניגוד לחוק, הרי שיש להחילה על ילדים שהגיעו לישראל עם משפחתם לפני שמלאו להם 14 שנה. ממילא אין הילדים המערערים אשמים, כי הוריהם פעלו על פי הנחיית המשיב, לפיה יש לפנות בעניינם שנתיים מאוחר יותר.

36. הסירוב לבקשת המערערים משנת 2006 לא היה כדין, ונעשה בהתאם למדיניות שאינה חוקית ואינה חוקתית. מדיניות אשר שונתה עתה, אך המשיב מבקש להחיל את השינוי באופן מוגבל ומצומצם. בנסיבות המתוארות, הדרישה לקיום מרכז חיים בן שנתיים לשם הגשת בקשה של הורה עבור ילדיו הקטינים הינה דרישה בלתי סבירה באופן קיצוני המטילה הרס על משפחות ובפרט על ילדים, באשר תנאי להסדרת מעמדם הוא שהייה בלתי חוקית בת שנים ובאשר נעשה שימוש בדחיית מועד הגשת הבקשה לשם סיכול מתן מעמד לילדים ללא קץ.

37. בענייננו, האם המערערת פנתה לשם הסדרת מעמדם של ילדיה, ילדי ישראל, מייד עם שובה לישראל וטרם מלאו למערערים 2 ו-3, 14 שנה - המערערת 3 היתה בת 13 ותשעה חודשים והמערער 4 היה בן 12 וחודש. המשיב אינו חולק על מועד שובה של המשפחה לישראל והדברים הובהרו לאורך ההתדיינות ולאחרונה, גם בדיון. (ר' פרוטוקול הדיון מיום 12.6.13, סוף עמוד 1 ועמוד 2 שורות 4-8. ור' עוד סעיף 7 לקביעת המשיב בשבתו כוועדת ההשגה, נספח ע/24 לעתירה שצורפה כנספח 1/ס לסיכומים מטעם המערערים: "בחודש 6.06 עברו המשיגים להתגורר בישראל"). אלא שבעת פנייתה למשיב עם שובה לישראל, נמסר לאם המערערת, מה שלא פורסם בציבור, כי ההליך השתנה וכי אין מדובר עוד ברישום ילדים, כפי שנקרא ההליך בעבר, אלא, למרות שמדובר בילדים שנולדו בישראל מדובר בהליך איחוד משפחות, בענייננו, הונחתה המערערת לפנות תחילה בכתב, לשם קביעת מועד להגשת הבקשה, שתוגש בהמשך בתשלום אגרה. המערערת התקשתה להתמודד לבדה עם דרישות המשיב שנמסרו לה בעל פה. במיוחד באין נוהל אשר הנחה אותה לגבי הטפסים

⁴ אם ועוללה, מאת חיים נחמן ביאליק, מתוך שירים ופזמונות לילדים, הוצאת זמורה-ביתן, 1933, 2008, עמ' טו.

המתאימים ויתר דרישות ההליך הסבוכות. הנה כי כן, פנתה לעורך דין וזאת, טרם מלאו לילדיה 14 שנה ואולם מכתבו של עורך הדין נשלח מעט אחרי יום הולדתה ה-14 של המערערת 3 וכאשר למערער 4 עוד לא מלאו 12 וחצי שנה. בסופו של דבר, גם אם היה עורך דינם דאז של המערערים מקדים במעט לפנות למשיב, היתה בקשת המערערת נדחית נוכח מדיניות המשיב שלא אפשרה הגשת בקשות טרם מלאו שנתיים למגורי המשפחה בישראל. ברי, כי לו היו מתפרסמים נהלי המשיב, היתה המערערת מודעת לזכויותיה ויכולה לפעול על פי הנחיות הנהלים, בלא שפנייתה היתה מתעכבת בשל הצורך בבירורים וללא כלל צורך בעורך דין.

38. טוען המשיב, כי אין המערערת מורשית להלין על מדיניותו, משלא ערערה על ההחלטה. במכתב הדחייה, המשיב לא הודיע לאם המערערת על זכותה להגיש ערר, וזאת בניגוד להוראות נוהל המשיב מס' 5.1.0001. משכך לא ידעה המערערת, כי ביכולתה לעשות כן. אין זה ראוי להעלות טענה פרוצדוראלית, כאשר המשיב לא מסר כלל מהי הפרוצדורה הנדרשת בעניין כה מהותי, כשעסקינן בזכויות חוקתיות של תושבי ישראל וילדיהם וכאשר התייחסות מהותית והמרת המעמד היום לא תגרום כל נזק למשיב ותתיישב עם תיקון מס' 1 לחוק. כאן סורבה הבקשה מלכתחילה, שלא כדין בתקופה של שינויי דין קיצוניים שלא הובאו לידיעת הציבור, על יסוד מדיניות פסולה, אשר תוצאתה נוגדת את התיקון לחוק הוראת השעה. כאן, נפלו פגמים, הן בעצם מדיניותו של המשיב, **שהשתנתה היום**, הן בהיעדר נהלים כלל, לא כל שכן פרסום תבחינים כלשהם ונהלי פנייה בציבור והן באי הפניית המערערים להליכי ערר העומדים לרשותם.

39. רציונל תחולת עניין **דופש**, בעקבותיו התבקש שדרוג מעמד במקרים רבים שנים ארוכות לאחר שבקשות מסוג זה נדחו מחמת החלטת הממשלה 1813 וחוק הוראת השעה, יפה מקל וחומר בעניינם של ילדים, אשר המדיניות הקודמת בעניינם, אשר קבעה מגבלות רחבות, שלא נודעו בחוק הוראת השעה, בוטלה. כך, בשים לב, כי בניגוד לסוגיית **דופש** לא זו בלבד, כי החוק אינו מגביל הסדרת מעמדם, אלא שהחוק תוקן לשם צמצום הפגיעה בהם משנמצא, **כי אין לה הצדקה ביטחונית**.

40. המשיב לא פעל בהתאם לחובתו ליישם את קביעות פסק הדין החלוט בעניין **אבו גית**, בו נפסק כי יש לאפשר הגשת בקשה עבר ילדים ועבור בן הזוג עם שובה של המשפחה לישראל ולהסדיר שהייה זמנית עד לבחינת הבקשה. המשיב לא הטמיע את הקביעה שבעניין **אבו גית** בנהליו ולא פרסם זאת בציבור (ר' פסקה 11 לפסק דין **נופל**). אף על פי כן, ציפה המשיב, כי משפחות כמו משפחת המערערים החלשה תכרנה את פסק הדין מעצמן, תנחשנה את נהלי הפנייה, שלא עוגנו ותדענה את זכויותיהן בכל הקשור לאפשרות להסדרת מעמד ילדי המשפחה, מבלי שנוהל ותבחינים בנושא פורסמו. גם כעת, משהשתנתה המדיניות באופן המכיר בזכויותיהם של הורים וילדים לפנות למשיב עם שובם לישראל לשם בקשה להסדרת מעמדם, לא פורסמה המדיניות החדשה בשום מקום, וחרף התחייבות המשיב לעשות כן בהקדם לא שולבה עד כה בנהלים הנוגעים להסדרת מעמדם של ילדים (סעיף 6 להודעתו). לא ניתן לנקוט בסנקציה כה קשה ואכזרית על משפחות, אך ורק משום שבני המשפחה לא היו בקיאים בחידושי הפסיקה וברזי הבירוקרטיה הכמוסה, כאשר המשיב לא נקט בכל צעד כדי להפנים את הוראות בית המשפט אל תוך מדיניותו.

41. בעניין **אבו עיד** לעיל, לא זו בלבד שהמערערים לא התגוררו בישראל בשנתיים שקדמו להגשת הבקשה, כי אם המערערים כלל לא התגוררו בישראל בעת הגשת הבקשה ובשנים מאוחר לכך. למרות זאת, נקבע, כי היה על המשיב לדון בבקשה ולהכריע בה על פי המועד בו חלפו שנתיים מיום שובה של המשפחה לישראל, למרות זאת, נדון העיכוב הבלתי מוצדק באישור הבקשה, על פי פסק הדין בעניין **דופש**, אשר ניתן שנים רבות (העולות כדי שני עשורים) לאחר אותן התרחשויות. בין היתר, ציין בית המשפט את התשתית המנהלית החסרה והפוגענית באותה התקופה, בשל היעדרם של נהלים, אי פרסום הנחיות פנייה, והיעדר התבחין של שהייה

בישראל במשך שנתיים בעת הגשת הבקשה, גם בנהלים שגובשו שנים מאוחר יותר ופורסמו בסוף שנת 2008. ורי למשל, עע"מ 9168/11 פלוני נ' משה"פ, בפסקאות 20-22; ורי עניין ג'ובראן לעיל.

42. בסעיף 36 לסיכומי, טוען המשיב: "...הגשת 'בקשת סרק', כאשר המבקשים יודעים שאינם עומדים בדרישות המהותיות לקבלת מעמד, אינה יכולה ליצור למבקשים זכות לקבלת מעמד לפי גילם במועד הגשתה של אותה 'בקשת סרק'". אולם, מדוע בקשתה של תושבת ישראל, לחיות בארצה כדין עם בן זוגה וילדיה היא בקשת סרק? וכיצד על המבקשים לדעת שאינם עומדים ב"דרישות המהותיות" משאלה לא נמסרו לציבור ובהיעדרו של נוהל בנושא?

43. מייד כאשר הגיע עניינם של המערערים לטיפול המוקד להגנת הפרט, במסגרת הערר שהוגש כנגד החלטת המשיב לראות במערערים דגן תושבי שטחים ולהחיל עליהם את חוק הוראת השעה, באופן שימנע מהם קבלת מעמד, נכתב:

על פי עת"מ 8340/08 אבו גית נ' שר הפנים, הגם אם לא תאושר סופית בקשה לאיחוד משפחות והסדרת מעמד ילדים ללא מרכז חיים של שנתיים, הרי שיש לקבל את הבקשה ולהתחיל את ההליך המדורג. אישור סופי של הבקשה, באופן של הסדרת מעמד קבע, יינתן לאחר שנתיים. שאם לא נאמר כן, כיצד יוכלו בני המשפחה לבסס את מרכז חייהם בישראל, בעודם שוהים בלתי חוקיים. הנה כי כן, היה על לשכתכם לבחון את בקשתה של מרשתי ולאשר את שהיית הילדים בישראל עוד לפני שהוכיחו שנתיים של מגורים כאן. עם זאת, בניגוד לקבוע בעניין אבו גית, ביום 28.10.2007 נשלח סירובכם לבקשה, בשל היעדר "מרכז חיים קבוע ורצוף של לפחות שנתיים בתחום ישראל". בהמשך, סורבו גם בקשותיה של מרשתנו לרישום שני ילדיה הקטנים ולאיחוד משפחות עם בעלה, מאותו הטעם, וזאת כבר לאחר שמרשתי ומשפחתה חיו למעלה משנתיים בתחום ירושלים. זאת על אף הכרת המוסד לביטוח לאומי במרשתי כתושבת, מחודש 6/2006. (רי סעיפים 5-7 בנספח ע/12 שצורף לעתירה, מוצג ס/1 לסיכומים)

44. אכן, הסתבר שלא היתה הצדקה להנחיית המערערת להגיש בקשה חדשה לאחר שנתיים (להבנתה מיום הסירוב), באופן שגזר על שניים מילדיה להיוותר ללא מעמד.

45. לומר היום, כי המדיניות החדשה לא תחול על הילדים אשר אין חולק, כי היו צעירים מגיל 14 עת שבה המשפחה לישראל ולמרות הסכמת המשיב, כי מהותית יש לאפשר להורים להגיש בקשה עם שובם וכי גיל הילד יחשב כגילו בעת הגשת הבקשה - הינה החלטה פוגענית ואכזרית, לכל הפחות אין החלטה זו מדתית, משראינו שאת תכלית בחינת מרכז החיים ניתן להשיג באופן אשר פגיעתו בילדים תהא פחותה ולאור העובדה הזועקת, כי תכלית ביטחונית - אין.

ז. סוף דבר

שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד. (דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד (1) 48, 119).

46. מדיניות המשיב בעניין רישום ילדים, שחייבה המתנה של שנתיים בישראל בטרם הגשת הבקשה, נקבעה, ללא עיגון בחוק הוראת השעה, וגרמה לפגיעה לא חוקתית ולא חוקית בילדים ובמשפחות רבות. התוצאה הינה הותרת ילדים רכים שהיו בני 12 ו-13 עת שבו הוריהם להתגורר בישראל, ללא מעמד, ללא זכויות יסוד מהותיות, בהליך מבחן אינסופי וקריעת ילדים ששבו לישראל עם הוריה ואחיהם בגיל 16 ממשפחותיהם.

47. הודעת המשיב מיום 9.9.13 המצהירה על שינוי המדיניות, אינה מביאה נימוק של ממש לקיום המדיניות הקודמת, שתוקנה בעקבות הערות בית המשפט, מלבד הביטוי "לא נפל פגם". לא הובא כל נימוק שיכול להצדיק את אי-ביטול המדיניות כלפי ילדים שנפגעו ממנה שלא על פי חוק. נימוק שיכול להסביר אבחנה בין ילד שהגיש את בקשתו בשנת 2012 בטרם שינוי המדיניות, ולא יזכה למעמד, אלא יותר בהליך מבחן נצחי וילד שהגיש את בקשתו בשנת 2014 לאחר שינויה יזכה במעמד. המשיב אינו מתייחס כלל לגורלם של ילדים בגילאי 16 ועד 18 בעת שובה של המשפחה ישראל, אשר לעת הזו, דינם קריעה ממשפחתם, בניגוד לחוק ולהודעת המשיב לבית המשפט בפרשת גלאון. המשיב אף מדבר על מעמד ארעי בלבד ולא על מעמד של קבע, כפי שניתן לילדים עד גיל 14 לאחר הליך מבחן בן שנתיים.

48. השינוי המבורך בעמדת המשיב מכאן ולהבא, אין בו די. אין להפקיר ילדים צעירים לנפשם, לסטות מן העקרון המורה על השוואת מעמדו של ילד למעמד הוריו, רק משום שאיתרע מזלם והוריהם פנו להסדרת מעמדם מוקדם יותר, כאשר שררה מדיניות שהינה בלתי סבירה. ילדים אשר הקונסטרוקציה שיצר המשיב מתילה עליהם את חוק הוראת השעה, בניגוד ללשונו. טובתם של ילדים איננה עניין טכני או פרוצדוראלי אלא עניין שבמהות. זועקים הדברים שבעתיים, כאשר לאורך השנים ועד לעת האחרונה, אותו בסיס פרוצדוראלי בו נתלה המשיב, לא פורסם בציבור, באין תבחינים ונהלי הפנייה, ולאור שינוי המדיניות התכופים והקיצוניים שהתחוללו עד להתייצבות המדיניות עם פרסום הנהלים.

49. כמו אין די בפגיעה הנגרמת כתוצאה מחוק הוראת השעה מזה למעלה מעשור שנים (והיד נטויה), הרחיב אותה המשיב אל מעבר לגדרי החוק על מי שהמחוקק מצא, כי אין להגבילו מקבלת מעמד או משהייה בישראל. אין לפגוע באופן גורף ומתמשך, ללא בדיקה פרטנית במי שהוצאו מתחולת החוק. על המשיב לטפל בבקשות להקניית מעמד תושבות לילדים בצורה הוגנת, מזורזת, פשוטה ויעילה, בלא הפללת ילדים בשהייה בלתי חוקית, בהתאם לנהלים שיפורסמו כראוי, ועל-פי אמות מידה סבירות המתחשבות בטובת הילד ועולות בקנה אחד עם החוק.

היום: 24.2.2014

עו"ד עדי לוסטיגמן
ב"כ המערערים