

**העותרים: 1. האגודה לזכויות האזרח בישראל  
2. מוקד סיוע לעובדים זרים**

ע"י באי-כוח עוה"ד מיכל פינצ'וק ו/או דן יקיר ו/או  
דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או  
באנה שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור  
יהודה ו/או סוניה בולוס ו/או עאזם בשארה ו/או עודד  
פלר ו/או טלי ניר ו/או סיגל שהב

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

- נגד -

**המשיבים: 1. ממשלת ישראל**

**2. שר הפנים**

ע"י פרקליטות המדינה,  
משרד המשפטים, ירושלים

**עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי**

בהתאם להחלטת בית המשפט מיום 25.1.07 מוגשת בזאת עתירה מתוקנת למתן צו על תנאי המופנה למשיבים והמורה להם לבוא וליתן טעם מדוע לא יבוטל התנאי שבהחלטת ממשלה מספר 156, מיום 18.6.06 (להלן: "החלטת הממשלה" או "הסדר למתן מעמד לילדי מהגרי עבודה") לפיו יינתן רשיון למעמד קבע רק לילד, שהוריו נכנסו לראשונה לישראל כדין טרם מועד לידתו.

העתק החלטת הממשלה מס' 156 מיום 18.6.06 מצ"ב ומסומן ע/1.

**ואלה נימוקי העתירה:**

**מבוא:**

1. עתירה זו הוגשה בראשונה ביום 30.8.05 נגד ההסדר למתן מעמד לילדי מהגרי עבודה ולבני משפחותיהם, אשר נקבע בהחלטת הממשלה מס' 3807 מיום 26.6.05 (להלן – **החלטת הממשלה המקורית** או **ההסדר המקורי**). על פי ההסדר המקורי, שר הפנים רשאי היה להעניק רישיון לישיבת קבע בישראל לילד של מהגרי עבודה, אשר שהה עד כה בישראל ללא היתר, ובלבד שיתקיימו בו ארבעה תנאים: (א) הילד נולד בישראל, חי בה ברצף ונמצא בישראל במועד קבלת החלטה זו. יציאה קצרה לביקור מחוץ לישראל לא תהווה שבירת רצף; (ב) ביום קבלת ההחלטה הגיע הילד לגיל 10 לכל הפחות; (ג) הורי הילד נכנסו לישראל כדין באשרה וברישיון לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, טרם מועד לידתו; (ד) הילד לומד בבית ספר בישראל או סיים את לימודיו כאמור, דובר את השפה העברית, והרחקתו הצפויה מישראל תהיה כרוכה ב"הגליה תרבותית" למדינה, עמה אין לו קשר תרבותי. **על מנת לרכוש מעמד בישראל נדרש הילד לעמוד בכל התנאים.**

העתק החלטת הממשלה מס' 3807 מיום 26.6.05 מצ"ב ומסומן ע/2.

2. במקור הוגשה העתירה בשם העותרים דכאן ובני משפחת רובין, משפחת מהגרי עבודה, החיה בישראל כ-12 שנים, אשר ילדיה לא ענו לתנאי ההסדר המקורי ואשר צפויה היתה להידרש לעזוב את ישראל עקב כך. בעתירה דרשו העותרים להורות על ביטול שני תנאים לקבלת מעמד קבע בישראל, המופיעים בהחלטת המקורית: התנאי, כי הילד נולד בישראל, והתנאי, כי הורי הילד נכנסו לישראל כדין טרם מועד לידתו. טענת העותרים היתה, כי שני התנאים הללו הינם תנאים שרירותיים, החוטאים למטרת ההסדר המוצע: מציאת פתרון לילדי מהגרי העבודה, אשר התערו בחברה הישראלית, ואשר גירושם מישראל משמעותו הגלייתם לארץ זרה, שאין להם אליה קשר תרבותי ורגשי. הגשמת תכליתו המוצהרת של ההסדר, כך טענו העותרים, מחייבת שימת דגש על בחינת מרכז חיו של הילד, תוצר של שנות שהייה והתערות חברתית.

3. בתאריך 18.06.06 התקבלה החלטת ממשלה מספר 156 (להלן: "**החלטת הממשלה**") או ("**ההסדר**"), המתקנת את החלטת הממשלה המקורית, תוך שהיא קובעת לגבי חלק מהתנאים לקבלת מעמד דרישות מקלות יותר. כך, מבטלת ההחלטה את דרישת הלידה בישראל וקובעת במקומה, כי די בכך שבמועד קבלת ההחלטה הילד נמצא בישראל וחי בה ברצף לפחות 6 שנים, ובלבד שנכנס לישראל בטרם מלאו לו 14 שנים. כן היא קובעת, כי תנאי הוא, כי הכניסה הראשונה של ההורה לישראל, ולא כל כניסה שביצע לישראל, היתה כדין.

4. החלטת הממשלה, אם כן, מאמצת באופן חלקי את דרישת העותרים בעתירה המקורית. כמבוקש בעתירה מבטלת ההחלטה את תנאי הלידה בישראל ובמקומו קובעת תנאי, המתמקד במשך שהיית הילד בישראל כאינדיקציה להתגבשות מרכז חיים. בעקבות ביטול תנאי הלידה ענו ילדי משפחת רובין לתנאי ההסדר ובני המשפחה כולה נמצאו זכאים למעמד בישראל, וכך בא על סיפוקו הסעד הראשון, שנדרש בעתירה המקורית.

5. יחד עם זאת מותירה ההחלטה את התנאי, לפיו לשם קבלת מעמד נדרש, כי הורי הילד נכנסו כחוק לישראל - הדרישה לבטל תנאי זה היא העומדת בבסיס העתירה המתוקנת.

### הרקע העובדתי:

#### **על ילדים של מהגרי עבודה בישראל**

6. שהייתם הממושכת של ילדים של מהגרי עבודה בישראל הינה תוצאתם, בין היתר, של שני מחדלים ארוכי שנים של המשיבים: העדר מדיניות ברורה בתחום העסקת מהגרי עבודה בישראל והעדר פיקוח ואכיפה באשר לשהייה שלא כדין. שילוב שני גורמים אלה איפשר משך שנים כניסה בלתי מבוקרת של אזרחים זרים למדינת ישראל ושהייה ממושכת ללא היתר בתחומה. בדרך הטבע לווה ההליך בהקמת משפחות בישראל. בישראל חיים כיום ילדים בני עשר, בני חמש עשרה, בני עשרים ויותר, צאצאים לאותן משפחות.

7. היקף התופעה אינו ידוע בוודאות, ואולם **על פי הערכות מסיל"ה** (מרכז סיוע ומידע לקהילה הזרה במינהל השירותים החברתיים בעיריית תל-אביב-יפו), אשר הוצגו בפני בית משפט נכבד זה במהלך הדיונים בעתירה, **חיו בישראל בשנת 2005 בין 1,250 ל-1,300 ילדים בין הגילאים 0 ל-18, מהם 250 ילדים הם בין הגילאים 10 ל-18.**

הערכת מסיל"ה מצ"ב ומסומנת ע/3.

8. הערכה זהירה יותר, אשר הובאה ע"י העותרים במסגרת הדיונים בעתירה, ניתנה על-ידי גב' אנאבל ליפסיק-פרידלנדר, מרצה לשיטות מחקר ולסטטיסטיקה באוניברסיטת תל-אביב, החוקרת את נושא הילדים של מהגרי העבודה בישראל ובאירופה מזה מספר שנים, ואף בחנה את הנושא בין השנים 2001 ל-2003 במסגרת פועלה במרכז המחקר והמידע של הכנסת. **על פי אומדנה של גב' ליפסיק-פרידלנדר, שוהים כיום בישראל, לכל היותר, 438 ילדים בין הגילאים 10 ל-18.** אומדן זה מתבסס על נתונים, שנתקבלו ממחלקות המיחשוב וממינהלי החינוך בעיריות ירושלים, תל-אביב-יפו, חיפה ואילת – ערים, בהן ריכוז של ילדים של מהגרי עבודה.

העתק האומדן שערכה גב' ליפסיק-פרידלנדר מצ"ב ומסומן ע/4.

9. העדר האכיפה בא לקיצו לפני כשש השנים, במהלך שהחל עם תיקון חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9 משנת תשס"א), והסדרת הליכי מעצר וגירוש של שוהים שלא כדין בחקיקה ראשית. המשכו של המהלך בצמצום מכסות מהגרי העבודה בענפי ההעסקה השונים והכרזת הממשלה על מדיניות "שמים סגורים". שיאו – הקמת משטרת ההגירה והחלטת ממשלת ישראל לגרש מישראל בתוך שנה 50,000 מהגרי עבודה, השוהים בישראל שלא כדין. כתוצאה

מפעילות האכיפה הנמרצת, שלוותה בהגברת הפיקוח על דרכי הכניסה לישראל, קטן מספר השוהים שלא כדין בישראל באופן משמעותי. קהילות שלמות נעלמו.

העתק החלטת הממשלה מס' 2328 מיום 30.7.2002 בדבר גירוש 50,000 מהגרי עבודה, והעתק החלטת הממשלה מס' 2469 מיום 18.8.2002 בדבר הקמת משטרת ההגירה מצ"ב ומסומנים ע/5 ו-6.

העתק דו"ח מסיל"ה בעניין העלמות קהילות מהגרי העבודה מצ"ב ומסומן ע/7.

10. פעילות הנמרצת של משטרת ההגירה עוררה במלוא עוזה את שאלת עתידם של ילדי מהגרי העבודה. הורים לילדים נעצרו וגורשו מישראל, ומשפחות, אשר חיו לאורך שנים בישראל ללא פגע, פורקו. לראשונה נמצאו ילדים, אשר גדלו והתחנכו בישראל, בסכנת מעצר וגירוש.

## תולדות ההסדר ותכליתו

11. פעילות משפטית וציבורית נמרצת של העותרים וארגוני זכויות אדם נוספים, העוסקים בתחום מהגרי עבודה, עוררה שיח ציבורי נוקב סביב שאלת מעמדם של ילדי מהגרי העבודה, אשר חיו בישראל לאורך שנים כנוכחים נפקדים. פעילות זו הובילה לבסוף את שר הפנים דאז, מר אברהם פורז, לפעול למען הסדרת העניין, וזה הצהיר, כי בדעתו לערוך רפורמה בנושא מתן מעמד לזרים בכלל ומתן מעמד לילדי מהגרי עבודה בפרט.

12. הצהרות השר פורז הובילו ביום 4.1.04 לקבלת החלטת ממשלה מס' 1289, לפיה תוקם ועדת שרים "לבחינת הצעות בתחום מינהל האוכלוסין" (להלן: "ועדת השרים"), ובין היתר "בשאלת מתן מעמד לילדי שוהים בלתי חוקיים", אשר תקבע קריטריונים למתן מעמד. פירושה של החלטה זו היה, למעשה, נטילת סמכותו של שר הפנים להתוות מדיניות בסוגיה הנדונה, והעברתה לוועדת שרים בראשותו.

ביום 20.6.04 גיבשו שר הפנים דאז, אברהם פורז ושר העבודה והרווחה דאז, זבולון אורלב "הצעת החלטה בעניין מתן מעמד לילדי עובדים זרים".

העתק ההצעה להחלטה מיום 20.6.04 מצ"ב ומסומן ע/8.

13. נוכח טענת נציגי משרד המשפטים בוועדת השרים, כי קבלת ההצעה תוביל לטענות בדבר הפליית ילדי שוהים בלתי חוקיים פלסטיניים, הועברה ההצעה לאישור היועץ המשפטי לממשלה. ביום 9.11.04 אישר היועץ המשפטי לממשלה, במכתבו אל שר הפנים דאז, את הצעתו של השר, תוך המלצה, כי נוכח חוסר הוודאות בדבר היקף התופעה, תיקבע מכסה מספרית של ילדים, שיהיו זכאים לקבל מעמד, אשר תיבחן מחדש עם מיצויה.

מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, מיום 9.11.04 מצ"ב ומסומן ע/9.

14. למרות תמיכת היועמ"ש, לא התקבלה הצעת פורז-אורלב על דעת ועדת השרים ובעקבות חילופי גברי בממשלה נגנזה. ביום 16.3.05 הגיש שר הפנים דאז אופיר פז-פינס, הצעה ל"הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל".

15. ב- 26.6.05 התקבלה החלטת ממשלה מס' 3807, המאמצת את הצעת השר פינס. כשנה לאחר מכן התקבלה החלטת ממשלה מס' 156, המתקנת את החלטה 3807 וקובעת תנאים מקלים יותר לקבלת מעמד בישראל.

16. החלטת הממשלה נועדה לטפל בילדים של מהגרי העבודה, החיים בישראל לאורך שנים, מעורים בחברה הישראלית, בתרבותה ובמנהגיה, מכירים את שפתה ואת ערכיה, עד כי כיום, ניתוקם ממנה וגירושם לארץ המוצא של הוריהם כמוהם כהגלייתם לארץ זרה. מדובר בבעייה, ששורשיה, כאמור, במחדליה של המדינה. מחדלים אלה יצרו את אחריותה של המדינה כלפי הילדים, אשר מצאו עצמם לאורך שנים שוהים בישראל באופן לא חוקי, שלא מבחירה. ממשלת ישראל הכירה באחריותה כלפי הילדים וניסתה למצוא פתרון לבעייתם במסגרת **הסדר חד פעמי**, הוא ההסדר נשוא עתירה זו.

17. תכלית ההסדר החד פעמי בעניינם של ילדי מהגרי העבודה: מתן פתרון על בסיס עקרונית הומניטריים לבעייתם של הילדים, אשר הגיעו לישראל או נולדו בה בעל כורחם, וברבות השנים התערו בחברה בישראל. תכליתו של ההסדר עולה בקנה אחד עם הוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**) ועם תכליתו הכללית והקונקרטי – הקניית מעמד בישראל תוך מתן משקל להתגבשות מרכז החיים בישראל.

18. לשם השגת תכלית ההסדר, תיקנה ממשלת ישראל את החלטתה המקורית וקבעה בהסדר המתוקן שלושה תנאים, אשר בהתקיימם ניתן לקבוע, כי מרכז חיי הילד בישראל: שהייה ברצף לפחות 6 שנים ובלבד שנכנס לישראל בטרם מלאו לו 14 שנים, שליטה בשפה העברית ולימודים בבית ספר בישראל.

19. ואולם לצד שלושת התנאים הללו נותר בהחלטה התנאי, המתייחס לאופן כניסת ההורה לישראל. תנאי זה, המהווה כיום אחד מארבעת התנאים המצטברים לקבלת מעמד, אינו מגשים את תכלית ההסדר. תנאי זה מצמצם באופן בלתי טבעי, ובניגוד לתכלית הראויה של ההסדר, את מספר הילדים, הזכאים לקבל מעמד.

20. מדובר בתנאי שרירותי, הגורם לתוצאה הקשה, בה צעירים, אשר אין חולק כי מרכז חיהם בישראל, יגורשו ממנה. ברי, כי בבחינת מרכז החיים וההתערות אין כל הבדל בין נער בן חמש עשרה, אשר חי בישראל שש שנים ומעלה ואשר הוריו נכנסו לישראל שלא כדין, לבין כל נער ונערה אחרים בני גילו, אשר הוריהם נכנסו לישראל כדין טרם לידתו. הצבת התנאי, נשוא

עתירה זו, כתנאי הכרחי לקבלת מעמד, תוך התעלמות מכל אותם מקרים, בהם מרכז חיי הילד בישראל, חוטאת לתכלית החוק ולתכלית הראויה של ההסדר.

## הטיעון המשפטי

### מקור הסמכות לקביעת קריטריונים למתן מעמד לילדי מהגרי עבודה

21. סעיף 1(ב) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות תהיה ישיבתו מוסדרת על פי חוק זה. משום כך מוסדר מעמד ילדי מהגרי העבודה בישראל תחילה באמצעות חוק הכניסה לישראל, ורק בהמשך, לאחר קבלת מעמד חוקי בישראל, באמצעות חוק האזרחות, התשי"ב-1952.

21. סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל קובע תמישה סוגים של רישיונות ישיבה, אשר המשיב רשאי ליתן. רישיונות הישיבה נבדלים זה מזה במשך זמן הישיבה ובהיקף הזכויות הסוציאליות והאזרחיות-פוליטיות, אשר הם מקנים לבעליהם.

22. ההסדר המוצע לעניין מעמדם של ילדי מהגרי העבודה כולל תנאים למתן אשרה ורישיון לישיבת קבע. תושבות קבע היא הצורה הבסיסית ביותר של חברות מוסדרת במדינה. במקרים רבים תושבות קבע, ולא בהכרח אזרחות, היא המפתח להנאה מזכויות: תעסוקה, בטחון סוציאלי והשתתפות פוליטית מוגבלת. המדינה היא הספק המרכזי (ולעתים היחיד) של שירותים ויתרונות רבים, הנחוצים לניהול תקין של החיים, והחברות בה היא גורם קרדינאלי בקביעת רמת חייו של הפרט ואיכותם, החל מסיכוי לעבוד ולהתפרנס, עבור בחירויותיו האזרחיות והמידה בה הוא יכול להנות מהן, וכלה ברמת הבריאות, החינוך והתרבות, שהוא מקבל ואיכותם.

ראו:

William Rogers Brubaker, "**Membership Without Citizenship: The Economic and Social Rights of Noncitizens**" in *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, edited by Rogers Brubaker (Lanham, MD: University Press of America, 1989) p. 145-162;

Jules L. Colman and Sara K. Harding, "**Citizenship, the Demands of Justice, and the Moral Relevance of Political Borders**", in *Justice in Immigration*, edited by Warren F. Schwartz (Cambridge University Press, 1995) p. 30; ;

נעמה כרמי, "הגבלות על הגירה: מדיניות הגירה בתורת הצדק הליברלית" (חיבור לשם קבלת התואר "דוקטור לפילוסופיה", אוניברסיטת תל-אביב, 1999) עמ' 9-11, 66.

23. גם בישראל מהווה תושבות הקבע מפתח לביטחון אישי, תעסוקתי וסוציאלי. תושבות הקבע מעניקה, כאמור, זכות שהייה קבועה בארץ, תעודה מזהה (סעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965), זכויות סוציאליות (גמלאות הביטוח הלאומי משולמות על פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, למי שהוא תושב ישראל), זכות הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות (סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965) וכולי. לאחרונה אף תוקן סעיף 16(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959, באופן המאפשר את העסקתם של תושבי קבע בשירות המדינה.

24. תושבות קבע טומנת בחובה גם חובת נאמנות למדינה (סעיף 131 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, המחיל את עבירות הבגידה ופגיעה ביחסי החוץ של ישראל על אזרחי ישראל, תושב ישראל ומי שחייב בנאמנות למדינת ישראל), חובה לשרת שירות בטחון (חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 מטיל חובת שירות על אזרחי ישראל או תושב קבע) וחובות פיסקליות שונות (פקודת מס הכנסה, למשל, חלה על מי שהוא תושב ישראל).

25. שלל הזכויות והחובות, הנובעות מתושבות הקבע, הינו ביטוי להכרת המחוקק בהבדל המהותי בין מי שמוצא במדינת ישראל, מבחירה או מכורח, אתר עצירה זמני, לבין מי שמוצא בה אתר קבע להשתקע בו. מדובר בהבדל כמותי - פרק הזמן הארוך בו הוא שוה בישראל, ואיכותי - ככל שאדם חי זמן רב יותר במדינה, כך מתרבות זיקותיו אליה ותחושת שייכותו אליה מתעצמת. עם חלוף הזמן, הקשר הרגשי ותחושת השותפות בין הפרט לבין המדינה ותושביה מתחזק, עד כי נוצרת סולידריות הדדית בינו לבינם. **הדברים נכונים ביתר שאת כאשר השהות הארוכה במדינה מתקיימת בשנות ילדותו והתבגרותו של אדם, אותן שנים קריטיות, שבהן מעוצבת אישיותו ומתגבשות זיקותיו התרבותיות והחברתיות.**

### היקף הסמכות למתן מעמד ותכליתה

26. כיצד על הרשות להחליט מי יהא זכאי לקבל מעמד של תושב קבע בישראל ועל פי אלו קריטריונים? חוק הכניסה לישראל אינו קובע כל קריטריונים למתן רישיונות ישיבה בישראל, ומותיר את ההחלטה לשיקול דעתו של שר הפנים. לכאורה, נמנע המחוקק מלהטיל כל מגבלה על השר, והותיר את ההחלטה לשיקול דעתו המוחלט - ברצותו יתן למבקש אשרה ורישיון, וברצותו - לא יתן. לכאורה, אמרנו, ולא בכדי, שכן קיימים מקרים בהם ימצא, כי היה על שר הפנים לעשות שימוש בסמכותו ולהעניק למבקש מעמד. עניינם של ילדים רבים, אשר מרכז חייהם בישראל למרות שהוריהם נכנסו אליה שלא כדין, נופל בגדר קבוצת מקרים אלו.

27. רבות נכתב על שיקול הדעת הרחב, שניתן לשר הפנים מכוח חוק הכניסה לישראל, עד כי כיום אין עוד מחלוקת כי שיקול דעת זה, אף שזכה לא פעם לכינוי "מוחלט", אינו מוחלט כלל ועיקר, וכי גם הוא "נתון לביקורת של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת" (השופטת ביניש בג"צ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525):

"סמכותו של שר הפנים... [בחוק הכניסה לישראל נחזית על-פניה כסמכות שגוון של מוחלטות משוך עליה: סמכות ללא גבולות, סמכות הפורצת אל כל עבר עד-בלי-די. ואולם כפי שכבר נקבע בפרשת קנדל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527 ואילך) אין בו במשפט ישראל שיקול דעת 'מוחלט', וגם שיקול דעת המכונה שיקול דעת 'מוחלט' אין הוא שיקול דעת מוחלט כל עיקר... טובל הוא עד לשפתו במיגבלות המשפט הטבועות בכל סמכות וסמכות שהשילטון מחזיק בה; קד ומשתחוה הוא לכל עיקרי היסוד והדוקטרינות של שיטת המשפט; וזכויות היסוד של היחיד - בהן, ובראשן, אותן זכויות החרותות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק - מהוות חלק בלתי-נפרד במירקם הצופן הגנטי שלו." (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 30.3.2006), סעיף 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא (בדימוס) חשין).

28. כך כפוף המשיב לחובה הראשונית לשקול האם יש צורך בהפעלת סמכותו לתת מעמד, ולחובה לקיים דיון הוגן בנושא מתן מעמד, ללא דעות קדומות, תוך עריכת בדיקה עניינית, הוגנת ושיטתית טרם קבלת ההחלטה (ר': בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז(3) 29).

29. ממשלת ישראל ושר הפנים, האחראי על מינהל האוכלוסין ועל יישום ההסדר, עמדו בחובה ראשונית זו באופן חלקי בלבד, שכן עד היום לא נערך איסוף נתונים שיטתי לבחינת היקף התופעה, וכך ממשיך מינהל האוכלוסין לדבר על 2,750 ילדים, הצפויים להיכלל "בהסדר ילדי זרים", נתון הכולל בתוכו, לדברי ראש מינהל האוכלוסין עצמו, ילדים רבים נוספים, שאינם עונים להגדרה המקובלת של ילדי מהגרי עבודה.

30. כך גם כפופים המשיב והוועדה בראשה עמד, לכללים שקבע בית המשפט בעניין פגמים בשיקול הדעת המינהלי. עליהם לפעול בסבירות, במידתיות, בתום לב ובהגינות, ללא שיקולים זרים, שרירות או הפליה (ר' לעניין זה: רענן הר זהב המשפט המינהלי הישראלי (תשנ"ז) 109-106). התנאי, לפיו רק ילד שהוריו נכנסו לישראל כדין יהיה זכאי למעמד, מתעלם ממקרים רבים, בהם מרכז חיי הילד בישראל, וכי מדובר בתנאים שרירותיים, בלתי סבירים ובלתי מידתיים, המנוגדים לתכלית חוק הכניסה לישראל, במסגרתה המשיבים חייבים לקבוע את ההסדר; כמו גם לתכלית ההסדר: מציאת פתרון לבעיה הומניטרית קשה.

31. רק הסדר, המבטא התחשבות בנסיבות חייהם הייחודיות של ילדי מהגרי העבודה והנותן משקל בלעדי ומכריע להיות ישראל מרכז חייהם, תוך בחינת קריטריונים שונים להתגבשות מרכז חיים, ביניהם גילו של הילד, משך שהייתו בישראל, התערותו בחברה ובתרבות המקומית, שליטתו בשפה ועוד, יהווה הפעלה מושכלת של סמכות המשיבים, ויבטיח את הגשמת תכלית החוק בשלמותה. הצבת התנאי, נשוא עתירה זו, כתנאי הכרחי לקבלת מעמד, תוך התעלמות מכל אותם מקרים, בהם מרכז חיי הילד בישראל, חוטאת לתכלית החוק ולתכלית הראויה של ההסדר.



## דרישת כניסת ההורים כדין חוטאות לעקרון טובת הילד

32. התמקדות ההסדר בילדים ולא בהוריהם עולה מלשון החלטת הממשלה מס' 1289 מיום 4.1.2004, בה הוחלט על מינוי ועדת השרים "לבחינת הצעות בתחום מינהל האוכלוסין". הוועדה הוסמכה, בין היתר, לבחון את "שאלת מתן מעמד לילדי שוהים בלתי חוקיים". גם ההסדר הסופי שהתגבש הניח במרכזו את הילד; רק לאחר שנמצא, כי הילד עונה על תנאי ההסדר, יוענק מעמד ארעי להוריו ולאחיו, החיים עמו בישראל. מתן מעמד לבני משפחתו של הילד אינו נובע אלא מעקרון טובת הילד ומהכרת המדינה, כי היא מחוייבת שלא לנתקו ממרכז חייו בישראל, אם על ידי גירושו הוא, ואם על ידי גירוש משפחתו, עימה יאלץ לעזוב. הילד וטובתו, אם כן, הם העומדים במרכז החלטת הממשלה.

העתק החלטת הממשלה מס' 1289 מיום 4.1.2004 מצ"ב ומסומן ע/10.

33. ואכן, בכל פעולה מפעולותיה חייבת מדינת ישראל להניח את עקרון טובת הילד נר לרגליה, ולנהוג על פי מצוותו באופן שוויוני באשר לכל ילד וילד, הנמצא בתחומה של המדינה, יהיו מעמדו או מעמד הוריו אשר יהיו. השיקול של טובת הילד "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460 (להלן – עניין דויד)). חובותיה אלה של המדינה הביאוה לשיקול את בעייתם של ילדי מהגרי העבודה, ולגבש מדיניות באשר לעתידם:

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

34. גם האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – האמנה), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עקרון טובת הילד ורואה בו שיקול ראשון במעלה. סעיף 13(1) לאמנה קובע:

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

35. החובה לשיקול את עקרון טובת הילד, המעוגן באמנה, ולתת לו משקל ראשון במעלה, מובטחים לכל ילד וילד שבתחומה של המדינה. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי" (סעיף 12(1) לאמנה). כן מחויבות המדינות החברות 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" (סעיף 2)2 לאמנה).

36. על תחולתו והיקפו של סעיף 2 לאמנה עמדה "הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי". ועדת רוטלוי בחרה להדגיש מספר היבטים, הנוגעים לעיגון הזכות לשוויון, הקבועה בסעיף 2 לאמנה, וזאת בהתבסס, בין היתר, על פרשנות ועדת האו"ם לזכויות הילד את הוראות האמנה. מפאת חשיבותם הרבה לענייננו נביא את הדברים מתוך הדו"ח כלשונם (דו"ח הוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי – חלק כללי (מדינת ישראל, משרד המשפטים) 105-106):

- **היקף הזכאים על פי האמנה**: האמנה מחילה את הזכויות המעוגנות בה על כל ילד שבתחום שיפוטן של המדינות החתומות עליה. הגדרה זו מרחיבה את מעגל הילדים הזכאים וכוללת בו לא רק ילדי אזרחי המדינה אלא גם כל ילד המצוי בתחום שיפוט של המדינה, יהיה מעמדו, אשרתו או אזרחותו אשר יהיו. כך למשל, ילדי מהגרי עבודה השוהים במדינה באופן בלתי חוקי וכן ילדים נטולי אזרחות ותושבות מכל סיבה שהיא יהיו זכאים מכוח סעיף 2 לאמנה ליישום מלא של זכויותיהם על-פיה. לסעיף זה השלכות משמעותיות על המציאות בישראל, אשר קיים ספק אם מיישמת היא את הוראותיו כיום הלכה למעשה.
- **היקף הזכויות המעוגנות מכוח הסעיף**: סעיף 2(1) מעגן את איסור ההפליה ביחס לכל הזכויות הנתונות לילדים על-פי האמנה... סעיף 2(2) לאמנה [מרחיב] בקובעו זכות לילדים להגנה מפני הפליה או ענישה על ייסוד מאפייני הוריהם והאחראים עליהם הנקובים בסעיף, וזאת בכל הקשר וללא הגבלת זכות זו רק בכל הנוגע ליישום הזכויות על-פי האמנה.
- **חובת המדינה אקטיבית ולא פסיבית**: בסעיף זה האמנה נוקטת לשון חזקה של חובה (to ensure), שמלמדת על החשיבות שייחסו מכוני האמנה לעיקרון השוויון. הלשון שאותה נוקטת האמנה היא "המדינות יכבדו וייבטיחו..." (ס"ק 2(1)). כך מוטלת על המדינה בנוסף על חובתה הפסיבית לכבד את זכויות הילדים באמנה, גם חובה אקטיבית של הבטחתן. כיבוד דורש מהמדינה להימנע ממעשים שיפגעו בזכויות המוענקות לילדים על פי האמנה, ואילו הבטחה מעגנת גם התחייבות מעשית מצד המדינה לנקוט מגוון של צעדים כגון אבחון והערכה, תכנון אסטרטגי, חקיקה, פיקוח וחינוך. כל זאת, על מנת לצמצם את אי השוויון ועל מנת לאפשר לילדים שונים ליהנות מזכויותיהם הרלבנטיות ולהפעילן.
- **סוגי ההפליה המנויים באמנה**: האמנה מפרטת שורה של עילות להפליה – "מחמת גזע, צבע, מין, שפה, דת, השקפה פוליטית או אחרת, לאום, מוצא לאומי, אתני או חברתי, רכוש, נכות, לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, ובין אם של הוריו או אפטרופוסו החוקי"..." ייחודו של עיגון עיקרון איסור ההפליה באמנה הינו בין היתר בהתייחסות המופיעה בו לאיסור של הפליית ילדים מחמת מאפיינים של הוריהם. האמנה אינה מסתפקת בהגנה על הילדים מפני הפליה מחמת מאפיינים שלהם עצמם, ומרחיבה את האיסור על הפלייתם ואת חובתה של המדינה למניעת הפלייתם גם למאפיינים הקשורים בהוריהם, כך שכל רשימת מאפייני הילדים שבעטיים אסורה הפלייתם מוחלת אף בכל הנוגע

להפלייתם מחמת קיומם של אותם מאפיינים אצל הוריהם. לנושא זה מייחדת האמנה את סעיף 2(2). סעיף זה קובע חובה אופרטיבית מפורשת של המדינה לנקוט את כל האמצעים המתאימים, ללא כל סייג, על מנת להבטיח לילדים הגנה מפני כל צורה של הפליה או ענישה על יסוד מעמדם, פעילויותיהם, השקפותיהם או אמונותיהם של הורי הילד, אפוטרופוסיו החוקיים או בני משפחתו...

• **העדפה מתקנת:** בצד קביעת עיקרון איסור ההפליה מכירה האמנה על-פי פרשנותה המובאת במדריך יוניצ"ף ( *Unicef Implementation Handbook for the Convention on the rights of the child* (1998) ) באפשרות ובחובה לקיים העדפה מתקנת בנסיבות מסוימות כלפי קבוצות מסוימות של ילדים ואינה רואה בהעדפה המתקנת כהפרה של איסור ההפליה. האמנה מכירה בקיומן של אוכלוסיות המצויות באופן אינהרנטי במצב של מצוקה, חולשה או קושי (כגון ילדי פליטים, ילדים נטולי אזרחות או מעמד חוקי, ילדים עם מוגבלויות, ילדים המתגוררים ברחוב וכיו"ב), ובעניינן היא קובעת כי יש לנקוט פעולות יזומות כדי לשפר את מצבן, לרבות פעולות שהינן בגדר העדפה מתקנת.

• **התחשבות בשיקולים כלכליים-תקציביים:** ועדת האו"ם [לזכויות הילד] מדגישה כי פעולות של המדינות ליישום עיקרון איסור ההפליה ועיקרון טובת הילד אסור שיהיו תלויות במגבלות תקציביות. מטרת הוועדה להבטיח כי עקרונות אלו ישמשו כשיקולים ראשוניים במעלה בעת קביעת חלוקת המשאבים במדינה. דברים אלו יפים במיוחד בכל הנוגע לקבוצות פגיעות וחלשות בחברה. בעניין זה ראוי לציין כי גם סעיף 1(2) וגם סעיף 2(2) אינם כוללים סייגים למחויבות המדינה מסוגם של הסייגים המופיעים במקומות אחרים באמנה כגון: "עד מרב המידה האפשרית" או "על-פי המשאבים שברשותם" וכיו"ב. נראה כי היעדר הסייגים מבטא את ההכרה בחשיבות ובחוזק של איסור ההפליה כתנאי יסודי בהענקת זכויות לילדים, שעל המדינה לעמוד בו בכל פעולותיה ליישום הוראות האמנה.

37. סעיף 2 לאמנה קובע, אם כן, את עיקרון איסור ההפליה כעיקרון על ומנחה, אשר אותו:

"יש לקרוא אל תוך כל אחת מהוראות האמנה בעת יישומה. זאת, באופן שיישום הוראותיה והענקת זכויות מכוחה ייעשו תמיד באורח שוויוני ובלתי מפלה."  
(דו"ח ועדת רוטלוי, עמ' 105).

38. מדינת ישראל היא צד לאמנה, ובפסיקה נקבעה חזקה פרשנית, לפיה החוק החרות במדינת ישראל יפורש באופן המונע ככל האפשר התנגשות בין החוק הפנימי לבין עקרונות המשפט הבינלאומי, וזאת על מנת שהחוק הפנימי יעלה בקנה אחד עם התחייבויות המדינה לפי המשפט הבינלאומי (ע"פ 131/67 קמ"אר נ' מ"י, פ"ד (2) 85, 112). חזקה זו חלה, כמובן, גם על הוראות האמנה בדבר זכויות הילד (ע"פ 3112/94 אבו-חסן נ' מ"י, פ"ד (נג) 422, 430). ואכן, מאז אושררה האמנה על ידי מדינת ישראל, היא שימשה את בתי המשפט כמקור פרשני בפרשות רבות.

ראו, למשל, ע"פ 4596/98 פלוני נ' מ"י, פ"ד (נד) 145; ע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221; בג"צ 1554/95 עמותת "שוחרי גילית" נ' שר החינוך, פ"ד (נ) 2; דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד (נ) 48; ע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578; ע"פ 5224/97 מ"י נ'

שדה אור, פ"ד נב(3) 374; עניין דויד; ראו עוד: דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד (מדינת ישראל, משרד המשפטים ומשרד החוץ, 2001).

39. כך בכלל, באשר לזכויותיהם של ילדים, המעוגנות באמנה, וכך בפרט, באשר לעיקרון טובת הילד, המעוגן אף הוא באמנה. על המדינה לתת משקל מכריע לטובתם של ילדים – כל הילדים שבתחומה, יהיו מעמדם ומעמד הוריהם בישראל אשר יהיו. על המדינה לפעול באופן אקטיבי למימוש טובתם של הילדים, ולא להענישם בשל מחדליה שלה ובשל מעשי הוריהם. חובותיהם של המשיבים על פי הדין הישראלי ועל פי הדין הבינלאומי מקרינות על שיקול הדעת הרחב שבחוק הכניסה לישראל, ועל עיצוב ההסדרים, הנקבעים על פיו.

40. תכליתו של ההסדר, כאמור, להבטיח את טובתם של הילדים. ואולם, דרישת הכניסה כדין של ההורים מחטיאה את תכליתו של ההסדר וחוטאת לעקרון טובת הילד. הדרישה מפלה לרעה בין ילדים, שהתערותם בישראל מוחלטת, על בסיס בלתי רלוונטי לעניין התערותם, מענישה ילדים בשל מעשי הוריהם, בהם לא חטאו, ודנה אותם למעצר, לגירוש ולגלות רק משום שהוריהם פעלו שלא כדין. התוצאה היא פגיעה קשה ובלתי הפיכה בטובת הילד, תוך הפרת מחויבותיה של מדינת ישראל.

### **ההסדר בלתי סביר בשל מתן משקל מכריע לאופן כניסת הורי הילד לישראל**

41. על-פי ההסדר, במקרים, בהם הורי הילד נכנסו לישראל שלא כדין, אין ליחס כל משקל לזיקתו החזקה לישראל. כך, אף שבישראל מרכז חייו של הילד אין הוא זכאי למעמד חוקי בה. תוצאה זו מנוגדת לחשיבות הרבה שייחס המחוקק, ובעקבותיו בית המשפט העליון לקיומו של קשר רציף ועקבי בין הפרט לבין מקום מגוריו, בהגדרת מושג התושבות, ומונע הגשמה מלאה של תכלית החוק וההסדר שנקבע מכוחו. ראו תקנה 11(ג) ותקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל; בג"צ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424,426; בג"צ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, תק-על 1614(2)95.

42. לא זו אף זו, תוצאה זו מנוגדת לתכלית ההסדר ולכוונת הממשלה כפי שהיא באה לידי ביטוי בהליכים טרם קביעת ההסדר המקורי ועל אחת כמה וכמה בתיקון המהותי, שבוצע בהסדר עם קבלת החלטה 156 וביטול תנאי הלידה בישראל תוך השבת מרכז הכובד לשאלת משך השהייה בתחומי המדינה.

43. על מנת שיוכל ההסדר המוצע להגשים את תכלית חוק הכניסה ואת תכליתו הוא במלואן ולעמוד בדרישת הסבירות, אין הוא יכול להתעלם מהזיקה החזקה של ילדים, העונים על שלושת הקריטריונים האחרים, המופיעים בו, ואין הוא יכול להותיר ילדים אלו ללא כל מעמד חוקי בישראל. מדובר במתן משקל לא ראוי לאינטרסים השונים, העומדים על הפרק, ביניהם האינטרס האישי המובהק של הילדים, אשר גורלם עומד על הפרק.

44. חוסר הסבירות במתן משקל מכריע לאופן כניסת הורי הילד לישראל בולט במיוחד נוכח היקף התופעה בה עסקינן. בנסיבות אלו נראה, כי בבסיס ההחלטה עומד רצון להעניש את הורי הילד, אשר נכנסו שלא כדין לישראל, ולא דווקא להבטיח אינטרס משמעותי כלשהו של המדינה.

45. ההסדר לוקה אם כן בחוסר סבירות בקובעו, כי על מנת לקבל מעמד של תושב קבע נדרש הילד למלא אחר ארבעה תנאים מצטברים, אשר אחד מהם אינו רלוונטי לגיבוש מרכז חיים בישראל. גם הממשלה הכירה בכך שמרכז חיים מקנה מעמד, אלא שהיא נכשלה עת קבעה קריטריון שאינו רלוונטי. כתוצאה מדרישה מצטברת זו נמנע מילדים רבים, אשר גדלו והתחנכו בישראל ואשר בישראל מרכז חיים, מעמד של תושב קבע או כל מעמד חוקי אחר.

### **ההסדר בלתי מידתי בשל אי התאמה בין התנאים הקבועים בו למטרותו**

46. כאמור, מטרת ההסדר היא למצוא פתרון לבעייתם ההומנית הקשה של ילדי מהגרי עבודה, החיים בישראל לאורך שנים ללא מעמד. למעשה נועד ההסדר להתאים בין המצב דה פקטו של ילדים אלו למצבם דה יורה, מתוך הכרה, כי גירושם מישראל כמו גם הותרתם כאן ללא הסדרת מעמדם, הינו מצב בלתי אפשרי במדינה דמוקרטית, החורטת על דיגלה שמירה על זכויות אדם וערכים הומניים.

47. כפי שנקבע לא פעם בעבר, שיקול דעת מינהלי הוא כדין רק אם הוא בוחר להגשמת מדיניותו באמצעי, המקיים את דרישת המידתיות (ראו לעניין זה: בג"צ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 9; בג"צ 987/94 ירונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, 435; בג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728). כך במיוחד במקרה כדוגמת מקרה זה בו פוגעת ההחלטה בזכויות אדם ואולם, גם במקרים בהם נמצא, כי אין פגיעה בזכויות אדם וכי הפעולות המינהליות נועדו לתכלית ראויה, עשויים אלו להיות שלא כדין, אם נמצא כי אין הם עומדים בדרישת המידתיות (בג"צ 6893/05 לוי נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(2) 876).

48. במסגרת מבחן המידתיות נבחן היחס בין האמצעי הנבחר, במקרה דנן ההסדר למתן מעמד לילדי מהגרי עבודה על תנאיו השונים, לבין מטרת ההסדר ותכליתו. הנחת המוצא היא, שהמטרה כשהיא לעצמה - מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם אף האמצעי להשגתה, אמצעי ראוי הוא. "עקרון המידתיות... נועד למנוע פגיעה יתרה בחירותו של היחיד. הוא קובע כי האמצעי השלטוני צריך להיגזר בקפידה כדי להלוים את הגשמת התכלית. בכך בא לידי ביטוי עקרון שלטון החוק וחוקיות השלטון" (בג"צ 3477/95 בן עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 12)

49. שלושת מבחני משנה למבחן המידתיות הם: הראשון, מבחן הקשר הרציונלי; השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; והשלישי, מבחן התועלת מול הנזק. להלן נבחן כיצד עומד ההסדר בשלושת המבחנים.

50. "האמצעי אשר המינהל נוקט צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר המינהל מבקש להשיגה. האמצעי צריך להוביל באופן רציונאלי להגשמתה של המטרה" (שם, עמ' 12). כאמור לעיל, מטרת ההסדר היא למצוא פתרון לבעייתם ההומנית הקשה של ילדי מהגרי עבודה, החיים בישראל לאורך שנים ללא מעמד, אף שבישראל מרכז חייהם ואין הם מכירים מקום אחר בילתה. על מנת שישראל תהפוך למרכז חייו של ילד נדרש, כי ישהה בתחומה תקופה ממושכת, בשנים הקריטיות לגיבוש זהותו האישית, וכי יתערה חברתית ותרבותית בה. **אופן כניסת הורי הילד לישראל אינו משליך על התגבשות מרכז חייו כאן.**

51. בד בבד עם קביעת תנאים המבטיחים, כי אכן יינתן מעמד לילדי מהגרי עבודה, אשר ישראל מהווה מרכז חייהם, מבחנים המתייחסים לגילו של הילד, משך שהייתו בישראל, ורמת התערותו בחברה הישראלית, כללו המשיבים במסגרת ההסדר תנאי בלעדיו אין, שאינו רלוונטי להגשמת מטרתו. בעשותם כן, יצרו המשיבים הסדר פגום, אשר אינו מהווה אמצעי מתאים להגשמת תכליתו הראויה.

52. יוצא, כי ההסדר אינו עומד במבחן המשנה הראשון לבחינת מידתיות פעולות המינהל, והינו פסול בשל כך בלבד. למעלה מהנדרש נוסף ונבחן האם עומד ההסדר בשני המבחנים הנותרים: מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן התועלת מול הנזק.

53. "החייט המינהלי צריך לתפור את החליפה המינהלית באופן שתהא גזורה בהתאם למטרה המנחה אותו, תוך בחירה באמצעי הפוגע פחות באדם. זהו מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה." (שם, עמ' 12). בעניינו פשיטא, כי בבוחרם תנאים, הזרים למטרת ההסדר, תנאים נוקשים, המהווים מכשול בפני ילדים רבים, אשר עונים לכאורה למטרת ההסדר, ילדים אשר אלמלא כן היו נמצאים זכאים לקבל מעמד חוקי בישראל, יצרו המשיבים הסדר, הפוגע באדם מעבר לנדרש לשם הגשמת מטרת ההסדר.

54. נדגיש, כי במקרה זה עסקינן בפגיעה בלתי הפיכה. כפי שצויין במפורש בסעיף ג' להסדר, "החלטה זו הינה **הסדר חד פעמי** לשעה. בהתאם לכך, בקשות לקבלת מעמד... **לא תתקבלנה בקשות לאחר מועד זה**" וכך, ילדים אלו, הנדרשים לעזוב את ישראל ולעקור לארץ זרה, מוצאים מסביבתם המוכרת ונתלשים ממסלולם הטבעי; ספק רב אם יוכלו אי פעם לשוב ולהיקלט בישראל באופן חוקי.

55. ולבסוף, משהחליטו המשיבים, כי ברצונם להסדיר את מעמדם של ילדי מהגרי העבודה, אשר ישראל היא מרכז חייהם, לא ברור איזו תועלת צומחת, אם בכלל, מהסדר, בו קבוע תנאי זר

לשאלת התגבשות מרכז חיים, מבחן המותיר ילדים רבים מחוץ להסדר מסיבות לכאורה לא ענייניות. בנסיבות אלו ברי לכל, כי אף במבחן הנזק מול התועלת כשל ההסדר נשוא עתירה זו.

56. ודוקו, גם אם נאמר כי יש בהסדר, בנוסחו כיום, תועלת כלשהי לציבור הישראלי, הרי שנוכח הנזק החמור, הנגרם לילדים רבים, מדובר בהסדר, המפר את חובת הרשות השלטונית לקיים איזון סביר בין הצרכים של הכלל לבין הפגיעה בפרט.

57. נשוב ונאמר, כי חוסר האיזון במקרה זה בולט במיוחד נוכח הערכות בדבר המספר הקטן של הילדים המוצאים מההסדר בשל תנאי זה. בנסיבות אלו גם אם נכיר בקיומו של אינטרס לגיטימי מצד המדינה להבטיח כניסה כחוק לתחומיה הרי שמדובר במתן משקל בלתי ראוי לאינטרס זה, היוצר תחושה קשה, כי בבסיס קביעת התנאי עומד הרצון להעניש את הורי הילדים תוך התעלמות מהפגיעה הקשה בילדיהם.

58. האמור מקבל משנה תוקף נוסף בבואנו להפעיל בחינה יחסית של מבחן זה. לפי בחינה זו "נבחנת הפעולה השלטונית לעומת חלופה אפשרית לה שתועלתה תהא פחותה במידת מה מן הפעולה השלטונית המקורית. הפעולה השלטונית המקורית תהא בלתי מידתית על פי מבחן המידתיות "במובן הצר" אם הפחתה מסוימת ביתרון המושג מן הפעולה המקורית, למשל באמצעות נקיטת החלופה האפשרית, תבטיח הפחתה משמעותית בנזק שנגרם מן הפעולה המקורית". (בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840).

### ההסדר פוגע בזכות לשוויון

59. החלטת הממשלה, מובילה לתוצאה מפלה, לפיה ילדים, אשר אין כל שוני מהותי בינם לבין חבריהם, אינם זכאים למעמד בישראל.

60. רבות נכתב ונאמר על הזכות לשוויון ועל איסור ההפליה. "...עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של משפטנו. אף שאינו כתוב על ספר - כלומר, אינו מהווה חלק מחוקה כתובה ונוקשה הרי "הוא מנשמת אפו של המשטר החוקתי שלנו כולו". כל דבר חקיקה מתפרש באופן שתכליתו הינה להגשים שוויון בין אדם לבין חברו ולא להפלות ביניהם. מכאן שכל סמכות שלטונית הפועלת מכוח הוראת חוק, חייבת לפעול מתוך שוויון, שאם לא כן, תחרוג מסמכותה". בג"צ 637/89 "חוקה למדינת ישראל" נ' שר האוצר, פ"ד מו(1) 191, 201 (להלן: "בג"צ חוקה למדינת ישראל").

61. החלטה מפלה היא החלטה פסולה. "הפליה פסולה פרושה יחס שונה אל שווים; פירושה יחס בלתי שווה ובלתי הוגן למי שראויים לאותו יחס. לא כל הבחנה ביחס הרשות אל אזרחיה, בין אזרח למישנהו, מהווה הפליה. לעיתים יש הצדקה להבחנה כזו, בשל שוני כזה או אחר בין השניים. וכבר נאמר, ש'לא כל הבדלה בין סוגי בני אדם שונים קרויה 'הפליה'; גלום בו במושג ההפליה הרעיון של אי הגינות שבנהיגת אי שוויון בשווים'. ההפליה, להבדיל מהבחנה בין

פלוגי למשנהו, משמעותה מנהג שרירותי של איפה ואיפה, שאין לו הצדקה בשל העדר שוני הגיוני משמעותי בנסיבות בין האחד למשנהו" (בג"צ 678/88, 803 כפר ורדים ואח' נ' שר האוצר ואח', פ"ד מג(2)501, 507–508).

62. לא בכל מקרה של הפליה זכאי המופלה לכך שתוענק לו אותה טובת הנאה או זכות, המוענקות לאחרים שאינם שונים ממנו. בבג"צ "חוקה למדינת ישראל" דן השופט ברק בהבחנה בין שלושה מצבים שונים. במצב הראשון מדובר באינטרס מוגן, אשר הרשות השלטונית שוללת באופן מפלה מפלוגי; במצב השני אין מדובר באינטרס מוגן, ולרשות השלטונית אין שיקול דעת האם להעניקו או לא. חרף זאת מעניקה הרשות את האינטרס לאחרים ובדרך מפלה אינה מעניקה אותו לפלוגי; במצב השלישי אין מדובר באינטרס המוגן באופן אובייקטיבי בדין. עם זאת, הדין הסמיך את הרשות השלטונית על פי שיקול דעתה להעניק אינטרס זה לפלוגי ולאחרים. הרשות השלטונית עושה שימוש בשיקול דעתה, מעניקה את האינטרס לאחרים, אך מפלה ושוללת זאת מפלוגי.

63. אמנם לטענת העותרים, מדובר במצב הראשון, אבל גם אם נקבל את עמדת המשיבים, לפיה נמצאים אנו, לכאורה, במצב השלישי, התוצאה לא תשתנה. לטענת המשיבים לילדי מהגרי העבודה אין זכות מוקנית לקבל מעמד של תושב קבע בישראל מכוח שהייתם ארוכת השנים כאן, ואולם לרשות השלטונית יש סמכות מכוח חוק הכניסה לישראל להעניק להם מעמד זה. ואכן ממשלת ישראל החליטה, כי המשיב יפעיל סמכותו זו, אולם קבעה כתנאי למתן המעמד קריטריונים זרים, המובילים לתוצאה בלתי סבירה, המפלה את ילדים ביחס לחבריהם בני המזל, אשר לא רק גדלו והתחנכו בישראל אלא שאף הוריהם נכנסו אליה כדין.

64. במצב זה קובע השופט ברק "התשובה מתבקשת מאליה: פלוגי זכאי ליחס שוויוני מטעם הרשות השלטונית. אם הרשות השלטונית קבעה מדיניות, לפיה זכאים האחרים לטובת הנאה, הרי לאור הדמיון בין פלוגי לבין אותם אחרים, גם פלוגי זכאי להיכלל במסגרת מדיניות זו... משהחליטה הרשות השלטונית לקבוע מדיניות, לפיה האחרים זכאים לטובת הנאה מסוימת, הרי מחוייבת היא מכוח עקרון השוויון, להעניק טובת הנאה זו גם לפלוגי. ההחלטה המפלה דינה להתבטל, ותחתיה חייבת לבוא החלטה המשווה את פלוגי ואת האחרים" (שם, עמ' 205, פסקה 19 לפסק הדין).

### **מדיניות המשיב מנוגדת לערכי מדינת ישראל**

65. נוכח ההשלכות הקשות של אימוץ תנאי כניסת ההורים לישראל כחוק כתנאי בלעדיו אין למתן מעמד בישראל, מנוגד ההסדר לערכי מדינת ישראל. "מדינת ישראל היא מדינה שערכיה יהודים ודמוקרטים. הקמנו כאן מדינה שומרת חוק, המגשימה את יעדיה הלאומיים ואת חזון הדורות, והעושה כך תוך הכרה בזכויות האדם בכלל ובכבוד האדם בפרט והגשמתם" (בג"צ 3451/02 אלמדני נ' שר הביטחון, פ"ד נו(3) 30, 34–35).



66. כמדינה דמוקרטית מחויבת הרשות בכל פעולותיה לזכויות האדם ולשמירה על האיזון הראוי בין לבין האינטרס הציבורי. כך מחויבת היא שלא להעניש ילד על חטא הוריו ולהגן על כבודו וזכויותיו בבואה לקבוע האם יינתן לו מעמד בישראל. שלטון, החפץ לכוון את משטרו על אבני הדמוקרטיה, מחויב בהתנהלות שוויונית והומנית ובהכרה של ממש בכבודו ובזכויותיו של כל אדם באשר הוא. "מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלו, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם, גם אם הוא נמנה עם אויבינו". (בג"צ 794/98 עובייד נ' שר הביטחון, פ"ד נה(5) 769, (775).

67. דברים אלו, אשר נאמרו בהתייחס לעצורים מינהליים, לגביהם קבע בית המשפט, כי "בשחרורם טמונה לעת הזו סכנה של גרימת נזק ממשי לביטחון המדינה ולשלום התושבים" יפים בבחינת קל וחומר בענייננו, עת מדובר בילדים וצעירים נורמטיביים, אשר גדלו והתחנכו בישראל, התערו בחברה הישראלית והינם ישראלים לכל דבר ועניין.

68. אי מתן מעמד לילדים, אשר ישראל היא מרכז חייהם, פרושו הרחקתם מישראל וניתוקם מכל אשר הכירו עד כה. הותרת ילדים אלו מחוץ להסדר והרחקתם מישראל הינה תוצאה קשה נטולת חמלה והומניות כלפי ילדים אלו, אשר הגיעו לישראל שלא מבחירתם, ומצאו עצמם בחלוף השנים חלק ממדינה, בה הם בגדר שוהים בלתי חוקיים.

69. כמדינה יהודית מחוייבת הרשות לפעול כ"מדינה שערכי החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל הם ערכיה. "מדינה יהודית" היא מדינה שערכיה שאובים ממסורתה היהודית, שהתנ"ך הוא הבסיסי שבספריה ונביאי ישראל הם יסוד מוסריותה" (אהרן ברק פרשנות במשפט - פרשנות חוקתית (תשנ"ד) 332). כך, מחויבים אנו לכבד את הגר ולדאוג לרווחתו: "וְכִי יִגֹּר אֶתְּךָ גֵר בְּאַרְצְךָ - לֹא תוֹנוּ אֹתוֹ; כִּי אֶתְּךָ מִכֵּם יִהְיֶה לְכֵם הַגֵּר הַגֵּר אֶתְּכֶם, וְאַהֲבֵתְ לֹא כְמוֹן - כִּי גֵרִים הָיִיתֶם בְּאַרְץ מִצְרָיִם" (ויקרא, יט, לג).

70. יפים לענייננו במיוחד דברי המשנה לנשיא (בדימוס) חשין בבג"צ 2722/92 אלעמרין נ' מפקד כוחות צה"ל ברצועת עזה, פ"ד מו (3) 693, 705: "וזו רוח האדם, רוח היהודי, אשר על כנפיה נישאנו כל הדורות ואותה ינקנו עם חלב אמנו: "לא-יומתו אבות על בנים ובנים לא-יומתו על-אבות איש בחטאו יומתו". כך לימדנו ספר דברים (כד, טז [ב]), וכך למדנו במלכים ב, והיא תורת משה: בעת מלוך יהואש מלך יהודה קמו עליו עבדיו יוזכר בן שימעת ויהוזבד בן שומר והרגוהו (מלכים ב, יב, כא-כב [ג]). אחריו מלך ביהודה אמציהו, וכך מספר לנו הכתוב (שם, יד, ה-ו [ג]): "ויהי כאשר חזקה הממלכה בידו ויך את-עבדיו המכים את-המלך אביו; ואת-בני המכים לא המית ככתוב בספר תורת משה אשר-צוה ה' לאמור לא-יומתו אבות על-בנים ובנים לא- יומתו על-אבות כי אם-איש בחטאו ימות" (קרי: יומת). .... זו הרוח וכך נעשה: "בימים ההם לא-יאמרו עוד אבות אכלו בסר ושני בנים תקהינה; כי אם-איש בעונו ימות כל-האדם האכל הבסר תקהינה שניו" (ירמיהו לא, כח - כט [ד]).

לא עוד אבות אכלו בוסר ושיני בנים תקהינה ולא עוד בנים אכלו בוסר ושיני אבות תקהינה;  
ואיש בעונו יומת”

71. בעקבות אימוץ תנאי הכניסה כחוק יידרשו ילדים וצעירים, השוהים בישראל שש שנים ומעלה, דוברים עברית ולומדים במערכת החינוך בישראל, לעזוב את ביתם ולעקור לארץ זרה. תוצאה קשה זו ודאי שאינה עולה בקנה אחד עם ערכי הצדק והמוסר, לאורם מגשימה מדינת ישראל את יעדיה.

### **ההסדר בראי המשפט המשווה**

72. אם נפנה לבחון את ההסדרים, הנוגעים לילדים של מהגרי עבודה במשפט המשווה, נווכח, כי ההסדרים במדינות העולם מיטיבים עם ילדים לאין ערוך מן ההסדר, בו בחרו המשיבים.

73. **העתירה דנן דנה בהסדר אדמיניסטרטיבי, חד פעמי, צופה פני עבר, אשר נועד לפתור בעיה ספציפית ונקודתית, שהמשיבים שותפים מלאים להיווצרה.** אין מדובר בהסדר, הצופה פני עתיד, שנקבע בחקיקה הראשית. משכך, בחינת ההסדר בראי המשפט המשווה ראוי שתעשה אל מול הסדרים דומים בהיקפם ובהשלכתם. ייקל להבין כיצד הסדרים חקיקתיים, אשר אינם מהווים פתרון אד-הוק לבעייה מסוימת, מעמידים תנאים מחמירים יותר להסדרת מעמד.

74. לא זו אף זו, בבואנו להשוות את ההסדר לנעשה בעולם ראוי לזכור, כי **עניינו של ההסדר אינו הקניית אזרחות**, אלא הקניית תושבות קבע לילדים, המבקשים מעמד מכוחו, ותושבות ארעית, המתחדשת מעת לעת, ליתר בני המשפחה (וזאת עד הגיע הילד המבקש לגיל 21).

75. **בבריטניה** נקבע הסדר המאפשר למהגרי עבודה לרכוש מעמד של קבע, ובלבד ששהו בבריטניה ארבע עשרה שנים. עת מדובר במשפחת מהגרים, בהן ילדים קטינים, די בשבע שנות שהייה על מנת לרכוש מעמד של קבע. בריטניה אינה מתנה את הקניית המעמד בלידת הילדים במדינה או בכניסתם אליה כחוק.

76. הסדר דומה נקבע גם **בבלגיה**. בשנת 1999 נקבע הסדר חד פעמי, שנועד להקנות מעמד למהגרים, אשר שהו בתחומי בלגיה שנים רבות ללא אשרה. במסגרת ההסדר ניתנה למהגרים תושבות. התנאי לקבלת המעמד היה שהייה בתחומי בלגיה במשך שש שנים בלבד, מבלי שהוצא נגד המבקש צו גירוש במהלך תקופה זו. משפחות, בהן ילדים קטינים, נדרשו לשהות במדינה משך חמש שנים בלבד. הנה כי כן, אף במדינה זו, המאוזכרת בטענותיהם של המשיבים, אין הכרח, כי המבקש יוולד במדינה זו או כי נכנס אליה כחוק, על מנת שיוכל לרכוש שם מעמד של תושב.

77. במקביל להסדרים האדמיניסטרטיביים הללו נקבע בשתי מדינות אלו במסגרת חקיקה ראשית הסדר הענקת אזרחות נוקשה בהרבה.

78. **בצרפת** נקבע הסדר, המקנה תושבות קבע למהגרים, אשר שהו בתחומי המדינה שנים מספר. בין היתר זכאים למעמד של קבע סטודנטים, אשר שהו בצרפת משך חמש עשרה שנים, מהגרים, אשר שהו עשר שנים, ומשפחות, בהן ילדים קטינים, אשר שהו בה משך שלוש שנים.

79. **בספרד** נערך הסדר חד פעמי, על פיו כל משפחת מהגרים, אשר שהתה בספרד עד לשנת 1996, יכולה היתה לרכוש בה תושבות ארעית.

80. הנה כי כן, עת מדובר **בהסדר אדמיניסטרטיבי, הצופה פני עבר**, והמקנה למבקש **תושבות קבע** לכל היותר, נקבעו תנאים מקלים. אף אחד מן ההסדרים אינו מתנה את קבלת המעמד בכניסה לתחומי המדינה כחוק.

ראו:

Amanda Levinson, *The Regularisation of Unauthorized Migrants: Literature Survey and Country Case Studies*, Centre on Migration, Policy and Society, Oxford University, 57 (2005).

<http://www.compas.ox.ac.uk/publications/papers/Regularisation%20Report.pdf>

טבלה, המסכמת את המאמר, מצ"ב ומסומנת ע/11.

## סוף דבר

81. תכלית ההסדר, מציאת פתרון הומני לסוגיית המעמד של ילדי מהגרי העבודה בישראל, תכלית ראויה היא; אולם נוסח ההסדר, אף לאחר תיקונו במסגרת החלטת ממשלה מס' 156, חוטא לתכלית זו - בפועל נותרו ללא מענה ילדים וצעירים, אשר את בעייתם נועד ההסדר לפתור, חשופים לגירוש בכל עת. מצב זה הינו בלתי סביר, מנוגד לתכלית חוק הכניסה לישראל וההסדר שנקבע מכוחו, ולערכי מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית.

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

נחתם ביום 07/02/2007

---

מיכל פינצ'וק, עו"ד  
באת-כוח העותרים