

בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

המעוררים: 1. רבי אליעזר קרוז, דרכון הפיליפינים NN0181397

(קטין, באמצעות הוריו, המערערים 2 ו-3)

2. לורנה ג'בול קרוז, דרכון הפיליפינים PP0172099

3. כריסטופר קסטרו קרוז, דרכון הפיליפינים SS0258097

ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או
אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או לילה
מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או טלי ניר ו/או גיל גן מור ו/או
נסראת דקואר ו/או נסרין עליאן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165

דוא"ל: oded@acri.org.il

וכן ע"י ב"כ עוה"ד יונתן ברמן ו/או עדי וילינגר ו/או גילה ברזילי

ממוקד סיוע לעובדים זרים

רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טלפון: 03-5602530; פקס: 03-5605175

- נ ג ד -

המשיבים: 1. שר הפנים

2. משרד הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה,

משרד המשפטים, ירושלים

הודעת ערעור

מוגש בזה ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים (כב' השופט משה סובל) בעת"ם 8790/08 מיום 5.1.2009 (הומצא ביום 6.1.2009).

פסק דינו של בית המשפט קמא מצ"ב ומסומן מע/1.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהורות למשיב 1 (להלן – **המשיב**) ליתן למערער 1 רישיון לישיבת קבע בישראל, ולהוריו, המערערים 2 ו-3, רישיונות ישיבה ארעיים, אשר יחודשו מעת לעת.

ואלה נימוקי הערעור:

החלטת המשיב נשוא הערעור ופסק דינו של בית המשפט קמא

1. עניינו של הערעור בבקשתו של המערער 1, אשר נולד בישראל בשנת 1998, גדל והתחנך בישראל ואת גבולותיה לא יצא מעולם, לרכוש בה מעמד. כ-400 משפחות, המונות כ-2,300 נפש, ובהן ילדים בגילו ובמצבו של המערער 1, רכשו זה מכבר מעמד של קבע בישראל, והוריהם של אותם ילדים קיבלו זה מכבר מעמד ארעי, מכוחה של החלטת הממשלה 156 מיום 18.6.2006 (להלן – **החלטת הממשלה**). החלטת הממשלה קבעה, כי מטעמים הומניטאריים המעמד יוקנה לילדים ש"התערו בחברה הישראלית ובתרבותה", ככל שבקשה מטעמים תוגש במסגרת ההסדר החד פעמי והמיוחד ובמועדים שנקבעו לכך.

העתק החלטת הממשלה מצ"ב ומסומן **מע/2**.

2. גם המערער 1 עומד בכל מבחני ההתערות שנקבעו בהחלטת הממשלה ובעקבותיה: הוא נולד בישראל וחי בה ברציפות מאז נולד; הוא דובר עברית; ולומד בבית ספר בישראל. גם המערער 1 הגיש בקשה לרכוש מעמד מכוחה של החלטת הממשלה במועד. חרף זאת, בקשתו – כמו בקשתם של ילדים ב-58 משפחות **בלבד** – נדחתה על הסף.

3. המשיב דחה את הבקשה על הסף, משום שהחלטת הממשלה קבעה בין תנאיה, כי היא חלה על ילדים שהוריהם נכנסו לישראל לראשונה כדין, בטרם הילד נולד או נכנס לישראל בעצמו. המערער 2, אימו של המערער 1, אשר הגיעה לישראל בשנת 1996 מן הפיליפינים כדי לעבוד ולהתפרנס, נכנסה בדרכון הנושא זהות שאינה שלה. הסיבה לכך: היא היתה בת שמונה עשרה שנים בלבד, ומשום כך צעירה מכדי לקבל רישיון עבודה. גם המערער 3, אביו של העותר 1, נכנס לישראל לפני מספר שנים בזהות שאולה, ואולם כיוון שכניסתו הראשונה לישראל היתה כדין – לא היה בכך כדי למנוע את הסדרת מעמדם של המערער 1 ושל הוריו. **אך ורק** מן הטעם שאימו של המערער 1 נכנסה לישראל לראשונה בזהות שאולה – עובדה שאין לה דבר עם המערער 1 שנולד שנתיים לאחר מכן – נדחתה על הסף הבקשה להסדיר את מעמדו בישראל, והוא והוריו נדרשו לעזוב את הארץ.

4. נגד תנאי זה בהחלטת הממשלה הגישו האגודה לזכויות האזרח בישראל ומוקד סיוע לעובדים זרים עתירה לבג"ץ (בג"ץ 8204/05 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' ממשלת ישראל). ביום 1.7.2007 נדונה העתירה בפני הרכב מורחב של שבעה משופטי בית המשפט הנכבד. בית המשפט קבע בפסק דינו, כי תכליתה של החלטת הממשלה "לפתור את העניין ההומניטארי שיש בקביעת מעמדם של ילדי מהגרי עבודה, וזאת על ידי קביעת קריטריונים להענקת רישיון לישיבת קבע להם ולמשפחותיהם". אותם קריטריונים גובשו, כך בית המשפט בפסק דינו, "במגמה להקל על הילדים ומשפחותיהם, אשר הרחקתם מהארץ תהווה בשבילם 'הגליה תרבותית'" (ההדגשות הוספו). העתירה הופנתה נגד תנאי הסף בדבר הכניסה הראשונה של ההורים.

5. במסגרת הדיון בעתירה הודיע המשיב, כי נותרו 58 משפחות בלבד, שבקשותיהן נדחו בשל תנאי הסף נשוא העתירה. בנסיבות אלה, משהמבקשים עצמם לא היו בפני בית המשפט, ומהמדינה מצידה ראתה "חשיבות לקיומו של תנאי הסף לצורך המסר ההרתעתי לנכנסים שלא כדין" (ההדגשה הוספה), משכו הארגונים העותרים את העתירה בכפוף להסדר הבא שעוגן בפסק הדין:

"המשיבים יבחנו את בקשות 58 הילדים ומשפחותיהם על בסיס פרטני. במסגרת בחינה זו ולפנים משורת ההחלטה העומדת בתוקפה ייבחנו על ידי שר הפנים מכלול הנסיבות הנוגעות לכל בקשה תוך שהשר יהיה רשאי להביא בחשבון את נתון הכניסה שלא כדין, שלא כתנאי סף." (סעיף 3 לפסק הדין).

העתק פסק הדין בבג"ץ 8204/05 מצ"ב ומסומן מע/3.

6. ההסדר שנקבע בפסק הדין, אם כן, נועד ליישב בין דרישת הארגונים העותרים, כי תנאי הכניסה הראשונה שלא כדין לא יהווה חסם, בגינו לא תיבחנה הבקשות לגופן, לבין עמידתה של המדינה על "מסר הרתעתי". התנאי בהחלטת הממשלה, שתכליתו, כאמור, הרתעתית, לא בוטל, ואולם שר הפנים התחייב להידרש לבקשות למעמד, ולבחון לגופן את נסיבות עניינו של כל ילד וילד, תוך שהוא רשאי להביא בין מכלול שיקוליו את כניסת ההורים לישראל שלא כדין. **הסדר זה, יודגש, חל אך ורק על 58 המשפחות, שהגישו את בקשותיהן במועד, ואולם נדחו בשל תנאי הסף. ההסדר אינו חל על ילדים אחרים, שייתכן שעומדים בתנאיה המהותיים של החלטת הממשלה, ואולם לא הגישו את בקשותיהם במועד.**

7. כך ארע גם בעניינו של המערער 1. לאחר שבקשתו נדחתה על הסף, ולאחריה גם ערר שהוגש על ההחלטה, הודע להוריו בכתב שיוכלו לפנות למשיב בבקשה לפי ההסדר שנקבע בבג"ץ 8204/05. המערער 1 והוריו פנו בבקשה כאמור. המשיב בחר להיוועץ בוועדה הבין-משרדית למתן מעמד מטעמים הומניטאריים, שדנה בעניינם של המערער 1 ושל הוריו ביום 4.6.2008. הוועדה המליצה לדחות את הבקשה מן הטעם הבא:

"לא נמצאו טעמים הומניטאריים מיוחדים להענקת מעמד בישראל."

ביום 22.7.2008 קיבל המשיב את המלצת הוועדה, ודחה את הבקשה.

8. על החלטה זו הוגשה עתירתם של המערער 1 ושל הוריו לבית משפט קמא הנכבד. במסגרת הדיון בעתירה הבהיר המשיב, כי לשיטתו, החלטת הממשלה משקפת את הבנת הממשלה "את המציאות ואת המצוקה אליה נקלעו ילדי עובדים זרים שגדלו בארץ והתערו בחברה הישראלית" (סעיף 27 לכתב התשובה). החלטת הממשלה, הדגיש המשיב בתשובתו, גובשה כ"הסדר לשעה", החלטה שכל-כולה התחשבות הומניטארית בילדיהם של שוהים בלתי חוקיים" (סעיף 29 לכתב התשובה). חרף הקריטריונים שנקבעו בהחלטה, המשיב הבהיר עוד, כי ההסדר לווה בהקלות שונות מטעם שר הפנים, ובהן ההנחיה, כי במקרים בהם קיים ספק באשר לתחולת הקריטריונים שבהחלטת הממשלה על המבקש, יפעל הספק לטובתו, וכן הנחיה, כי ההסדר יוחל גם על ילדים ששהו בישראל ארבע שנים ותשעה חודשים בלבד (סעיף 32 לכתב התשובה). בעקבות זאת, ואף שהחלטת הממשלה קבעה מועד סופי להגשת בקשות, נתן המשיב "הזדמנות נוספת" להגשת בקשות, למי שהקלת הגיל חלה עליו (סעיף 33 לכתב התשובה). יודגש, כי שר הפנים החליט על הקלות אלה על דעתו, ושלא על פי החלטת הממשלה.

9. המשיב מסר, אם כן, לבית המשפט קמא הנכבד, כי הקריטריונים שנקבעו בהחלטת הממשלה בדבר התערות הילדים בחברה הישראלית יסודם בטעמים הומניטאריים, המכירים במציאות ונועדו לפתור את מצוקת הילדים. המשיב אף הבהיר לבית המשפט קמא הנכבד, כי מטעמים הומניטאריים אלה, בחר מיוזמתו להגמיש את הקריטריונים, על מנת להוסיף ולפתור את מצוקתם של ילדים נוספים, רכים בשנים, והקנה מעמד של קבע לתלמידי גן חובה בני ארבע שנים ותשעה חודשים, טרם כניסתם לבית הספר, ומעמד ארעי להוריהם.

10. חרף זאת, המשיב עמד על כך, כי עניינו של המערער 1 – שהיה בן שמונה שנים וחודשיים במועד בו התקבלה החלטת הממשלה – אינו מגלה טעמים הומניטאריים, המצדיקים, כי יינתן לו מעמד של קבע, וכי יינתן להוריו מעמד ארעי. המשיב לא הבהיר כיצד ארע, שענינם של כל הילדים האחרים במצבו של המערער 1, ואף צעירים ממנו, שהוריהם נכנסו כדון, מגלה טעמים הומניטאריים המצדיקים הסדרת מעמדם בישראל, ואילו ענינו של המערער 1 אינו מגלה טעמים שכאלה.

11. המשיב, שמסר כאמור לבית המשפט קמא הנכבד, כי מטעמים הומניטאריים הנחה את פקידיו, על דעתו, ושלא על פי החלטת הממשלה, שספק יפעל לטובת המבקש; שעל דעתו, ושלא על פי החלטת הממשלה, עליהם לחרוג ממגבלת הגיל ומשך השהייה המינימאלי בישראל, כפי שנקבעו בהחלטת הממשלה, ולהחיל את ההסדר גם על ילדים ששהו בישראל ארבע שנים ותשעה חודשים;

וכי **על דעתו, ושלא על פי החלטת הממשלה**, עליהם לקבל בקשות במועד נוסף, חרף המועד הסופי שנקבע בהחלטת הממשלה – הודיע לבית המשפט בעניינו של המערער 1, כי **אין זה בסמכותו לקבל את בקשתו**, שכן הדבר "עשוי לגרור אחריו פריצה מוחלטת של סכר ההגירה... [אשר] תרוקן למעשה מתוכן כל ניסיון מצד המשיב לשמור על צביונה של מדינת ישראל כמדינה יהודית..." (סעיף 44 לכתב התשובה).

12. הצובאים על הסכר ומאיימים על צביונה של מדינת ישראל, נזכיר, הן **משפחות בלבד**, שעניינן נדון בבג"ץ 8204/05. מתוך אותן 58 משפחות, הודיעה ב"כ המשיב לבית המשפט קמא, כי עניינן של **כ-50 בלבד** הועבר לבחינה על פי הסדר שנקבע בבג"ץ 8204/05.

13. למעשה, כך התברר מנתונים שמסר המשיב לעיתון "הארץ" לקראת הגשת ערעור זה, **46 משפחות בלבד פנו בבקשה לפי ההסדר שנקבע בבג"ץ 8204/05**. ב-4 מקרים התברר, כי ההורים נכנסו לראשונה כדין, ולכן הבקשות אושרו. ב-6 מקרים נוספים אושרו הבקשות, ולפי שמסר המשיב לבית המשפט קמא, הוא עשה כן מטעמים של מצוקה רפואית או נסיבות דומות אחרות. **36 משפחות, ובהן המערערים כאן, נדחו**.

ראו: שחר אילן "למרות מבצע אזרוח ילדי זרים, רבי אליעזר בן ה-11 והוריו נידונים לגירוש לפיליפינים" (הארץ, 4.2.2009). העתק הכתבה מצ"ב ומסומן **מע/4**.

14. **מדובר, אם כן, ב-36 משפחות בלבד**, שהגישו בקשות במועד שנקבע בהחלטת הממשלה, ואלה נדחו על הסף משום כניסת אחד ההורים שלא כדין. **על עניינן של 36 משפחות אלה** נסוב ההסדר המיוחד בפסק הדין בבג"ץ 8204/05. לולא נכנס אחד מן ההורים לראשונה שלא כדין היה מעמדם של הילדים, ועימם של ההורים, מוסדר זה מכבר. "המסר ההרתעתי", עליו הצהיר המשיב במסגרת ההליך בבג"ץ 8204/05, שנוגע לאותן 36 משפחות, הפך בפני בית המשפט קמא הנכבד ל"פריצה מוחלטת של סכר ההגירה" ול"ריקון מתוכן" של "כל ניסיון מצד המשיב לשמור על צביונה של מדינת ישראל".

15. בית המשפט קמא הנכבד לא מצא כל פסול בהחלטת המשיב. חרף קביעתו של המשיב, כאמור, כי הגלייתם של ילדים שעניינם כשל עניינו של המערער 1, אשר הגישו את בקשותיהם במועד בו הגיש אותו המערער 1 ובמסגרת אותו הסדר, הינה טעם הומניטארי מיוחד, המצדיק הסדרת מעמדם ומעמד הוריהם – בית המשפט קמא הנכבד קבע, כי עניינו של המערער 1 אינו מגלה טעם הומניטארי. חרף קביעתם של קריטריונים למתן מעמד **מטעמים הומניטאריים** על ידי ממשלת ישראל לילדים במצבו של המערער 1 – קריטריונים **שטעמים הומניטאריים** הוגמשו על ידי המשיב – קבע בית המשפט קמא הנכבד, כי שיקול דעתו של המשיב נעדר "אמות מידה מוגדרות לאותם שיקולים הומניטאריים", ולכן לא יתערב בהחלטתו.

16. בכל הכבוד, שגה בית המשפט קמא הנכבד. בית המשפט קמא הנכבד שגה עת שקבע, כי לא נתקיימו במערער 1 טעמים הומניטאריים, שעה שהמשיב עצמו הכיר בכך, כי נסיבות חייהם של ילדים במצבו של המערער 1 – ואף של ילדים צעירים ממנו ששהו בישראל פרק זמן קצר יותר – מקימות טעם הומניטארי המצדיק את הסדרת מעמדם בישראל באופן קבוע. זאת ועוד, ככל שאופן כניסתה של אימו של המערער 1 לישראל לא נזקפה לחובתו של המערער 1, כפי שקבע בית משפט קמא הנכבד, הרי שאין כל הבדל בין נסיבות חייו של המערער 1 לבין נסיבות חייהם של ילדים אחרים, שבקשתם אושרה מטעמים הומניטאריים, ועל כן טובלת החלטת המשיב בשרירות ובהפלייה בין ילדים. בית המשפט קמא הנכבד שגה אף בכך, ששעה לטיעוני המשיב, ו"חילץ" את עניינו של המערער 1 מן המסגרת המוגבלת מאוד של הדיון בעניינו – אחד מבין 36 מבקשים בלבד, שבעניינם עסק ההסדר שעוגן בבג"ץ 8204/05.

17. אין מחלוקת, כי בהפעילו את שיקול דעתו לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**) רשאי המשיב לשקול שיקולי הגירה כלליים. ואולם, במסגרת הסדר לשעה – חריג, לשיטתו של המשיב, למדיניות ההגירה של ישראל – העוסק בנסיבות עניינו ב-36 משפחות בלבד, המשיב לא הבהיר, ובית המשפט קמא הנכבד אף לא ביקש לברר, מהם אותם אינטרסים כלליים העומדים מנגד, שעה שהפגיעה במערער 1 ברורה מאליה. לו היתה אימו של המערער 1 נכנסת לישראל כדין – היה מעמדם של המערער 1 ושל הוריו מוסדר זה מכבר. אין זאת אלא, שאין כל אינטרס זולת "מסר הרתעתי", כפי שנמסר לבית המשפט בבג"ץ 8204/05. מסר הרתעתי שכזה השיג המשיב על ידי בחינת עניינו של המערער 1, וכמוהו של 36 ילדים נוספים במצבו, בהמשך להחלטת הממשלה על פי ההסדר שעוגן בפסק הדין בבג"ץ 8204/05. לו חפץ המשיב להוסיף ולחדד את המסר ההרתעתי יכול היה לבחור בפתרון מידתי, המאזן כראוי בין אינטרס זה לבין הנסיבות ההומניטאריות, ולהחליט, כי עם הסדרת מעמדו של המערער 1 באופן קבוע – שכן אין להשית עליו את חטאיה של אימו – תקבל אימו רישיון עבודה לתקופה קצובה, בטרם ינתן לה רישיון לישיבת ארעי, כפי שקיבלו הורים אחרים לילדים, אשר נכנסו כדין. ואולם, המשיב בחר בפתרון הקיצוני ביותר של הגלייתו של המערער 1 מישראל, וזאת אך משום "המסר ההרתעתי", שנוגע לקבוצת הורים מצומצמת במסגרתו של הסדר לשעה, שמספר הנהנים המקסימאלי ממנו ידוע ומוגדר.

18. איזון בין נסיבות חייו של המערער 1, שהוכרו על ידי המשיב כטעם הומניטארי למעמד, לבין רצונו של המשיב ב"מסר הרתעתי"; מתן המשקל המתחייב לעיקרון טובת הילד, ובחינת ההשלכות שתהיינה להגלייתו לארץ שבה לא חי מעולם, שאת תרבותה אינה מכיר ואת שפתה אינו דובר; קיום החובה לנהוג בילדים בשוויון, ולא להפלותם על יסוד טעמים הקשורים בהוריהם; והתחשבות במוגבלותו של ההסדר המיוחד שנקבע בבג"ץ 8204/05 לעניינו של 36 משפחות בלבד,

שהגישו את בקשותיהן במועד – כל אלה אינם יכולים להוביל לתוצאה הקיצונית אליה הגיע המשיב ושאותה אישר בית המשפט קמא הנכבד.

19. מכאן הערעור, ולהלן נוסיף ונפרט בקצרה את העובדות הצריכות לעניין ואת טעמיו של הערעור. מפאת הקיצור, לא נרחיב בעניינים שהרחבנו אודותיהם במסגרת פרק המבוא.

רבי אליעזר קרוז והוריו

20. המערער 1 נולד בישראל ביום 18.4.1998, ומעולם לא יצא את גבולותיה. עם לידתו העניקו לו הוריו שם מן המקורות, המבטא את הקרבה לישראל. מאז נולד הוא חי בתל-אביב. הוא לומד בבית הספר היסודי "ביאליק", ומשולב היטב בחברת הילדים. הוא קורא, כותב ומדבר עברית באופן רהוט ושוטף. בפני המשיב ובפני בית המשפט קמא הנכבד הוצגו מכתביהן של מחנכת כיתתו של המערער 1, ושל מנהלת המועדון, שבפעילותה הוא נוטל חלק לאחר שעות הלימודים, המעידות על השתלבותו והתערותו של המערער 1 בישראל.

21. אביו של המערער 1, המערער 3, הגיע לישראל בשנת 1995, באשרה וברישיון לעבודה כדין. אימו של המערער 1, המערער 2, הגיעה לישראל בשנת 1996. המערער 2 נכנסה בדרכון הנושא זהות שאינה שלה. הסיבה לכך: היא היתה בת שמונה עשרה שנים בלבד, ומשום כך צעירה מכדי לקבל רישיון עבודה.

22. המערערים 2 ו-3 הפכו בני זוג. בנם, המערער 1, נולד כאמור בישראל. כיוון שאימו של המערער 1 נרשמה עם לידתו על פי השם הרשום בדרכונה (שאינו שמה), פנו המערערים לימים לבית המשפט לענייני משפחה, ולאחר עריכת בדיקה גנטית ניתן פסק דין המצהיר על קשרי ההורות (ת"א 35160/06).

23. בחודש יולי 2003 גורש המערער 3 מישראל, לאחר שנעצר בגין שהייה שלא כדין. בחודש אפריל 2004 שב ונכנס לישראל בזהות שאולה. יודגש, כי מטעם זה לא נדחתה הבקשה להסדיר את מעמדם של המערער 1 ושל הוריו על פי החלטת הממשלה, שכן ההחלטה קובעת כי רק כניסה ראשונה שלא כדין תביא לדחיית הבקשה. כלומר, לו היתה אימו של המערער 1 נכנסת כדין, היתה הבקשה מאושרת חרף כניסתו השנייה של האב בזהות שאולה.

24. כאמור לעיל, בקשתו של המערער 1 להסדיר את מעמדו על פי החלטת הממשלה נדחתה על הסף, משום האופן בו נכנסה אימו לישראל. גם ערר שהגיש נדחה, ואף הבקשה שהגיש למשיב, על פי ההסדר שעוגן בבג"ץ 8204/05.

החלטת הממשלה 156 והסדרים שנקבעו בעקבותיה

25. שהייתם הממושכת של ילדי מהגרי עבודה בישראל הינה תוצאתם, בין היתר, של שני מחדלים ארוכי שנים של המשיב: 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.

26. העדר האכיפה בא לקיצו בראשית שנות האלפיים במהלך שהחל עם תיקון חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9 משנת תשס"א), ועם הסדרת 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 בשנת 2002 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.

27. פעילותה 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.

28. פעילות משפטית וציבורית של ארגוני זכויות אדם, 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 לאימוצה של החלטת הממשלה 3807 ביום 26.6.2005. כשנה לאחר מכן, ביום 18.6.2006, התקבלה החלטת הממשלה 156, המתקנת את החלטה 3807, וקובעת תנאים מקלים יותר לקבלת מעמד בישראל.

29. 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 בבעיה, 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 וביקשה למצוא פתרון לבעייתם במסגרת **הסדר חד פעמי**. תכלית ההסדר החד פעמי הינו מתן פתרון על בסיס **טעמים הומניטאריים** 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 ועם תכליתו הכללית והקונקרטית – הקניית מעמד בישראל תוך מתן משקל להתגבשות מרכז החיים בישראל.

30. לשם השגת תכלית ההסדר תיקנה ממשלת ישראל את החלטתה המקורית במסגרת החלטה 156 וקבעה בהסדר המתוקן שלושה תנאים, אשר בהתקיימם ניתן לקבוע, כי מרכז חיי הילד בישראל: שהייה ברצף לפחות 6 שנים, ובלבד שהילד נכנס לישראל בטרם מלאו לו 14 שנים; שליטה בשפה העברית; ולימודים בבית ספר בישראל. בחודש יוני 2007, כשנה לאחר קבלת החלטת הממשלה 156, הגמיש, כאמור, שר הפנים את הקריטריונים, וקבע כי ההחלטה תחול גם על ילדים ששהו בישראל ארבע שנים ותשעה חודשים בלבד.

31. ואולם, לצד שלושת התנאים הללו נקבע בהחלטת הממשלה תנאי, המתייחס לאופן כניסת ההורים לישראל. תנאי זה, המהווה 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. מדובר בתנאי שרירותי, הגורם לתוצאה קשה, לפיה ילדים, אשר אין חולק כי מרכז חייהם בישראל, יגורשו ממנה. ברי, כי בבחינת מרכז החיים וההתערות אין כל הבדל בין ילד כמערער 1, אשר נולד וחי בישראל למעלה משמונה שנים בטרם התקבלה החלטת הממשלה 156, ואשר אימו נכנסה לישראל שלא כדין, לבין כל ילד וילדה אחרים בני גילו, אשר הוריהם נכנסו לישראל כדין טרם לידתם. הצבת התנאי כתנאי הכרחי לקבלת מעמד, תוך התעלמות מכל אותם מקרים, בהם מרכז חייו של הילד בישראל, חוטאת לתכלית החוק ולתכלית הראויה של ההסדר.

32. העתירה בבג"ץ 8204/05 הוגשה לאחר שנתקבלה החלטת הממשלה הראשונה (החלטה 3807). הארגונים העותרים ביקשו לבטל שני תנאים בהחלטה: התנאי לפיו הוחלה ההחלטה רק על ילדים שנולדו בישראל ותנאי הכניסה הראשונה כדין של ההורים. לאחר תיקון החלטת הממשלה במסגרת החלטת הממשלה 156, וביטול דרישת הלידה בישראל, תוקנה העתירה והתמקדה בתנאי בדבר כניסת ההורים.

33. כאמור, במסגרת הדיון בעתירה ביום 1.7.2007 התברר, כי **נותרו 58 משפחות בלבד**, שבקשותיהן נדחו בשל תנאי הסף נשוא העתירה. בנסיבות אלה, משהמבקשים עצמם לא היו בפני בית המשפט, ומהמדינה מצידה ראתה "חשיבות לקיומו של תנאי הסף לצורך המסר ההרתעתי לנכנסים שלא כדין", משכו הארגונים העותרים את העתירה בכפוף להסדר שעוגן בפסק הדין:

"המשיבים יבחנו את בקשות 58 הילדים ומשפחותיהם על בסיס פרטני. במסגרת בחינה זו ולפנים משורת ההחלטה העומדת בתוקפה ייבחנו על ידי שר הפנים מכלול הנסיבות הנוגעות לכל

בקשה תוך שהשר יהיה רשאי להביא בחשבון את נתון הכניסה שלא כדון, שלא כתנאי סף. " (סעיף 3 לפסק הדין).

34. כאמור, ההסדר שנקבע בפסק הדין נועד ליישב בין דרישת הארגונים העותרים, כי תנאי הכניסה הראשונה שלא כדון לא יהווה חסם, בגינו לא תיבחנה הבקשות לגופן, לבין עמידתה של המדינה על "מסר הרתעתי". התנאי בהחלטת הממשלה, שתכליתו, כאמור, הרתעתי, לא בוטל, ואולם שר הפנים התחייב להידרש לבקשות למעמד, ולבחון לגופן את נסיבות ענייניו של כל ילד וילד, תוך שהוא רשאי להביא בין מכלול שיקוליו את כניסת ההורים לישראל שלא כדון. הסדר זה חל אך ורק על 58 המשפחות, שהגישו את בקשותיהן במועד, ואולם נדחו בשל תנאי הסף. ההסדר אינו חל על ילדים אחרים, שייתכן שעומדים בתנאיה המהותיים של החלטת הממשלה, ואולם לא הגישו את בקשותיהם במועד.

35. על פי הודעת המשיב לועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת ביום 12.8.2008, במסגרת ההסדר החד פעמי, שנקבע בהחלטת הממשלה, אושרו בקשותיהן של כ-400 משפחות, המונות כ-2,300 נפש. 58 הבקשות, ובהן בקשתו של המערער 1, הן, אם כן, הבקשות היחידות שנדחו על רקע תנאי הכניסה שלא כדון. במסגרת הדיון בעתירתו של המערער 1 בבית המשפט קמא מסרה ב"כ המשיב, כי בפועל הוגשו כ-50 בקשות בלבד על פי ההסדר עוגן בפסק הדין בבג"ץ 8204/05. למעשה, כך התברר מנתונים שמסר המשיב לעיתון "הארץ" לקראת הגשת ערעור זה, 46 משפחות בלבד פנו בבקשה לפי ההסדר שנקבע בבג"ץ 8204/05. ב-4 מקרים התברר, כי ההורים נכנסו לראשונה כדון, ולכן הבקשות אושרו. ב-6 מקרים נוספים אושרו הבקשות, ולפי שמסר המשיב לבית המשפט קמא, הוא עשה כן מטעמים של מצוקה רפואית או נסיבות דומות אחרות. 36 משפחות, ובהן המערערים כאן, נדחו.

ההחלטה בעניינו של המערער 1 חוטאת לעיקרון טובת הילד, ולאיסור להפלותו

36. ביסודה של החלטת הממשלה והצעדים שננקטו על ידי המשיב בעקבותיה עומד עיקרון טובת הילד. אכן, 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"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460 (1998); דני"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119 (1995)).

37. גם האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – האמנה), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עיקרון טובת הילד בסעיף 3 לה, ורואה בו שיקול ראשון במעלה. החובה לשיקול את עיקרון 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 1)2 (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, אפוטרופסיו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 2)2 (לאמנה).

38. יושם אל לב, כי האמנה מחילה את הזכויות המעוגנות בה על כל ילד שבתחום שיפוטן של המדינות החברות, לרבות ילדי מהגרי עבודה השוהים במדינה ללא היתר; לילדים נתונה הגנה מפני הפליה או ענישה על ייסוד מאפייני הוריהם; וחובתה של המדינה הינה אקטיבית – לא רק לכבד, אלא להבטיח כי ילדים לא יופלו, ולנקוט לשם כך בכל האמצעים המתאימים (ראו: ד"ר חוועדה לבחינת עקרונות יסוד בתחום הילד והמשפט ויישומה בחקיקה בראשות השופטת סביונה רוטלוי – חלק כללי (מדינת ישראל, משרד המשפטים) 105-106). עקרונות אלה הם מאבני היסוד של שיטתנו המשפטית. הזכות לשוויון, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הינה זכות חוקתית על-חוקית (בג"ץ 6427/02 התנועה למען איכות השלטון נ' הכנסת (פסק דין מיום 11.5.2006); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 14.5.2006)).

39. תכליתו של ההסדר, כאמור, להבטיח את טובתם של הילדים. הפלייתם של ילדים לרעה בשל כניסת הוריהם שלא כדין מחטיאה את תכליתו של ההסדר וחוטאת לעיקרון טובת הילד. היא 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.

ההחלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית בשל המשקל המכריע שניתן לאופן כניסת אימו של המערער 1 לישראל

40. במסגרת ההסדר נתן המשיב משקל להתערותם של ילדים, ומחל על שהייתם של הוריהם שלא כדין. הוא אף מחל על כניסה שלא כדין על ידי ההורים, ובלבד שאין זו הכניסה הראשונה. והנה, אך משום שאימו של המערער 1 נכנסה לישראל שלא כדין, לא ניתן כל משקל לזיקתו החזקה לישראל. הוא אינו זכאי למעמד, ונדרש לעזוב, שאחרת יגורש. תוצאה זו, הנותנת משקל מכריע

לאופן כניסתה של האם לישראל ומתעלמת מאינטרסים אחרים, שהוכרו על ידי המשיב כטובתו של הילד, אינה סבירה.

41. תוצאה זו אף אינה מידתית על רקע התכלית שהציג המשיב לטעם העומד ביסודה במסגרת בג"ץ 8204/05: "מסר הרתעתי לנכנסים שלא כדין".

42. ראשית, ספק אם יש התאמה בין האמצעי הקשה לבין המטרה. ההסדר מלכתחילה נועד לתקן השלכות אנושיות אותן נושאים על כתפיהם ילדים שאינם אחראים למעשי הוריהם. יתרה מזו, עסקינן בהסדר חד פעמי המתייחס לעבר ואינו צופה פני עתיד, ועל פי פסק הדין בבג"ץ 8204/05 חל בפועל על 36 משפחות בלבד. איזה מסר הרתעתי מושג שעה שהוא מופנה כלפי קבוצה מצומצמת כל כך של ילדים?

43. שנית, בחירת המשיב בפתרון הקיצוני ביותר של הגליית המערער 1 מישראל, וזאת אך משום "המסר ההרתעתי", שנוגע לקבוצה מצומצמת במסגרתו של הסדר לשעה, הינה האמצעי הפוגעני ביותר בו יכול היה לבחור. המשיב יכול היה להעביר "מסר הרתעתי" שכזה באמצעים שפגיעתם פחותה. לטעמים של המערערים, המשיב השיג זה מכבר מסר הרתעתי על ידי בחינת עניינו של המערער 1, וכמוהו של 36 ילדים נוספים במצבו, בהמשך להחלטת הממשלה על פי ההסדר שעוגן בבג"ץ 8204/05. ואולם, לו חפץ המשיב להוסיף ולחדד את המסר ההרתעתי יכול היה לבחור בפתרון, המאזן כראוי בין האינטרס ההרתעתי לבין הנסיבות ההומניטאריות, ולהחליט, כי עם הסדרת מעמדו של המערער 1 באופן קבוע – שכן אין להשית עליו את חטאיה של אימו – תקבל אימו רישיון עבודה לתקופה קצובה, בטרם יינתן לה רישיון לשיבת ארעי, כפי שקיבלו הורים אחרים לילדים, אשר נכנסו כדין. פתרון שכזה היה עומד על המסר, ופגיעתו לא היתה אנושה.

44. אין ספק, כי הנזק שנגרם למערער 1, וכמוהו ללא יותר מ-36 אחרים במצבו, עולה על התועלת הספקולטיבית, שמבקש המשיב להשיג, ככל שתועלת שכזו, בנסיבות שכאלה, תושג כלל.

סוף דבר

45. איזון בין נסיבות חייו של המערער 1, שהוכרו על ידי המשיב כטעם הומניטארי למעמד, לבין רצונו של המשיב ב"מסר הרתעתי"; מתן המשקל המתחייב לעיקרון טובת הילד, ובחינת ההשלכות שתהיינה להגלייתו לארץ שבה לא חי מעולם, שאת תרבותה אינה מכיר ואת שפתה אינו דובר; קיום החובה לנהוג בילדים בשוויון, ולא להפלותם על יסוד טעמים הקשורים בהוריהם; והתחשבות במוגבלותו של ההסדר המיוחד שנקבע בבג"ץ 8204/05 לעניינן של 36 משפחות בלבד, שהגישו את בקשותיהן במועד – כל אלה אינם יכולים להוביל לתוצאה הקיצונית אליה הגיע המשיב ושאותה אישר בית המשפט קמא הנכבד.

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את פסק דינו של בית המשפט קמא, ולהורות למשיב כאמור בראשית הודעת הערעור.

עודד פלר, עו"ד
ב"כ המערערים

4 בפברואר 2009