

בבית
המשפ
ט
העליו
ן

בג"ץ
8204/
05

בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

- העותרים: 1. א' ר'
2. א' ר'
3. ח' ר'
4. ג' ר'
5. האגודה לזכויות האזרח בישראל
6. מוקד סיוע לעובדים זרים

ע"י ב"כ עוה"ד מיכל פינצ'וק ו/או עודד פלר ואח'
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

טיעון משלים מטעם העותרים

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 27.11.2005 (אשר הומצאה לעותרים ביום 5.12.2005), ובהתאם להחלטת הרשם הנכבד מיום 1.2.2005, מתכבדים העותרים להגיש בזה טיעון משלים. יודגש, כי מסמך זה אינה מסכם את טענותיהם של העותרים, אשר נפרסו בהרחבה בעתירתם, אלא הוא בבחינת השלמת טיעון בלבד, המצטרפת לכל האמור בכתב העתירה.

מבוא

1. עניינה של עתירה זו הוא ההסדר למתן מעמד לילדי מהגרי עבודה ולבני משפחותיהם, אשר נקבע בהחלטת הממשלה מס' 3807 מיום 26.6.05 (להלן – **החלטת הממשלה או ההסדר**). על פי ההסדר, שר הפנים רשאי 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.**
2. **החלטת הממשלה הינה החלטה חד פעמית, הצופה פני עבר ומוגבלת בתחולתה מבחינת זמן והיקף.** על פי ההחלטה, יש להגיש בקשות עד ליום 31.12.2005, ולאחר מכן תינתנה החלטות בבקשות שהוגשו. ברי, כי אין מדובר בשינוי מדיניות בעל השלכות הצופות פני עתיד, השלכות ארוכות טווח על מדיניות ההגירה של מדינת ישראל, אלא בהחלטה אדמיניסטרטיבית, שהיקפה מוגבל, ואשר נועדה להתמודד עם תופעה קיימת.
3. שני תנאים הקבועים בהסדר – תנאי הלידה בישראל, והתנאי, כי הורי הילד נכנסו לישראל כדין – 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 מחייבת שימת דגש על בחינת מרכז חייו של הילד, תוצר של שנות שהייה והתערות חברתית.
4. על שרירותו של תנאי הלידה בישראל מעיד סיפורו של העותר 1, א' ר'. א', בן חמש עשרה כיום, הגיע לישראל בגיל שלוש מקולומביה. אחותו, א', בת שמונה כיום, נולדה בישראל. א' ו-א' חיים עם הוריהם בירושלים. א' התחנך בבית הספר "מצדה" ובבית הספר "גאולים", וכיום

הוא לומד ב"גימנסיה העברית". הוא משתתף בכל הפעילויות החברתיות בבית הספר, חבריו ישראלים ותרבותו ישראלית. א' שולט שליטה מלאה בעברית, ושליטה חלקית בלבד בספרדית. מאז הגיע לישראל לא יצא את גבולותיה. א' התערה בישראל באופן מוחלט והוא חש עצמו ישראלי לכל דבר. אף על פי כן, הוא אינו עומד בתנאי החלטת הממשלה.

5. בעתירה הרחיבו העותרים בדבר היקף שיקול דעתו של שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – **חוק הכניסה לישראל**), ובדבר החובות החלות עליו בהפעלת שיקול דעתו; בדבר אי סבירותו של ההסדר שאינו נותן משקל ראוי לזיקתם של ילדי מהגרי עבודה לישראל; בדבר פגיעתו הבלתי מידתית נוכח אי התאמתו לתכליתו; בדבר הפגיעה בזכות לשוויון; ובדבר הפגיעה בערכיה של מדינת ישראל.
6. במסמך זה יבקשו העותרים להוסיף רקע לעניין היקף תופעת הילדים של מהגרי העבודה בישראל, ויחסו להסדר שנקבע, ולהתייחס לזכויות הילד, למשפט הבינלאומי ולמשפט המשווה בסוגיה בה עסקינן.

על ילדים של מהגרי עבודה בישראל ועל תכליתו של ההסדר החד פעמי

7. 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.
8. היקף התופעה אינו ידוע בוודאות, ואולם **על פי הערכות מסיל"ה** (מרכז סיוע ומידע לקהילה הזרה במינהל השירותים החברתיים בעיריית תל-אביב-יפו), **חיים כיום בישראל בין 1,250 ל-1,300 ילדים בין הגילאים 0 ל-18, מהם 250 ילדים הם בין הגילאים 10 ל-18** (ר' נספח ע/18, המצורף לבקשת העותרים לצירוף מסמכים מיום 24.11.2005). הערכה זהירה יותר 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/20.

9. העדר האכיפה בא לקיצו לפני כחמש השנים, במהלך שהחל עם תיקון חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), 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/21 ו-ע/22.

העתק דו"ח מסיל"ה בעניין העלמות קהילות מהגרי העבודה מצ"ב ומסומן ע/23.

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.

11. 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.

12. תכלית ההסדר החד פעמי בעניינם של ילדי מהגרי העבודה: מתן פתרון על בסיס עקרונות הומניטריים לבעייתם של הילדים, אשר הגיעו לישראל או נולדו בה בעל כורחם, וברבות השנים התערו בחברה בישראל. כמפורט בהרחבה בעתירה, 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.

13. **לשם השגת תכלית ההסדר, שומה היה על ממשלת ישראל לקבוע כתנאי עיקרי ומכונן, כי מרכז חיי הילד הוא בישראל.** בחינת מרכז החיים יכולה שתהא על פי קריטריונים שונים, ובהם: גילו של הילד, משך שהייתו בישראל, התערותו בתרבות ובחברה המקומית, שליטתו בשפה, ועוד. תנאי הלידה בישראל, והתנאי המתייחס לאופן כניסת ההורה לישראל, המהווים כיום שניים מארבעת התנאים המצטברים לקבלת מעמד, אינם מגשימים תכלית זו. שני

התנאים הזרים מצמצמים באופן בלתי טבעי, ובניגוד לתכלית הראויה של ההסדר, את מספר הילדים הזכאים לקבל מעמד. מדובר בתנאים שרירותיים, הגורמים לתוצאה הקשה, בה צעירים כדוגמת העותר, אנדרס רוביו, אשר אין חולק כי מרכז חייהם בישראל, יגורשו ממנה. ברי, כי בבחינת מרכז החיים וההתערות אין כל הבדל בין העותר, נער בן חמש עשרה, אשר הגיע לארץ בגיל שלוש, לבין כל נער ונערה אחרים בני גילו, אשר נולדו בארץ.

14. רק הסדר, המבטא התחשבות בנסיבות החיים הייחודיות של ילדי מהגרי העבודה, הנותן משקל מרכזי להיות ישראל מרכז חייהם, ובוחן באופן אמיתי התגבשותו של מרכז חיים בישראל, יהווה הפעלה מושכלת של סמכות המשיבים, ויבטיח את הגשמת תכלית ההסדר ואת תכליתו של החוק בשלמותם. הצבת שני התנאים, נשוא עתירה זו, כתנאים הכרחיים לקבלת מעמד, תוך התעלמות מכל אותם מקרים, בהם מרכז חיי הילד בישראל, חוטאת לתכלית החוק ולתכלית הראויה של ההסדר.

דרישת הלידה בארץ ודרישת כניסת ההורים כדין חוטאות לעקרון טובת הילד

15. 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/24.

16. 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)

17. גם האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן – **האמנה**), שאושררה 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 תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה."

18. החובה לשקול 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 2(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, אפוטרופסו החוקיים או בני משפחתו" (סעיף 2(2) לאמנה).

19. 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 שיפוטה 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 יסוד 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 אפוטרופוסו 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) (1998) *for the Convention on the rights of the child*) 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), ובעניין 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 2(1) 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.

20. 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 רוטלוג, עמ' 105).

21. מדינת ישראל היא צד להתחייבויות באמנה, 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 קמניאר נ' מ"י, פ"ד כב(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(1), 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(1), 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(3), 2; דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1), 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 דוניד; ראו עוד: דוח ישראל על יישום האמנה בדבר זכויות הילד (מדינת ישראל, משרד המשפטים ומשרד החוץ, 2001).

22. 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.

23. תכליתו של ההסדר, כאמור, להבטיח את טובתם של הילדים. ואולם, דרישת הלידה בישראל ודרישת הכניסה כדין של ההורים מחטיאים את תכליתו של ההסדר וחוטאים לעיקרון טובת הילד. הם מפלים לרעה בין ילדים, שהתערותם בישראל מוחלטת, על בסיסים בלתי רלוונטים לעניין התערותם, מענישים ילדים בשל מעשי הוריהם, בהם לא חטאו, ודנים אותם למעצר,

לגירוש ולגלות רק משום שהובאו לישראל בקטנותם על כורחם ולא נולדו בה. התוצאה היא פגיעה קשה ובלתי הפיכה בטובת הילד, תוך הפרת מחויבותיה של מדינת ישראל.

ההסדר בראי המשפט המשווה

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

25. לדוגמאות, המובאות בתגובתם המקדמית של המשיבים, אין דבר וחצי דבר עם הסוגיה, העומדת בבסיס עתירה זו. העתירה דן דנה בהסדר אדמיניסטרטיבי, הצופה פני עבר, אשר נועד לפתור בעייה ספציפית ונקודתית, שהמשיבים שותפים מלאים להיווצרה. ההסדרים, עליהם מצביעים המשיבים, נקבעו **בחקיקה הראשית** של המדינות השונות, ומשך מדובר בהסדרים, הצופים פני עתיד. ייקל להבין כיצד הסדרים חקיקתיים, אשר אינם מהווים פתרון אד-הוק לבעייה מסוימת, מעמידים תנאים מחמירים יותר להסדרת מעמד.

26. לא זו אף זו, הדוגמאות, המובאות על ידי המשיבים, עוסקות **בהקניית אזרחות** למבקשים, ואלו ההסדר, העומד בבסיס עתירה זו, מעניק, לכל היותר, תושבות קבע לילדים, המבקשים מעמד מכוחו, ותושבות ארעית, המתחדשת מעת לעת, ליתר בני המשפחה (וזאת עד הגיע הילד המבקש לגיל 21).

27. **בבריטניה**, המאוזכרת בטענות המשיבים, 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.

28. הסדר דומה נקבע גם **בבלגיה**, המאוזכרת אף היא בטענות המשיבים. 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 יולד במדינה זו או כי נכנס אליה כחוק, על מנת שיוכל לרכוש שם מעמד של תושב.

29. **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.

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

31. 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 בלידת המבקש במדינה או בכניסתו אליה 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/25.

סוף דבר

32. תכלית ההסדר הוא מציאת **פתרון הומניטארי מוגבל וחד פעמי** לבעייתם של ילדי מהגרי העבודה, בעייה אשר המשיבים שותפים להיווצרה. חזקה על המשיבים, כי יפעלו באמצעי פיקוח ובקרה למניעת הישנותה בעתיד, ברם כיום מדובר **בבעייה קיימת**, המחייבת פתרון. ההסדר כפי שנקבע מחטיא את תכליתו ופוגע פגיעה בלתי מידתית בזכויותיהם של ילדים. הוא מוציא מגדרו באופן שרירותי ילדים אשר התערו התערות מלאה בישראל, מענישם בשל מעשי הוריהם, וגוזר עליהם מעצר, גירוש וגלות.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבים כמבוקש בראש העתירה.

9 בפברואר 2006

עודד פלר, עו"ד

מיכל פינצ'וק, עו"ד

ב"כ העותרים