

עת"מ

בבית משפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

בעניין:

1. ס'ב, חסר נתינות (יליד 6.5.2001)
 2. אב, חסר נתינות, (יליד 5.12.2003)
- העותרים 1 ו-2, קטינים ומיוצגים ע"י אמם, אפטרופסותם הטבעית.
3. ל"א, מ. דרכון ניגרי,
ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ו/או תמיר בלנק (מ.ר. 30016)
- מטעם מוקד סיוע לעובדים זרים
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02-6222808; פקס: 03-5214947

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים
רחוב המח"ל 7, מעלות דפנה ירושלים
טל': 02-5419512; פקס: 02-5419582

המשיב

עתירה מנהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב לחזור בו מהחלטתו לסרב לבקשת העותרים 1, 2 ו-3, למתן מעמד בישראל מכוח החלטת ממשלה מס' 156 ומכוח התחייבותה בבג"ץ 8204/05, ובהתאמה, להסדיר את מעמדו של העותר 1 כתושב קבע בישראל ואת מעמד העותרים 2 ו-3, אמו ואחיו כתושבים ארעיים.

פתח דבר

1. העותר 1, ס'ב, הוא בנה של מהגרת עבודה, שהינה גם פליטה בלתי מוכרת, מניגריה. ס'ב נולד בישראל ביום 6.5.2001, גדל בישראל והינו תלמיד כיתה ב', בבית הספר תקומה בתל אביב. ס'ב מדבר, קורא וכותב בעברית. הוא אינו יודע מקום אחר ואף אין לו מעמד בארצה של אמו, או במקום אחר בעולם.

תמונות של ס'ב ואחיו הקטן א'ב, מצ"ב ומסומנות ע/1.

2. כפי שיפורט להלן, עניינו של ס'ב עומד בכל תנאי החלטת הממשלה 156, בדבר מתן מעמד לילדי מהגרי עבודה, אשר התערו בחברה הישראלית. התנאים, נכון להיום, נוגעים למרכז החיים בישראל, משך השהייה בישראל, לימודים בישראל וידיעת השפה העברית. החלטת הממשלה נולדה עבור מקרים דוגמת דא.

3. מדוע אם כן, דחה המשיב את בקשתו של ס'ב והחליט לגזור עליו גירוש והגליה? מדוע מוצא המשיב לנכון להבדיל בין ס'ב לבין קבוצת ילדי מהגרי עבודה אחרים, עליהם נאות להחיל את ההחלטה?

4. המקרה של ס'ב הינו אחד מבין 58 המקרים האחרונים שנותרו להכרעת המשיב, מבין הילדים שהחלטת הממשלה 156 חלה בעניינם. החלטת הממשלה, בעדכונה האחרון, איפשרה לילדי מהגרי עבודה להגיש בקשות למתן מעמד עד ליום 31.8.2006. על פי הודעת המשיב לוועדת הפנים של הכנסת מיום

12.8.2008, אושרו במסגרת ההסדר החד-פעמי בקשותיהן של 400 משפחות. 2,300 נפש רכשו מעמד הודות להסדר. רק 58 בקשות נותרו, אשר עניינן התעכב במסגרת עררים, ואשר המשותף להן, הוא אי עמידת ההורה של הילד המבקש בקריטריון הכניסה לישראל לראשונה באופן חוקי. קריטריון שהיווה בגלגולה הקודם של החלטת הממשלה תנאי סף לאישור הבקשה.

5. מכל מקום, במסגרת בג"ץ 8204/05 **האגודה לזכויות האזרח נ' ממשלת ישראל** הודיע המשיב לבית המשפט, כי חרף קריטריון הכניסה לישראל כתנאי סף לאישור בקשות על פי ההסדר, יבחן פרטנית את אותם 58 המקרים הנותרים, ובהם ענייניו של ס'ב, כאשר היבט הכניסה לישראל לא יהווה כשלעצמו טעם לסירוב הבקשה. להודעתו זו ניתן תוקף של פסק דין.

6. המשיב אכן נאות לבחון את בקשתו של ס'ב באמצעות הועדה הבינמישרדית לעניינים הומניטאריים. בחינה זו הניבה הודעה סתמית, כי לא נמצאו כל טעמים הומניטאריים לאישור הבקשה. ההחלטה לא נומקה ופרוטוקול הועדה לא נמסר לעותרים. מאחר וס'ב עומד בכל תבחיני ההסדר, פרט לאופן כניסתו אמו לישראל, **עולה, כי בניגוד להתחייבות בפני בג"ץ, נתון הכניסה לישראל, הנתון היחיד אשר עשוי להבדיל את ס'ב מילדים אחרים במצבו בדיוק, היווה בפועל תנאי סף לסירוב הבקשה.**

7. לא בכדי רשם לפניו בית המשפט העליון, בהסכמת המשיב, כי תנאי "הכניסה הראשונה החוקית לישראל" לא יהווה תנאי סף לדחיית הבקשה. החלטת הממשלה 156 גובשה כהסדר חד-פעמי לשם מניעת הגלייה תרבותית של ילדי מהגרי העבודה, כדוגמת ס'ב, אשר התערו בחברה הישראלית, בתקופה בה לא היתה אכיפה של מדיניות הגירה בישראל. המדובר בהסדר המתייחס לתקופה מסוימת בעבר בלבד, שאינו צופה פני עתיד ומבקש ליתן מענה הומניטארי לילדים שהינם ישראלים בכל מובן, אולם אינם מוכרים פורמלית במדינת ישראל. כאמור, נותרו ילדים בודדים בלבד שבקשותיהם מכוח ההסדר תלויות ועומדות. המדובר על ילדים ששהו בישראל שנים רבות, ללא אישור, שלא מבחירתם, על לא עוול בכפם.

8. עניינו של ההסדר הינו בתיקון העיוות שנוצר ושהביא לשהייתם הבלתי חוקית של הילדים בישראל, כתוצאה מהתנהלות הוריהם. כיצד, אם כן, יכולה אותה התנהלות בלתי חוקית של ההורים להוות את הסיבה לנחיצות ההסדר ולסכלו בעת ובעונה אחת? כניסתם החוקית של הורים, כתנאי סף, כשמדובר על הסדרת מעמדם של שוהים בלתי חוקיים קטינים, הינו מוזר וזר לתכלית הראויה כשלעצמה של החלטת הממשלה.

העובדות

וזהו התשתית העובדתית המהווה בסיס לטענות העותרים:

הצדדים לעתירה

9. העותר 1, הילד ס'ב, יליד 6.5.2001, הינו חסר נתינות, אשר נולד וגדל בישראל כל חייו.
10. העותר 2, הילד א'ב, יליד 5.12.2003, הינו חסר נתינות, אשר נולד וגדל בישראל כל חייו.
11. העותרת 3 (להלן – **העותרת**) היא אם חד הורית, אזרחית ניגריה, אשר מתגוררת עם בניה בתל אביב.

12. המשיב, הינו שר הפנים, אשר אמון על טיפול בבקשות מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 ובכלל זה על הפעלת החלטת ממשלה מספר 156.

עניינם של העותרים

13. העותרת ברחה מניגריה לישראל בשנת 1998. בשנת 1996, כאשר העותרת היתה רק בת 16 שנה, חיתן אותה אביה עם מנהיג מקומי, בן 75 שנה, מלך, אשר העותרת היתה לאשתו החמישית. בארמונו של בעלה היתה העותרת חשופה לאלימות וכמורדת שהתנגדה ל"אינוסה" ע"י בעלה, אף לסכנת חיים. היא החליטה לנוס על נפשה. מאחר ובעלה, המלך, החזיק בדרכונה ומשחיה היו נתונים בסכנה – נאלצה העותרת לעזוב את ניגריה בשם בדוי.

14. לעותרת לא היו ילדים מבעלה הראשון, ממנו מעולם לא התגרשה. בריחתה של העותרת מניגריה, אורגנה ע"י המשרתת שלה בארמון, אשר הצליחה לברוח יחד איתה. לו היתה העותרת נתפסת היתה מוצאת להורג.

15. העותרת הינה פליטה דה פקטו, שכן השבתה לניגריה תסכן את חייה. זאת, עקב בריחתה ממלך עירה (אשר עודנו חי ומולך) והיותה לאם לשני ילדים מחוץ לנישואין.

16. העותרת ניסתה לברר על אפשרות הכרה במעמדה כפליטה, ואף שלחה מכתב לנציגות האו"ם לפליטים. נמסר לה כי מאחר ובקשה כזו לא תועלה מטעמים פוליטיים, אלא אישיים, סיכוייה קלושים.

17. העותרת מנהלת חיים נורמטיביים, ומעולם לא הפרה את החוק. מאז הגיעה לישראל, לפני 10 שנים, עבדה העותרת מבוקר ועד ערב על מנת להתפרנס.

18. אם כן, ס'ב, היום בן 7, נולד בישראל וגדל בישראל. ס'ב מדבר עברית על בוריה, לומד בכיתה ב', בבית הספר תקומה, מתחנך על פי ערכים ישראלים ותרבות ישראלית, חוגג את החגים היהודים, יודע לקרוא ולכתוב בעברית. חבריו של ס'ב ישראלים. ס'ב אינו יודע מקום אחר. הוא מעולם לא יצא מגבולות ישראל ואין לו מעמד מחוץ לה.

19. לפני כארבע שנים, כשס'ב היה רק בן 3, פרצה משטרת ההגירה לביתו ועצרה את אביו, אשר עד אז עדיין חי עם המשפחה. ס'ב סבל מטראומה קשה, בעקבות האירוע, אשר אף גרם לו להתקף חרדה, עד אובדן הכרה. האב נדון לגירוש, ועזב את העותרים, שלושתם. מאז חי ס'ב בחרדה פן יגורש מארצו או יופרד גם מאמו. הוא מתקשה להבין מדוע עליו לחיות במסתור, שונה מחבריו האחרים.

20. אחיו של ס'ב, א'ב בן ה-5, לומד בגן חובה, ביאליק רוגוזין. גם א'ב מדבר עברית לומד לקרוא ולכתוב. האחים משוחחים בניהם בעברית בלבד.

תעודת סיום של ס'ב מגן חובה "ירדן" ומביה"ס תקומה ותעודת סיום של א'ב מגן ביאליק רוגוזין מצ"ב ומסומנות 2/ע.

21. לאורך השנים, ניסתה העותרת לברר על קבלת מעמד עבור בניה בניגריה. נמסר לה כי על הילדים להסדיר את מעמד עם אביהם. האב, הינו אזרח גאנה, אשר אינו חי עם העותרת והבנים.

המגעים עם המשיב ומיצוי הליכים

22. העותרת פנתה למשיב לאור החלטת הממשלה 156 מיום 18.6.06 וביקשה להסדיר מעמדו של בנה, ס'ב. (העותרת לא היתה מיוצגת באותה העת, והבקשה איננה מצויה בידי העותרים).

23. בקשת העותרים נדחתה, מהטעם:

"סעיף א(2) הקובע כי הורי הילד נכנסו לישראל כדין לראשונה באשרה ורישיון על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952".

כן, התייחס מכתב התשובה לקריטריון משך שהייה בישראל, אשר שונה מאז והורחב. כיום, אין חולק כי פרט לאופן כניסתה לישראל של העותרת, אמו של ס'ב, עומדת הבקשה בכל התנאים לקבלת מעמד, על פי ההסדר שגובש.

מכתב הדחייה מצ"ב ומסומן ע/3.

24. העותרים הגישו ערר על החלטת המשיב, אשר נדחה אף הוא.

הערר מצ"ב ומסומן ע/4.

התשובה לערר אינה מצויה בידי העותרים, אלא רק תשובת ביניים, מיולי 07, המצ"ב ומסומנת ע/5.

25. ביום 1.7.2007 ניתן פסק הדין בבג"ץ 8204/05 האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' (להלן – בג"ץ 8204/05). בעתירה נשוא פסק הדין ביקשו האגודה לזכויות האזרח ומוקד סיוע לעובדים זרים לבטל את תנאי הסף בדבר אופן כניסת ההורה לישראל, על שום היותו חוטא לתכלית החלטה 156. במסגרת הדיון בעתירה התברר, כי בשל תנאי זה נדחו בקשותיהן של 58 משפחות בלבד. כיוון שהעתירה היתה עתירה ציבורית, ו-58 המשפחות לא ניצבו בפני בית המשפט, נאותו הארגונים למחוק את עתירתם בכפוף להתחייבות המדינה כדלקמן:

... 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. אין באמור כדי למנוע מוועדת הערר שבפניה תלויים ועומדים העררים מלהמשיך ולדון בעררים לגופם במסגרת הקריטריונים שנקבעו בהחלטת הממשלה. המשיבים יודיעו למבקשים כי גם אם ידחה עררם פתוחה בפניהם הדרך לשוב ולפנות לשר הפנים כדי שיבחן את בקשתם על הבסיס הפרטני, כאמור לעיל.

פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/6.

26. ביום 4.12.2007 ביקשה מהמשיב הגב' אמי סער ממוקד סיוע לעובדים זרים (להלן – המוקד), לבחון מחדש על בסיס אינדיבידואלי את עניינם של העותרים, בהתאם לפסק הדין בבג"ץ 8204/05, בו חויב המשיב לבחון פרטנית כל מקרה מסוג זה, מבלי שנושא הכניסה החוקית לישראל יהווה תנאי סף. כן העלתה הגב' סער את נסיבותיהם ההומניטאריות של העותרים ותיארה את התערותו של ס'ב בישראל.

מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/7.

27. במכתב מיום 19.8.08, אשר נשלח למוקד על פי התאריך שעל המעטפה בתחילת ספטמבר 2008 והתקבל בידי המוקד ביום 10.9.08 או בסמוך לכך, נכתב כי הבקשה נדחתה:

לאחר ששר הפנים בחן את הבקשה והטעמים הנלווים לה, ואת המלצת הוועדה הבין משרדית לקביעה ומתן מעמד בישראל, מטעמים הומניטאריים, לא נמצאו טעמים הומניטאריים מיוחדים להענקת המעמד.

מכתב המשיב מצ"ב לעתירה ומסומן ע/8.

28. מתשובת המשיב עולה כי בניגוד להתחייבותו בבג"ץ 8204/05, מוסיף המשיב לראות באופן הכניסה לישראל כתנאי סף. שיקול חסר רלוונטיות זה מוסיף להטיל משקל מכריע ובלעדי בהליך הפעלת שיקול הדעת של המשיב. בעקבות תשובת המשיב מוגשת העתירה.

המסגרת המשפטית

29. החלטת הממשלה 156 נקבעה לאחר שהמשיב שוכנע כי גירוש ילדי מהגרי עבודה מישראל, יהווה הגליה תרבותית, אשר פוגעת קשות בילדים שהינם ישראלים למעשה. החלטת הממשלה נבעה בין השאר, מהתחייבות מדינת ישראל במסגרת האמנה בדבר זכויות הילד (כ"א 1038), להגנה על זכויותיהם וטובתם של ילדים. תכלית ההסדר בעניינם של ילדי מהגרי העבודה, כפי שבא לביטוי בדברי המבוא להצעה המקורית שגיבשו בזמנו שר הפנים דאז אברהם פורז ושר הרווחה דאז זבולון אורלב, היא:

מתן פתרון על בסיס עקרונות הומניטאריים לבעייתם של ילדי מהגרי עבודה, אשר הגיעו לישראל או נולדו בה בעל כורחם, וברבות השנים התערו בחברה בישראל עד כי הוצאתם ממנה פירושה העברתם לארץ זרה שאין להם כל קשר תרבותי עמה.

30. תכלית ראויה זו עולה בקנה אחד עם הוראות חוק הכניסה לישראל, ומגשימה את תכליתו הכללית והקונקרטית. החלטת הממשלה מבקשת למנוע את הפגיעה הקשה שתהיה מנת חלקם של מי שחיו בישראל לאורך זמן, התחנכו בה, בגרו בה, הפכו חלק ממנה - אם יגורשו. היא נובעת מהכרה בכך שבהרחקתם של ילדים, דוגמת ס'ב, גלומה פגיעה כה קשה, עד שהיא מצדיקה התגברות על אינטרסים אחרים וסטייה מן המדיניות הכללית של המשיב, לפיה אין ניתנים רישיונות ישיבה ל"זרים". היא מכירה בכך שאותם ילדים כלל אינם "זרים" - אלא ילדים שגדלו, התחנכו בישראל והפכו ישראלים, בתרבותם, שפתם, מחויבותם.

31. ההחלטה משקפת את ההכרה בכך ששהייתם שלא כדין בישראל של ילדים אלה היא שלא באשמתם וכי אין מקום לכך שילדים, שלא חטאו, ישלמו על מעשי הוריהם.
32. אי לכך, הוסכם במסגרת בג"ץ 8204/05, כי גם בקשותיהם של ילדים, אשר הוריהם נכנסו לישראל לראשונה שלא כדין, תיבחנה על יסוד נסיבותיהן, וכי הכניסה שלא כדין לא תביא לדחיית הבקשה על הסף. הסכמת המשיב עוגנה בפסק הדין, ואולם כעת מסתבר, כי הוא אינו חש מחויב לה ואינו מיישם אותה.
33. החלטת הממשלה 156, החלטת שר הפנים להרחיבה, ופסק הדין בבג"ץ 8204/05, כמו גם הדין הישראלי והבינלאומי בדבר זכויותיהם ומעמדם של ילדים – הם המתווים את המסגרת המשפטית המלווה את עניינם של העותרים ומורים על התייחסות למקום מרכזי חיי הילד, כמו גם להתערותו בחברה הישראלית כמבחינים מנחים ומרכזיים למימוש תכלית ההסדר.

על ההסדר לשעה ועל בג"ץ 8204/05

34. בעקבות מאבק ציבורי ומשפטי עיקש של ארגוני זכויות אדם למען ילדי מהגרי העבודה הצהיר שר הפנים דאז פורז, כי בדעתו לערוך רפורמה בנושא מתן מעמד לזרים בכלל ומתן מעמד לילדי מהגרי עבודה בפרט, לשם מניעת הגלייתם התרבותית על הפגיעה הגלומה בכך. הצהרות השר פורז הובילו ביום 4.1.2004 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.
35. במסגרת החלטת הממשלה 156 מיום 28.8.2006 (שתיקנה את החלטת הממשלה 3807 מיום 26.6.2005) נקבעו קריטריונים, אשר הורחבו בהמשך ובעקבות התדיינות בבג"ץ. החלטת הממשלה בנוסחה העדכני קובעת מספר תנאים מצטברים, אשר עמידה בהם תוביל למתן מעמד של קבע בישראל לילדו של מהגר עבודה:

(1) במועד קבלת החלטה זו הילד נמצא בישראל וחי בה ברצף לפחות 6 שנים (הורחב בהמשך לארבע שנים ותשעה חודשים – ע.ל.) ובלבד שנכנס לישראל בטרם מלאו לו 14 שנה. יציאה קצרה מישראל לא תהווה שבירת רצוף לעניין סעיף זה.

(2) הורי הילד נכנסו לישראל כדין לראשונה באשרה ורישיון לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, טרם מועד לידתו או כניסתו לישראל. (הוסכם במסגרת בג"ץ 8204/05, כי ילדים יוכלו להגיש בקשות חרף תנאי זה, שלא יהווה תנאי סף, וכי בקשותיהם תיבחנה לנסיבותיהן – ע.ל.)

(3) הילד דובר את השפה העברית.

(4) במועד קבלת החלטה זו הילד לומד ביתה א' או בכיתה גבוהה יותר בבית ספר בישראל, או שסיים לימודיו כאמור.

החלטת הממשלה 156 מצ"ב ומסומנת ע/9.

36. העתירה בבג"ץ 8204/05 **האגודה לזכויות האזרח ואח' נ' ממשלת ישראל ואח'** נסובה על הפליית ילדי מהגרי עבודה אשר הוריהם לא עומדים בתנאי הכניסה החוקית לישראל. במסגרת בג"ץ 8204/05 נטען, כי ההבחנה המתוארת איננה רלבנטית לתכלית ההסדר וכי השלכותיה פוגעות בזכויות הילדים בניגוד לדין הישראלי ולדין הבינלאומי, בו מחויבת ישראל. ביום 1.7.2007 ניתן פסק הדין בעתירה לפיו, המשיב יבחן **פרטנית** את 58 הבקשות שנותרו באותה העת הנוגעות לילדיהם של מי שלא נכנסו לישראל כחוק:

במסגרת בחינה זו ולפנים משורת ההחלטה העומדת בתוקפה ייבחנו ע"י שר הפנים מכלול הנסיבות הנוגעות לכל בקשה תוך שהשר יהיה רשאי להביא בחשבון את נתון הכניסה שלא כדין, שלא כתנאי סף. (ההדגשה שלי – ע.ל.).

37. פסק הדין עיגן, אם כן, את התחייבות המשיב, כי הבקשות תיבחנה לאור מכלול הנתונים, מבלי שנתון הכניסה לישראל יהווה תנאי סף. פסק הדין אינו מזכיר טעמים הומניטאריים מיוחדים, אף שכאלה קיימים ומייחדים את ילדי מהגרי העבודה, בין אם הוריהם נכנסו לישראל כדין, בין אם לאו.

38. כעולה מפסק הדין, נכון ליום נתינתו נותרו 58 בקשות בלבד של ילדי מהגרי עבודה. על פי ההסדר לא יוגשו בקשות נוספות ולא ייבחנו מקרים מעבר לאותם 58 מקרים, ובהם עניינו של ס'ב. על פי הודעת המשיב לועדת הפנים ואיכות הסביבה של הכנסת מיום 12.8.2008, אושרו במסגרת ההסדר החד-פעמי בקשותיהן של 400 משפחות. 2,300 נפש רכשו מעמד הודות להסדר. כלומר, 58 הבקשות, ובהן בקשתו של ס'ב, הן הבקשות היחידות שנדחו על רקע תנאי הכניסה שלא כדין. המשיב שהחיל את ההסדר, מיוזמתו, ועל אף האמור בהחלטת הממשלה, את ההסדר החד-פעמי גם על ילדים ששהו בישראל ארבע שנים ותשעה חודשים – וזאת כדי למנוע מהם הגלייה תרבותית – נוהג קשיחות לב ב-58 ילדים בלבד, שאין כל הבחנה רלוונטית ביניהם לבין הילדים שמעמדם הוסדר.

יש לייחס משקל להיות מרכז חייו של ס'ב בישראל

39. תכלית ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה 156 הינו למנוע הגליה תרבותית, על הפגיעה שתגרם כתוצאה ממנה לילדי מהגרי העבודה. בהחלטה בעניינו של ס'ב, כלל לא נתן המשיב משקל, **לעמידת ס'ב בכל מבחני הסף שהציב המשיב, מבחנים הנוגעים לשהייה בישראל והתערות בה.** בהחלטתו המשיב אינו נותן כל משקל להיות ישראל מרכז חייו של ס'ב מאז נולד, להתערותו המוחלטת בישראל לעומת היעדר קשר ואף מעמד בארץ המוצא של אמו או בכל מקום אחר. המשיב מתעלם מהיות מרכז חייו בישראל ומזיקותיו של ס'ב לישראל. זאת, בניגוד לחשיבות הרבה שייחס המחוקק, ובעקבותיו בית המשפט העליון, לקיומו של קשר רציף ועקבי בין הפרט ובין מקום מגוריו, בהגדרת מושג התושבות. חשיבות שהוכרה בהחלטת הממשלה 156 להסדיר את מעמדם של מי שהינם תושביה דה פקטו של המדינה.

40. על מנת שהכרעת המשיב תוכל להגשים את תכלית חוק הכניסה לישראל במלואה ולעמוד בדרישת הסבירות, אין המשיב יכול להתעלם מזיקת ס'ב לישראל. 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 ובינם. אין כל הבדל רלוונטי בעניין זה, בין אדם שהוריו נכנסו לישראל כחוק, לבין אדם שחי בישראל ברציפות מאז שנות ילדותו, אולם בעודו קטין נכנסו הוריו לישראל שלא כחוק. ובמיוחד, כאשר בכל מקרה מדובר על ילדים שהוריהם שהו בישראל שלא כחוק, זאת בעודם קטינים ומבלי שיכלו להשפיע על התנהלות הוריהם.

41. חשיבות קיומו של קשר רציף בין המבקש מעמד בישראל, ומרכזיות הקשר בגיבוש המעמד, באים לידי ביטוי בהוראות חוק הכניסה לישראל ובפסיקת בית המשפט בעניינו:

רישיון לישיבת קבע – להבדיל ממעשה התאזרחות - הוא ייצור כלאים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטיטוטיובי המעמיד את הזכות לישיבת קבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע... אכן "ישיבת-קבע" מעצם מהותה משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו. [השופט ברק בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, 426]

42. ביטוי מפורש לחשיבות קיומו של קשר פיזי רציף בין אדם למקום מושבו נמצא בהוראות תקנה 11(ג) ותקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974. הנחת המחוקק היא, כי חיים ממושכים במדינה זרה, או כלשון החוק, השתקעות בה, בין אם לוו במתן מעמד פורמלי בין אם לאו, יוצרים מטבעם קשרים רגשיים בין הפרט לבין אותה מדינה ותושביה. כאשר עסקינן בחיים ממושכים במדינה זרה, עשוי הדבר להעיד על ניתוק הקשר בינו ובין מדינת ישראל, ולהצדיק ביטול מעמדו כתושב קבע. הנחה זו נכונה ביתר שאת עת עסקינן בצעירים כדוגמת העותר, אשר שהייתם הממושכת באותה מדינה היתה מאז לידתם, שנים קריטיות לגיבוש זהותם האישית. ר' בג"ץ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, תק-על 95(2) 1614), , בג"ץ 2056/01 עבד אל ראזק נ' שר הפנים, תק-על 2002(2) 1670.

43. יש לגזור מידה שווה מהמבחנים אשר נקבעו בנוגע לניתוק זיקת התושבות של אנשים אשר שהו מחוץ לישראל במשך תקופה ארוכה, לקביעת המבחנים בהם נוצרת זיקת התושבות. מציאות החיים – ההשתקעות במדינת ישראל, הישיבה ארוכת השנים בישראל מילדות ועד בגרות, אימוץ שפתה, תרבותה וערכיה וקביעת מרכז החיים בה, ניתוק הזיקה לארץ המוצא של ההורים – כולם מלמדים על זיקת תושבות המחייבת מתן אשרה ורישיון לישיבת קבע, המבטאים, כדברי השופט ברק בעניין עווד, את "המציאות של ישיבת הקבע".

44. יודגש, כי העותרים אינן טוענים, כי די בפרק זמן ממושך של חיים בתחומי מדינת ישראל על מנת להצדיק מתן מעמד של תושב קבע. מדובר בגורם אחד מרכזי, אולם לא בלעדי, ממכלול הגורמים המצביעים על התגבשות מרכז חיי העותרים. גורמים נוספים התומכים במתן מעמד לס'ב הם התערותו המלאה בחברה הישראלית, העובדה שהלכה למעשה – מדינת ישראל, היא בלבד ואין בלתה, היא ביתו בכל העולם כולו והעובדה כי שהייתו הבלתי חוקית בישראל היתה שלא באשמתו, שלא לאמר נכפתה עליו, בהיותו קטין

סמוך לשולחן אמו, אשר נולד כאן. מבחינה חברתית מונע הדבר חשש כי העתרות לבקשתו תהא משום מתן לגיטימציה ועידוד לעבירה על החוק על ידי אחרים.

45. התערותו המלאה של ס'ב בחיי המדינה ובתרבותה, כמו גם העובדה כי מדובר בילד קטין, אשר אמו היא אדם נורמטיבי ותורם אשר מעולם לא היתה מעורבת בפלילים, מונעים כל חשש מפני פגיעה במרקם החברתי ובצביון התרבותי הקיים במדינה. אדרבא, קבלת העותרים אל חיק המדינה, תעניק לישראל אזרחים טובים, מוכשרים, נאמנים ותורמים.

תנאי הכניסה החוקית הראשונה לישראל הינו שרירותי ופסול

"שיטתנו החוקתית מגנה על האדם מפני שרירות השלטון". (בג"ץ 2918/93

עיריית קרית גת נ' מדינת ישראל פ"ד מז(5) 832, 846).

46. המשיב מחיל בעניינו של ס'ב את תנאי הכניסה החוקית הראשונה לישראל, באופן החוטא לרציונל ותכלית החלטת הממשלה. בכך נוהג המשיב שרירות. ממחישים זאת, המקרים הבאים.

47. טלו לדוגמא את עניינו של מיכאל (שם בדוי), שמוצאו מאוקראינה. מיכאל נכנס לישראל עם הוריו בהיותו כבן ארבע שנים. הבקשה למעמד עבור מיכאל הוגשה בהתאם להחלטת הממשלה 156, כשהיה בן 9, לאחר ששהה בישראל במשך 5 שנים. אמו של מיכאל הכניסה אותו לישראל ונכנסה בעצמה, שלא כחוק. אלא שלאמו של מיכאל היה תיעוד על כניסה קודמת לישראל באופן חוקי. מעמדו של מיכאל הוסדר. למרות שמיכאל הגיעה לישראל בגיל מבוגר יותר מס'ב, ולא נולד בישראל, למרות שגם מיכאל ואמו נכנסו לישראל ושהו בה שלא כחוק, על פי מדיניות המשיב, זכאי מיכאל להסדרת מעמדו כתושב קבע ואילו ס'ב נדון לגירוש. למה? ככה.

48. אמה של קטיה (שם בדוי) נכנסה לישראל כתיירת מגרוזיה מתוך כוונה לעבוד כאן שלא כחוק. כניסתה של אמה של קטיה היתה חוקית, אולם מייד עם הגיעה עבדה אמה של קטיה בישראל שלא כחוק, ונשארה לשהות ולעבוד בישראל באופן בלתי חוקי, משך שנים. קטיה שנכנסה עם אמה לישראל בגיל שנתיים, היתה בת 7 בעת שהותר לה להגיש בקשה למעמד. היא עומדת בתנאי ההסדר וקבלה מעמד של קבע. האם התערותה בחברה הישראלית, על פי רציונל החלטת הממשלה, חזקה משל ס'ב? האם השלכות הגירוש על ס'ב יהיו פחותות מהשלכות אלו על קטיה?

49. הבה נניח היפותטית כי אמו של ס'ב לא היתה נרדפת ומאוימת במולדתה, והיתה מגיעה לישראל כתיירת – רק אז היתה נשארת בישראל באופן לא חוקי, ויולדת בה את ילדיה. כך, כמו במקרה של קטיה. מהו בעצם השנוי המהותי לעומת מצב העותרים כיום? האם קיים שינוי ערכי מהותי? כיצד תושג תכלית ההסדר בצורה טובה יותר?

50. צא ולמד, אמנם רשאי המשיב לשקלל את אופן הכניסה לישראל בין מכלול שיקוליו, אולם ברי כי היבט זה, כתנאי סף, הינו תנאי שרירותי, מפלה וזר למטרת ההסדר, שנועד להכיר במציאות קיימת בה חיים בישראל לאורך שנים, ללא מעמד, ילדים אשר ישראל היא מרכז חייהם. על מנת שישראל תהפוך למרכז

חייו של ילד יש צורך בשהייה ממושכת והתערות חברתית ותרבותית. אופן הכניסה לישראל של ההורה אין בו כדי לשרת את תכלית ההסדר ועל כן משקלו של היבט זה, ככל שקיים, להיות זעום.

51. לאופן הכניסה הראשונה לישראל אין גם כל רלוונטיות למימד ההרתעה. ראשית, המדובר בהסדר חד-פעמי המתייחס לתקופה מסוימת בעבר ואינו צופה פני עתיד. ההסדר נועד לתקן השלכות אנושיות אותן נושאים על כתפיהם הצנומות ילדים נטולי אחראיות למעשי הוריהם. בעייתם ההומניטארית של ילדי מהגרי העבודה נשוא ההסדר התהוותה בתקופה בה עדיין לא נאכפה בישראל מדיניות הגירה, אשר נכון להיום נאכפת במלוא עוצמתה.

52. הבקשות היחידות שנותרו להכרעה במסגרת ההסדר הן אותן 58 בקשות אמורות, או אלו מתוכן שטרם הוכרעו. איזה רלוונטיות יש בהרתעת המבקשים הספורים עצמם?

53. יתר על כן, כל המבקשים עליהם מוחלטת החלטת הממשלה 156, הם ילדים להורים אשר שהו ועבדו בישראל תקופה ארוכה שלא כדין. חלקם נכנסו לראשונה כדין, יצאו מישראל ושבנו שלא כחוק. כיצד, אם כן, ניתן לקבוע על גבם של הילדים הירארכיה והבחנה מלאכותית בין כניסה בלתי חוקית לשהייה ועבודה בלתי חוקית? מי שהוריו נמנים עם הקבוצה השנייה – רק שוהים ועובדים בלתי חוקיים – זכאי למעמד (זאת, גם אם הוריו נכנסו שלא כדין, אך בפעם השנייה). מי ששייך לקבוצה הראשונה, דהיינו, הוריו גם נכנסו לראשונה שלא כחוק – אינו זכאי.

54. החלטת הממשלה שמה בצדק דגש על בעייתם ההומניטארית של ילדי מהגרי העבודה. בעיה שנמצאה מצדיקה מתן מעמד של קבע למי שהתערה בחברה הישראלית. כל זאת בידיעה, כי מדובר בילדיהם של מי ששהו כאן שלא כדין, תוך ביצוע עבירה על החוק. ההסדר נטוע בהנחה כי הילדים נקלעו למצב קשה מנשוא, בו הם נוכחים נפקדים בארץ שהפכה מדינתם – שלא באשמתם. ההחלטה נבעה מההכרה שהמחיר שמשלמים הילדים על חטא הוריהם הינו כבד מדי. תכלית ראויה זו חלה אף על ס'ב.

הפלייתו של ס'ב

**When the Star-Belly children went out to play ball,
Could a Plain Belly get in the game...? Not at all.
Your only could play if your bellies had stars
And the Plain-Belly children had none upon thars.
(The Sneetches and other stories, by Dr. Suess)**

55. מהו השוני בין המקרה של ס'ב לעניינם של יתר ילדי מהגרי העבודה, עבורם גובשה ההחלטה, אשר מעמדם הוסדר? המשיב מפלה את ס'ב אל מול ילדי מהגרי עבודה אחרים, שנסיבותיהם דומות לשלו ואפילו פחותות בעוצמתן מבהינת ההתערות בישראל. זאת על שום קריטריון בלתי רלוונטי למהות ההסדר. קריטריון אשר נפסל כתנאי סף על ידי בית המשפט העליון.

56. הזכות לשיוויון הינה זכות בסיסית בשיטת המשפט הישראלית. עם חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו עוגנה הזכות לשוויון במסגרת הזכות לכבוד כזכות יסוד חוקתית על-חוקית (ראו: 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)). זאת בעיקר כאשר הפגיעה בזכות באה על רקע השתייכות קבוצתית. ודוקו: כי במקרה זה אין המדובר על שונות, אשר יש בה להשפיע עניינית או מהותית על תכלית ההסדר, היא פתרון בעייתם ההומניטארית של ידי מהגרי העבודה, אשר מרכז חייהם בישראל ואשר הפכו חלק מהחברה הישראלית.

57. הדין בישראל מחייב יחס שווה לשווים שאין ביניהם שונות רלוונטית לתכלית הנורמה. חובת השוויון חלה בתוך קבוצת השוויון. חובת השוויון הינה חובה מהותית וככזו גם קבוצת השווים תיבחן במהותה ולא בכותרתה. זו היא "הקבוצה שהמאפיינים המייחדים אותה רלוונטיים לתכליתה של הנורמה, למהות העניין ולנסיבותיו המיוחדות, קבוצה שיש לראותה כקבוצה הנבדלת מהאחרים לצורך אותו עניין" (בג"ץ 4906/98 עמותת 'עם חופשי לחופש דת, מצפון חינוך ותרבות' נ' משרד הבינוי והשיכון, פ"ד נ"ד(2) (513, 503).

58. הפליית ס'ב מחוסרת כל הצדקה ומנוגדת לדין.

חוסר סבירות קיצונית

59. הפגמים המתוארים בקבלת החלטת המשיב מלמדים על החלטה הלוקה בחוסר סבירות קיצוני.

60. בהפעלה את שיקול דעתה אין הרשות רשאית לפעול מכוח השררה בלבד, ללא התחשבות במגבלות המוטלות עליה על ידי הדין וערכי היסוד של שיטת המשפט ובמקרה זה התחייבות שעוגנה במפורש בפסק דינו של בית המשפט העליון. בענייננו, שומה על המשיב לבחון כיצד ישפיע קריטריון הכניסה החוקית לישראל על הגשמת התכלית הראויה של ההסדר, לרבות הפגיעה האפשרית בזכויותיה ובכבודה של ס'ב ולכל הפחות לאזן היבט זה עם מכלול נסיבותיו של ס'ב. נסיבות שהינן רלוונטיות לתכלית ההסדר. המשיב כשל בחובתו זו.

61. משהמשיב מתעלם ממטרת ההסדר, מהתחייבותו שעוגנה בפסק דינו של בית המשפט העליון, ומנסיבות המקרה עצמו – החלטתו חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות.

החלטת המשיב איננה מידתית

62. בהפעלת שיקול דעתו, לא ערך המשיב איזון בין הפגיעה הקשה בזכויותיו של ס'ב ובמרקם חייו, תכלית ההסדר, ותכלית הסירוב לבקשה. החלטת המשיב אינה עומדת במבחני המידתיות.

63. שלושת מבחני משנה למבחן המידתיות: הראשון, מבחן הקשר הרציונלי; השני, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; והשלישי, מבחן התועלת מול הנזק (ר' למשל, בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2004(2), 3035, עמ' 3051). להלן נבחן כיצד עומד ההסדר בשלושת המבחנים.

64. על פי מבחן המשנה הראשון הגם אם תכלית ההרתעה מפני לקיחת הדין לידינו של אדם הינה ראויה, הרי שאין כל זיקה רציונאלית בין תכלית זו והאמצעי הננקט. מדובר על הסדר עבור ילדיהם של מי ששהו כאן שנים שלא כחוק. בדיוק בשל ההכרה במצב הילדים ובהיעדר אשמה מצדם למצב זה עוגן הסדר

מלכתחילה. ההסדר מתמקד בילדים, אשר אינם אשמים בשהייה הבלתי חוקית של הוריהם ונועד לפתור את עניינם ההומניטארי, לאחר שהתערו בישראל. אופן כניסת הורי הילדים לישראל הינו זר לתכלית ההסדר. זאת במיוחד כאשר ההסדר הינו חד-פעמי, אינו צופה פני עתיד, כי אם מתייחס לתקופה ספציפית בעבר. כיום תלויות בפני המשיב מכוח ההסדר בקשות בוודות. מכאן, שענישתם הלכה למעשה, של ילדים, להם לא היתה שליטה על מעשי הוריהם, לא תוכל להשיג גם את תכלית ההרתעה.

65. על פי מבחן המשנה השני, על הרשות לבחור באמצעי שיפגע בפרט במידה הפחותה ביותר. בהחלטתו במקרה זה, נוקט המשיב באמצעי הפוגעני ביותר. גירוש מישראל. יוער, כי גישה מידתית, לפיה היבט הכניסה החוקית לישראל לא יהווה תנאי סף, כבר התוותה על ידי בית המשפט העליון בהסכמת המשיב. אף על פי כן, מעדיף המשיב להמשיך ולפעול בניגוד להתחייבותו שעוגנה בפסק הדין.

66. על פי המבחן השלישי, מבחן המדתיות במובן הצר, יש לבחור באמצעי פוגע פחות, כאשר התועלת נבחנת אל מול הנזק לנפגע. כאמור, במקרה דנן נבחר האמצעי הפוגעני ביותר – ובו תועלת ההרתעה לכל הפחות מוטלת בספק – שהרי, ההסדר החד-פעמי פועל רק כלפי עבר. הציבור לא יפיק כל תועלת מגירושו של ס'ב מישראל, אך בשל תנאי הכניסה החוקית לישראל של אמו. הנזק שיגרם לס'ב הינו מכריע. על הנזק שיגרם לס'ב עמד המשיב עצמו בהצהרותיו ובדברי ההסבר, אשר עומדים ביסוד החלטת הממשלה 156.

סיכום

67. משהוחלט כי יש להסדיר את מעמדם של ילדי מהגרי העבודה, אשר הגיעו לכאן בעבר, ועניינם עונה לתכלית ההחלטה – מניעת הגליה תרבותית ממי שהתערה בחברה הישראלית - הרי שאין לאבחן בין ילד אחד למשנהו על פי פרמטרים שרירותיים, אשר אינם נוגעים למרקם חייו, אלא להתנהלות הוריו לפני שנים. המשיב לא הסביר מהי תכלית בידולו של ס'ב מיתר ילדי מהגרי העבודה בעניינם חלה החלטת הממשלה.

68. החלטת המשיב בעניינו של ס'ב שרירותית ומפלה את ס'ב אל מול ילדים אחרים שמצבם זהה למצבו, נגועה בשיקולים זרים, ומכאן שבלתי סבירה, ולכל הפחות בלתי מידתית. החלטת המשיב לגרש את ס'ב מישראל, הארץ בה נולד, גדל והתערה, אף אינה עומדת בהתחייבותו המעוגנת בפסק הדין בבג"ץ 8204/05.

69. תוצאות החלטת המשיב אכזריות: משמעה גירושו של ס'ב מישראל, ארצו, תוך קטיעת מרקם חייו ונישולו מתרבותו וכל המוכר לו. זאת למרות עמידת סטיבן בכל תנאי ההסדר, אך על שום קריטריון זר ופסול. לא זו בלבד כי המשיב לא יפיק תועלת מהחלטתו התמוהה, כי אם בגירושו של סטיבן תפסיד מדינת ישראל ילד ישראלי, טוב לב, מוכשר, ותורם.

70. העולה מן המקובץ היא חובת המשיב לאשר את בקשת העותרים למתן מעמד, באופן שמעמדו של סטיבן יוסדר והוא ירשם כתושב קבע במרשם האוכלוסין ואילו לאמו ואחיו יינתן מעמד ארעי, על פי הקבוע בהחלטת הממשלה.

מכל הטעמים האלו, מתבקש בית המשפט הנכבד כמבוקש בראשית העתירה, ולחייב את המשיבים בתשלום שכ"ט עורך-דין והוצאות משפט.

היום: 27.10.208

עדי לוסטיגמן, עו"ד
מ.ר. 29189
ב"כ העותרים