

## על הורים וילדים: איחוד משפחות בישראל

מאת

טלי קריצמן-אמיר\*

המאמר מתבונן על הכללים המשפטיים החלים על משפחות שמורכבות מהורה זר ומילד בעל מעמד בישראל בהקשר של תפיסת המשפחה במשפט הישראלי. משפחות אלו נמצאות בצומת המפגש שבין הרגולציה של חיי המשפחה לבין הרגולציה של ההגירה. המיקום הפריפריאלי של המשפחות המעורבות בשולי החברה יכול לשפוך אור על התפיסות הבסיסיות שלנו באשר למהותה של המשפחה, ובכלל זאת: באילו מצבים אנחנו מעודדים את המשפחה, מגנים עליה ותומכים בה; אי-שוויון בין תאים משפחתיים; זרות וזהות; זכויות ואזרחות, וכד'. בצומת הזה השיקולים הפוליטיים של מדיניות ההגירה גוברים על השיקולים הפוליטיים של עידוד חיי המשפחה ועל השיקול המשפטי של ההגנה על הזכות החוקתית לחיי משפחה. שיקולי דיני הגירה אלו הם שמנסחים את הכלל שלפיו המעמד יוענק להורה רק במקרים חריגים. כך, הכללים החלים על הורים זרים המבקשים לקבל מעמד מכוח הורווחם לאזרח ישראלי אינם תואמים את המדיניות הננקטת בישראל לעידוד ילודה ולתמיכה בהורים לילדים, מחד, ולהגנה על הזכות לחיי משפחה ולהורות, מאידך. בנוסף, הכללים הללו אינם עולים בקנה אחד עם התרבות המשפטית שרואה בעיקרון טובת הילד עיקרון מנחה לקבלת החלטות שיפוטיות הנוגעות לילדים. היעדר העקיבות בהקשר הזה מעלה חשש כי ילדים להורים זרים זוכים להגנה משפטית פחותה על זכויותיהם (בהשוואה לבני זוג זרים ובהשוואה לילדים להורים אזרחים) חרף היותם אזרחים, וכי שיקולים אתנוד-מוגרפיים בנוגע לטיב האוכלוסייה הרצויה במדינה משחקים תפקיד בקביעת הכלל המשפטי ובניהולו. למעשה, היחס אל אותם ילדים הוא כאל מי שאינם נמצאים במקומם.

מבוא. א. המסגרת הנורמטיבית: הכללים הקבועים בנוגע לאיחוד משפחות. 1. כמה הנחות יסוד מקדימות על הגירה, ריבונות ואיחוד משפחות; 2. תפיסת המשפחה במשפט הישראלי; 3. כללי הרקע של המשפחה שבה הורה מהגר אל מול תפיסת המשפחה במשפט הישראלי; 4. הכללים המשפטיים בנוגע לאיחוד משפחות – חקיקה, תקנות, נהלים, החלטות; 5. פסק דין דימיטרוב וההתרחשויות בעקבותיו; 6. מסקנות ביניים; ב. כהינה

\* מרצה לדיני הגירה, דיני עבודה ומשפט בין-לאומי, המרכז האקדמי למשפט ועסקים; עמיתת פולונסקי במכון ון-ליר בירושלים. אבקש להודות לחבריי יונתן ברמן, שרי בשי, אבינועם כהן, קרן איזאק-אמגור, טלי שפר, אלעד פלד, רותי זפרן, נועם פלג ואדריאנה קמפ על הערותיהם על טיוטות מוקדמות של מאמר זה. עוד אבקש להודות לעודד פלר על הסיוע הרב שהושיט לי במהלך המחקר, הכתיבה והחשיבה על המאמר, ולדפנה הקר וליובל לבנת על הייעוץ שהעניקו לי. כמו כן אני מודה למשתתפי כינוס האגודה הישראלית לסוציולוגיה, משתתפי הסמינר המחלקתי במרכז האקדמי למשפט ולעסקים ומשתתפי הסמינר בחוג למדיניות ציבורית באוניברסיטת תל-אביב על הערותיהם. אני מודה לגבי מלי דוידיאן, האחראית לחופש המידע במשרד הפנים על טיפולה המסור בבקשתי (שלא קיבלה מענה פורמלי, אך נענתה במידת מה בעל-פה בפגישתנו). לבסוף אני מודה לנועה ארד-קרינסקי ולשירן אלטמן-בטלר על עזרתן למחקר.

ביקורתית של ההנמקות המשפטיות. 1. הבסיס המשפטי להנמקה – התקדים מחייב? או: האומנם ילך הילד אחרי ההורה ולא ההורה אחרי הילד?; 2. מקומו של הילד בהנמקה המשפטית; 3. הכללים המשפטיים בין הנרטיב, הטרימינולוגיה, הרטוריקה והיישום. 1. הנרטיב על אודות ההורה הזר: "הזר נטול הזיקות", ונרטיבים אלטרנטיביים: "הזר כמושא להגשמת מטרתו של האחר" או "הזר כמושא זכויות"; 2. בין רטוריקה לטרימינולוגיה: זכות הפרט, אינטרס המדינה והחריג ההומניטרי; ד. סיכום.

## מבוא

בשנים האחרונות, כחלק מהתגברותה של ההגירה הלא-יהודית לישראל, הולכת ורווחת התופעה של משפחות שבהן בני אותה משפחה נושאים מעמד אזרחי שונה האחד מהשני.<sup>1</sup> המדיניות הננקטת בנוגע להגירה הלא-יהודית למדינת ישראל, שהיקפה בשני העשורים האחרונים הוא רב, יצרה מצבים בהם מעמדם החוקי של ילדים שונה מזה של הוריהם או אחיהם, בין היתר כפונקציה של מועד לידתם, מועד נישואיהם של ההורים או מועד הגירתם לישראל. בחלק מן המשפחות אחדים מבני המשפחה הם בעלי מעמד אזרחי בישראל; אחרים חסרים אותו ודרכם לרכשו חסומה; קבוצה שלישית של בני משפחה יכולה לפנות לרשויות בבקשה לרכוש את המעמד.

הטיפול באותם בני משפחה המבקשים לרכוש מעמד במסגרת הליכים שונים של איחוד משפחות אינו מוסדר באופן קודיפיקטיבי בכלל משפטי אחד אלא הוא פזור על פני נורמות שונות, בעלות מעמד נורמטיבי שונה: חקיקה,<sup>2</sup> תקנות,<sup>3</sup> נהלים פנימיים של משרד הפנים<sup>4</sup>

- 1 במאמר זה אנקוט את המונחים "מעמד אזרחי", "מעמד משפטי" או "מעמד" באופן חליפי, כמונחים המתייחסים למצבו החברתי של אדם, המכונן על ידי חוקי האזרחות של המדינה (קרי: אינו עניין המוגדר על ידי באופן אוטונומי או בדרך חוזית כלשהי) וזוכה להכרה על ידי כולי עלמא. ממעמד זה נובעות זכויות שונות, כגון הזכות להיות נשא של חלק מן הזכויות במדינה, וגם, ואולי בעיקר, הזכות לשהות בה, ובחלק מן המקרים – להיכנס אליה ולצאת ממנה. בין היתר כולל בחובו המונח את האזרחות, התושבות וכן את האשרות והרישיונות האחרים הקיימים. חסרי מעמד הם מי שאינם בעלי היתר כלשהו לשהות בה.
- 2 ס' 4 לחוק השבות, התש"ב-1950; ס' 5, 7 לחוק האזרחות, התש"ב-1952; ס' 2 לחוק הכניסה לישראל, התש"ב-1952; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003.
- 3 תק' 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974.
- 4 ראו בעיקר נוהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0033. "נוהל הטיפול במתן מעמד להורה קשיש ובודד של אזרח ישראלי" (23.5.2011) זמין ב- [www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0033.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0033.pdf) (להלן: "נוהל מתן מעמד להורה קשיש"); נוהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0036 "נוהל מתן מעמד להורים לחייל/ים" (1.12.2009) זמין ב- [www.piba.gov.il/Regulations/89.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/89.pdf) (להלן: "נוהל מתן מעמד להורים לחייל/ים"); נוהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0038 "נוהל הטיפול בבקשה לעיכוב הרחקה/מתן מעמד זמני מטעמים רפואיים" (4.8.2010) זמין ב- [www.piba.gov.il/Regulations/91.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/91.pdf); נוהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0017 "נוהל הטיפול בהפסקת הליך מדורג להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים כתוצאה מאלימות מצד בן הזוג הישראלי" (18.4.2007) זמין ב- [www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0019.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0019.pdf); נוהל רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0017 "נוהל טיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים" (11.5.2009) זמין ב- [www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0017.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/5.2.0017.pdf) (להלן: "נוהל הטיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים").

והחלטות ממשלה.<sup>5</sup> המשא והמתן על פרשנותן של הנורמות הללו מתרחש לעתים קרובות בלשכותיהם של פקידי רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול, לעתים רחוקות – בוועדות ההשגה לזרים,<sup>6</sup> ובמקרים ספורים – בבתי המשפט. כאשר הסכסוכים מוצאים את דרכם להיות מיושבים בבתי המשפט, הרי שעל פי רוב הם מתנהלים בבתי המשפט לעניינים מינהליים,<sup>7</sup> ורק לעתים רחוקות מוצאים הם את דרכם לבית המשפט העליון. כך, מתקבלת תמונה לא קוהרנטית של החלטות מינהליות שלעתים סותרות זו את זו. הביקורת השיפוטית בפסיקתם של בתי המשפט לעניינים מינהליים בנושאים אלו חלקה האחד אינו הולם את חלקה האחר, והיא לרוב אינה ניצבת לבחינה על ידי ערעור לבית המשפט העליון.<sup>8</sup>

מאמר זה יתמקד במצב שבו הורה מבקש מעמד אזרחי בישראל כדי לשהות בקרבת ילדיו הקטינים, אשר להם מעמד בה. על פי רוב יהיה זה במצב שבו אחד משני הוריו של ילד הוא אזרח או תושב, ואילו השני הוא מהגר (מהגר עבודה, מבקש מקלט, קרבן סחר בבני אדם או מי שביקש להגר לישראל לצורך איחוד משפחות). במשפחות אלו הילד מקבל אזרחות או תושבות ישראלית מכוח מעמדו של ההורה בעל המעמד, ואילו ההורה הזר הוא חסר מעמד, או היה בעל מעמד בעבר אך איבד אותו מסיבה כלשהי ומבקש כי יוענק לו

- 5 ראו למשל החלטה 3807 של הממשלה ה-30 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (26.6.2005) (להלן: החלטה 3807 של הממשלה ה-30); החלטה 156 של הממשלה ה-31 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים בלתי-חוקיים, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל – תיקון החלטה" (18.6.2006) (להלן: החלטה 156 של הממשלה ה-31); והחלטה 2183 של הממשלה ה-32 "הסדר לשעה למתן מעמד לילדי שוהים שלא כחוק, הוריהם ואחיהם הנמצאים בישראל" (1.8.2010) (להלן: החלטה 2183 של הממשלה ה-32).
- 6 "ועדת ההשגה לזרים" היא גוף ביקורת פנימי במשרד הפנים שאמור לבחון החלטות שנתן המשרד או החלטות שהמשרד נתבקש לתת אך נמנע מלתתן. אין מתקיימים בפניו דיונים בעל פה וההחלטות מתקבלות על יסוד השגות בכתב (שמוגשות כעתירות לכל דבר). על-פי הפסיקה, יש לפנות לוועדה בנושא שנמסר לה בטרם הגשת עתירה לבית המשפט, שאם לא כן העתירה לוקה באי-מיצוי הליכים (ראו לדוגמה עת"מ (מנהלי י-ם) 54853-01-13 סרחהן נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.5.2013); עת"מ (מנהלי י-ם) 389/10 סכאפי נ' שר הפנים, פס" 15 לפסק דינו של השופט נועם (פורסם בנבו, 3.1.2013)). הוועדות דנות בהחלטות בנושאים האלה: מעמד לבני זוג וילידים נלווים (נשואים, ידועים בציבור, אזרחים ותושבי קבע); מעמד לילדים נלווים לזכאי שבות; מעמד לאחר הפסקת ההליך לבני זוג (הורים לילדים, אלמנות, נשים מוכות); מעמד להורים קשישים; מעמד להורים לחיילים; רישום ילדים של תושבים; מתן מעמד מטעמים הומניטריים על ידי הוועדה הבין-משרדית ועוד. על החלטות הוועדות אפשר לעתור לבית המשפט המחוזי בירושלים או לבית המשפט המחוזי בתל-אביב, לפי המקום שבו ניתנה ההחלטה. בעניין זה ראו נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 1.5.0001 "נוהל ועדת השגה לזרים במשרד הפנים – מרחבי ירושלים ותל אביב" (6.10.2011) זמין ב- [piba.gov.il/Regulations/1.5.0001.pdf](http://piba.gov.il/Regulations/1.5.0001.pdf). בעתיד נראה כי סמכויותיהן של הוועדות יינתנו בידי בתי הדין לעררים, שיפעלו לפי חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 22), התשע"א–2011, ס"ח 1068; הצעת החוק ודברי הסבר פורסמו בהצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 20) (בית דין לזרים), התשע"א–2010, ה"ח 312.
- 7 סמכותם של בתי המשפט לעניינים מינהליים, כפי שהיא קבועה בס' 5 ו-12 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס–2000, כוללת בין היתר הכרעה בעתירות שהסעד המתבקש בהן הוא מכוח חוק הכניסה לישראל; ס' 7 לחוק האזרחות; חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), למעט החלטות לפי ס' 1א3 ו-33.
- 8 ראו הרצאתו של עורך דין עודד פלר "תהליך של שינוי מהלכת דימיטרוב" (ניתנה במסגרת השתלמות שופטים בנושא דיני פליטים והגירה, 14.9.2011).

רישיון ישיבה כדי שיוכל לשהות בישראל בקרבת ילדו.<sup>9</sup> אדגיש כי מדובר בבקשות שאינן מבוססות על קשר של זוגיות בין ההורים אלא על קשר ההורות שלהם עם ילדיהם בעלי המעמד בישראל, בין היתר כי בחלק הארי של המקרים אין מתקיים עוד קשר זוגיות בין ההורים. לצד זאת ייתכנו בדיני ההגירה בישראל מצבים אחרים, נדירים יחסית, שבהם הילד עצמו זכאי לקבל מעמד בישראל מסיבה כלשהי, אך הוריו אינם זכאים למעמד כזה במנותק מן הקשר שלהם לילד.

אבקש לבחון את הכללים המשפטיים שנקבעו באשר לאותן משפחות בהקשרם. אתייחס אל הכללים הללו מנקודת מוצא שאינה כופרת בהיותה של המדינה רשאית להכריע מי יודר ממנה ומי יוכל בתוכה, במסגרת דיני ההגירה שלה. אחת המטרות המרכזיות של דיני ההגירה היא תיחום: של מי שהוא חיצוני לסדר המדינתי לעומת מי שהוא פנימי; של מי שמוכל פיזית, משפטית וחברתית לעומת מי שמודר – ולכן עלול למצוא את עצמו מורחק מן המדינה או נעצר בתוכה; של מי שזכאי לזכויות ולהטבות לעומת מי שלא; של מי שנהנה מיוקרה חברתית לעומת מי שנדון לשוליות חברתית ועוד. עם זאת המקרה של המשפחות המעורבות מאתגר את ההבחנות היסודיות והבינוריות לכאורה שמסרטים דיני ההגירה. ההבחנות הללו קורסות במשפחה המעורבת, שכן מצב הזכויות של ההורה הזר מקרין מטבע הדברים על מצב הזכויות של ילדו בעל המעמד. דווקא נקודות אלו של טשטוש קטיגוריאלי מעניינות במיוחד לטעמי, ועסקתי בהן בעבר בהקשרים אחרים.<sup>10</sup>

אותן משפחות שבהן חבר הורה זר – לצד ילד והורה בעלי מעמד – נמצאות בצומת המפגש בין הרגולציה של חיי המשפחה לבין הרגולציה של ההגירה. המיקום הפריפריאלי של המשפחות המעורבות בשולי החברה יכול לשפוך אור על התפיסות הבסיסיות שלנו באשר למהותה של המשפחה, ובכלל זאת: באילו מצבים אנחנו מעודדים את המשפחה, מגנים עליה ותומכים בה; אי-שוויון בין תאים משפחתיים; זרות וזהות; זכויות ואזרחות, וכד'. אראה כי בצומת הזה השיקולים הפוליטיים של מדיניות ההגירה גוברים על השיקולים הפוליטיים של עידוד חיי המשפחה ועל השיקול המשפטי של ההגנה על הזכות החוקתית לחיי משפחה. שיקולי דיני הגירה אלו הם שמנסחים את הכלל שלפיו המעמד יוענק להורה רק במקרים חריגים.

התוצאה המעשית של הדבר היא כי בבסיסם, הכללים החלים על הורים זרים המבקשים לקבל מעמד מכוח הורותם לאזרחי ישראלי אינם תואמים את המדיניות הננקטת בישראל לעידוד ילודה ולתמיכה בהורים לילדים מחד, ולהגנה על הזכות לחיי משפחה ולהורות

9 חרף ניסיונות להשיג נתונים על היקף התופעה נתונים כאלה אינם מצויים בידי משרד הפנים. ההערכה היא שאין יותר מכמה עשרות בודדות של מקרים כאלה בשנה.

10 ראו למשל את עבודת הדוקטור שלי, שבה בחנתי את התחום האפור שבין מהגרי העבודה לבין הפליטים, תחום שבו מצויים אותם אנשים שאני מכנה הפליטים הסוציו-אקונומיים, TALLY KRITZMAN-AMIR, SOCIO-ECONOMIC REFUGEES (2008) (Unpublished Ph.D. dissertation, Tel Aviv University). כמו כן, ראו המחקר העוסק בחובה של מדינות כלפי אנשים המציגים את עצמם בנקודת הגבול של המדינה (טלי קריצמן-אמיר ותומס ספייקרבואר "על חוקיותם של גבולות ומוסריותם: נוהל 'החזרה חמה' והליכים אחרים בסוגיית מבקשי המקלט בגבול בין ישראל למצרים" לוינסקי פינת אסמרה: היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל (טלי קריצמן-אמיר עורכת, טרם פורסם) (הספר להלן: לוינסקי פינת אסמרה)).

מאידך. בנוסף הכללים הללו אינם עולים בקנה אחד עם התרבות המשפטית שרואה בעיקרון טובת הילד עיקרון מנחה לקבלת החלטות שיפוטיות הנוגעות לילדים. היעדר התאימות בהקשר הזה מעלה חשש כי ילדים להורים זרים זוכים להגנה משפטית פחותה על זכויותיהם (בהשוואה לבני זוג זרים<sup>11</sup> ובהשוואה לילדים להורים אזרחים) חרף היותם אזרחים, וכי שיקולים אתנו-דמוגרפיים באשר לטיב האוכלוסייה הרצויה במדינה<sup>12</sup> משחקים תפקיד בקביעת הכלל המשפטי ובניהולו. למעשה, כך אראה, היחס אל אותם ילדים הוא כאל מי שאינם נמצאים במקומם. בכך מצטרף מחקר זה שלי למחקר קודם שבו בדקתי את היחס שבין דיני ההגירה לבין מושגי יסוד חברתיים אחרים.<sup>13</sup>

### מתודולוגיה

המאמר מבקש לחלץ הכללים המשפטיים בנוגע למשפחות המורכבות מהורה זר המבקש לרכוש מעמד בשל הורותו לילד ישראלי. ניסיתי לחלצם מכמה מקורות, ובתוך כך לבקדם את הכלל המשפטי ניתן לאתר בהסתכלות על החקיקה, הנהלים והתקנות שלעניין, שאותם אבחן אל מול התפיסה המשפטית של מושג המשפחה בישראל באופן רחב. כן אאתר את הכלל המשפטי מתוך ניתוח עומק של שלושים ושישה פסקי דין והחלטות אשר ניתנו מאז שנת 2000 ועד חודש ינואר 2012, ומתקיים בהם דיון של ממש בשאלת מעמדם של הורים

11 השלכה נוספת של הכלל שלפיו רק במקרים חריגים יוענק מעמד להורים זרים לילדים ישראלים היא כי לא ננקטת גישה שווה כלפי בקשות של בני זוג זרים לאיחוד משפחות וכלפי בקשות של הורים לאיחוד משפחות עם ילדיהם האזרחים. הגישה המקלה את הקניית המעמד לבן זוגו הזר של ישראלי בשל קשר הזוגיות שונה שוני בולט מן הגישה הננקטת כלפי הורה הזר של ילד ישראלי אשר בקשתו למעמד נשענת על הקשר ההורי שלו. ראו יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663, 703–704 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

12 בהקשר הישראלי השיקול האתנו-דמוגרפי העיקרי המופעל מבקש לפעול לשימור הרוב היהודי במדינה. אינני מבקשת לנקוט עמדה באשר להכרחיותו של השיקול לצורך השמירה על מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית או בקשר למוסריותו. על שאלה זו עמדו רבים לפניי. ראו למשל חיים גנו מריכרד ואגנר עד זכות השיבה: ניתוח פילוסופי של בעיות ציבור ישראליות (2006); השוו לאמנון רובינשטיין וליאב אורגד "זכויות אדם, בטחון המדינה ורוב יהודי: המקרה של הגירה לצורכי נישואין" הפרקליט מח 315, 344 (2006); יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" המשפט בישראל – מבט לעתיד 123, 123–161, 174–176 (ידידיה צבי שטרן, יפה זילברשץ ואיתי ליפשיץ עורכים, 2003). הקושי שעליו מצביע המאמר הוא בעליונותו של שיקול זה על פני שיקולי טובת הילד והזכות לחיי משפחה. לעניין זה ראו בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (2006) (להלן: עניין עדאלה). באופן כללי אעיר רק כי האמצעי המשפטי המרכזי המאפשר את הגשמת האינטרס האתנו-דמוגרפי הוא חוק השבות, המאפשר מתן מעמד אוטומטי ליהודים ולקרוביהם. יצוין כי חוק השבות איפשר, לצד הגירת יהודים לישראל, גם הגירה של בני משפחה שאינם יהודים לפי מבחן הלכתי. מחקרים שנערכו על ההסדר העלו ספקות כי החוק כיוון לכך אלא זו תוצאה בלתי צפויה שלו. לחילופין נטען כי החוק ביקש להוסיף למדינה אוכלוסייה אשר תשיך עצמה, כך שוער, לציבור היהודי ותהווה משקל נגד לציבור הפלסטיני בישראל. ראו למשל יפעת וייס "הגולם ויוצרו, או איך הפך חוק השבות את ישראל למדינה מולטי-אתנית" תיאוריה וביקורת 19, 45 (2001).

13 ראו למשל מאמר הבודק את הקשר בין הגירה להפרטה Tally Kritzman-Amir, *Privatization and Delegation of State Authority in Asylum Systems*, 5 L. & ETHICS HUM. RTS 194 (2011).

זרים לילדים אזרחים.<sup>14</sup> בפסקי דין אלו נבחנות בקשותיהם של עשרים אימהות זרות ותשעה אבות זרים לרכוש מעמד במדינת ישראל.<sup>15</sup> עשרים וחמישה מפסקי הדין ניתנו בבתי משפט לעניינים מינהליים, והיתר ניתנו בבית המשפט העליון, על פי רוב בהליכי בג"ץ.<sup>16</sup> שניים מפסקי הדין בוחנים באופן עקרוני את תוקפו החוקתי של הסדר חוקי ספציפי בנושא איחוד משפחות, ומוצאים, בדעת רוב, כי החוק תקף.<sup>17</sup> בשמונה מתוך אותם פסקי דין העניק בית המשפט בסופו של יום מעמד להורה הזר אשר יאפשר לו להישאר בישראל באופן ארעי.<sup>18</sup> בתשעה מהם קיבל בית הדין את העתירה והחזיר אותה לדיון נוסף בוועדה ההומניטרית של משרד הפנים לאחר שהנחה אותה כיצד עליה לדון במקרה.<sup>19</sup> בחמישה מפסקי הדין לא נדרש בית המשפט לעתירה, וההורה הזר קיבל מעמד במהלך חיי העתירה אך מבלי שבית המשפט הורה על כך בפסק דין.<sup>20</sup> בשנים עשר מפסקי הדין נדחתה העתירה, ובקשתו של

- 14 כמו כן, במסגרת הכנת המאמר נקראו עוד עשרות רבות של פסקי דין שבהם לא התקיים דיון מהותי בנושא של הענקת מעמד להורים זרים לילדים אזרחים. פסקי דין אלו חשובים כמובן, אך קשה להפיק מהם מסקנות כלשהן אשר תורמות לענייננו. עם זאת חשוב לזכור שאין בהכרח הבדל מהותי בין הפרשיות שסופן בפסק דין מנומק לבין אלו שבעניינן ניתן פסק דין לקוני ותו לא. יצוין כי חלק מפסקי הדין עוסקים באותן פרשות עובדתיות בערכאות שונות.
- 15 בשני מקרים שבהם נדונה בקשה לאפשר להורים לקבל מעמד ארעי בישראל לצורך השלמת טיפול חירום רפואי בילדם מדובר במשפחות שבהן שני ההורים זרים: ע"מ 10993/08 פלוני נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 10.3.2010) וע"מ (מנהלי ת"א) 1727/04 אדשינה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 17.8.2004).
- 16 בשלושה מקרים מדובר בפסק דין ובהחלטות ביניים שניתנו בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים מינהליים: ע"מ 10993/08, לעיל ה"ש 15; ע"מ 775/12 פלוני נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 27.1.2012); ע"מ 660/12 פלונית נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 23.1.2012). כמו כן באחד מהתיקים הוגשה עתירה לדיון נוסף, שנדחתה. ראו דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים – מנהל האוכלוסין (פורסם בנבו, 6.7.2003) (להלן: דנג"ץ דימיטרוב).
- 17 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12; בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו, 11.1.2012).
- 18 ע"מ (מנהלי ת"א) 3111/08 סלמובה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 4.6.2010); ע"מ (מנהלי י-ם) 705/07 מוסקרה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 21.12.2009); ע"מ (מנהלי ת"א) 2981/04 סיטואו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 1.2.2007); בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים (פורסם בנבו, 5.12.2010); ע"מ 10993/08, לעיל ה"ש 15; ע"מ (מנהלי י-ם) 673/02 אלמונית נ' השר לביטחון פנים (פורסם בנבו, 28.1.2004); ע"מ (מנהלי ת"א) 1136/03 מ.ו. נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 2.11.2004); ע"מ (מנהלי ב"ש) 22597-02-11 וינטר-גרסימוב נ' משרד הפנים מנהל האוכלוסין (פורסם בנבו, 30.3.2011).
- 19 ע"מ (מנהלי י-ם) 37903-03-11 פלוני נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 12.6.2011); ע"מ (מנהלי י-ם) 202/05 אסראא נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 31.10.2005); ע"מ (מנהלי ת"א) 2454/04 אוקצ'יקו אובי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 6.3.2007); ע"מ (מנהלי י-ם) 1204/09 קהיגה נ' שר הפנים (טרם פורסם, 26.1.2010); ע"מ (מנהלי ב"ש) 313/06 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 24.12.2006); ע"מ (מנהלי חי"י) 1295/03 שבצוב נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 8.3.2005); ע"מ (מנהלי ת"א) 3143/04 מריאנו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 25.5.2005); ע"מ (מנהלי י-ם) 8799/08 אבו לאמה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 15.2.2009).
- 20 ע"מ (מנהלי י-ם) 281/06 אנטווי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 12.11.2006); ע"מ (מנהלי י-ם) 205/07 רועי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 11.11.2007); בג"ץ 4042/04 קונצב נ' מנהל האוכלוסין –

ההורה הזר לרכוש מעמד בישראל הושבה בשלילה.<sup>21</sup> מפסקי הדין הללו, על תוצאותיהם הסותרות, אנו למדים על היחס של המשפט – ובמידה מסוימת גם על היחס של הרשויות – אל אותן משפחות. אחלץ מהנורמות הלא עקיבות הללו היגיון אשר יאפשר להסביר אותן. כפי שאראה בהמשך, לפי דעתי, אמנם השוני בתוצאות פסקי הדין נובע מהנסיבות המשפחתיות השונות, אך לא פחות מכך נובע הוא מתפיסות ערכיות של רציות ההגירה לישראל ומפערים ביישום הכללים המשפטיים העמומים החלים על מקרים אלו.

כאמור, רק מיעוטם של המקרים שלענייננו מגיעים לבירור בערכאות, ומאחר ופסקי הדין מנומקים במקרים בודדים בלבד, אין להניח שהם אכן נותנים תמונה מייצגת של המציאות. מתוך הנחה שאפשר שמתקיים פער גדול בין תמונת המציאות הניבטת מפסקי הדין לבין הפרקטיקה היום-יומית הננקטת במשרדי רשות האוכלוסין וההגירה, פניתי – לצורך הכנת מחקר זה – בבקשה לפי חוק חופש המידע למשרד הפנים. הבקשה לא זכתה למענה רשמי, אולם נציגי משרד הפנים יזמו מפגש עמי לתיאור אופן הטיפול בבקשות הורים זרים לרכוש מעמד בישראל, ואת עיקרי המידע שנמסר לי בפגישה אביא כאן.

במסגרת תהליך האיתור של הכללים המשפטיים אבחן כיצד המשפט תופס, מתאר ומבנה את סיפורן של אותן משפחות שבהן לפחות אחד ההורים זר, ואת יחסי ההורות בהן. אלמד זאת מתוך הסתכלות על האופן שבו המשפחות וחבריהן מוצגות בפסקי הדין ובהחלטות משרד הפנים, ומן האופן שבו מגולל סיפור היחסים בהן. הטרימינולוגיה, הנרטיבים והרטוריקה שמצויים בהחלטות משרד הפנים ובפסיקה, כך אראה, מעוצבים על ידי הכללים המשפטיים ומשליכים עליהם. ההנחה כאן כי הטקסטים שמייצרים בתי המשפט ורשויות המינהל על אודות המשפחות הללו משקפים עמדה סמכותית כלפי המשמעות החברתית של משפחות אלו – וגם עמדה ערכית כלפי שאלות של זהות ויחסים בחברה הישראלית. כך, הטקסטים המינהליים והשיפוטניים הללו חשובים להבנתם ולהבנייתם של קונספטים של משפחה, הורות, ילדים וזרות, החלים בהרחבה גם במנותק מן המקרים הקונקרטיים הנדונים בפסיקה ומן הכלל המשפטי.

משרד הפנים (פורסם בנבו, 26.2.2007); בג"ץ 2745/00 עלמי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.11.2000); עניין אדשינה, לעיל ה"ש 15.

21 ראו ע"מ 10993/08, לעיל ה"ש 15; עת"מ (מנהלי ת"א) 1971/07 וולימלווה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.5.2008); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289 (2002) (להלן: בג"ץ דימיטרוב); דנג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 16; עת"מ (מנהלי ת"א) 1882/05 אלבטינה נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם בנבו, 27.11.2006); עת"מ (מנהלי ת"א) 1509/04 מיחלין נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 27.10.2004); עת"מ (מנהלי י-ם) 757/03 קאסם נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.6.2004); עת"מ (מנהלי חי) 32513-11-09 עמאש נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.4.2010); עת"מ (מנהלי חי) 1175/03 מחאמיד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 9.7.2003); ע"מ 775/12, לעיל ה"ש 16; עת"מ (מנהלי י-ם) 27315-08-11 פלונית נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 3.1.2012); עת"מ (מנהלי י-ם) 529/02 בוראנה נ' שר הפנים, פ"ד מינהליים התשס"ב 740 (2002) (להלן: עת"מ בוראנה); ע"מ 8569/02 בורנה נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 14.7.2004) (להלן: עת"מ בוראנה). בכללם של מקרים אלו באות גם שתי החלטות ביניים, אשר בהן לא ניתן סעד זמני שמאפשר להורה הזר להישאר בישראל, מתוך שסיכויי הערעור נמוכים. לכן, בעקיפין נדחית בקשתו לכל צורך מעשי.

## מבנה המאמר

בחלקו הראשון של המאמר אעמוד באופן כללי על היחס בין הגלובליזציה וההגירה הטרנס-לאומית לבין מושג המשפחה. מושג המשפחה יוצג כמושג שאינו עוד יוניטרי אלא הוא רב-פנים, וכנגזרת של עיצוב קונספטואלי זה מעוצבים מחדש גם מושגים קשורים, ובהם יחסי הורים וילדים וזכויות בני המשפחה. המשפחה משפיעה אף היא מצדה על דפוסי הגירה, ובהתאמה – על מדיניות הגירה. לאחר מכן אפרט את המסגרת הנורמטיבית שלעניין, קרי את האופן שבו מבקשים הכללים המשפטיים בישראל לעצב את מושג המשפחה כשמדובר במשפחה שבה אחד ההורים לפחות אינו בעל מעמד אזרחי בישראל. כללים אלו, אשר כמעט שאינם מאפשרים להורים זרים לרכוש מעמד מתוקף מעמדם של ילדיהם בישראל, הם כללי רקע המקרינים על חיי המשפחות הללו באופן שכפי שאראה מעורר סיכונים גדולים המאיימים על התא המשפחתי ועל הקשרים בין חבריו. אעמוד על הפער בין הרציונל של כללי הרקע המשפטיים הללו, הפועלים בעניינה של המשפחה המעורבת, לבין התמיכה והעידוד המסיביים כל כך שזוכים לה תאים משפחתיים אחרים במשפט ובחברה.

בחלקו השני של המאמר אבחן את הכלל המשפטי לגופו בעין ביקורתית. האם באמת, כפי שמורים אותנו פסקי הדין שלעניין, הכלל הנוהג בישראל הוא כי ילדים אינם מקנים להוריהם מעמד אלא רוכשים מעמד בעקבותיהם? אראה בהקשר זה כי אין זה הכלל הנוהג בישראל בפועל, וממילא לא ברור כי כלל כזה הוא אכן ישים. אטען כי הכלל המשפטי מבטא בעניינם של ילדי המשפחות המעורבות תפיסה אשר בעיני מבטלת את קיומם כנושאי זכויות עצמאיים וכאזרחים משמעותיים במדינה.

בחלקו השלישי של המאמר אסתכל על הקשר שבין הכלל המשפטי לנרטיב, לטרמינולוגיה ולרטוריקה שבהם הוא מסורטט. הנרטיב מתייחס אל ההורה הזר כאל זר נטול זיקות בישראל ולא כמי שנוכחותו בישראל נחוצה לשם הגשמת זכויות האחר (ילדו) או כנושא עצמאי לזכויות. אעמוד על השימוש הדיסקורסיבי של בתי המשפט בשיח הזכויות והאינטרסים בפסיקה על אודות ההורים הזרים. השימוש בשיח זה, כפי שאראה, לכאורה מאפשר להביא בחשבון את האינטרסים והזכויות של ההורה הזר והילד הישראלי רק בנסיבות הומניטריות וחריגות. אציע פרשנות חלופית לזו המוצעת בבתי המשפט, המעמידה את שאלת מעמדו של ההורה הזר בתוך הקשרו של שיח היחסים ולא בתוך השיח ההומינטרי, ואסביר את הנפקות של הדבר. שיח היחסים, שעליו ארחיב בהמשך, המשלב תובנות של אתיקת הדאגה לזולת עם שיח זכויות האדם, נראה בעיני כמסגרת תאורטית מתאימה במיוחד לגיבוש כללי הכרעה בנוגע לבקשותיהם של הורים זרים למעמד כדי לקיים קשר עם ילדיהם בעלי המעמד. כמובן, בין החלקים השני והשלישי של המאמר קיימת זיקה הדוקה, הקיימת כמעט תמיד בין הנרטיב, הרטוריקה והטרמינולוגיה שבהם משתמשים בתי המשפט, לבין ההנמקה המשפטית גופא.

בחלקו האחרון של המאמר אסכם את הקונפליקט שמתעורר בין המשפחה, ההורות והילדות לבין הגלובליזציה וההסדרים המשפטיים החלים על מהגרים. לבסוף אציע לכוון מדיניות דיני הגירה קוהרנטית בישראל תוך הבאת ערכים חברתיים יסודיים וזכויות אדם בחשבון.



## א. המסגרת הנורמטיבית: הכללים הקבועים בנוגע לאיחוד משפחות

### 1. כמה הנחות יסוד מקדימות על הגירה, ריבונות ואיחוד משפחות

הדיון במאמר מניח כנקודת מוצא את העובדה שמדינות העולם (ובכללן ישראל) אינן חייבות להתיר הגירה אליהן ופועלות "לנהל" את ההגירה הזו.<sup>22</sup> בכוחן להגביל משיקולים שונים את האפשרות של מי שאינם אזרחיהן ותושביהן לשהות בהן. יכולת זו של המדינות נובעת מכוחן הריבוני, שממנו משתמעת סמכותן לשלוט בגבולותיהן (הפיזיים) ובגבולות השייכות אליהן (האזרחות) הכוללת גם את היכולת לברור את מי להכיל ואת מי להדיר. היכולת הריבונית של המדינה היא יסודית לסדר המדיני הקיים כיום, והיא קשורה בעבותות לאחריות ולחובות שבהן נושאת כל מדינה כלפי אזרחיה ותושביה. עם אותן חובות שבהן נושאת המדינה כלפי תושביה נמנית התוויית אופייה של המדינה – וקביעת מיהותם וזהותם של המשתייכים אליה כנגזרת של התוויה זו. קביעה זו נעשית בין היתר לאורם של שיקולים כלכליים, ביטחוניים, דמוגרפיים, תרבותיים וכו'.<sup>23</sup> בהנחה שהשתייכות למדינה היא סוג של טובין הניתן לחלוקה, על המדינה לקבוע, לפי שיקולים אלו ואחרים כיצד יחולקו הטובין בין המבקשים להשתייך אליה. קביעה זו היא לעולם קביעה פוליטית, הנשענת על תפיסות עולם בדבר הצביון הרצוי למדינה והעדפתו על פני אפשרויות אחרות הנראות רצויות פחות.<sup>24</sup> קביעה זו מתאפשרת בשל הפן השלילי של אותה אחריות וחבות של המדינה כלפי אזרחיה ותושביה, שממנו נובע היעדר אחריות וחבות כלפי מי שאינו שייך לקולקטיב המדינתי.

עם זאת, עם התעצמות תופעת הגלובליזציה חדלו מדינות העולם – לרבות המבודדות שבהן – מלהיות סגורות ומסוגרות מפני הגירה.<sup>25</sup> כך, למרות ההעדפה הפוליטית להכיל אנשים מסוימים ולהדיר אחרים, היכולת המעשית להגביל הגירה, למשטר אותה ולהכפיף אותה לכללים הפכה למוגבלת. כל מדינות העולם מקיימות יחסי תלות עם מדינות אחרות, אשר מתבטאת בתנועה של הון, סחורות ובני אדם – מהן ואליהן. הגירה היא אפוא חלק בלתי נפרד – ובמידה רבה בלתי נמנע – מן המשוואה. לפיכך מקובל במדינות העולם כי הן מאפשרות לטיפוסים מסוימים של מהגרים לרכוש מעמד (ארעי או קבוע) בקרבן אך מונעות זאת מטיפוסים אחרים של מהגרים. כמובן, ניסיונות לבצע קטגוריזציה של מהגרים נדונו לכישלון משום שקטגוריות, מטבען, תמיד גסות ומכלילות יתר על המידה ובפועל תמיד תהיה חפיפה חלקית ביניהן. עם זאת קטגוריות מקובלות של מהגרים קיימות, והן מכילות

22 לעניין זה ראו למשל: Adriana Kemp, *Managing Migration, Reprioritizing National Citizenship: Undocumented Migrant Workers' Children and Policy Reforms in Israel*, 8 THEORETICAL INQ. L. 663 (2007).

23 ראו למשל: Daphne Barak-Erez, *Israel: Citizenship and Immigration Law in the Vise of Security, Nationality, and Human Rights*, 6 INT'L J. CONST. L. 184 (2008).

24 ראו למשל: STEPHEN CASTLES, ALASTAIR DAVIDSON, *CITIZENSHIP AND MIGRATION: GLOBALIZATION AND THE POLITICS OF BELONGING* (2000).

25 ראו למשל: CHARLES BEITZ, *POLITICAL THEORY AND INTERNATIONAL RELATIONS* 132–136 (1999).

מהגרי עבודה, מהגרים כפויים (או פליטים) ומהגרי איחוד משפחות, ולעתים קרובות לכל אחת מן הקבוצות הללו הסדר מובחן בדיני ההגירה של המדינות השונות.<sup>26</sup> הנורמות והמדיניות שחלות על הגירה לצורך איחוד משפחות נרקמות באופן עדין במיוחד, מתוך כך שהגירה כזו היא אחד האתרים שבהם ההבחנה בין "מדיניות הגירה" (כעניין העוסק בהסדרת ענייניהם ומעמדם של החיצוניים לקולקטיב המדינתי) לבין "זכויות אזרח" (כעניין המסדיר את זכויותיהם של השייכים לקולקטיב והפנימיים לסדר המדינתי) מאותגרת. זהו האתר שבו ההבחנה של פנים וחוץ קורסת, שכן מטבע הדברים יהיו דיני ההגירה אשר יהיו, תהיה להם השפעה מכרעת על מצב זכויותיהם של אזרחים שלהם עניין בהגירה של בני משפחותיהם. במילים אחרות, לא ניתן למשטר את החוץ מבלי להסדיר את הפנים. על דרך הכלל ברוב ההקשרים הנטייה הליברלית היא לסבור כי זכויות הפרט אמורות לגבור על שיקולי מדיניות מתחרים. לטעמי, נכונה סברה זו גם בהקשרנו, וכך הזכות של הפרט לחיי משפחה – על היבטיה השונים – אמורה לגבור על הרצון להגביל את מדיניות ההגירה, אלא במקרים חריגים.

בנוסף, דיני איחוד המשפחות מצויים בתפר הדוקטרינרי שבין דיני המשפחה לדיני ההגירה. שתי מערכות דינים אלו מסדירות את המעמד של פרטים – זה האישי וזה האזרחי – ובכך מתאפשר בהם מקום מרכזי למדינה לקבוע קביעות יסודיות, זהותיות ומשמעותיות בדבר מצב הזכויות של הכפופים לדינים אלו. התפתחות מערכת דינים בנוגע למהגרי איחוד משפחות היא תוצאה של כך (ועדות לכך) שהגלובליזציה, ובעיקר ההגירה, שינתה את תוכן הקונספט של משפחה ויחסי הורים-ילדים מקונספטים יוניטריים לקונספטים שפניהם רבים.<sup>27</sup> תיתכנה כיום – אף יותר מפעם – משפחות הכוללות אנשים ממגוון מוצאים, עם סוגים שונים של אזרחויות ומעמד אזרחי משתנה במדינה נתונה, על כל המורכבות הכרוכה בכך.<sup>28</sup> המשפחה מושפעת במישורין ובעקיפין מן הגלובליזציה ומן ההגירה. בין היתר מתפתחים מושגים חדשים, טרנס-לאומיים, של פריון, זהות, קשר, מגדר, זכויות נשים וילדים ועוד.

איחוד משפחות הוא לא רק אתר שבו גלובליזציה משפיעה על המשפחה אלא גם אתר שבו המשפחה משפיעה על גלובליזציה, ובמיוחד על הגירה. הגירה לצורך איחוד משפחות הפכה לערוץ ההגירה הלגיטימי המרכזי (כמותית ואיכותית) בהגירה הגלובלית.<sup>29</sup> גם

26 ניתן לראות את האופן שבו תופעת ההגירה העולמית מנותחת ואת האופן שבו היא מפולחת ב-OECD, International Migration Outlook (January 28, 2012), available at [http://dx.doi.org/10.1787/migr\\_outlook-2011-en](http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2011-en)

27 ראו למשל ELISABETH BECK-GERNSHEIM, REINVENTING THE FAMILY: IN SEARCH OF NEW LIFESTYLES 1-15, 104-138 (2002).

28 BAHIRA TRASK, GLOBALIZATION AND FAMILIES: ACCELERATED SYSTEMATIC SOCIAL CHANGE 61 (2010).

29 כך למשל הגירת איחוד משפחות הפכה להיות ערוץ ההגירה הרחב ביותר לאירופה. ראו למשל ALBERT KRALER, CIVIC STRATIFICATION, GENDER & FAMILY MIGRATION POLICIES IN EUROPE (International Centre for Migration Policy Development 2010), available at [http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Test\\_content/FINAL\\_Report\\_Family\\_Migration\\_Policies\\_Online\\_FINAL.pdf](http://research.icmpd.org/fileadmin/Research-Website/Test_content/FINAL_Report_Family_Migration_Policies_Online_FINAL.pdf)

כשמדינות הוציאו סוגים שונים של הגירה אל מחוץ לחוק, נמשכה ברוב המדינות ההכרה בהגירה לשם איחוד משפחות כצורת הגירה לגיטימית. כל זאת מתוך הנחה שלפיה גבולות המשפחה אינם אמורים להיות מופרים על ידי גבולות גאוגרפיים, קרי: שבמידת האפשר צריכה להיות חפיפה בין גבולות המשפחה ובין גבולות האזרחות. ועוד, מדינות אפשרו הגירה לצורך איחוד משפחות מתוך הכרה בכוחה של המשפחה לסייע באינטגרציה של מהגרים בתוך החברה.<sup>30</sup> מכאן גם החידה שמציבה התופעה של בני משפחה בעלי מעמד אזרחי שונה.

שינויים אלו במשפחה בעקבות הגלובליזציה – ובגלובליזציה בעקבות המשפחה – אינם מייחדים עצמם לעולם המערבי, ומוכן שהם חלים גם מעבר לגבולות ישראל.<sup>31</sup> עם זאת נתמקד במאמר זה בבחינת חלק ממקרי איחוד משפחות המתבצעים בישראל כמקרה מבחן לתופעה המורכבת.

## 2. תפיסת המשפחה במשפט הישראלי

את האופן שבו מוסדרת האפשרות לבצע איחוד משפחות בישראל מעניין לבחון דווקא על רקע האופן שבו תופס המשפט הישראלי את המשפחה. מקובל לטעון כי בחברה הישראלית מקבל מושג המשפחה מובן מיוחד, וכי המשפחה זוכה לעידוד ולתמיכה רבים מאלה שהיא מקבלת בחברות אחרות. בייחוד מקובל לסבור כי החברה הישראלית מעודדת הורות וילודה יותר מחברות אחרות.<sup>32</sup> לכן בטרם ניגש לסקירת הנורמות הנוגעות לאיחוד משפחות נבחן את תפיסת המשפחה, ראשית ביתר הרחבה בהקשר החברתי. הדיון בתפיסת המשפחה במשפט הישראלי מניח שהעיסוק בכל הקשור להורות, ילודה והקמת תאים משפחתיים אינו רק אינדיווידואלי-עצמי המגובה בשיח הזכויות המקומי והאוניברסלי, אלא גם עיסוק פוליטי (או ביו-פוליטי, במונחיו של פוקו).<sup>33</sup> הבחירות ללדת, להיקשר בקשר זוגיות או להרות הן בחירות משמעותיות במסגרת כינון הזהות הפרטית אך גם מושפעות ומשפיעות על כינונו של ה"אנחנו" הקולקטיבי של החברה – וכן על כינונו של ה"אחר" שאינו משתייך לקולקטיב. על כן פורה בימינו השיח הדמוגרפי, המבקש לנהל אוכלוסייה ולשלוט בה, בהתרבותה ובבחירותיה בתחומים שלעיל, לעתים תוך הפעלת שיקולים אתנו-דמוגרפיים.

30 כותב בולט בתחום זה הוא Hiroshi Motomura. ראו למשל Hiroshi Motomura, *We Asked for Workers, but Families Came: Time, Law and the Family in Immigration and Citizenship*, 14 VA. J. SOC. POL'Y & L. 239 (2006); Hiroshi Motomura, *The Family and Immigration: A Roadmap for the Ruritanian Lawmaker*, 43 AM. J. COMP. L. 511 (1995).

31 ראו למשל רסל סלזאר פרניאס "משבר הטיפול בפיליפינים: ילדים ומשפחות מפוצלות בכלכלה הגלובלית החדשה" האישיה הגלובלית 54 (ברברה ארנרייך וארלי ראסל הוכשילד עורכות, 2006).

32 ראו למשל סיגל גולדין "טכנולוגיות של אושר: ניהול פריון במדינת רווחה מעודדת ילודה" פערי אזרחות: הגירה, פריון וזהות בישראל 167 (יוסי יונה ואדריאנה קמפ עורכים, 2008).

33 ראו בעיקר MICHEL FOUCAULT, *THE BIRTH OF BIOPOLITICS: LECTURES AT THE COLLÈGE DE FRANCE 1978-1979* (Michel Senllart ed. 2008), available at [http://asounder.org/resources/foucault\\_biopolitics.pdf](http://asounder.org/resources/foucault_biopolitics.pdf). השור לג'ורג'יו אגמבן "הומו סאקר – הכוח הריבוני והחיים החשופים" טכנולוגיות של צדק: משפט, מדע וחברה 395, 405 (שי לביא עורך, 2003).

(1) הזכות למשפחה – המשפט הישראלי הכיר בפסקי דין רבים בזכות לחיי משפחה ובזכויות הנגזרות ממנה, ובהן הזכות של אדם להורות, הזכות של אדם לחיות בצמידות לבני משפחתו, הזכות של ילד לקיים קשר עם שני הוריו ועוד. בכך מאמץ המשפט הישראלי מוסכמות משיח הזכויות האוניברסלי, הרואה במשפחה "היחידה הטבעית והבסיסית של החברה וזכאית להגנה של החברה והמדינה"<sup>34</sup> והמגן עליה מפני פגיעה בה מצד המדינה. אולם לצד ההגנה שלה זוכה המשפחה מצד זכויות האדם האוניברסליות זוכה היא גם להגנת המשפט המקומי אם הדבר נתפס כמקדם אינטרסים אתנו-דמוגרפיים של המדינה.<sup>35</sup> וכך גם להפך: כפי שאראה בהמשך, ההגנה על המשפחה נחלשת כדי לקדם אינטרסים אתנו-דמוגרפיים אחרים.

(2) עידוד ילודה – מקובל לטעון כי ישראל היא מדינה מעודדת הורות וילודה. עידוד זה כולל בתוכו צעדים אקטיביים מצדה של המדינה לתמוך במבקשים להרחיב את משפחתם ולסייע להם בכך, ועל כן הוא מרחיק לכת יותר משיח הזכויות הגלובלי, המבקש אך להגן על המשפחה מפני התערבות המדינה בה. יותר משנוקפת הטענה על אודות עידוד הילודה לזכות שיעור הילודה המספרי, שהוא מהגבוהים בעולם המערבי,<sup>36</sup> נזקפת היא לזכות העובדה שבישראל ננקטות, מסיבות שונות,<sup>37</sup> פרקטיקות רבות – וחריגות בקנה מידה השוואתי – לעידוד ילודה ולתמיכה בהורים המבקשים ללדת ולהרחיב את משפחותיהם. הביטויים של עידוד ההורות והילודה מגוונים ורבים: החל במימון הרב שניתן לבדיקות גופניות הקשורות לילודה; דרך פיקוח על הפלות;<sup>38</sup> עבור במימון גמלת שמירת היריון<sup>39</sup>

34 ס' טז להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם, 1948 זמין ב-<http://amnesty.org.il/?Category=ID=243&ArticleID=130>; ס' 23 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966, נחתמה על ידי ישראל ב-1966, אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992); המבוא וס' 5, 8 לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (נפתחה לחתימה ב-1989, נחתמה על ידי ישראל ב-1990 ואושרה ב-1991).

35 גולדין, לעיל ה"ש 32, בעמ' 171, 176-177, 196.

36 ראו למשל נתון שמצביע על שיעור ילודה גבוה בהרבה מהמוצע של מדינות ה-OECD מידוי הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה "לקט נתונים לרגל יום האשה הבין-לאומי" (הודעה לעיתונות, 6.3.2013) זמין ב-[www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa\\_template.html?hodaa=201311056](http://www.cbs.gov.il/reader/newhodaot/hodaa_template.html?hodaa=201311056) וכן הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה פני החברה בישראל – דוח מס' 4 תיבה 5.1 (אוקטובר 2011) זמין ב-[www.cbs.gov.il/publications11/rep\\_04/pdf/5box1\\_h.pdf](http://www.cbs.gov.il/publications11/rep_04/pdf/5box1_h.pdf).

37 ההסברים לעידוד הרצון להיות הורים המוצעים בספרות הם מגוונים, וכוללים טעמים דתיים ובהם הציווי הדתי "פרו ורבו"; הסברים היסטוריים, בעיקר זיכרונות האימה מהשואה; ורציונלים דמוגרפיים-ביטחוניים. הסברים אלו בעיקר מתייחסים לעידוד הילודה כקשור לערכים השואפים לשימור הקולקטיב היהודי והרוב היהודי בישראל. הסברים אלו מתיישבים למשל עם הטענות שלפיהן מקדמת הרגולציה המדינתית של הפרייון את מה שנתפס כאינטרסים האתנו-דמוגרפיים של המדינה. ראו למשל Daniel Sperling, *Commanding the "Be Fruitful and Multiply" Directive: Reproductive Ethics, Law and Policy in Israel*, 19 CAMBRIDGE Q. HEALTHCARE & ETHICS 363, 364 (2010).

38 Yael Hashiloni-Dolev, *A Life (Un)worthy of Living: Reproductive Genetics in Israel and Germany* 83-104 (2007).

39 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

ובמתן אפשרות להיעדר מהעבודה ומשירות מילואים לצורך ביצוע בדיקות וטיפולים;<sup>40</sup> מתן אפשרות ללדת במסגרת בית חולים ללא תשלום ובמענק לידה הניתן לבוחרות בכך; הקלות בעבודה לנשים הרות;<sup>41</sup> ושימוש נרחב וממומן מימון ניכר בטכנולוגיות הפריון החדשות.<sup>42</sup>

(3) הושטת סיוע להורים לילדים – התמיכה במבקשים להרחיב את משפחתם אינה מסתכמת רק בסיוע בזמן ההיריון והלידה אלא נמשכת גם לאחר מכן, לתוך תקופת ההורות, בכל הקשור לטיפול בילדיהם.<sup>43</sup> לילד שלפחות אחד מהוריו תושב או אזרח ישראלי עומדת, עם לידתו, זכות להירשם במרשם האוכלוסין ולרכוש מעמד בישראל, וכבעל מעמד הוא מוכל למעשה במדינת הרווחה הישראלית וזכאי לכל הנגזר מכך מרגע לידתו.<sup>44</sup> כך, בין היתר, קיימת זכות לחופשת לידה בתשלום וחופשה נוספת ללא תשלום לאם ולאב;<sup>45</sup> זכות

40 ס' 7 לחוק עבודת נשים, התשי"ד-1954; חוק דמי מחלה (היעדרות עקב הריון ולידה של בן זוג), התש"ס-2000.

41 ס' 1, 2 ו-10 לחוק עבודת נשים.

42 טיפולי הפריה זוכים לסבסוד נכבד וההגבלות עליהן מועטות יחסית. ניסיונו של משרד האוצר לצמצם את המימון הציבורי המוקצה לטיפולי פריון עורר מתחים ומחלוקות רבות (ראו גולדין, לעיל ה"ש 32). קיים גם סיוע במימון של תרומת ביציות מחו"ל (גם אם סיוע בשיעור נמוך ביחס לעלות האופרציה), ולאחרונה הוחק חוק תרומת ביציות, התש"ע-2010 המאפשר תרומת ביציות גם בארץ. עוד הותר לנשים בין הגילים 30-41 לשמר ביציות לצורך הפריה עתידית שלהן גם לא במסגרת טיפולי הפריה (ראו תק' 2(א) לתקנות בריאות העם (הפריה חוץ-גופית) (תיקון מס' 2) התשע"א-2010). הפרקטיקות הרפואיות מאפשרות, במסגרת ההפריה, להחזיר כמה עוברים לרחם (ראו Sperling, לעיל ה"ש 37, בעמ' 366). אפשרות ההסתייעות בפונדקאית נקבעה בחקיקה, ובכך הפכה ישראל לאחת המדינות היחידות בעולם המערבי שבה פונדקאות היא חוקית (ראו חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד היילוד), התשנ"ו-1996). שאיבת זרע ממת לצורך הפרייתו ושימוש בזרע שהוקפא בטרם פטירתו של אדם חוקיים גם הם. ראו למשל ת"א (מחוזי ב"ש) 1122/00 דה רוסו נ' אררט חברה לביטוח (פורסם בנבו, 27.2.2003); ס' 27 ו-30 לחוזר מנכ"ל משרד הבריאות 20/07 "כללים בדבר ניהולו של בנק זרע והנחיות לביצוע הזרעה מלאכותית" (8.11.2007) (להלן: כללי בנק הזרע). הסדרים שונים שנקבעו בפסיקה מקלים מאוד את השימוש בתרומת זרע. ראו למשל ה"פ (מחוזי י-ם) 5222/06 פלונית נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 26.7.2006). הסכמי הולדה בין שניים שאינם בני זוג קיבלו גם הם תוקף משפטי. ראו ס' 31 לכללי בנק הזרע. ראו גם תמ"ש (משפחה ת"א) 60320-07 ת.צ. נ' פרקליטות מחוז תל אביב (פורסם בנבו, 4.3.2012), בו נפסק כי יש לרשום אם שנייה לילד מבלי שיידרש תהליך אימוץ במקרה שבו אם אחת תרמה ביצית והאחרת שימשה פונדקאית. ראו גם ס' 2(4) ו-2(5) לחוק ההסכמים לנשיאת עוברים שנועדו להבטיח כי ילד שנולד באמצעות פונדקאות יהיה בן דת אחת. ראו עוד רחל צייטליץ, "פונדקאות בשילוב עם תרומת ביציות: היבטים הלכתיים ומשפטיים" רפואה ומשפט 39, 82 (2008) זמין ב-[www.ismal.co.il/imgs/uploads/refua-umishpat-39-082.pdf](http://www.ismal.co.il/imgs/uploads/refua-umishpat-39-082.pdf).

43 בשנים האחרונות מתרבות הקריאות כי אין די בתמיכה המועננת להורים לילדים, במסגרת מחאת ההורים שראשיתה בקיץ 2011. ראו הדף הרשמי בפייסבוק של צעדת העגלות [www.facebook.com/?ref=home#!/agalotrishmi](http://www.facebook.com/?ref=home#!/agalotrishmi) (נבדק לאחרונה ב-15.9.2011).

44 על המגבלות החלות על רישום ילדים שאמם זרה ואביהם ישראלי ראו בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 28.6.2011). על הסייגים החלים בנוגע לזכאות לשירותי בריאות לילדים שסוגיית אבהותם מצויה בהליכי בדיקה ראו בג"ץ 11044/04 סולומטין נ' שר הבריאות (פורסם בנבו, 27.6.2011).

45 ראו למשל ס' 6(א), 6(ב) ו-7(ד) לחוק עבודת נשים, פרק ג לחוק הביטוח הלאומי וחוק דמי מחלה (היעדרות עקב הריון ולידה של בן זוג).

להתפטר ולקבל פיצויי פיטורין לצורך הטיפול בילד בסמוך ללידה או לאימוץ;<sup>46</sup> זכות לקבלת תשלום על ימי מחלה, לרבות ימי מחלת ילד;<sup>47</sup> זכות לקיצור יום העבודה בתנאים מסוימים כדי שהורים לילדים יוכלו להשתלב במעגל העבודה וכן לשהות במחיצת ילדיהם;<sup>48</sup> וקצבאות ילדים, שהן סיוע מדינתי למאמץ הנשיאה בעלות גידול הילדים, המשתלמות באופן המיטיב בעיקר עם משפחות מרובות ילדים.<sup>49</sup>

(4) הגנה על קשר ההורות בתאים משפחתיים שהתפרקו – כהמשך ישיר של המדיניות המעודדת ילודה ותומכת בהורות זוכה הקשר בין הורה לילדו לתמיכה ולהסדרה גם כאשר אין קשר זוגיות בין ההורים או כשקשר הזוגיות ניתק. בבסיס ההגנה תפיסה שלפיה הקשר של שני ההורים לילדם הוא יסודי, טבעי ועמוק ועומד במנותק משאלת הקשר (או היעדרו) בין ההורים.<sup>50</sup> קשר זה נתפס כחיוני להתפתחותו הרגשית של הילד, ובלעדיו הילד עלול לחוות נטישה.<sup>51</sup> אמנם החקיקה מעניקה העדפה למשמורת בידי האם בנסיבות מסוימות,<sup>52</sup> אולם לצד זאת, וחרף ההטיה המגדרית המגולמת בכלל זה, מכירה שיטת המשפט באפשרות של משמורת משותפת (פיזית ומשפטית), שבה שני ההורים נושאים בנטל הגידול של ילדיהם כאפשרות מועדפת, וכן באפשרות של קיום הסדרי ראייה בין הילדים לבין ההורה שאינו משמורן. מכל מקום, כל הסדר בין הורים הקובע את חלוקת האחריות ביניהם בנוגע לילדם טעון אישור בית המשפט.<sup>53</sup> על דרך הכלל יועדף הסדר המאפשר לילד לקיים קשר ממשי ורציף עם שני הוריו.<sup>54</sup> מובן שהגישה המקדשת את המשכיות הקשר של הילד עם

46 ס' 7 לחוק פיצויי פיטורים, התשכ"ג-1963.

47 חוק דמי מחלה (היעדרות בשל מחלת ילד), התשנ"ג-1993.

48 ס' 7(ג)(3) לחוק עבודת נשים. ראו לעניין זה ע"ע (ארצי) 361/08 מדינת ישראל נ' בהט (פורסם בבנו, 18.4.2010).

49 פרק ד לחוק הביטוח הלאומי.

50 לעניין זה ראו למשל ע"מ 5082/05 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלוני, פ"ד ס(3) 201, פס' 22-23 לפסק דינו של הנשיא ברק וההפניות שם (2005).

51 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק.

52 חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 מגדיר את היחסים בין הורים לילדיהם במונחים של אפוטרופסות. החוק קובע בס' 25 בררת מחל של "חזקת הגיל הרוך", שלפיה "ילדים עד גיל שש יהיו אצל אמם אם אין סיבות להורות אחרת". ראו גם רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321 (2001). ניתן לבקר תפיסה זו כמוטה מגדרית ולבכר תפיסה של אחריות הורית על פניה. תפיסה מתחרה זו משתקפת גם מן האמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 34. ראו לעניין זה הוועדה הציבורית לביחנת ההיבטים המשפטיים של האחריות ההורית בגירושין שלב ב' – דוח משלים (2011) (להלן: ועדת שניט).

53 ס' 24 ו-25 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. בהיעדר הסכמה בין ההורים יקבע בית המשפט את המשמורן לפי ראות עיניו, ובהתחשב בעיקרון טובת הילד. המונח "טובת הילד" זוכה ליישום אבסטרקטי ובעייתי למדי. לעניין זה ראו למשל בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול בירושלים, פ"ד נה(1) 453, 461 (1998). ראו עוד דפנה הקר הורות במשפט: מאחורי הקלעים של עיצוב הסדרי משמורת וראייה בגירושים 154-156 (2008).

54 גישה זו, המכירה בחשיבות נשיאת שני ההורים באחריות כלפי ילדם, באה לידי ביטוי אף באמנה בדבר זכויות הילד, לעיל ה"ש 34. ס' 18 לאמנה קובע: "המדינות החברות יעשו כמיטב מאמציהן להבטיח הכרה בעיקרון כי לשני ההורים אחריות משותפת לגידול הילד והתפתחותו. להורים, או, לפי העניין, לאפוטרופסים החוקיים, אחריות בסיסית לגידול הילד והתפתחותו. בראש מעיניהם תעמוד טובתו של הילד". כמו כן גם אם ההורה אינו מקיים קשר עם ילדו, עדיין ניתן, מבחינה משפטית, לחייבו לדאוג

שני הוריו במקרה של פירוד ביניהם מהדהדת גם לתוך מרקם היחסים בתוך המשפחה בזמן שמתקיים קשר זוגי בין ההורים. כללים אלו, שנקבעים לעניין משמורת וקשר, הם מלכתחילה כללי רקע לכל הקשור בקבלת ההחלטות המשפחתיות על אודות הרחבת המשפחה ואופן ניהול חייה, לרבות החלטות אם להביא ילד לעולם, אם לפרק קשר זוגי, והיכן לקיים את הקשר הזוגי.<sup>55</sup>

### 3. כללי הרקע של המשפחה שבה הורה מהגר אל מול תפיסת המשפחה במשפט הישראלי

חלק מן הצעדים הננקטים לתמיכה, סיוע ועידוד של תאים משפחתיים ננקטים גם בהקשרן של המשפחות אשר כוללות הורה מהגר. מעניין להשוות בין צעדי התמיכה הניתנים לתאים משפחתיים אלו לבין הצעדים הננקטים בנוגע למשפחות שמורכבות כולן מאזרחים. ניתן לראות שהנטייה הפרו־נטלית הרווחת בישראל באופן מיוחד באה לידי ביטוי גם בהקשרן של המשפחות שבהן יש הורה מהגר, אך במידה פחותה ובחוסר עקיבות. בשל חוסר העקיבות הזה ניתן לזהות צעדי מדיניות נקודתיים של עידוד ותמיכה שמהם נהנות גם המשפחות שאינן מורכבות כולן מאזרחים, ולצדם צעדי מדיניות נקודתיים אחרים שנבדלים בהגיונם ופוגעים ביכולתן של האחרונות לחיות חיי משפחה מלאים.

כך למשל נשים המצויות בסטטוס של עובד זכאיות להגנות חוקי המגן בתחום העבודה, ובכלל זה ההגנות על נשים הרות, טיפולי פריון ולידה וזכאות למענק הלידה. בית הדין הארצי לעבודה חייב את קופות החולים לממן טיפולי הפריה באישה זרה שאינה תושבת או אזרחית ולבן זוגה האזרח והתושב. זאת, בנסיבות שבהן בן הזוג האזרח סבל מבעיות פריון. בית הדין פסק כי חובתה של קופת החולים היא "לשאת בעלות ההוצאות בגין הטיפול הרפואי הנדרש, כחלק מזכאותו של המבוטח עצמו [...] וזאת אף אם הטיפול כרוך בביצוען של פרוצדורות רפואיות בגופה של בת זוגו, שאינה מבוטחת על פי חוק ביטוח בריאות".<sup>56</sup> לצורך זה התייחס בית המשפט אל בני הזוג כאל "גוף אחד" לצורך הטיפול ומימונו.<sup>57</sup> לעומת זאת בהקשרים אחרים, כאשר היה מדובר בשני בני זוג זרים לא מתועדים אשר ביקשו כי יותר להם להמשיך ולשהות בישראל לצורך השלמת טיפולי פוריות, לא הסכים בית המשפט לעכב את הרחקתם מישראל לצורך השלמת הטיפולים אלא בתקופה קצרה.<sup>58</sup>

לרווחתו הכלכלית באמצעות חיובו בתשלום מזונות. ראו ס' 3 (א) ו-3א לחוק לתקון דיני המשפחה (מזונות), התשי"ט-1959.

55 להסבר על האופן שבו כללים משפטיים מתפקדים ככללי רקע להתנהלות המשפחה ראו J. Waldron, *When Justice Replaces Affection: The Need for Rights*, 2 HARV. J. L. & PUB. POL'Y 625 (1988).

56 ע"ע (ארצי) 141/07 פלוני נ' שירותי בריאות כללית, פס' 24 לפסק דינה של השופטת ארד (פורסם בנבו, 4.11.2008).

57 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט אדלר.

58 ראו עת"מ (מנהלי ת"א) 2054/04 אשמי נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 12.9.2004). ככל הנראה, בית המשפט לא התרשם כי בני הזוג פעלו באינטנסיביות גבוהה להשלמת הטיפולים, וכן הוטרד מכך שרק לאחר שנים רבות של שהייה לא מתועדת בישראל החלו בביצוע הטיפולים.

ועוד, בהקשרים מסוימים הגן בית המשפט על זכותם של מהגרים לקיים חיי משפחה, לרבות הזכות לשהות במחיצת ילדיהם ולטפל בהם על אף היותם לא אזרחים ולא תושבים.<sup>59</sup> הזכות לחיי משפחה, קבע בית המשפט, עומדת בפני עצמה ואינה תלויה וכרוכה בזכותו של אזרח או תושב, לכל הפחות במקרים שבהם מדובר במהגר עבודה מתועד. כך למשל בהקשר של נוהל "הטיפול בעובדת זרה בהריון ובעובדת זרה אשר ילדה בישראל",<sup>60</sup> אשר קבע כתנאי לחידוש רישיון הישיבה והעבודה של מהגרת עבודה שהרתה וילדה בישראל כי עליה לעזוב את הארץ עם ילדה ולחזור בלעדיו. מטרת הנוהל העיקרית הייתה למנוע השתקעות של מהגרי עבודה בישראל.<sup>61</sup> נוהל זה בוטל לאחרונה בבית המשפט העליון<sup>62</sup> בשל פגיעתו בזכויותיה של מהגרת העבודה, ובכללן זכותה לחיי משפחה. בית המשפט פסק כי הזכויות החוקתיות עומדות למהגרי העבודה, ובהן גם הזכות לחיי משפחה והזכות להורות, באשר היא זכות השלובה באנושיותו של כל אדם. בית המשפט סבר כי:

נוהל העובדת הזרה פוגע בזכותה החוקתית של העובדת הזרה להורות, הנתונה לה על-פי שיטת המשפט בישראל. הנוהל, כפשוטו, אמנם אינו כופה על העובדת הזרה להיפרד מילדה לאחר לידתו. אלא, שהוא כופה עליה בחירה בין שתי גזירות: האחת – לעזוב את הארץ עם ילדה, בשל לידתו, ולהחמיץ בכך תקופת עבודה נוספת בישראל שהותרה לה ברשיון, אשר קיימת אפשרות פוטנציאלית להארכתה, ולהיפגע עקב כך פגיעה כלכלית קשה. והשנייה – לחזור לישראל להמשך העבודה בלא הילד, ולהותירו לטיפול בידיים אחרות במדינה שמעבר לים. [...] כפייתה של אישה לבחור בין המשך תעסוקה, תוך הגשמת ציפיותיה הכלכליות הלגיטימיות, לבין הגשמת זכותה לאמהות, אינה מתיישבת עם התפיסות הערכיות והמשפטיות-חוקתיות של החברה בישראל. העמדת החלופות האמורות בדרך זו מהווה, בראש ובראשונה, פגיעה בזכות החוקתית של העובדת הזרה להורות.<sup>63</sup>

כנגזרת של הדבר קבע בית המשפט כי "משנתנה איפוא מדינת ישראל לאשה פלוגנית את הזכות לשהות בתוכה ופרסה עליה את גג זכויות היסוד, לא מן הדין כי תפריד בין אם וילדה, לתקופת שהותה של האם על פי היתר העבודה שניתן לה".<sup>64</sup> אציין כי לאחר מתן פסק הדין גובש נוהל חדש העוסק באשרותיהן ובשהייתן בישראל של מהגרות עבודה שהרו או ילדו, וספק אם הולם הוא את רוח התפיסה המכבדת את הזכות

59 זכות זו הוכרה גם בהקשרם של זוג מעורב (חסר ילדים) המורכב מפליט מוכר בישראל ומבת זוגו הזרה. ראו עת"מ (מנהלי י-ם) 8717/08 באיו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 9.7.2009).

60 ראו "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון" כפי שהוא מופיע בפס' 11 לכתב העתירה למתן צו על תנאי ומתן צו ביניים בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, זמין ב-[www.acri.org.il/pdf/petitions/hit11437a.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/petitions/hit11437a.pdf) (להלן: "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון המקורי").

61 בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פס' 8 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 13.4.2011).

62 שם, פס' 68 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

63 שם, פס' 40 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.

64 שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט רובינשטיין.



לחיי משפחה שהביע בית המשפט בפסק דינו.<sup>65</sup> זאת משום שהנוהל החדש אינו מאפשר הישארות שני הורים זרים במחיצתו של הילד בישראל, אלא דורש כי הילד יישאר בישראל בלוויית הורה זר אחד בלבד. זאת ועוד, הנוהל החדש מתנה את הישארות הילד והורהו בישראל בתנאים שונים שהם בלתי עבירים מבחינתם של חלק מן העובדים, ובהם ערובה כספית גבוהה, ובנסיבות מסוימות, הסכמה של המעסיק לדבר.

לצד זאת הוכרע לאחרונה תוקפם של נוהלי משרד הפנים העוסקים ברישום ובהענקת מעמד אזרחי לילדים שאחד מהוריהם זר ואחד מהוריהם ישראלי.<sup>66</sup> נהלים אלו הקשו את הרישום ואת קבלת המעמד של הילדים, בדרשם דרישות משמעותיות להוכחת האבהות במצבים שבהם האב הוא אזרח או תושב ישראל ואילו האם היא זרה. בין היתר נדרשה בדיקה גנטית להוכחת האבהות במצבים אלו, שהיא בדיקה יקרה לביצוע. נהלים אלה פגעו ביכולתם של הילדים ליהנות מן הזכויות הכלכליות-חברתיות הנלוות למעמד האזרחי, או לפחות השווה את היכולת הזו עד לסיומו של הליך רכישת המעמד הממושך. בית המשפט אכן ביקש להקל את הליך הרישום של הילד, ועם זאת ראה בדרישות להוכחת האבהות במסגרת הליך הקניית המעמד כמשקפות איזון ראוי בין טובת הקטין לבין החשש להצהרות אבהות כוזבות הנובעות מן הרווח המשני הלא מבוטל שניתן להפיק מהצהרות אלו (קרי רכישת אזרחות או תושבות בישראל). במילים אחרות, גם אם כעיקרון תומכת המדינה בהורים המבקשים להרחיב את משפחותיהם (לרבות ההורים הזרים), וגם אם בסופו של דבר מוענק מעמד לילדיהם על שום היות אחד מהוריהם אזרח או תושב, היא מקשה את התהליך. הסיכון הזמני של היותו של הילד ללא מעמד – ולכן ללא זכויות כלכליות-חברתיות נלוות<sup>67</sup> – והנשיאה בעלויות הבדיקה הגנטית מוטל למעשה על ההורים ועל הילד, והמדינה אינה מוכנה מצדה לשאת בסיכון זמני (הסיכון של הענקת מעמד לילד על סמך הצהרות הוריו בדבר זהות אביו). שוב אציין כי גם בהקשר זה ניתן לסבור כי לאינטרסים האתנו-דמוגרפיים של מדינת ישראל ניתן ביטוי במדיניות משרד הפנים ובפסיקת בית המשפט; במרבית המקרים שבהם האב הוא האזרח והאם היא זרה יהיה הילד לא-יהודי במובן ההלכתי של המילה.<sup>68</sup>

ולבסוף, ניכרת הכרה בחשיבות הקשר בין הילד לבין שני הוריו במסגרת הכללים המשפטיים הרלוונטיים גם להקשר של המשפחה הגלובלית. גישה זו מוצאת מקומה גם בכללים למניעת חטיפת ילדים, האוסרים מעיקרם שינוי חד-צדדי של מקום מגוריו של ילד

65 ראו נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0023 "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון ועובדת זרה אשר ילדה בישראל" (22.2.2012), זמין ב-[www.piba.gov.il/Regulations/5.3.0023.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/5.3.0023.pdf) (להלן: "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון החדש"). בין היתר, הנוהל החדש דורש ערובה כספית גבוהה להבטחת יציאתה עם הילד מישראל כתנאי להישארותו בה; מהגרת עבודה שיצאה מהארץ עם ילדה – לכל מטרה שהיא – לא תוכל להחזירו ארצה; אם מהגרת עבודה מקיימת קשרי זוגיות עם מהגר עבודה בישראל לא יוכלו שניהם לשהות בישראל, ואחד מהם יאבד את מעמדו החוקי.

66 ראו עניין ויס, לעיל ה"ש 44.

67 ראו עניין סולומטיון, לעיל ה"ש 44, אשר פסק הדין בו, שניתן יום אחד לפני שניתן פסק הדין בעניין ויס, קבע כי אין חובה חוקתית על המדינה לספק שירותי בריאות לילדים השוהים בישראל שטרם הוכרע מעמדם האזרחי בשל בירור סוגיית אבהותם.

68 ראו את משמעותה של עובדה זו בעניין להלן, בטקסט הסמוך לה"ש 107–108.

מבלי לקבל את הסכמת הורהו השני ויוצרים מנגנונים להשבת הילד אל מקום מגוריו, כל עוד הדבר משרת את טובתו.<sup>69</sup> כללים אלו רלוונטיים במיוחד, לפחות לכאורה, לאותן משפחות שבהן אחד ההורים הוא ממילא זר, שכן אז עשויה לגבור הנטייה להעתיק את מקום המגורים אל ארץ מוצאו של ההורה הזר.

לסיכום, ניכר כי באופן חלקי המדיניות המעודדת את התא המשפחתי ותומכת בו ננקטת גם כשמדובר במשפחות מעורבות, הכוללות מי שאינם אזרחים ותושבים בישראל, אך מידת העידוד, ההגנה והתמיכה שלה זוכות משפחות אלו נמוכה מזו שזוכות לה משפחות המורכבות מאזרחים ומתושבים. לכאורה ניתן לטעון כי הדבר משקף איזון בין אינטרסים של מדיניות הגירה לבין הזכות לחיי משפחה. אדון בכך בהרחבה בהמשך המאמר, אך אומר בקצרה כבר עתה כי בטענה כגון זו יש כמה בעיות, ואלו הן העיקריות לטעמי: ראשית, מבחינה אנליטית, מפאת כוחה העודף אמורה הזכות להשיג, על דרך הכלל, את האינטרסים;<sup>70</sup> שנית, מדיניות העידוד והתמיכה אינה קונסיסטנטית גם כשמדובר במשפחות המורכבות ממהגרים;<sup>71</sup> שלישית, כאשר עסקינן במשפחות מעורבות, מוצאים עצמם גם אזרחים ישראלים נפגעים מן הרצון להגביל את ההגירה, ובהם קטינים.<sup>72</sup> אינני מבקשת לומר כי בכל מקרה על המדינה לאפשר הגירה לצורך מימוש הזכות לחיי משפחה וכן לעודד את התא המשפחתי הנוצר והכולל את המהגר. אולם נדמה לי כי ככל שהחברה היא בכללותה חברה פרו-נטלית המקדשת את התא המשפחתי, מעודדת את המשכיותו ותומכת בו, הרי שסטייה מכך צריכה להתקיים רק במקרים קיצוניים וחריגים. ניתן למשל לטעון כי אם המהגר עצמו הוא סכנה לביטחון המדינה או לסדר הציבורי תהיה המדינה רשאית להגביל את הזכות לחיי משפחה ולמנוע את הגירתו או להגביל את התמיכה שלה בתא המשפחתי שבו הוא כלול.<sup>73</sup>

#### 4. הכללים המשפטיים בנוגע לאיחוד משפחות – חקיקה, תקנות, נהלים, החלטות

עד כה עסקתי בהקשר הכללי, קרי במידה שבה המדינה מבקשת לקדם את הזכות לחיי משפחה על נגזרותיה. עתה אבחן את הנורמות מתחום דיני ההגירה המסדירות את מעמדם האזרחי של הזרים שמשתייכים למשפחות הכוללות ילדים אזרחים ולפחות הורה זר אחד.

69 האמנה בדבר היבטים אזרחיים של חטיפה בין-לאומית של ילדים, כ"א 31, 43 (נפתחה לחתימה ב-1980, אושרה על ידי ישראל ב-1991) (להלן: אמנת האג); חוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), התשנ"א-1991. ראו גם שמואל מורן, אלון עמירן והדרה בר הגירה וחיטופת ילדים: היבטים משפטיים ופסיכולוגיים 35 (2003).

70 ראו להלן פרק ג.2.

71 ראו להלן פרק א.6.

72 ראו להלן פרק ב.2.

73 ניתן לחשוב אולי גם על מגבלות נוספות כגון מגבלה של מכסת היתרים הניתנים לצורך איחוד משפחות, אשר עלולה להשהות את האפשרות המעשית לממש את הזכות לחיי משפחה בישראל ולפגוע בה זמנית, אך מנגד תגשים את האינטרס להגביל את ההגירה לישראל. אציין כי אינני בטוחה כי מגבלה כגון זו משקפת בהכרח איזון ראוי בין הזכות לאינטרס המתנגשים, אך קצרה היריעה מלדון בכך במסגרת מאמר זה.

אקדים ואציין כי מדינת ישראל אינה רואה עצמה מדינת הגירה ואינה מבקשת להיות כזו.<sup>74</sup> במשך שנים רבות עיקר ההגירה לישראל הייתה של יהודים, אשר הגעתם ארצה נחווה כתופעה רצויה וכ"שיבה" או "עלייה" ולא כהגירה. עם זאת בשנים האחרונות מהגרים משלוש הקטגוריות הנזכרות לעיל של מהגרי עבודה, מהגרים כפויים ומהגרי איחוד משפחות נוכחים בישראל, ובהיקף ניכר מבחינה מספרית של יותר ממאתיים אלף איש.<sup>75</sup> בנסיבות אלו החלו להתעצב בישראל דינים ומוסדות המסדירים את הכלתם – ובעיקר את הדרתם – של מהגרים מכל שלוש הקטגוריות הללו.<sup>76</sup> מבחינה זו השוואה של מדיניות ההגירה של ישראל לזו של מדינות אחרות באופן כללי, ובהקשרן של משפחות שבהן הורה מהגר וילדים בעלי מעמד במדינה, יכולה להיות מטעה.<sup>77</sup>

74 הגישה הנמנעת מלראות בישראל מדינת הגירה היא זו שעמדה בבסיס עבודתה של ועדת רובינשטיין, אשר מונתה בשנת 2005 לגיבוש המלצות למדיניות הגירה למדינת ישראל. הוועדה לא סיימה את פעולתה. לעיקרי המלצותיה ראו רינת גלבוש מדיניות הגירה, נישואין ואיחוד משפחות בישראל (המכון לאסטרטגיה ציונית, 2009), זמין ב-[izsvideo.org/papers/Marriage.pdf](http://izsvideo.org/papers/Marriage.pdf). גישה זו מקובלת גם בפסיקת בית המשפט. ראו למשל פסק דינו של השופט רובינשטיין בע"מ 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, 29.6.2005): "אופייה של המדינה נתפס כ'מדינת עליה', קרי מדינת שבות, לא כמדינת הגירה; העלייה נתקדשה בחוק השבות, תש"י-1950, והגירה נראתה מושג של 'ככל המדינות', שאינו תואם את ההווה הישראלית הייחודית ואת החזון הציוני. ההתפתחויות הנדונות כאן הן שחיבו בשנות האלפיים הקמתה של 'מינהלת הגירה', ועדיין אין שמה לרוח". דברים ברוח זו נמסרו לי גם בפגישתי ברשות האוכלוסין וההגירה עם נציגי משרד הפנים, שהתקיימה ביום 6.2.2012, בהמשך לבקשה שהגשתי לפי חוק חופש המידע.

75 הנתונים על אודות מספרם של המהגרים מן הקטגוריות השונות הם חלקיים, משוערים וסותרים אלה את אלה. ראו למשל הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה הגירת עבודה – נתונים נבחרים – 2012, זמין ב-[www.cbs.gov.il/www/publications/alia/t2.pdf](http://www.cbs.gov.il/www/publications/alia/t2.pdf), ולעומתם: רשות האוכלוסין וההגירה, האגף לתכנון מדיניות נתוני זרים בישראל 5/2013 (2013), זמין ב-[www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/oct2013.pdf](http://www.piba.gov.il/PublicationAndTender/ForeignWorkersStat/Documents/oct2013.pdf).

76 שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל (רות גביון עורכת, 2009).

77 כך למשל אם נבקש להשוות את הכלל הנקט בנוגע להורים זרים לילדים אזרחים במשפחות מעורבות בארצות הברית, שם מצב זה של הורים זרים לילדים אזרחים נפוץ למדי, שכן האזרחות בה מוענקת לכל מי שנולד בשטחה, גם אם מדובר בילדים של שוהים לא מתועדים. הכלל בארצות הברית הוא כי אין להורה לילד אזרח זכות קנויה לרכוש מעמד מתוקף הורותו (ראו למשל Application of Amoury, 307 (F. Supp. 213, 215 (S.D.N.Y. 1969); Oforji v. Ashcroft, 354 F.3d 609, 618 (7th Cir. 2003)). עצם ההפרדה בין ההורה לילד או עצם האפשרות שהילד יחויב לעזוב את ארצות הברית אינם נחשבים קושי קיצוני (Extremely Unusual Hardship) המצדיק כשלעצמו המנעות מגירוש ההורה הזר ומתן מעמד לו. ראו 8 U.S.C.A. § 1229b (b)(1)(a)-(d) (2008). עם זאת ממשל אובמה הכריז על מדיניות של הפעלת שיקול דעת בתחום ביצוע גירושים, שלפיה בעלי קרובי משפחה אזרחים נחשבים מועמדים בעדיפות נמוכה לגירוש – ולעומתם המעורבים בפלילים, המסכנים את שלום הציבור או האומה והמחוללים עבירות חוזרות על דיני ההגירה נחשבים למועמדים בעדיפות גבוהה לגירוש. כך, הורים לילדים אזרחים עשויים, בסבירות גבוהה, לא למצוא עצמם מורחקים מארצות הברית – אך גם אינם זוכים למעמד חוקי במדינה. ראו Muzaffar Chishti & Claire Bergeron, *Questions Arise with Implementation of Obama Administration's New Prosecutorial Discretion Policy*, MIGRATION POLICY INSTITUTION, available at <http://www.migrationpolicy.org/article/questions-arise-implementation-obama-administrations-new-prosecutorial-discretion-policy>. זאת ועוד, ילדים

במשפט הישראלי נקבעו בכמה הקשרים כללים בנוגע להסדרת מעמדם של מהגרים מכוח איחוד משפחות. יצוין כי בניגוד למדינות מערביות אחרות, ההסדרים בנושא זה – כמו גם בתחום ההגירה באופן כללי – אינם מאורגנים באופן קודיפיקטיבי אלא פזורים במקורות נורמטיביים שונים, בעלי מעמד נורמטיבי משתנה. ביקורת על כך נשמעה הן מצדו של בית המשפט<sup>78</sup> והן מצדם של מלומדים בתחום.<sup>79</sup>

אחדים מההסדרים הללו נקבעו בחקיקה. ההסדר המקל ביותר על קניית מעמד הוא זה הקבוע בסעיף 4א(א) לחוק השבות (כפי שתוקן בשנת 1970), ולפיו: "הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב–1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון". כך מתאפשרת בחסות חוק השבות הגירתם של קרוביהם (ילדיהם, נכדיהם ובני זוג של כל אלה – לרבות הלא יהודים שבהם) של יהודים העולים עמם.<sup>80</sup> מקרים אחרים המסדירים התאזרחות של קרובי משפחה שאינם עולים בצוותא עם קרוביהם זכאי השבות חוסים תחת סעיפים 5 ו-7 לחוק האזרחות. סעיפים אלו מסרטטים שורה של תנאים אשר בהתקיימם תתאפשר התאזרחות של זרים בארץ,<sup>81</sup> וכאשר בבסיס הרצון להתאזרחות עומד רצון לאיחוד משפחות, תתאפשר התאזרחות גם בלא עמידה קפדנית בכל התנאים הללו,<sup>82</sup> והכול מתוך גישה המקלה על המבקשים לקיים חיי משפחה. גישה זו קיבלה אחיזה גם בפסיקת בית המשפט העליון בנושא,<sup>83</sup> אשר בעקבותיה פותח בנהל של משרד הפנים הליך מדורג לרכישת מעמד בישראל, אשר תכליתו לבדוק את כנותו ויציבותו של הקשר הזוגי ולהקנות לבני הזוג הזרים,

אזרחים יכולים לבקש מעמד בשביל הוריהם חסרי המעמד עם הגיעם לגיל 21 (ראו, *Perdido v. INS*, 420 F.2d 1179 (5th Cir. 1969); 8 U.S.C. § 1151(b). לדיון נרחב על אודות הבעיה בארצות הברית ראו HIROKAZU YOSHIKAWA, IMMIGRANTS RAISING CITIZENS: UNDOCUMENTED PARENTS AND THEIR YOUNG CHILDREN (2011), המתעד בין היתר את הפגיעות בהתפתחות בילדים אשר הוריהם המהגרים חסרי מעמד בעקבות מדיניות זו.

- 78 עניין גלאון, לעיל ה"ש 17.
- 79 לסקירת הדינים בנושא איחוד משפחות וכן למשפט משווה בתחום ראו רובינשטיין ואורגד, לעיל ה"ש 12.
- 80 לעניין הנסיבות שבהן הפך חוק השבות למסגרת המשפטית המאפשרת הגירה מסיבית של לא-יהודים ראו וייס, לעיל ה"ש 12.
- 81 ס' 5 לחוק השבות קובע: (א) בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם נתקיימו בו תנאים אלה: (1) נמצא בישראל; (2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו; (3) זכאי לשבת בישראל ישיבת קבע; (4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה; (5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית; (6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח-חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי. (ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות. (ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: "אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל". (ד) האזרחות נקנית מיום ההצהרה.
- 82 ס' 7 לחוק השבות קובע: בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי או שאחד מהם ביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א) או הפטור מהם, יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א).
- 83 ראו בג"ץ 2355/98 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נגד (2) 728 (1999).

לאחר הבדיקה, מעמד של תושבים.<sup>84</sup> יש לציין כי הסדר זה מקל את התאזרחותם של בני זוג אך שותק באשר למי שמבקשים איחוד משפחות לצורך שהייה יחדיו עם ילדיהם או הוריהם.<sup>85</sup>

לצד הסדרים אלו, ובניגוד גמור להם, מתקיים גם חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה). חוק זה, אשר תוקפו מוארך מדי חצי שנה וחוקתיותו נבחנת בבג"ץ מעת לעת,<sup>86</sup> מונע כמעט לחלוטין<sup>87</sup> את האפשרות של איחוד משפחות של ישראלים עם פלסטינים ונתיני "מדינות אויב".<sup>88</sup> דווקא במסגרת החריגים שבהסדר זה נקבעה אפשרות להעניק לילדים קטינים מעמד או אפשרות שהייה בישראל, לשם מניעת הפרדתם מהורה משמורן.<sup>89</sup> הוראה נוספת לעניין איחוד משפחות קבועה בתקנות הכניסה לישראל. סעיף 12 לתקנות קובע כי "ילד שנולד בישראל, ולא חל עליו סעיף 4 לחוק השבות, יהיה מעמדו בישראל כמעמד הוריו; לא היה להוריו מעמד אחד, יקבל הילד את המעמד של אביו או אפוטרופסו וזולת אם ההורה השני מתנגד בכתב לכך; התנגד ההורה השני, יקבל הילד את המעמד של אחד מהוריו, כפי שיקבע השר".<sup>90</sup>

מלבד האמור קיימים נהלים המאפשרים להורים חסרי מעמד לרכוש מעמד מכוון הורותם לאזרחי ישראלי במקרים חריגים ונדירים, ואין מאמר זה מתמקד בהם.<sup>91</sup> על אלו נוספת לעת הזו החלטת ממשלה בדבר הענקת מעמד לילדי מהגרי עבודה לא מתועדים, המקיימים תנאים נוספים שעיקרם הוכחת התערותם בישראל של הילדים, וכן לבני משפחותיהם.<sup>92</sup> תוכנם הקונקרטי של כלל ההסדרים שנסקרו לעיל פורש בפסיקה, אשר על אודותיה נפרט כעת.

84 נהלי רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0008 "נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי" (20.9.2005), זמין ב-piba.gov.il/Regulations/5.2.0008.pdf. ראו גם ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' ארון, פ"ד סא (1) 211 (2006), אשר בעקבותיו נקבעו נהלי רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול 5.2.0009 "נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" (20.9.2005), זמין ב-piba.gov.il/Regulations/5.2.0009.pdf.

85 יובל מרין עמד על הפער בין המדיניות המאפשרת (באופן יחסי) לבני זוג לבצע איחוד משפחות לבין המדיניות המגבילה הורים מלבצע איחוד משפחות כדי לשהות בסמיכות לילדם במאמר, לעיל ה"ש 11, 703–704.

86 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12; עניין גלאון, לעיל ה"ש 17.

87 בעקבות הערות בעניין עדאלה, תוקן חוק האזרחות והכניסה לישראל, והוא מאפשר איחוד משפחות בין בני זוג בגילאים מסוימים (ס' 3 מתיר איחוד משפחות לאישה פלסטינית בת 25 ומעלה ולגבר פלסטיני בן 35 ומעלה). כמו כן, ס' 1א3 לחוק יוצר מנגנון לטיפול בבקשות שבבסיסן טעמים הומניטריים מיוחדים.

88 בתוספת לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) מוגדרות ארבע "מדינות אויב", ואלו הן: לבנון, סוריה, עיראק ואיראן.

89 ס' 3א לחוק האזרחות והכניסה לישראל.

90 ראו לעניין הבעייתיות המיוחדת שנוצרת במצב של פיצול סטטוס בין בני משפחה אחת את ע"מ 1966/09 עווד עטון נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 22.11.2011). ראו גם בג"ץ 979/99 קרלו נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 23.11.1999), ועת"מ (מנהלי י-ם) 577/04 אלקורד נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 25.10.2004).

91 ראו למשל "נוהל הטיפול במתן מעמד להורה קשיש", לעיל ה"ש 4; "נוהל מתן מעמד להורים לחיילים", לעיל ה"ש 4.

92 החלטה 3807 של הממשלה ה-30, לעיל ה"ש 5; החלטה 156 של הממשלה ה-31, לעיל ה"ש 5; החלטה 2183 של הממשלה ה-32, לעיל ה"ש 5.

## 5. פסק דין דימיטרוב וההתרחשויות בעקבותיו

פסק הדין הנחשב למנחה בסוגיה של מתן מעמד להורים מכוח מעמדם של ילדיהם הוא בג"ץ דימיטרוב.<sup>93</sup> במקרה של דימיטרוב דובר על אזרח זר אשר נישא לאזרחית ישראלית, ולזוג נולדה בת. האב החל בהליך מדורג לרכישת מעמד בישראל<sup>94</sup> מכוח הזוגיות שלו עם האם האזרחית, אך לאחר כמה שנים התערערו היחסים בין בני הזוג, והאם פנתה אל משרד הפנים וביקשה להפסיק את ההליך מכיוון שבכוונתה להתגרש. משרד הפנים החליט להאריך את רישיון הישיבה של ההורה הזר עד למועד גירושו, אך הלה עתר כדי לבקש כי בית המשפט יורה להעניק לו אזרחות ולהימנע מגירושו. הנשיא ברק דוחה בראשית פסק דינו את טענותיו של האב כי זכאי הוא למעמד מכוח חוק האזרחות או מכוח נישואיו שכשלו. בשולי דבריו, בפסקה קצרה אחת, דוחה הנשיא ברק גם את טענתו של האב כי יש להעניק לו מעמד מכוח מעמדה של בתו האזרחית. מצב היחסים של האב והבת אינו מתגלה במלואו בפסק דינו של הנשיא ברק, ואפשר כי אין זה אפשרי כלל לגלול את יחסיהם של אב ובת במסגרת הקצרה של פסק דין. כל שיודעים אנו הקוראים על מצב היחסים הוא אותה קביעה עובדתית של רשויות ההגירה שמאמץ בית המשפט, שלפיה היחסים "טובים הם וחמים"<sup>95</sup> מחד, וכי "הבת מצויה אצל אמה. אין העותר מגדל את בתו. לעותר נתונה האפשרות לבקר את הבת" מאידך. בית המשפט אינו מבצע בעצמו כל בדיקת עומק של מארג היחסים ההוריים. בנסיבות אלו דוחה הנשיא ברק את עתירתו של האב, בקבעו כי אין הצדקה להעניק לו מעמד כדי שיוכל להישאר בישראל בקרבת בתו:

עמדתו של המשיב הינה כי רק במקרים חריגים, שמתקיימות בהם נסיבות הומניטריות יוצאות-דופן, יש בהורותו של זר לקטין שהוא אזרח ישראל כדי להצדיק להעניק לו מעמד של תושב קבע [...] לדעת המשיב, נסיבות מיוחדות אלה אינן מתקיימות במקרה שלפנינו. עם זאת המשיב מוכן לאפשר לעותר, אם ירצה בכך, אשרות ביקור 'נדיבות' על-מנת שיוכל לבקר את בתו מעת לעת. האם שיקול זה הינו כדין? לדעתי, התשובה היא בחיוב. כבר בפרשת קנדל נפסק כי 'מקומו של קטין אצל הוריו. באשר יישבו הם, שם יישב הוא, ולא להפך. קטין תלוי בהוריו, ואין הוריו נתלים בו' [...] על-כן, ועל דרך העיקרון, אין באזרחות של הבת כדי להעניק מעמד של תושב קבע לאביה הזר, עם זאת ייתכנו כמובן מקרים הומניטריים אשר יחייבו סטייה מעיקרון זה. נחה דעתי כי במקרה שלפנינו אין מתקיימים נתונים מיוחדים אלה.<sup>96</sup>

93 בג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 21.

94 ההליך המדורג כונן, כפי שציינתי לעיל, בעקבות עניין סטמקה, לעיל ה"ש 83, ותכליתו לקבוע פרוצדורה הדרגתית שבה בני זוג רוכשים מעמד הולך ומתחזק בישראל לאחר תקופת מה.

95 בג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 21, פס' 8-9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

96 שם, פס' 8-9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

על פסק דינו של הנשיא ברק בכג"ץ דימיטרוב הוגשה עתירה לדיון נוסף.<sup>97</sup> במסגרתה נטען כי יישום הלכת דימיטרוב עלול לגרום לנזק נפשי וכלכלי חמור לילדים רכים הנעקרים מהוריהם הזרים בעל כורחם; כי הלכת דימיטרוב עלולה לפגוע קשות הן בזכותם של הילדים והן בזכותו של ההורה הזר להגנה על התא המשפחתי, המותנית ביכולתם להוסיף ולקיים קשר קרוב; וכי ההלכה שנפסקה אינה מתחשבת כראוי בטובת הילד. השופט מצא דחה את העתירה לדיון נוסף באמרו כי פסק דין דימיטרוב עסק בתשתית עובדתית שונה מזו שעלתה במקרים קודמים והרחיב הלכות קודמות, אשר נקבעו במקרים אחרים. לשיטתו, פסק דין דימיטרוב הוא קונקרטיזציה של ההלכה שנפסקה בפרשת קנדל המצוטטת לעיל, אך השונה לדעתי עד מאוד בנסיבותיה העובדתיות מפרשת דימיטרוב, ובה נקבע כי הורים לא ילכו בעקבות ילדם, אלא להפך.<sup>98</sup> בשולי דבריו הוסיף השופט מצא את הדברים האלה:

לפנים מן הצורך אוסיף, כי ייטיב המשיב לעשות אם יפעל לגיבוש כללים מנחים לבחינת הסוגייה של טובת הילד, בהקשר הנוגע להכרעה בבקשת הורה זור לקבלת מעמד בישראל. כך, בין היתר, ניתן להגדיר תבחינים שיביאו בחשבון את גילו של הקטין, את השאלה במשמורת מי משני הוריו הוא מצוי, את משך הפירוד בין ההורים, את דבר קיומם של תסקירי סעד שבחנו את מצבו ועוד. ממה שהובא לפני בית-משפט זה בעע"מ 8569/02 עולה, כי היועץ המשפטי לממשלה הציע כי פורום שייקבע על-ידי ראש הממשלה יבחן את הסוגיות הכרוכות בהענקת מעמד בישראל להורה זר. אם אכן ימונה פורום, כאמור, חזקה עליו שייתן את דעתו גם לצורך לגבש כללים מנחים להתחשבות בטובת ילדיו הישראלים של ההורה הזר. גם המועצה הלאומית לשלום הילד, שביקשה להישמע במסגרת עתירה זו, עשויה להביא את עמדתה לפני הפורום האמור.<sup>99</sup>

ואכן, בהמשך ובמסגרת העתירה בעניין עע"מ 8569/02<sup>100</sup> גיבש משרד הפנים בשלהי 2003 כללים להקניית מעמד להורים לקטינים ישראלים. על אלו נוספו בהמשך, בשלהי 2004, כללים לפקיד הסעד המגבשים את ההליך לקבלת חוות דעתם לצורך דיון בבקשות ההורים. עיקרם של כללים אלו קבוע ב"נוהל הטיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים".<sup>101</sup> על פי הנוהל בקשה של הורה לקבל מעמד מתוקף הורותו לילד אזרח

97 דנג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 16. אל הליך זה ביקשה להצטרף המועצה לשלום הילד כידידת בית המשפט.

98 בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505 (1992). ראו גם בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15 (1994).

99 דנג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 16, פס' 9.

100 עע"מ בוראנה, לעיל ה"ש 21.

101 "נוהל טיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים", לעיל ה"ש 4. יש לשים לב שהנוהל מוגדר על דרך השלילה – קרי הוא נהל הפסקת מעמד להורים שקשר הזוגיות שלהם מצוי בשלבי פירוד ולא נהל הענקת מעמד להורים לילדים אזרחים.

תידון בוועדה הבין-משרדית למתן מעמד מטעמים הומניטריים.<sup>102</sup> גם לפי נוהל זה הכלל הוא כי לא יוענק מעמד – ואף יישלל מעמד שהוענק בעבר – להורה לילד אזרח, אלא במקרים נדירים וחריגים. הוועדה תדון בהענקת מעמד להורים לילדים ישראלים רק אם יתקיימו בעניינם התנאים האלה, אשר במרבית המקרים אינם מתקיימים:

1. בן/בת הזוג היה נשוי בנישואים כנים ונישואיו נרשמו במרשם האוכלוסין וכן קיבל רשיון ישיבה בישראל מסוג א/5 במסגרת ההליך המדורג [קרי הליך לרכישת מעמד מכוח קשר הזוגיות עם בן זוג הישראלי שפקע בינתיים, טק"א].
2. בן/בת הזוג עבר יותר ממחצית מתקופת ההליך המדורג.
3. לבני הזוג ילדים משותפים המצויים במשמורת בן הזוג הזר או שבן הזוג הזר מקיים איתם קשר קרוב ורצוף ודואג למזונותיהם וצרכיהם, וחוות דעת מקצועית מטעם פקיד סעד עובד ציבור קבעה כי עזיבת בן הזוג הזר את הארץ תפגע קשות בילדים.

כללים אלו הם תנאי הסף להעברת עניינם של הורים המבקשים מעמד מתוקף הורותם לוועדה, אשר שוקלת את בקשתם לרכוש מעמד בישראל לפי ההלכה שנקבעה בבג"ץ דימיטרוב. תוצאתם היא כי על דרך הכלל לא יוענק מעמד להורה אלא בהתקיים תנאים חריגים, משני סוגים – תנאים שקשורים לזוגיות שקיים עם בן זוגו הישראלי, ותנאים שקשורים בטיב הקשר שלו עם ילדו הישראלי. כללים אלו הם כמובן גמישים, מתוקף היותם קבועים בנוהל. אולם על דרך הכלל, מי שאינו עומד בהם עניינו לא יידון בוועדה, ואילו מי שעומד בהם – עניינו יוכרע על פי שיקול דעת הוועדה, אשר בוחנת את הבקשות ללא אמות מידה ברורות, וכפי שמראים בבירור שיעורי הדחייה הגבוהים, מתוך גישה מצמצמת. בכמה עשרות פסקי דין שניתנו בין פסק הדין בבג"ץ דימיטרוב ועד לנוהל האמור או לאחר שנקבע הנוהל, נדונה החלתם של ההלכה הפסוקה והנוהל על מקרים פרטניים תוך הגעה לתוצאות שונות, כפי שפורט לעיל.

## 6. מסקנות ביניים

באופן כללי ההסדרה המדינתית משרדת מסר פוליטי המעודד את הגדלת המשפחה, באמצעות יצירת כללי רקע התומכים במשפחה. כללי הרקע הפועלים בתאים משפחתיים מושפעי-גלובליזציה הם, כפי שהראיתי לעיל, כללים עמומים יותר ומהוססים יותר. בהיבטים מסוימים פועלת המדינה לאפשר להורים במשפחות אלו לממש את זכותם לילודה, אולם בהיבטים אחרים אינה מעודדת את זכותם לממש את קשרי ההורות שלהם עידוד של ממש. הגבולות המבחינים בין המצבים שבהם תתמוך המדינה בהורות בקרב משפחות מעורבות ותעודד אותה לבין המצבים שבהם תימנע מלתמוך בה אינם מובחנים, צפויים או ברורים, וקשה לסרטט ביניהם קו היגיון (ביו)פוליטי מקשר. הכללים שבהם עסקינן במסגרת מאמר זה, שלפיהם על דרך הכלל לא יוקנה מעמד להורה הזר מכוח הורותו לילד אזרח

<sup>102</sup> על הוועדה הבין-משרדית ראו עוד פלר "המיניסטריון: הפרת זכויות אדם בידי מינהל האוכלוסין" האגודה לזכויות האזרח בישראל (2004) זמין ב-[www.acri.org.il/pdf/TheMinistry.pdf](http://www.acri.org.il/pdf/TheMinistry.pdf) (להלן: פלר "המיניסטריון").



ישראל, אינם תומכים באזרחי ישראל המבקשים להרחיב את משפחתם ולשמש הורים עם בן זוג זר יחד. גם אם השיקולים האתנו-דמוגרפיים אינם נאמרים מפורשות ברוב המקרים, הם קיימים ברקע ועולים לסירוגין.<sup>103</sup> במאמר מוסגר אציין כי כפי שעולה מן הפסיקה<sup>104</sup> ומנתונים שמסרו נציגי משרד הפנים, עיקר בקשותיהם של הורים לרכוש מעמד מתוקף הורותם לילדים ישראלים מגיע מצדן של אימהות.<sup>105</sup> מכאן שהילדים שבהם מדובר אינם יהודים במובן ההלכתי, ולכן אפשר שהכלל העמום שנוסח בעניינם נובע בין היתר מן העובדה שהישראלותם בישראל אינה נתפסת כחלק מהאינטרס האתנו-דמוגרפי של המדינה. עם זאת המדיניות ננקטת גם כלפי אבות המבקשים לקבל מעמד בישראל לצורך הישראלות במחיצת ילדיהם.<sup>106</sup>

משמעותם העיקרית של הכללים המשפטיים שנוסחו בנוגע למשפחות שבהן לפחות הורה אחד הוא זר היא כי המבקשים להקים משפחה עם זר נוטלים על עצמם סיכון; אם קשרי הזוגיות שלהם עם בן זוגם הזר לא יעלו יפה, יכולים הם למצוא את עצמם ללא אפשרות מעשית לגדל את ילדם עם בן הזוג הזר יחד, ואף יכולים להיקלע למצב שבו יידרש בן זוגם הזר לעזוב את הארץ וילדם עמו. ועוד: המבקשים להקים משפחה עם זר מטילים סיכון על צד שלישי, שכן הם עלולים לגזור על ילדיהם חיים במסגרת משפחה חד-הורית, על כל הקשיים הרגשיים והכלכליים הנגזרים מכך.

יש לשים לב שרוב כללי הרקע המתייחסים לשאלות של אחריות הורית, משמורת וטיפול בילדים נקבעו בחקיקה ראשית ובערכאות – בעיקר בית המשפט לענייני משפחה, ואילו בהקשר של בני משפחה מעורבים חלק ניכר מכללי הרקע המשמעוטיים נקבעים בלשכות משרד הפנים, בנהלים, בערכאות מינהליות ובבג"ץ. הדבר נובע מכך, ואף מביא לכך, שכללי הרקע העיקריים המסדירים את חיי המשפחה שבה אחד מן ההורים הוא זר הם כללי רקע שכוללים בעיקר, כך נראה, את דיני ההגירה, ורק לאחר מכן – שיקולים המקובלים בהקשר של הסדרים בתוך המשפחה, כמו שיקולי טובת הילד. גם אם בתי המשפט מביאים בחשבון (לפחות ברמה ההצהרתית) שיקולים של טובת הילד, הם אינם מנוסים בהחלטתם כבתי משפט לענייני משפחה. בבתי המשפט לענייני המשפחה טובת הילד היא השאלה המכרעת לקביעת מקום מגוריו העתידי, ורק לאחריה נשאלות שאלות אחרות, כולל שאלת מקום המגורים העתידי של ההורים. ההנחה היא כי השאלה עם מי יגור הילד לאחר הפרדה היא מורכבת ביותר, שכן היא דורשת התחשבות בשיקולים רגשיים ופרקטיים

103 המקרה המובהק ביותר שבו בצבץ השיקול האתנו-דמוגרפי מבין השורות הוא זה שנדון בעניין עדאלה, לעיל ה"ש 12, פס' 14 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה ופס' 24 לפסק דינו של השופט ג'ובראן. ראו גם ע"פ 6164/10 פלוני נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 20.2.2012), שבו מוזכרת העובדה כי המתלוננת בעבירת אונס "התרועעה עם בני מיעוטים ואף התגוררה עם בן מיעוטים כבן 21 שהפך לבן זוגה" כפרט נוסף ברשימת פרטים ביוגרפיים קשים אודות המתלוננת. ראו תומר זרחין "בג"ץ לא רואה בעין יפה קשרים בין יהודיות לערבים" הארץ 22.2.2012 זמין ב-[www.haaretz.co.il/magazine/1.1647114](http://www.haaretz.co.il/magazine/1.1647114).

104 ראו פסקי הדין המתוארים לעיל בה"ש 17–21.

105 פגישה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012).

106 בשל מדיניות ההדרה הכללית הננקטת כלפי מהגרים לא-יהודים ניתן לסבור כי מאחר שברובם המכריע של המקרים בקשות המעמד מגיעות מצדן של אימהות, מדיניות המבקשת לקדם את האינטרס האתנו-דמוגרפי של המדינה תהיה מוכנה לשלם את "מחיר" הפגיעה במספר המצומצם של ילדים יהודים (במקרים שבהם האבות הם הורים מבקשי המעמד) כדי "להרוויח" את הגשמת המדיניות במקרה ההפוך, ומבלי להיחשד כמפלה.

שונים שקשורים בילד ובהוריו, ולמעשה ברה-קונסטרוקציה של התא המשפחתי החדש שנוצר לאחר פרדת ההורים (מתוך תפיסה שחיי המשפחה אינם מגיעים לכדי סיום מוחלט עם פרדת ההורים).<sup>107</sup> במשרד הפנים ובערכאות שמבקרות את שיקול דעתו קודם כול נבדקת שאלת מעמדו של ההורה הזר, ורק לאחר מכן נבחנת שאלת טובת הילד. ואך טבעי הוא הדבר: שהרי משרד הפנים והערכאה הראשונה שדנה ברוב המקרים – בתי המשפט לעניינים מינהליים – אין עבודתם כוללת, על דרך הכלל, שקילת שיקולים אישיים-משפחתיים כגון אלו, והם אינם מומחים בכך.

ועוד, כללי הרקע אינם שקופים וברורים אלא מאוגדים בפסיקה סותרת ובנהלים פנימיים של משרד הפנים. קשה להתמצא בהם ולאחר אותם. מכיוון שחלקם נקבע על פי הכללים הרגילים של דיני המשפחה וחלקם נקבע על פי שיקולים של דיני הגירה, הם לעתים לא קוהרנטיים.<sup>108</sup> עדות לאי-היותם של כללי הרקע הללו נהירים וצפויים לכול ניתן למצוא בכמה מפסקי הדין שבהם העלה ההורה הזר מעין טענת הסתמכות שממנה עולה שבשל הקושי להבין את ההיגיון של כלל הרקע הניח הוא כי יקבל מעמד בישראל מכוח קשרי המשפחה שיצר בישראל, וכי כלכל את צעדיו בהתאם.<sup>109</sup>

משתארו המורכבות של הכללים המשפטיים והיחסים הבעייתיים בינם לבין הכללים המבנים את תפיסת המשפחה, אציע ניתוח ביקורתי של ההנמקות המשפטיות שבבסיסם של כללים אלו. אתייחס הן לבסיס הפסיקטי להנמקות והן לתפיסת טובת הילד שמשקפות ההנמקות.

### ב. בחינה ביקורתית של ההנמקות המשפטיות

#### 1. הבסיס המשפטי להנמקה – התקדים מחייב? או: האומנם ילך הילד אחרי ההורה ולא ההורה אחרי הילד?

ברובם המכריע של פסקי הדין שבהם נדון הנושא של הענקת מעמד להורה הזר מתוקף הורותו לילד אזרחי ישראל מצוטטים בהרחבה יחסית פסקי הדין בעניין דימיטרוב וקנדל כתקדימים מחייבים החלים על מערכת העובדות הנדונה. אך האם אלו באמת התקדימים שלעניין?

107 ראו דפנה הקר ורוגן שמיר "אימהות", 'אבהות', 'משפחה': בין אינטואיציה להלכה פסקה "סוציולוגיה ישראלית ה 311 (2003).

108 כך למשל באחדים מפסקי הדין הוצא צו למניעת יציאה מהארץ של הילד, אך מנגד ההורה הזר לא קיבל מעמד בישראל. ראו למשל עניין אסראא, לעיל ה"ש 19; עת"מ בוראנה, לעיל ה"ש 21.

109 כך נטען למשל בעניין מריאנו, לעיל ה"ש 19: "ענייננו בעותר אזרח זר, קנדי, אשר נישא בקנדה לאזרחית ישראלית. במסגרת הנישואין נולדו לזוג שני ילדים. כעבור זמן התערערו יחסיהם והם נפרדו. על פני הדברים מתוך אמונה כי השתלבותו של העותר בארץ לא תיתקל בקשיים, בהסתמך על מצג הרעיה, נתן את הסכמתו להענקת מגוריה למדינת ישראל, ועימה ילדיהם, ואף הוא הגיע בעקבותיהם לכאן, מתוך כוונה לחיות בה את חייו, לצד ילדיו. ההסכמה להוצאת הילדים מקנדה לישראל מנעה היוקקות לערכאות בקנדה לשם קבלת אסמכתא ראויה להרחקת הילדים מאביהם. ספק אם צו להוצאת הילדים מקנדה היה ניתן לנוכח רצונו של העותר להיות מעורב בחיי ילדיו. ועוד ראיתי להדגיש כי ראוי למדינה לא לשמש כלי שרת בידי צד זה או אחר להשגת מטרותיו. בוודאי לא כשהמדובר בסכסוך בין בני-זוג."

בפרשות הנגללות בבג"ץ קנדל ביקשו רוב ההורים מבית המשפט כי יוענק להם מעמד מכוח חוק השבות אף על פי שילדיהם לא היו בעלי אזרחות בישראל ולא התגוררו בה,<sup>110</sup> אלא רק היו זכאים לקבל בה מעמד. מצב זה שונה מן המצב העובדתי של פסקי הדין שבהם אנו דנים במאמר זה, ושבהם הילדים הם אזרחים ישראלים בעלי אזרחות בפועל או בעלי מעמד אזרחי אחר, אשר התערו במידת מה בחברה הישראלית (השתלבו במערכת החינוך,<sup>111</sup> מקיימים קשרים חברתיים והם בנים למשפחה הכוללת את ההורה האזרח ואת משפחתו המורחבת<sup>112</sup> בישראל). בשל השוני הרב כל כך בין המערכות העובדתיות שבבסיס המקרים השונים, אשר מקרין מן הסתם על הזכויות המשפטיות, קשה לראות בפרשת קנדל תקדים מחייב לעניינן של בקשות של הורים לילדים אזרחים כי יוענק להם מעמד מתוקף הורותם לאלו. אם ניתן לראות בפסק דין קנדל כמסרטט עקרונות בעלי תחולה רחבה לענייננו, הרי שמדובר בעקרונות אתנודמוגרפיים שאותם כבר אזרחתי לעיל, ולפיהם לא יוענק מעמד אזרחי בישראל, על דרך הכלל, וכעניין של שאיפה, למי שאינם יהודים.<sup>113</sup> לעומת פרשת קנדל, בבג"ץ דימיטרוב התבקש המעמד לאב שילדתו אזרחית, כמו ביתר המקרים שבהם אנו דנים במסגרת מאמר זה, אלא שייחודו של בג"ץ דימיטרוב משאר המקרים הנדונים בפסיקה, ככל שניתן להבין מתמצית העובדות המוצגת בו, הוא בהיעדר קשר ממשי בין האב המבקש מעמד בו לבתו האזרחית.<sup>114</sup> אמנם ברוב פסקי הדין אין עיסוק רב במערכת היחסים בין הצדדים, אולם אם מוצגים נתונים על היחסים בין ההורה הזר לבין הילד האזרח, הם מוצגים כיחסים פעילים וחמים.<sup>115</sup>

- 110 פרשת קנדל, לעיל ה"ש 98, פס' 2(ה) לפסק דינה של השופטת נתניהו. אחדים מן הילדים שבהם מדובר היו זכאים, לטענתם, לאשרת עולה, אך לא היה להם מעמד בפועל ולא הייתה להם זיקה משמעותית בפועל לישראל. המקרה של ניקול קנדל שונה משום שאף על פי שלא הייתה אזרחית, היא החזיקה באשרת עולה בכוח בעלת תוקף זמני, ואף הובהר לה שתוכל להישאר בישראל, שבה חיה כמה שנים, אם תרצה בכך. אולם בזמן הגשת העתירה, כפי שעולה בפס' 3 לפסק הדין, היא כבר הגיעה לגיל בגרות.
- 111 ראו למשל עניין אסראא, לעיל ה"ש 19, שם היה מדובר בילדות שמבקרות בגני ילדים ישראליים; עניין שבצוב, לעיל ה"ש 19, שבו דובר בילד בן 10 שפקד בית ספר.
- 112 ראו למשל עניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18. במקרה זה היה מדובר בילדים בני 6 ו-7 לאם זרה. הם קיימו קשר אוהב ואמיץ עם אביהם, וכן עם אמו – סבתם, אשר הייתה מעורה בחייהם. עוד ראו שוב את עניין שבצוב, לעיל ה"ש 19, שם מדובר במקרה של ילד בן 10 שהתגורר עם אמו אצל סבתו ובן זוגה וזכה לטיפולם המסור של אלו.
- 113 ראו לדוגמה פרשת קנדל, לעיל ה"ש 98, פס' 2(ה) לפסק דינה של השופטת נתניהו.
- 114 בעניין סלמובה, לעיל ה"ש 18, עומדת השופטת אגמון-גונן על כך שבפרשת דימיטרוב ויתר האב, ככל הנראה, על הקשר עם בתו, ומבחינה בין מצב זה לבין המצב העובדתי במשפחה שלפניה, שבה האב נפגש עם בנו לעתים רחוקות. בפרשת וינטר-גרסימוב, לעיל ה"ש 18, מבחינה השופטת סלוטקי בין המצב העובדתי בפרשת דימיטרוב, שבה מבקש המעמד היה האב שלא החזיק בבתו, לבין המצב העובדתי בעתירה שבחנה, שבה מדובר באם המשמורנית של הילד. ניתן לחלוק על רצייתיה של הבחנה זו ולסבור כי אולי יש לאמץ תחתיה הבחנה הממוקדת לא במשמורת כשלעצמה אלא בעצם קיומו של קשר או רצון לקיים קשר בין הילד לבין ההורה הזר.
- 115 במקרה אחד לא ברור טיבו של הקשר בין האם הזרה לילד האזרח משום שנמסר שהילד אינו שוהה בישראל. אף שהדבר אינו מפורש בפסק הדין, ייתכן כי הדבר נובע מ"נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון", לעיל ה"ש 60, אשר חוקיותו נבחנה לאחרונה כאמור בעניין קו לעובד, לעיל ה"ש 61. ראו ע"מ 660/12, לעיל ה"ש 16.

רואות עינינו כי ההיזקקות לפסקי הדין קנדל ודימיטרוב כאל תקדימים רלוונטיים לעניין היא בעייתית. עם זאת ברוב המכריע של פסקי הדין שלעניין מפנים בתי המשפט לקביעה בהם שלפיה "מקומו של קטין אצל הוריו. באשר יישבו הם, שם יישב הוא, ולא להפך. קטין תלוי בהוריו, ואין הוריו נתלים בו. כאפוטרופסים, הם הקובעים את מקום ישיבתו ולא הוא את מקום ישיבתם".<sup>116</sup> אך האם אכן כך הוא? כפי שנראה, קיימים מחד מצבים שבהם המשפט מאפשר להורה "ללכת בעקבות הילד", ומאידך מצבים שבהם הליכתו של הילד בעקבות ההורה אינה אפשרית בהכרח.

קיימים מצבים במשפט הישראלי שבהם מוכרת העובדה כי הורים מקבלים מעמד מתוקף הורותם לאזרחים ישראלים. מצב אחד כזה מעוגן בהחלטות הממשלה למתן מעמד לילדי שוהים לא מתועדים.<sup>117</sup> על פי החלטות אלו הוענק מעמד לילדים המקיימים תנאים מסוימים אשר נותרו חסרי מעמד בישראל בשל היותם משולבים בחברתה אף שלהוריהם לא היה בה מעמד חוקי, וזאת כדי למנוע "הגליה תרבותית" שלהם מישראל, שבה התעוררו והשתלבו במערכת החינוך. לכן מצוות ההחלטות שעל דרך הכלל יוענק מעמד גם להוריהם ולאחיהם של ילדים אלו, וזאת כדי למנוע פיצול בין בני משפחה אחת, והכול כנגזרת של המעמד שמוענק לילד.<sup>118</sup> גישה זו ראויה היא בעיניי, בהיותה מכירה בצורכו של הילד בחיים במחיצת שני הוריו, שקיים כמובן באותה העצמה גם כשהוריו של הילד לא שהו כדין במדינה. למרבה הצער היא עוגנה רק בהחלטה חריגה ודו-פעמית, ולא בנורמה כללית.<sup>119</sup> גם בהקשרים אחרים מוענק מעמד להורים מתוקף הורותם לאזרחים. למשל, מוענק מעמד להורים קשישים בודדים לאזרחי ישראל<sup>120</sup> ולהורים לחיילים ישראלים.<sup>121</sup> ניתן לשער כי הרציונל של הנוהל הראשון הוא לאפשר לאזרחים ישראלים לתמוך בהוריהם הקשישים לעת זקנה, ואילו הרציונל של הנוהל השני הוא להעניק גמול מיוחד למי שמשרתים בצבא. ניתן להעלות על הדעת הצדקות שונות להענקת מעמד להורים לילדים קטינים אזרחים, ובהן הרצון לאפשר לילדים לחיות בצוותא עם שני הוריהם בארץ אזרחותם (כולל ההורה הזר במצבים שבהם אחד ההורים הוא אזרח ואילו ההורה השני איננו אזרח) והרצון שלא לכפות עליהם הגירה לארץ שאינם מכירים וניתוק מארץ שבה הם מעורים

116 פרשת קנדל, לעיל ה"ש 98, פס' 2(ה) לפסק דינה של השופטת נתניהו. נראה כי גישה זו הולכת בעקבות הקביעה בס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, שלפיו ההורה אחראי לקביעת מקום מגוריו של ילדו.

117 ראו החלטה 3807 של הממשלה ה-30, לעיל ה"ש 5; החלטה 156 של הממשלה ה-31, לעיל ה"ש 5; והחלטה 2183 של הממשלה ה-32, לעיל ה"ש 5. בעניין וולימלווה, לעיל ה"ש 21, בעת"מ 11-08-27315, לעיל ה"ש 21, ובעע"מ 775/12, לעיל ה"ש 16, הועלתה טענה כי יש לגזור היקש מהחלטה זו לעניין זכאותם של הורים לילדים ישראלים למעמד בישראל, אך היא נדחתה.

118 ראו לעניין זה ס' 12 לתקנות הכניסה לישראל, וגם למשל עניין קרלו, לעיל ה"ש 90.  
119 יש לשער כי ההכרה בצורך של זרים לשהות במחיצת משפחותיהם קלה יותר למדינה כשמדובר במחוות שנחווות הדו-פעמית או דו-פעמית מאשר במסגרתן של נורמות כלליות, כשם שקל יותר לקבל את רצונם של הורים לשהות בסמוך לילדיהם כשעניינם מוגדר כחריג והומניטרי, מאשר כשמדובר בעניין כללי יותר. ראו דברי על "החריג ההומניטרי", להלן בפרק ג.

120 "נוהל הטיפול במתן מעמד להורה קשיש", לעיל ה"ש 4.

121 "נוהל מתן מעמד להורים לחיילים", לעיל ה"ש 4.

(במצבים שבהם הילדים אכן התערו בישראל, ובנסיבות שבהן אי-מתן מעמד להורה הזר גורר השלכה של עזיבת ההורה הזר עם הילד את הארץ).  
 במילים אחרות, הכלל כי ילד ילך אחרי ההורה אינו כלל גורף. בהקשרים מסוימים במשפט הישראלי הולך דווקא ההורה אחרי הילד, ומקבל מעמד מכוח הורותו לאזרח או תושב ישראלי. נראה כי אם נסתכל על מכלול הנהלים וההחלטות בעניין של מתן מעמד להורה זר של ילד בעל מעמד בישראל תתקבל תמונה לא קוהרנטית כלל: ילדו הקטין של מהגר העבודה הלא מתועד זוכה על דרך הכלל כי יוענק מעמד לא רק לו אלא גם לבני משפחתו, ואילו הילד האזרח לא זוכה על פי רוב כי יוענק להוריו מעמד. ילדם של מהגרי העבודה הלא מתועדים יזכה לשהות במחיצת משפחתו כולה, ואילו הילד האזרח ייאלץ להיפרד מאחד מהוריו או לעקור מן הארץ. מצב זה, שבו לילד האזרח זכויות פחותות מזכויותיו של הילד המתאזרח, משקף חוסר קוהרנטיות במסגרת הכללים המסדירים את נושאי המעמד וההגירה בישראל. על בעיה זו של שרירותיות והיעדר יד מכוונת בדיני ההגירה הישראליים, כמו גם על הצורך להסדירם במסגרת של חקיקת הגירה קוהרנטית, כבר עמדו בעבר.<sup>122</sup>

## 2. מקומו של הילד בהנמקה המשפטית

האם עניינם של הילדים שבהם עסקינן נשקל לפי שיקולי טובת הילד ותוך עמידה על זכויותיו כנושא זכויות עצמאי? בטרם אדון בכך אציין כי המושג "טובת הילד" הוא "גמיש, רחב ובלתי מוגדר, המתמלא תוכן על-ידי בית המשפט על-פי הראיות שלפניו ועל-פי שיקול הדעת השיפוטי שלו",<sup>123</sup> אך באופן כללי מנחה את בית המשפט לעסוק בשקילת צרכיו, זכויותיו, רצונותיו והאינטרסים של הילד בקבלת החלטות שיפוטיות בעניינו. זהו עיקרון מרכזי המנחה שאלות של קביעת האחריות ההורית לילד. תרגומו המעשי ברבים מן הסכסוכים בין הורים בדבר גורל ילדם בעקבות פירוד ביניהם היה ניסיון של בית המשפט למצוא פתרון שמבטיח יציבות חיים לילד אצל ההורה המשמורן לצד המשך קשר רציף עם ההורה השני.<sup>124</sup> בדרך כלל ההנחה היא שקשר תדיר ורציף של מפגשים של ילד עם שני הוריו משרת את טובתו אלא אם נמצא אחרת. לצורך כך עמידה על המסוגלות ההורית של ההורים היא חשובה, וכן חיונית ההתבוננות על סוג מערכת היחסים שיש בין ההורה לבין ילדו.

ההסתכלות על הילד כעל מי שהולך בעקבות ההורה משקפת תפיסה של הילד כמי שהוא חסר כשרות משפטית ואינו נושא זכויות עצמאי בחברה ובמשפחה. השאלה של אזרחותו של הילד אפוא אינה בעלת נפקות משפטית מיוחדת, שכן הילד לא נתפס כנושא ממש של זכות החפצא של אזרחות. הראיה לכך היא כי על דרך הכלל איננו מציבים בפני פרטים את הברירה בין אזרחותם או הישיבה בארצם לבין משפחתם, באשר ברירה זו נתפסת כלא הוגנת,<sup>125</sup> ולכן התגבשו ברוב מדינות העולם פרקטיקות של איחוד משפחות. אלא

122 אבינרי, אורגד ורובינשטיין, לעיל ה"ש 76.

123 ע"א 2266/93 קטין נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פס' 5 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (1995).

124 רע"א 4575/00, לעיל ה"ש 52.

125 לדין מעמיק בנושא בחירה והגירה ראו KRITZMAN-AMIR, לעיל ה"ש 10.

שכאן, בכלל המשפטי שקובע כי על הילד ללכת בעקבות הורוהו הזר הילד אינו נתפס כישות בוחרת או כישות שנושאת את אזרחותה באורח אותנטי ובעל משמעות. התבוננות זו על הילד מנוגדת לתפיסה שמנסה לקדם האמנה הבינ-לאומית לזכויות הילד, שכן חידושה של האמנה הוא בתפיסתה את הילד כסובייקט מלא וראוי לזכויות. לפי תפיסה זו, האחריות של הורים היא להבטיח את מימוש הזכויות של ילדיהם מתוך תפיסתם של ילדים כנושאי זכויות בפני עצמם ובמנותק מהזכויות של ההורים.<sup>126</sup> הסתכלות על הילד כעל מי שנשרך אחרי הוריו מנוגדת גם לביטויים על זכויות הילד בפסיקה הישראלית.<sup>127</sup>

יצוין כי מתוך שמסתכלים על הילד כעל מי שאינו נושא זכויות עצמאי מתבהר הפער שמתקיים בין ההגנה הנרחבת הניתנת לבקשות איחוד משפחות לצורכי קשר זוגיות לבין ההגנה הפחותה ממנה לבקשות איחוד משפחות לצורכי שהייה במחיצת ילד. זאת משום שבמקרה הראשון נתפסים בן או בת הזוג הישראלי כנושאי זכויות ואילו במקרה השני אין זה כך כלל ועיקר. ועוד: מתוך שהילד אינו נתפס כנושא זכויות בכל הקשור לבקשת המעמד של הורוהו הזר, לא נשמעת דעתו במהלך ההליכים במשרד הפנים ובערכאות, אשר מתנהלים כולם בין ההורים ועורכי דינם לבין פקידי משרד הפנים, פקידי הסעד והשופטים.<sup>128</sup>

יש לציין כי ממילא לא ברור אם תמיד יוכל הילד ללכת בעקבות ההורה, כעניין מעשי, והיכולת לרכוש מעמד כזה אינה נבדקת כלל בבתי המשפט או במשרד הפנים, אף על פי שבתי המשפט מניחים כך. הנחה זו אינה נכונה במקרים שבהם הוציא בית משפט לענייני משפחה, לבקשת ההורה הישראלי, צו עיכוב יציאה מן הארץ שמטרתו למנוע מצב שבו הילד המשותף יעזוב את ישראל.<sup>129</sup> זאת, גם כשהורה הזר הוא המשמורן. במצבים אלו ההורה המשמורן והילד במלכוד: מחד הילד מנוע מלצאת את הארץ עם ההורה המשמורן, ומאידך ההורה המשמורן מנוע מלהישאר בה. משרד הפנים, מצדו, אינו רואה בנסיבות אלו כמצדיקות מתן מעמד להורה הזר,<sup>130</sup> הגם שאם ימלא הוא את כל הוראות הדין החלות עליו (קרי יימנע משהייה בלתי חוקית בישראל ויעזוב את הארץ בגפו תוך שהוא מקיים את צו איסור היציאה מן הארץ החל על ילדו), ייאלץ לזנוח את ילדו ולהותיר קטין ללא השגחת משמורן.<sup>131</sup> משיחתי עם נציגי משרד הפנים עולה כי הם פעלו באמצעות פרקליטות המדינה לבטל בכמה מקרים צווי עיכוב יציאה מן הארץ, אך חרף כישלונם בכך נמנעו מלהעניק מעמד להורה הזר במצבים אלו.<sup>132</sup>

126 ראו לעניין זה ועדת שניט, לעיל ה"ש 52.

127 ראו למשל את דברי השופט חשין בע"א 6106/92 פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מח(4) 221, 235 (1994): "קטן אינו חפץ הניתן להיטלטל מיד-אליד ולו ככלי-ש-חפץ-בו. קטן הוא אדם, הוא בן-אדם, הוא איש – גם אם איש קטן בממדיו. ואיש, גם איש קטן, זכאי בכל זכויותיו של איש גדול".

128 היעדר קול לילד ניכר בפסיקה, ובפגישתי עם נציגי משרד הפנים ביום 6.2.2012 נמסר לי מפורשות שאין מתקיים שימוע של הילד במסגרת הליכי מתן המעמד להורה (ולעומת זאת מתקיים שימוע להורה הישראלי חרף הבעייתיות שבכך, שבולטת במיוחד נוכח העובדה כי לעתים קרובות ההורים נתונים בהליכי פרדה או גירושין, המתאפיינים לפעמים ברגשות נקם ותוקפנות).

129 כך למשל בעניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19, ובעניין אסראא, לעיל ה"ש 19.

130 כך למשל הבהיר משרד הפנים בעניין אסראא, שם.

131 השוו לעניין עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 19, פס' 6 לפסק דינו של השופט אלון.

132 במצבים אלו, כך נמסר לי בשיחתי עם נציגי משרד הפנים, אין מתבצעת הרחקה של ההורה הזר. פגישה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012).

שיקולים מעין אלו עלו בפסק הדין בפרשת עמותת רופאים לזכויות אדם.<sup>133</sup> במקרה זה מדובר באם זרה שנישאה בנישואים בינמיים לאב ישראלי אשר נהג כלפיה באלמות. בקשתה לקבל מעמד בישראל נענתה בסירוב, הן משום שמדובר בקשר נישואין בינמיים שלא נרשם והן משום שהאם הזרה לא ביקשה להתחיל בהליך המדורג אלא לאחר פירוק הקשר. אין השופט אלון מניח בפסק דינו כי ארבע הילדות המשותפות של בני הזוג ילכו בהכרח אחר אמן, אלא מניח הוא, דווקא, כי תיוותרנה הן בישראל, ארץ אזרחותן,<sup>134</sup> ומביע פליאה שמשרד הפנים נמנע מלבדוק את השלכות השארותן בישראל מבלי שיוענק מעמד לאמן. למעשה, מטון פסק הדין נראה כי השופט רואה באפשרות כי הבנות תעקרונה עם אמן לרשות הפלסטינית אפשרות בלתי סבירה. וכך אומר השופט אלון בפסקה 6 לפסק דינו:

משמעות החלטת הסירוב בעניין העותרת מעלה מתוכה מניה וביה את שאלת גורלן של ארבעת בנותיה הקטנות [הקטנה שבהן בת 5 שנים] המצויות בחזקתה. הרחקת אמן של ארבע הילדות אל מחוץ לגבולות ישראל, תותיר את ארבע הילדות הקטנות והקטנות ללא הורה לשומרן ולגדלן. לא נתברר כל עיקר מתוך החלטת הסירוב, ואף לא מתוך נימוקי המשיבים בכתב התגובה, מה יעלה בגורלן של ארבע ילדות רכות בשנים אלו, שכאמור כולן אזרחיות המדינה. האם אביהן מוכן לגדלן? ואם אכן כך – האם מסוגל וכשיר הוא לגדלן? ואם אבי הילדות אינו מוכן או אינו מסוגל לכך – האם קיימת מסגרת מוסדרת שתסכון לכך? האם אכן ראוי בכלל להחליט על הרחקת האם מישראל, תוך השארת ארבע הילדות הקטנות למסגרות חוץ משפחתיות? האם לא נדרש מהרשות הבוחנת בקשתה של העותרת לרשיון ישיבה, לבחון בד בבד עם החלטה זו את השלכותיה ותוצאותיה המיידיות על חיי ארבע ילדותיה הקטנות, גורלן, נפשן ועתידן? או שמא כטענת ב"כ המשיבים בטיעוניה בע"פ, הפתרון המוצע במקרה כזה הוא כי ארבע הילדות הקטנות – אזרחיות ישראל – ילכו אחר אמם המורחקת מהארץ אל עיר הולדתה חברון ברש"פ?

בנוסף, בהניחם כי "ילך הילד אחרי ההורה" נמנעים בתי המשפט מלבחון אפשרות שמא דיני ההגירה של מדינת האזרחות של ההורה מגבילים את האפשרות של הילד לרכוש שם מעמד, או למצער לקבל אשרת כניסה לאותה המדינה. ניתן בהחלט להעלות על הדעת (ולו כעניין תאורטי) מצבים שבהם מדינת האזרחות של ההורה תציב תנאים שונים בטרם תסכים להעניק לילד מעמד או לאפשר את כניסתו, כגון דרישות ידיעת השפה והכרת התרבות, דרישות מסוגלות כלכלית של ההורה וכו', אשר לא יתקיימו בכל מצב. מכל מקום, כשם שישראל ריבונית להגביל את יכולתם של הורים להגר אליה בעקבות ילדיהם, כך ריבונית יתר מדינות העולם להגביל את יכולתם של ילדים לרכוש מעמד במדינת האזרחות של

133 עניין עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 19.

134 קיימת אפשרות כי בית המשפט הניח שהילדות תישארנה בישראל בחזקת אביהן משום שבסכסוכי גירושין במגזר הברואי מקובל להותיר את הילדים המשותפים בחזקת האב. אולם תהא הסיבה להנחתו של כבוד השופט אלון אשר תהא, היא אינה מפורשת בפסק הדין.

הוריהם. בנוסף, בחלק מן המדינות לא יוענק מעמד לאדם אלא אם יוותר על אזרחותו האחרת.<sup>135</sup> ויתור של הילד על אזרחותו הישראלית דורש את שיתוף הפעולה של שני הוריו, לרבות ההורה אזרחי ישראל, והדבר אינו מובטח. בהענקת האזרחות הזרה לילד יידרש הוא לוותר על אזרחותו הישראלית, והדבר דורש שיתוף פעולה הן של משרד הפנים והן של ההורה הישראלי, ואין שיתוף הפעולה מובטח כלל.

בעייתיות זו נדונה רק באחד מפסקי הדין שבהם התגלה קושי מעשי של האם הזרה להגר עם בנה האזרח הישראלי לארצה. פרשת וינטר-גרסימוב<sup>136</sup> עסקה באם משמורנית לילד בן שנתיים אשר לא הצליחה לקבל מעמד בישראל ולכן עזבה את הארץ עם בנה לארץ אזרחותה, רוסיה. ברוסיה הוענק לילד מעמד של תייר למשך חודש בלבד, ולאחר מכן, עד כמה שניתן לשער מקריאת פסק הדין, נותר הילד חסר מעמד, כך למשך כארבע שנים. בנסיבות אלו לא היה הילד זכאי לטיפול רפואי אשר לו נזקק משום שסבל מקוצר נשימה. בנסיבות אלו חזרו האם ובנה לישראל. יצוין כי גם במועד קבלת פסק הדין בעתירתה של האם לקבלת מעמד בישראל מכוח הורותה לילד אזרחי ישראלי, בשלהי חודש מרס 2011, בהיות הילד בן עשר, החליט בית המשפט שלא להכריע בעניין מעמדה והחזיר את עניינה לשקילת משרד הפנים.

פרשת וינטר-גרסימוב מלמדת אותנו אפוא כי יכולים להיות קשיים מעשיים לא פשוטים בניסיונו של הילד "ללכת אחרי הוריו". נראה כי קשיים אלו ראוי שיישקלו אפריורית ולא בדיעבד. כך, אם טוען משרד הפנים כי אין הצדקה להעניק להורה הזר מעמד בישראל כיוון שהילד יכול לעזוב עמו את הארץ, נראה כי רצוי להשתכנע כי אכן עומדת לילד האפשרות המשפטית להשיג אשרת כניסה ורישיון ישיבה בארצו של ההורה הזר, וכי הוא יוכל לרכוש בה מעמד של קבע כעניין מעשי. כמו כן רצוי לבחון מהן ההשלכות של המעבר לארצו של ההורה הזר על זכויותיו הבסיסיות של הילד.<sup>137</sup>

135 במדינות רבות אין ההחזקה בשתי אזרחויות מותרת. כך למשל בסינגפור (Janice Heng, *Dual Citizenship Not Right for Now, But Govt will Keep an Open Mind: DPM Teo*, THE SUNDAY TIMES (March. 7, 2013) available at <http://www.straitstimes.com/microsites/parliament/story/dual-citizenship-not-right-now-govt-will-keep-open-mind-dpm-teo-20130307>) ובנפאל (NRNs Indirectly Demand Dual Citizenship with PM, THE RISING NEPAL (Jan, 13, 2008) available at [http://www.gorkhapatra.org.np/detail.php?article\\_id=29568&cat\\_id=4](http://www.gorkhapatra.org.np/detail.php?article_id=29568&cat_id=4)). לצד זאת מדינות אחרות מאפשרות רק לבודדים וחריגים להחזיק באזרחות כפולה, כמו למשל ליטא, או מדינות שמאפשרות רק אזרחות של מדינות מסוימות לצד זו של ארצן, כמו פקיסטן.

136 פרשת וינטר-גרסימוב, לעיל ה"ש 18.

137 שיקול כזה, הנוגע למשל בטיב הטיפול הרפואי שיוכל הילד לקבל במדינה שאליה יצא עם ההורה הזר, מופעל לעתים. ראו למשל עת"מ 673/02, לעיל ה"ש 18. באותו מקרה היה מדובר באם שהגיעה ארצה כקרבן סחר והרתה. בנה נולד כשהוא סובל מפגיעה מוחית, שיתוק בגפיו התחתונות וממחלת האפילפסיה, והיה מאושפז מיום לידתו. כן טענה האם כי חייה וחיי בנה נתונים בסכנה אם תוחזר לארצה, בשל מעורבותה בסחר. טענה אחרונה זו נדחתה על ידי בית המשפט, שסבר כי גם בישראל נתונים השניים בסכנה דומה. יצוין כי בקבעו כן לא בחן בית המשפט את הפערים בין יכולות המניעה של רשויות האכיפה בישראל ובארץ מוצאה של האם. עם זאת בשל מצבו הרפואי הקשה של הילד העניק בית המשפט לו ולאם אפשרות שהיה בישראל משהשתכנע כי לא יוכל לקבל את הטיפול הרפואי הדרוש לו בארץ אזרחותה של אמו. בעניין אסראא, לעיל ה"ש 19, הועלה שיקול הנוגע לטיב החינוך שתוכלנה הילדות האזרחיות לקבל אם תצאנה את ישראל עם ההורה הזר (האם הזרה היא חילונית, ובמקום מוצאה



יש להביא בחשבון את אפשרותו של הילד ללכת לכל היותר אחרי אחד מהוריו, אם הם מתגוררים במדינות שונות, אף שככלל הזכות לקבוע את מקום המגורים נתונה לשני ההורים<sup>138</sup> ולמרות ההכרה הרחבה בחשיבות הקשר של ילד עם הוריו לצורך התפתחותו הרגשית התקינה.<sup>139</sup>

מתוך כך המשפט הישראלי והמשפט הבין-לאומי התגייסו כדי למנוע מצב שבו ילד עוזב את מדינתו בעקבות הורה אחד מבלי שהורה השני מסכים לכך.<sup>140</sup> קצרה היריעה מלנתח את המצב שבו ההורה הזר מרחיק מישראל עם ילדו הישראלי במונחי אמנת האג, אך נאמר כי בעוד שאמנת האג התגיסה כדי למנוע מצב שבו ילד מורחק עם הורה אחד בניגוד לטובתו, ונמנע מן הילד לקיים הסדר ראייה עם ההורה השני או נמנע מן ההורה השני לשמש משמורן, כלל הרקע של "ילך הילד אחרי ההורה" שונה בתכלית. כך, אם יעקור הילד עם הורה זר לארצו, יידרש ההורה הישראלי לבקרו באותה ארץ כדי לראותו, דבר שאינו תמיד אפשרי. יכולתו של ההורה לבקר את ילדו במדינה שבה הוא מצוי תלויה ביכולתו לצאת את הארץ,<sup>141</sup> להשיג אשרת כניסה לאותה מדינה וביכולתו הכלכלית לשאת בעלויות הכרוכות בכך. לחלופין גם אם יוותר הילד בישראל עם ההורה הישראלי, תהיה היכולת של ההורה הזר לבקרו תלויה בנכונות משרד הפנים להעניק לו אשרות ביקור ובמידת נדיבותו לעשות כן. כן תשפיע על תכיפות הביקורים יכולתו הכלכלית של ההורה הזר לממן את הוצאות הנסיעה, להיעדר ממקום עבודתו ולהתנתק זמנית משגרת יומו וממחויבויותיו במדינת מגוריו. מכל מקום, ספק אם ביקורים, תכופים ככל שיהיו, הם תחליף ראוי לשהייה של ילד עם הורה באותה המדינה, שבוודאי מזמנת הזדמנויות רבות יותר למפגש והשתתפות פעילה בחיים. יצוין כי בחלק מן המקרים משרד הפנים התחייב לפני בית המשפט כי יספק להורה הזר אשרות ביקור בנדיבות,<sup>142</sup> אולם נכונות זו לא תורגמה למונחים קונקרטיים והיא כמובן תלויה בשיקולי הגירה כלליים שיפעיל משרד הפנים. כך למשל ניתן להניח שאם יתעוררו חשדות פליליים או ביטחוניים בנוגע להורה הזר, יימנע משרד הפנים מלאשר את כניסתו לישראל. עוד בהקשר זה יש להביא בחשבון שבמצב כזה, שבו שני ההורים נמצאים במדינות שונות, קיימים קשיים מעשיים המסכלים את האפשרות למשמורת משותפת כעניין מעשי.

היה קיים רק חינוך דתי) ולגישתן לשירותי בריאות שתיפגע מכך. במקרה זה הוחזר העניין לשקילה נוספת של הוועדה ההומניטרית.

138 ס' 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. ראו גם מורן, עמירן ובר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 26.  
139 רוני ליברזון ההבטחה ההליכית של הגישה הקישורית 67 (עבודת תזה לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל אביב – הפקולטה למשפטים, 2011).

140 ראו אמנת האג וחוק אמנת האג (החזרת ילדים חטופים), לעיל ה"ש 69. ראו גם מורן, עמירן ובר, לעיל ה"ש 69, בעמ' 35.

141 בכמה מקרים היה ההורה הישראלי נתון במאסר. בפסקי הדין הללו לא התייחס בית המשפט אל קשר הביקורים בין ההורה הנתון במאסר לבין ילדיו כאל קשר חשוב שיש לפעול לשימורו אלא באמצעות היתרי כניסה לביקורים. ראו למשל עניין קאסם, לעיל ה"ש 21, פס' 7 לפסק דינו של השופט עדיאל; עניין מחאמיד, לעיל ה"ש 21, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא לינדנשטראוס.

142 למשל בג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 21; עניין מריאנו, לעיל ה"ש 19.

מעבר לכול, הציפייה שהילד יעקור בעקבות ההורה הזר שלו משקפת התייחסות אליו כאל מי שאינו במקומו חרף היותו אזרח. ברובם המכריע של המקרים אין ספק כי תהיה זו טובת הילד להישאר במקום שבו קיים סיכוי כי יוכל לקיים בו קשר רציף, משמעותי ותדיר עם שני הוריו, ועל פי רוב משמעות הדבר היא כי טובתו היא להישאר בישראל. אולם למעשה שיקולי טובת הילד במקרה הזה נסוגים במידת מה מפני שיקולים של מדיניות ההגירה, קרי הרצון להימנע מלהעניק מעמד להורה הזר.

לאחר הדיון בהנמקה המשפטית אבקש להתבונן על האופן שבו נבנים פסקי הדין שבהם עסקינן, כדי לחלץ כמה תובנות שמסבירות את חוסר הקוהרנטיות שיש באותה פסיקה ומבארות את ההנמקה שמאפשרת, לצד גוף פסיקה שבחלקו הלא מבוטל מאפשר להורים לילדים בעלי המעמד לרכוש גם הם מעמד בישראל, קיומו של גוף משמעותי של פסיקה שמסתפק בהחזרת עניינם של אותם הורים לבחינה נוספת ברשות המינהלית או דוחה את בקשתם מעיקרה. במהלך בחינה זו אתבונן על הנרטיב, הטרימינולוגיה והרטוריקה שבאמצעותם בונה בית המשפט את הנמקתו.

### ג. הכללים המשפטיים בין הנרטיב, הטרימינולוגיה, הרטוריקה והיישום

#### 1. הנרטיב על אודות ההורה הזר: "הזר נטול הזיקות", ונרטיבים אלטרנטיביים: "הזר כמושא להגשמת מטרותיו של האחר" או "הזר כנושא זכויות"

תחילה אבקש לעמוד על הנרטיב שמערכת המשפט מאמצת כלפי ההורה הזר מבקש המעמד מתוך הפסיקה עצמה. לשיטתי, הנרטיב שבונים מסמכים אוטוריטיביים של מערכת המשפט משקפים ומבנים עמדות מוסריות בקרב הציבור ורשויות המינהל גם אם אינם משפיעים על התוצאה המעשית או אפילו על ההכרעה המשפטית.<sup>143</sup>

עניינן של המשפחות שבהן הורה זר המבקש לרכוש מעמד מתוקף הורותו לילד ישראלי, אשר אנו לומדים עליהן מן הפסיקה, עולה בשלב ראשון לפני הוועדה הבינ-משרדית לעניינים הומניטריים של משרד הפנים. על פעילותה של הוועדה נמתחה ביקורת בעבר<sup>144</sup> אשר עיקרה בטענות כי הוועדה פועלת במחשכים מבלי שניתן יהיה להופיע בפניה<sup>145</sup> ומבלי שנוודע לעתים לפרטים כי באפשרותם לפנות אליה; כי אין עבודה מוסדרת בקריטריונים ברורים; כי לוחות הזמנים לטיפול בבקשות אינם ברורים ולעתים קרובות הטיפול בבקשות מתעכב, ועוד.

143 ראו טלי קריצמן-אמיר "נרטיבים ושינוי חברתי בפסיקת בית-המשפט העליון בעניין משטר האשרות החל על מהגרי-עבודה בישראל: מבג"ץ הכבילה לבג"ץ מהגרת-העבודה ההרה" משפט ועסקים יח (צפוי להתפרסם בקיץ 2014).

144 פלר "המיניסטריון", לעיל ה"ש 102.

145 הרשות לטעון לפני הוועדה ניתנה רק במקרים מיוחדים, רגישים ומורכבים במיוחד. ראו למשל עת"מ (מנהלי חי') 1042/05 קרייזלר נ' מדינת ישראל/משרד הפנים, פס" 6 לפסק דינו של סגן הנשיא גינת (פורסם בנבו, 23.6.2005).

גם עיון בפסקי הדין שעוסקים בבקשותיהם של הורים זרים לרכוש מעמד מתוקף הורותם לילדים ישראלים מגלה תמונה קשה של התנהלות בלתי תקינה של הוועדה. בין היתר בחלק מהמקרים לא שקלה הוועדה את כל השיקולים שלעניין ולא התחשבה בכלל המסמכים וחוות הדעת שהוצגו בפניה, אלא רק בחלקם;<sup>146</sup> התעלמה משיקולים הומניטריים מרכזיים;<sup>147</sup> נמנעה מלהשיב על בקשות במשך חודשים רבים – ולעתים אפילו במשך שנים,<sup>148</sup> ועוד.

החלטותיהן של רשויות משרד הפנים מובאות במלואן בחלק מפסקי הדין, והן בחלקן הגדול לקוניות ביותר. למשל, במקרה של מ.ו.<sup>149</sup> החלטת משרד הפנים לדחות את בקשתה של האם לקנות מעמד מתוקף מעמדן של בנותיה, קרבנות האלימות בתוך המשפחה (הן מצד אביהן והן מצד בן זוג של אחת מהן, שהפכה בעצמה לאם בגיל צעיר), מסתכמת באמירה הקצרה: "המקרה לא הומניטרי. מדובר בבנות בגירות ואישה עצמאית". במקרים אחרים נדחו בקשות בטענה כי הן "אינן קריטריוניות", וגם לאחר שהתערבו בתי משפט והפנו בקשות איחוד משפחות שכאלו בשנית ובשלישית ללשכות משרד הפנים, הניבו הפניות אלו דחיות חוזרות לקוניות.<sup>150</sup> מטבע הדברים החלטות משרד הפנים נוטות להיות

146 ראו למשל עת"מ 37903-03-11, לעיל ה"ש 19, פס' 7 לפסק דינו של השופט מרזל. במקרה זה חוות הדעת של הוועדה הבין-משרדית הייתה כי להורה הזר אין קשר רציף עם בתו אף שתסקירי הסעד גילו תמונה אחרת, ולפיה קיים בין השניים קשר חם וטוב, הבת נפגשת עם אביה ונהנית מכך מאוד, וכי אף מומלץ להרחיב את הסדרי הראייה של האב כדי לאפשר לו לשהות זמן רב יותר במחיצתה; גם בעניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19, קבעה הוועדה כי האב ובנו לא קיימו ביניהם קשר אף שהדוחות שהיו לפני העובדים הסוציאליים העלו תמונה שונה, ולפיה מתקיים קשר בין השניים; בעניין אוקצ'וקו אובי, לעיל ה"ש 19, נקבע כי הוועדה התעלמה מהנסיבות המשפחתיות המיוחדות של מקרה זה.

147 ראו למשל עניין מ.ו., לעיל ה"ש 18. השופטת רובינשטיין קובעת כי "הרחקת האם [...] בעלת השלכות הומניטריות קשות ביותר [...]". לטעמי יש בהחלטה הנדונה של המשיב משום חוסר סבירות קיצוני בנסיבות שבפני [...] וראוי לכן שהשקול ההומניטרי יגבר על הכלל המינהלי".

148 ראו למשל עניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19. באותו מקרה דובר באם שנפרדה מבן זוגה בשל אלימות שנקט כלפיה. היא פנתה בבקשה לקבל מעמד מכוח הורותה לילד ישראלי, ורק בחלוף שנתיים וחצי קיבלה תשובה שלילית, וזאת אף כי שלחה כמה תזכורות בעניין. לאחר מכן הגישה האם עתירה התוקפת את החלטת משרד הפנים בעניינה, ובית המשפט החזיר את עניינה להחלטת הוועדה בשנית, וזו דחתה בשנית את בקשתה לקבל מעמד בחלוף שנה וחצי נוספות, ולאחר כמה תזכורות והליך בזיון בית משפט. בעניין אסראא, לעיל ה"ש 19, לא נענתה כלל הבקשה שהגישה האם הורה לוועדה בטרם פנתה זו לקבלת סעד בבית המשפט, ונענתה לבסוף בשלילה רק כשנה וחצי לאחר שהוגשה, בעוד העתירה תלויה ועומדת. גם בשיחתי עם נציגי משרד הפנים סיפרו אלו כי הטיפול בבקשות הורים זרים לקבלת מעמד נמשך, לכל הפחות, חודשים מספר, שכן הוא דורש הכנת תסקיר סעד וקיום שימועים לשני ההורים, סיכום של התיק והכנתו לדיון בוועדה.

149 עניין מ.ו., לעיל ה"ש 18.

150 למשל בעניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18, פס' 7 ו-24 לפסק הדין, מצוין כי הבקשה הראשונית נדחתה כי "אינה קריטריונית", ובקשות חוזרות שהוגשו גם לאחר שכבר הוגשה עתירה לעניין זה נדחו בטענה כי "המסגרת ההומניטרית הקבועה במקרים מסוג זה, קובעת כי מעמד מטעמים הומניטריים להורה של ילד קטין אזרח ישראלי, יינתן רק במקרים בהם ההורה עבר מחצית מההליך המדורג (עם בן זוגו הישראלי, ההורה של הילדים). במקרה שבפנינו, המבקשת מעולם לא קיבלה מעמד בישראל, ועל כן אין היא עומדת בתנאי זה. על אף המתואר בתסקיר שהוגש בפנינו, בדבר הקשר בין המבקשת לילדיה, לא השתכנעתי כי קיים טעם נוסף, המבחין בין המקרה שבנדון למקרים רבים אחרים בהם מוגשת בקשה

לקוניות הן בשל הקושי האמתי לתאר חיי משפחה מורכבים כל כך והן בשל הפטור הסטוטורי מחובת הנמקה במקרים אלו.<sup>151</sup> לעומת זאת בתי המשפט, בטרם יציגו את החלטתם בדבר הסעד (אשר בחלק גדול מן המקרים הוא למרבה האירוניה החזרת עניינה של המשפחה לבחינה נוספת של הוועדה)<sup>152</sup> שראוי בעיניהם ליתן לכל משפחה עותרת, מציגים הם בפנינו את סיפורה של המשפחה. כך, רבים מפסקי הדין הבסיסי העובדתי שמוצג כולל מחד גיסא עובדות מיותרות מבחינת הרלוונטיות שלהן למסגרת הנורמות שחלות על המקרה (אך אולי לא מבחינת הנרטיב האתנו-דמוגרפי שמבצבץ מבין השורות), ומאידך חוסר בעובדות משמעותיות הנדרשות להכרעה המביאה בחשבון את שיקולי טובת הילד וההגנה על התא המשפחתי.

#### עובדות מיותרות

רבים מפסקי הדין בית המשפט מוצא לנכון לפרט במסגרת העובדות שבבסיס המקרה מהי דתו של ההורה האזרח, קרי אם מדובר ביהודי אם לאו<sup>153</sup> אף על פי ששאלת יהדותו או אי-יהדותו של ההורה האזרח אינה משפיעה כלל על זכויותיו של ההורה הזר או של הילד הזר. שאלת היהדות, ככל שהיא נוגעת לדיני הגירה ואזרחות, מתבטאת רק אם מדובר בזכויות לפי חוק השבות, ואף באחד מן המקרים לא עולה כלל שאלה של זכות לפי חוק השבות. זאת משום שילד שאחד מהוריו אזרח ישראל זכאי לאזרחות מכוח לידה, ללא קשר

למתן מעמד להורה מכח ילדו, והמצדיק חריגה מהמדיניות הנהוגה. אשר על כן, לא מצאתי מקום לאשר למבקשת מעמד בישראל".

151 ס' 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958. לעניין היקף שיקול הדעת והביקורת השיפוטית במקרים שבהם אין חובת הנמקה ראו פרשת קנדל, לעיל ה"ש 98, פסק דינו של השופט חשין.

152 בחינה של מכלול ההחלטות השיפוטיות מגלה תמונה של הפניה שיטתית וחוזרת לוועדה ההומניטרית, שהתועלת בצדה מועטה ואילו הנזק שעלול להיות בה – גדול. החזרת הבקשה לדין בוועדה ההומניטרית גוררת בעקבותיה מחיר של התמשכות ההליכים. להתמשכות ההליכים כמה השלכות בולטות: חלופת הזמן תורם, כעניין מעשי, להתערות הנוספת של הילד בישראל, והדבר יקשה את עזיבתו, אם יידרש לכך, ויחריף את הטראומה הכרוכה בה. לכאורה ניתן לומר שחלופת הזמן פועל לטובת ההורה הזר, שכן ככל שיתערה ילדו בישראל כך תקטן הציפייה כי ילך אחרי הורה הזר למדינתו, והסיכוי כי משרד הפנים יכריע כי לא יוענק מעמד, פוחת. עם זאת חלופת הזמן גוזר על ההורה הזר ועל ילדו תקופת המתנה שהשלכותיה קשות. במהלך תקופה זו מתקשה ההורה לתכנן את צעדיו ואת חיי ילדו. ההורה הזר חסר מעמד בתקופה זו, ומשכך אינו יכול לעבוד בעבודה מתועדת ולפרנס את עצמו ואת ילדו, ונזקק לקצבאות כדי להצליח בכך. חלופת הזמן גם משליך על שאלות המשמורת על הילד. בתנאים אלה יתקשה הוא לעמוד בדרישות הנוהל של משרד הפנים, הקובע את שאלת התמיכה הכלכלית ותשלום המזונות לילד כשיקול שבגיניו תבחן הוועדה ההומניטרית בחיוב את הענקת המעמד להורה הזר. הוא וילדו מצויים אפוא במצב של עמימות משפטית (Legal Limbo) אשר נושא עמו השלכות פרקטיות ופסיכולוגיות. יצוין, כי בחלק מן המקרים ניכר כי גם ההורים הזרים מצדם משתהים בהגשת הבקשה לרכוש מעמד בישראל. מקרים אלו מציבים בפני רשויות משרד הפנים ובתי המשפט דילמה קשה, שכן מחד ברור כי ברקע להשתהות עומדת בין היתר השאיפה לכפות על הרשויות להעניק מעמד למבקש המקלט, כפייה שקשה להשלים איתה, ומאידך – את התוצאות הקשות של ההרחקה מישראל נושא בעיקר הילד האזרח.

153 ראו למשל עניין מ.ו., לעיל ה"ש 18; עניין מיחליץ, לעיל ה"ש 21; עניין אלבטינה, לעיל ה"ש 21; עניין שבצוב, לעיל ה"ש 19.

לדתו של ההורה,<sup>154</sup> ואילו ההורה הזר אינו מבסס את בקשת המעמד שלו על חוק השבות. כמו כן לעתים קרובות אף מסופר לנו בפסקי הדין כיצד ההורה האזרח רכש את אזרחותו – אם מכוח שבות (באמצעות עליה ארצה), אם מכוח לידה או מכוח איחוד משפחות.<sup>155</sup> גם עובדה זו אינה רלוונטית מבחינה זו שאין נגזרות ממנה כל השלכות משפטיות.

עוד למדים אנחנו מרבים מפסקי הדין על נסיבות הגעתו של ההורה הזר לישראל,<sup>156</sup> קרי אם הגיע לישראל לצורך עבודה,<sup>157</sup> כתייר,<sup>158</sup> כקרבן לסחר בבני אדם,<sup>159</sup> או הגיע מלכתחילה לצורך שהייה עם משפחתו.<sup>160</sup> כן מאחדים מפסקי הדין אנו למדים אם ההורה המהגר שהה בישראל לתקופה כשוהה בלתי חוקי,<sup>161</sup> או הקפיד להסדיר לעצמו מעמד במשך תקופת שהייתו בישראל. אין ספק שנסיונות הגעתו של ההורה הזר לישראל היו חשובות לצורך השאלה אם יוענק לו מעמד לו היו הן מצויות בבסיס הבקשה למעמד (קרי לו היה ההורה הזר מבקש מעמד לא מתוקף היותו הורה אלא כעובד, כתייר, כקרבן סחר וכו'). אולם גם אם היו נסיבות אלו רלוונטיות בעבר, הרי שהן השתנו. לעתים קרובות אנשים מהגרים לתכלית מסוימת או במסגרת נסיבות מסוימות, ועם הזמן תכלית שהייתם במדינת היעד משתנה. עתה משמתבקש המעמד בישראל לצורך שהייה במחיצת ילד, לא ברור איזו נפקות יש עוד לנסיבות הללו. כשלעצמי סבורה אני כי כמעט בכל מקרה תגבר זכותו של הילד לחיי משפחה על האינטרס של המדינה להגביל הגירה אליה מכל סוג שהוא, אלא אם ההורה הזר הוא בבחינת סכנה משמעותית לילדו, לציבור, לסדר הציבורי, מעורב בעבירות פליליות או בפעילות ביטחונית וכיוצא באלו. ועוד, עובדות אלו מוצגות בפסקי הדין כחלק מן הסיפור העובדתי על אף היותן חסרות נפקות לניתוח המשפטי, שכן הנהלים והפסיקה אינם גוזרים כל נפקות משפטית מהן.

זאת ועוד: רבים מפסקי הדין בוחרים להציג את ההקשר הכללי של ההגירה לישראל בבחנם את העתירה הקונקרטית שלפניהם. מכך עלול להשתמע שבית המשפט רואה באותם הורים זרים שמבקשים מעמד כדי לשהות במחיצת ילדם חלק מתופעה רחבה שיש לבלום אף שמדובר בקבוצה מובחנת של מהגרים, המונה מהגרים ספורים בלבד. כך למשל בפרשת

154 ס' 4 לחוק האזרחות.

155 עניין מ.ו., לעיל ה"ש 18; עניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19.

156 כך ב"ב 12 מפסקי הדין, כפי שיפורט להלן.

157 עניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19; עניין וולימלווה, לעיל ה"ש 21.

158 עניין אנטווי, לעיל ה"ש 20; עניין אוקצ'וקו אובי, לעיל ה"ש 19; עניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18; עניין קזנצב, לעיל ה"ש 20.

159 עניין עת"מ 673/02, לעיל ה"ש 18.

160 עניין מיחלין, לעיל ה"ש 21; עניין קאסם, לעיל ה"ש 21; עניין עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 19; עניין שבצוב, לעיל ה"ש 19; עניין מריאנו, לעיל ה"ש 19.

161 עניין וולימלווה, לעיל ה"ש 21; עניין אנטווי, לעיל ה"ש 20; עניין סלמובה, לעיל ה"ש 18; עניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18; עניין אלבטינה, לעיל ה"ש 21. לעומת זאת בעניין אוקצ'וקו אובי, לעיל ה"ש 19, דוחה בית המשפט את השיקול של שהייה ממושכת לא מתועדת של האב בישראל באמרו שאין זה שיקול רלוונטי לסירוב בקשה בנסיבות העניין. בניגוד לכך, לאחרונה בעת"מ 27315-08-11, לעיל ה"ש 21, קבע בית המשפט כי אי אפשר לראות בתקופת שהייה שלא כדין של ההורה כיוצרת זיקה בינו לבין ישראל.

קובלסקי<sup>162</sup> מציינת השופטת שידלובסקי-אור כי "בשל העלייה הגדולה מחבר העמים והתפשטות תופעת העסקת עובדים זרים, רבו בשנים האחרונות המידפקים על שערי המדינה בבקשם להיכנס אליה ולבנות בה את חייהם, כאשר, אין להם זכות שבדין לדרוש קליטתם בארץ".<sup>163</sup> בדומה לכך, בהצביע סגן הנשיא השופט קמא על האיזון הראוי בין הזכויות והאינטרסים המתנגשים במקרה של גרים-בוראנה<sup>164</sup> מזכיר הוא כי –

כנגד האינטרס לזכות הילד לחיות במדינה שבה יהיו שני הוריו, כדי ששניהם יקיימו את חובותיהם לגדלו, לחנכו, לזונו ולהעמידו על רגליו, עומדים אינטרסים ציבוריים של המדינה ושיקוליה – ביטחון המדינה, שלום הציבור, שמירת הסדר הציבורי, שמירת צביונה ותרבותה של המדינה, זהותה, היותה מדינה יהודית ודמוקרטית ואף שיקולים של מדיניות הגירה שביסודם מדיניות של כלכלה וכוח עבודה, אשר יעודד ניצול ידיים עובדות של אזרחי המדינה ותושביה, ואך לפי הצורך החיוני "ייבוא" ידיים עובדות זרות. כל אלה שיקולים שעשויים להדריך ולהנחות את המשיב בהפעילו מדיניות הגירה.<sup>165</sup>

לא זו אף זו, השופט קמא מתאר את ההורים הזרים כ"חשודים" המבקשים לרכוש מעמד ומנסים להפיק רווח (מעמד) מעצם הורותם: "הם אווזים בפרי הנישואין שחדלו ומוצאים בו את ישועתם. כול עוד הנישואין התקיימו היו הנישואין עילת העילות לקבלת רישיון לשיבת קבע ולהענקת אזרחות. משחדלו הנישואין משמש הילד שנולד סיבת הסיבות, להמשיך בהליך ההסדר המדורג – עד להענקת אזרחות".<sup>166</sup> כך, לגישת השופט קמא, אף שכפי שקבעה "הלכת" קנדל, הורים אינם הולכים אחרי ילדיהם אלא הם הקובעים היכן יתגוררו ילדיהם, ועל פי זה מעניקים להם מעמד, ההורה הזר "חשוד" בניסיון להפיק כאמור רווח ולזכות במעמד בנצלו את הורותו למי שהוא, במקרה או שלא במקרה, אזרח ישראלי. חשד דומה הביעו בפניי גם נציגי משרד הפנים, אשר טענו כי מרבית ההורים הזרים הם אימהות אשר הרו במתכוון מתוך מחשבה כי עם הולדתו של ילד ישראלי אי אפשר יהיה לגרשן עוד, והם ציינו בפני נשים מארצות מוצא מסוימות ובעלות מראה מסוים כבעלות נטייה חזקה לנהוג בדרך זו.<sup>167</sup> לגישת נציגי משרד הפנים, יש אפוא מי שחשודות בשימוש אינסטרומנטלי בכושר הרבייה שלהן, ובהמשך בילדיהן, כדי לרכוש מעמד, וניתן לזהותן לפי מאפיינים אתניים מסוימים ידועים מראש. חשדות אלו של משרד הפנים אינם באים לידי ביטוי בכתובים המצוטטים בפסקי הדין אלא מובאים בחלק מפסקי הדין במישורין על ידי אחדים מהשופטים. לשיטתי, חשדות אלו על אודות התנהגות אסטרטגית של מהגרים אינם

162 עת"מ (מנהלי י-ם) 659/02 קובלסקי (קטין) נ' קינורסקי (פורסם בנבו, 7.11.2002).

163 שם, פס' 14 לפסק דינה של השופטת שידלובסקי-אור.

164 עת"מ בוראנה, לעיל ה"ש 21.

165 שם, פס' 31 לפסק דינו של השופט קמא.

166 שם, פס' 25–26 לפסק דינו של השופט קמא.

167 פגישה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012).

מבוססים אלא על השערות. ממילא נראה כי ההחלטה להביא ילדים לעולם היא מורכבת, וכי אין זה רציונלי להביא ילדים לעולם רק כאמצעי לרכישת מעמד.<sup>168</sup>

נראה שהסיפור שמספרים בתי המשפט מוכוון לשימור מדיניות ההגירה המגבילה של מדינת ישראל. כך, סיפור זה מתייחס ליהדות כאל רכיב רלוונטי שאי אפשר להתעלם ממנו כאשר מגוללים סיפור הגירה (גם בנסיבות שהיא חסרת נפקות משפטית).<sup>169</sup> סיפור זה מבקש לשמר את מדינת ישראל כמדינת עלייה ולא כמדינת הגירה, ולשם כך מבקש הוא "לחשוף" את כל המבקשים לקנות בה מעמד ללא זכות, לצורכי עבודה, תוך פגיעה בביטחון וכו'. כך, ההורה הזר מוצג בעיקר באמצעות התייחסות לזרותו, אחרותו ומעמדו השברירי: לרוב נאמר מהי ארץ מוצאו, מתי היגר, לאיזה צורך, ומה היה מעמדו בכל רגע נתון. במילים אחרות, ההורה הזר הוא קודם כול זר – ורק לאחר מכן הורה.

ועוד, פסקי הדין מתארים בהרחבה את השתלשלות היחסים בין ההורה הישראלי להורה הזר. האם העיסוק בסיפור הזוגיות חיוני להכרעה השיפוטית? אין חולקין שהנהוג הקיים רואה חשיבות בשאלת מערכת היחסים בין ההורה הזר לבין ההורה הישראלי. כאמור לעיל, הנהוג מחיל עצמו על זרים אשר היו נשואים בנישואים כנים שנרשמו במרשם האוכלוסין, קיבלו רישיון ישיבה בישראל מסוג א/5 במסגרת ההליך המדורג ועברו למעלה ממחצית ההליך.<sup>170</sup> מריאיון שקיימתי עם נציגי משרד הפנים עולה כי שאלות נוספות הכרוכות בטיב

168 לכאורה ניתן היה לסבור כי חלק מהאנשים עלולים לקבל החלטה רציונלית להגר וללדת ילדים במדינה שבה יהיה מצבם החברתי-כלכלי טוב יותר אם המצב המשפטי באותה מדינה מאפשר להם לרכוש מעמד אזרחי בהסתמך על קשר ההורות שלהם לילד שנולד בה. כך בדרך כלל, ואולי אפילו במיוחד במקרה הישראלי, שבו לכאורה זוכים הורים לתמיכה ולעידוד במסגרת המשפחתית שלהם. נדמה לי שכשקיים ניסיון לניצול לרעה של השיטה הרי הוא שולי בהיקפו. טענות ברוח זו באשר לניצול לרעה של זכאיות מושמעות למשל גם באשר לקצבאות רווחה (שלפיהן אנשים עלולים לקבל החלטה רציונלית לא לעבוד ולהיסמך על רשת הרווחה). עם זאת נדמה כי החלטות בעלות משמעות מרחיקת לכת כמו ההחלטה להביא ילד לעולם או להימנע מלעבוד (החלטות שלהן השפעות זהותיות, פסיכולוגיות, סוציולוגיות, כלכליות, דתיות ופיזיולוגיות משמעותיות) אינן מתקבלות בצורה כה חד-ממדית. ממילא, גם אם נניח כי קיים מי שמהגר ומתכנן ללדת ילדים במדינת היעד כדי לרכוש מעמד, עליו לשקלל את סיכויי להכיר בן או בת זוג שלהם אזרחות מקומית; את הסיכוי כי הנבחר או הנבחרת ירצו להקים עמו תא משפחתי; את הסיכוי שיצליחו בכך בהתחשב במגבלות כלכליות, פיזיולוגיות, תרבותיות, דתיות וכו'. השוו למשל Katherine Pettit, *Addressing the Call for the Elimination of Birthright Citizenship in the United States: Constitutional and Pragmatic Reasons to Keep Birthright Citizenship Intact*, 15 *TUL. J. INT'L & COMP. L.* 265, 267–276 (2006). יש לציין כי לרוב מהגרים אינם ערים לסביבה הנורמטיבית השוררת במדינת היעד ואינם בקיאים ברזי דיני ההגירה שלה. ממילא תאוריות בנות זמננו של הגירה אף הן אינן תולדות את התמריץ להגירה בבחירה כלכלית רציונלית (בכלל או באופן בלעדי). ראו Douglas S. Massey, Joaquin Arango, Graeme Hugo, Ali Kouaouci, Adela Pellegrino & J. Edward Taylor, *Theories of International Migration: A Review and Appraisal*, 19 *POPULATION & DEV. REV.* 431, 431–462 (1993).

169 ניתן להצביע על מקרים אחרים שבהם עוסקים בתי המשפט בשאלת יהדותם של צדדים להליך מבלי שתהיה לכך כל נפקות משפטית. למשל בעניין ירושת המנוח ש.ר. ז"ל, העוסק בזכות בני זוג מאותו מין לרשת זה את זה, ציין בית המשפט כי שני בני הזוג היו "שניהם גברים יהודים, חיו כבני זוג, קיימו משק בית משותף ומערכת יחסים רומנטית", וזאת חרף העובדה כי אחד מהם לא היה יהודי כלל. ראו ע"א (מחוזי נצ) 3245/03 ירושת המנוח ש.ר. ז"ל נ' האפוטרופוס הכללי, פ"מ התשס"ג(2) 721 (2004).

170 נוהל הטיפול בהפסקת הליך ההסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים, לעיל ה"ש 4.

ההיכרות והחיים המשותפים בין בני הזוג נשקלות כשיקול רלוונטי אף שאינן מפורשות בנוהל, ובהן משך ההיכרות בין בני הזוג, אופן ההיכרות והפרש הגילים ביניהם.<sup>171</sup> עם זאת ניתן לפקפק בטעם שעומד מאחורי דרישות אלו הקיימות כאמור בנוהל עצמו ובבדיקות הנוספות שמבצעים אנשי משרד הפנים. ספק אם טיב הקשר בין ההורה הישראלי לבין ההורה הזר הוא טעם שראוי שיישקל בהקשר של מתן המעמד להורה הזר מכוח הורותו לילד ישראלי, וזאת מכמה סיבות: ראשית, ממילא לא קשר הזוגיות עומד בבסיס בקשת המעמד להורה הזר לעת הזו; שנית, גם לו היה קשר הזוגיות זה שמכוחו מתבקש משרד הפנים ליתן מעמד להורה הזר, הרי שממילא הוכרה הזכות למתן מעמד גם לבני זוג ידועים בציבור<sup>172</sup> ולא רק לבני זוג נשואים, אשר הנוהל מתייחס רק אליהם. לעניין זה יוזכר כי קיימות סיבות שונות המונעות מזרים להינשא ולרשום את נישואיהם אשר אינן בהכרח רלוונטיות לשאלת מעמדו של ההורה הזר אלא נובעות ממערכת הדינים הדתיים השולטת על תחום הנישואין והגירושין; שלישית – ובכך אולי העיקר – אם השיקול המכריע אם יוענק להורה הזר מעמד אם לאו הוא שיקול טובת הילד, הרי שממילא משך הקשר בין הוריו ואופן הסדרתו אינם בעלי רלוונטיות מיוחדת לטובתו. כעניין מעשי נראה כי משקלם של תנאים אלו מועט, והם אינם באמת חוסמים את דרכו של הורה זר מלבקש מעמד בנסיבות אלו. אף על פי שבאחדים מפסקי הדין הזכירו בתי המשפט את אי-התקיימות התנאים האמורים המתייחסים לקשר בין ההורים כמצדיקים מתן מעמד להורה הזר,<sup>173</sup> הרי שבמקרים אחרים דרש בית המשפט ממשרד הפנים לשקול שקילה מהותית של בקשות אשר לא קיימו דרישות אלו.<sup>174</sup> בשיחתי עם נציגי משרד הפנים מסרו אלו כי שאלות משך זמן הימצאותם של בני הזוג בהליך המדורג מספקות בידיהם אינדיקציה למידת ההשתקעות של ההורה הזר בישראל. ככל שזוהי תכלית המבחן, הרי ניתן היה לחשוב על מבחנים חלופיים, כמו למשל בחינת משך השהות של ההורה הזר בישראל (וממילא גם מבחנים אלו אינם העיקר אלא שאלת טובת הילד).

#### עובדות חסרות

לצד אותן עובדות מיותרות המופיעות בפסקי הדין חסרות לטעמי עובדות משמעותיות בהם. אלו הן עובדות שהדיון בהן חשוב להכרעה בשאלת טובת הילד. אומר כבר עתה כי היעדרן

171 פגישה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012).

172 ראו עניין אורן, לעיל ה"ש 84.

173 עניין וולימלווה, לעיל ה"ש 21. באותו מקרה היה מדובר באם זרה שהרתה לאב ישראלי אך לא נישאה לו. בית המשפט לא מצא לנכון להחיל עליה את הנוהל.

174 ראו למשל עניין עמותת רופאים לזכויות אדם, לעיל ה"ש 19. במקרה זה מדובר באם זרה שנישאה בנישואים ביגמיים לאב ישראלי, אך הנישואין לא נרשמו והאם לא הצליחה לרכוש מעמד בישראל בשל אופי הנישואין. במקרה זה הניח בית המשפט כי אם לא יוענק מעמד לאם, תשאיר היא את ילדותיה אצל אביהן, והן תיוותרנה ללא משמורן. לפיכך דרש בית המשפט כי משרד הפנים ישקול את ההשלכות של אי-מתן המעמד לאם על בנותיה, לרבות מסוגלותו ההורית של האב. גם בעניין מריאנו, לעיל ה"ש 19, בעמ' 5 קבע בית המשפט כי "אזכורו של ההליך בא לשם חישוב משכו של קשר הנישואין, ואין לראות בו תנאי שבלעדיו אין", ודרש ממשרד הפנים לשקול את בקשת האב הזר למעמד בישראל אף שלא עבר מחצית מתקופת ההליך המדורג.



של עובדות אלו במסגרתו של הנרטיב שבונה בית המשפט מעלה בעיניי חשש כי טובת הילד אינה נשקלת באופן מקיף וראוי, כפי שציינתי לעיל.

כאמור, לצד העיסוק בפסקי הדין בשאלת טיב היחסים בין ההורים, נדיר למצוא בפסיקה עיסוק בטיב היחסים בין ההורים לבין ילדיהם למרות ההשלכות הברורות של מתן – או אי-מתן – מעמד להורה הזר על הקשר שלו עם ילדיו.<sup>175</sup> בבג"ץ דימיטרוב, שהוא כאמור המצוטט והמנחה מבין פסקי הדין שלעניין, כמעט אין פירוט על הורותו של ההורה הזר: כל שידוע לנו על טיב היחסים ההוריים מסוכם בשלושה משפטים קצרים והוא כי "הבת מצויה אצל אמה. אין העותר מגדל את בתו. לעותר נתונה האפשרות לבקר את הבת".<sup>176</sup> בית המשפט לא מבצע כל חקר עצמאי של טיב היחסים ההוריים, אלא נשען על קביעות משרד הפנים בעניין, שהן, כשלעצמן, אינן מעמיקות. זאת, אף שבית המשפט סבור כי שיקולי טובת הילדה הם שיקולים שעל שר הפנים לשקול בקבלו את ההחלטה בעניין העותר,<sup>177</sup> ואין ספק שטיב היחסים במשפחה קשור לשאלת טובת הילדה. בפרשה זו, כמו גם ברבות אחרות, איננו יודעים מה טיב היחסים של ההורה הזר עם הילד; אם הוא משלם את מזונותיו; אם הוא מתראה עמו לעתים קרובות; אם יש לו חלק פעיל בהחלטות בנוגע לחייו; אם מעורב הוא בחינוכו; אם מעוניין הוא לקיים עמו קשר בעתיד, וכיוצא באלו. הדבר בעיקר נכון לפסקי הדין אשר ניתנו עוד בטרם גובש "נוהל הטיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים", ואילו בחלק מפסקי הדין המאוחרים לנוהל מופיעות מובאות מתסקירי פקידי הסעד שלעניין. נציין כי יש להניח שגם עתירות הקודמות לנוהל גובו במסמכים, בתצהירים ובשלל ראיות בנוגע לטיב היחסים של ההורה הזר המבקש לקבל מעמד מעצם קשרי ההורות שלו לילדו האזרח. בפסקי הדין שבהם כן מתעמק בית המשפט התעמקות של ממש בטיב יחסי ההורות, בעיקר באמצעות התבוננות על תסקירי הסעד, ומוצא שאכן ההורים מקיימים קשר קרוב עם ילדם או למצער מעוניינים לקיים כזה בעתיד –

175 חריג לכלל זה, אשר מלמד על הכלל, הוא פסק הדין בעניין מריאנו, שם. בפסק דין זה מגולל סיפורו של אב קנדי אשר נישא לאישה ישראלית, ולאחר שנוצר קרע ביחסיהם עברו האם וילדיהם המשותפים להתגורר בישראל. האב עקר מקנדה לישראל בניסיון לשקם את הקשר הזוגי וכדי להמשיך לקיים קשר הורי פעיל עם ילדיו, אך משלא צלחו הנישואין (ובעקבות תלונות – אשר מקריאת פסק הדין נראה כי תלונות שווא הן – על אלימות במשפחה) הופסק ההליך המדורג להקניית מעמד לו בישראל מכוח זוגיותו עם אם ילדיו הישראלית, ותחת זאת ביקש הוא מעמד מכוח היותו אב לילדים ישראלים. במקרה זה ציין בית המשפט באופן מיוחד כי אין מדובר במהגר עבודה אלא במי שהגיע לישראל כדי לשהות במחיצת משפחתו. וכך אומר בית המשפט: "אין ספק באשר למסירותו של העותר לילדיו. מדובר באב אשר בחר לעזוב את ארץ אזרחותו, את עבודתו המסודרת ואת סביבתו, והיה נכון להתחיל את חייו מבראשית בארץ חדשה, זרה לו, כל זאת למען ימצא בקרבת ילדיו. מתסקירי הסעד עולה כי העותר דואג לשלומם של הילדים, מבקש לקבל מידע אודות מצבם למען יוכל לתת מענה הולם לכל צרכיהם, הפיזיים והרגשיים כאחד, ומעוניין במעורבות מלאה ואמיתית בחינוכם וגידולם, וכל זאת אף שאין הדבר קל לו – שהרי, אינו רשאי לעבוד בארץ באופן חוקי". אף שקשה להצביע על כך בבירור, קשה שלא לחשוש כי פסק הדין מושפע מכך שמדינת המוצא של האב היא קנדה, שכן במקרים אחרים שבהם עזבו הורים זרים את ארצם (שהייתה למשל אחת ממדינות ברית המועצות לשעבר או הרשות הפלסטינית) בעקבות בן זוג אזרח או בעקבות בן זוג שהפך אזרח לימים, לא גולל סיפורם המשפחתי כסיפור של הקרבה ומסירות הורית.

176 בג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 21, פס' 9 לפסק דינו של הנשיא ברק.

177 דג"ץ דימיטרוב, לעיל ה"ש 16, פס' 8 לפסק דינו של השופט מצא.

מוענק לרוב מעמד.<sup>178</sup> עובדה אחרונה זו מתיישבת עם נטייתם המוכרת של בתי המשפט להסתמך על חוות דעת "מדעיות" של מומחי בריאות נפש בהחלטותיהם חרף יכולתם המוגבלת לספק חוות דעת אלו.<sup>179</sup> וחרף הטיות סטראוטיפיות שניתן למצוא בהן.<sup>180</sup> יצוין כי בהקשרים אחרים שלהם זיקה לשאלות של משמורת וטיפול בילדים קטינים נוהגים בתי המשפט להתייחס בהרחבה ובהעמקה לטיב היחסים בין ההורים לילדיהם בראותם שאלה זו כשאלה רלוונטית. לא אחת נמתחה ביקורת על התייחסות זו כלוקה בהטיות מגדריות הבאות לידי ביטוי בהנחות באשר לתפיסות התפקיד הרגשי והפיזי של אימהות ואבות.<sup>181</sup> אולם מעניין שהטיות מגדריות אלו נעדרות כמעט מן הפסיקה בדבר הורותם של הורים זרים. האספקט היחיד שניכרה בו הטיה מגדרית הוא ההנחה במקרים שבהם ההורה הזר היה האם, כי הילד יהגר בעקבותיה אם לא יוענק לה מעמד. שכיחותה של הנחה זו לא הייתה גבוהה כשההורה הזר היה האב. כן איתרתי הטיות מגדריות כאלו בשיחתי עם נציגי משרד הפנים, שלדבריהם הקשר של אבות זרים עם ילדיהם הוא לכל היותר קלוש, ואילו האימהות הזרות אכן מקיימות קשר של הורות מטפלת עם הילדים.<sup>182</sup>

#### נרטיבים ונרטיבים חלופיים

מה למדים אנו ממכלול המידע שמובא בפסיקה על אודות ההורה הזר? שמוצאו ממקום אחר, שהגעתו לישראל היא תכליתית, ושהוא לעתים קרובות מתקיים בשולי החוק והוא בעל מעמד לא מוסדר. הזיקות והיחסים שיוצר ההורה הזר אינם מתוארים כבעלי חשיבות – ביחוד משניתקו קשרי הזוגיות שקיים בישראל – ועולה עליהם בחשיבותה זרותו, ועל כן לעתים קרובות אין מתוארים יחסיו עם ילדיו.

הצגה זו של ההורה הזר משתלבת בתפיסה הכללית של מהגרים בישראל כ"זרים נטולי זיקות", קרי מי שעיקר ישותם הוא בזרותם ולא בקשרים ובהשתלבותם בישראל. תפיסה זו משתקפת למשל מן השימוש המסיבי במונח "עובדים זרים" לתיאור אותם מהגרים אשר הובאו לישראל כדי להשתלב בה בשוק העבודה. תפיסה זו באה לידי ביטוי גם בפסיקת בית המשפט ובנוהלי משרד הפנים בהקשרים אחרים. לעומת זאת כשבית המשפט מתעמק ביחסים שבין ההורים לילדיהם, קרי משניתנות "פנים" קונקרטיים וההורה הזר נתפס כבעל זיקות, כאיש משפחה, גוברים שיקולים "הומניטריים", שעל אודותיהם נרחיב בהמשך, על שיקולי מדיניות ההגירה.

178 בחלק מהעיתירות האלה הוגשה חוות דעת של פקיד סעד והעיתירות התקבלו: עניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18; עניין סיטוטאו, לעיל ה"ש 18; ע"מ 10993/08, לעיל ה"ש 15; עת"מ 37903-03-11, לעיל ה"ש 19; עניין אסראא, לעיל ה"ש 19; עניין מריאנו, לעיל ה"ש 19; עניין אבו לאמה, לעיל ה"ש 19. מנגד, במקרים שבהם נמצא כי אין קשר בין ההורה האזרח לבין הילד סבר בית המשפט כי אין הצדקה להעניק מעמד להורה הזר (ראו עת"מ 27315-08-11, לעיל ה"ש 21).

179 דן שניט "יחסי הגומלין בין מומחים במדעי ההתנהגות לבין מערכת המשפט" הפרקליט לב 365 (1978).

180 Orna Cohen & Dorit Segal Engelchin, *Suzi and Mr. S.: Gender Role Stereotyping in Social Workers' Court Reports in Custody and Access Cases*, 70 SMITH C. STUD. SOC. WORK 475 (2000).

181 הקר ושמיר, לעיל ה"ש 107.

182 פגישה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012).

התיאור של "הזר נטול הזיקות" שבו נעשה שימוש בענייננו אינו נדיר בפסיקה. אחד המקרים הבולטים ביותר ששימש בהבניה כזו של הזר בישראל כנטול זיקות מופיע בפרשת אקסלרד.<sup>183</sup> פסק הדין עוסק בתביעה נזיקית של פגוע תאונת דרכים אשר נזקק לטיפול סיעודי בעקבות הפגיעה שעבר. אחת הטענות שנטענה מצד חברת הביטוח היא שהנפגע אינו עומד בנטל הקטנת הנזק, שכן הוא מעסיק מטפלים סיעודיים ישראלים ולא זרים אף שהעסקתם של זרים זולה יותר. בהקשר זה אמר בית המשפט: "יש להזכיר בעניין זה, שעובד זר מגיע ארצה כשמטרת בואו היא לסעוד את הנפגע. הוא מתגורר בביתו, וההיתר לשהותו בארץ הוא למטרה זו בלבד. מטבע הדברים נוצרים קשרים הדוקים בין הנפגע לעובד הזר. בשונה מעובד ישראלי, אשר יש לו בדרך-כלל משפחה בארץ וקיים אצלו פיתוי מתמיד לשהות במחיצתה, לא כן אצל העובד הזר. אכן, המקרים הרבים של העסקת עובדים זרים מדברים בעד עצמם ומעידים על היתרון שבהעסקתם על פני העסקת עובדים ישראליים".<sup>184</sup> כך מוצג המטפל הזר כנטול זיקות, זולת זיקת יחסי העבודה עם המעסיק שלו, לעומת הישראלי, שלו זיקות שונות היוצרות אצלו "פיתוי" לקיים קשרים וחיים אישיים.<sup>185</sup>

המשגת הזר כ"נטול זיקות" באה לידי ביטוי גם בנהלים שונים של משרד הפנים המתלים את היכולת לרכוש מעמד בישראל בשהותם של קרובי משפחה של המהגר בישראל.<sup>186</sup> תפיסה זו מניחה מצב עובדתי שאינו הולם את המציאות. המהגרים לישראל מקיימים בה זיקות שונות, כתלות באישיותם, בנסיבות חייהם, בבחירותיהם, בהזדמנויות שנקרו בדרכם ובמשך שהותם בה. הם לא רק שוהים בה (באופן מתועד או באופן לא מתועד) או עובדים בה אלא מנהלים בה חיים ככל בן אנוש, גם אם לתקופה קצרה או קצובה. ניסיון למגר זיקות אלו ולשמרם כמי ש"זרותם" היא תמצית קיומם אינו משכנע גם אם הוא משמש לבית המשפט כלי רטורי בחלק מהמקרים. על אחת כמה וכמה נכונים הדברים כשמדובר במי שהם הורים לילדים ישראלים. זיקת ההורות היא מהחשובות שבזיקות בחייהם של אנשים, וההתעלמות ממנה בוודאי אינה משקפת את המציאות – ואף אינה מסייעת לבחינה נכונה של שאלת הענקת המעמד להורה הזר בשל הורותו לילד ישראלי.

183 ע"א 3375/99 אקסלרד נ' צור שמיר חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נד(4) 450 (2000).

184 שם, פס"כ 6(ח) לפסק דינו של השופט אור.

185 הנחת יסוד זו עומדת בבסיס צורת ההעסקה של מהגרות עבודה בענף הסיעוד, המחויבות להתגורר במחיצת מעסיקהן.

186 כך נוהל רשות האוכלוסין וההגירה 5.3.0002 בדבר "העסקת עובד זר בענף הסיעוד" (31.12.2013) זמין ב-[www.piba.gov.il/Regulations/5.3.0002.pdf](http://www.piba.gov.il/Regulations/5.3.0002.pdf), שקובע למשל בס' 3.ג. כי "אין לאשר כניסתם לישראל או המשך העסקתם של עובדים זרים אשר להם בני משפחה מדרגה ראשונה (הורים, ילדים ובני זוג, למעט אחים ואחיות) השוהים בישראל, לרבות השוהים כדין, שכן שהייה במקביל של בני משפחה מדרגה ראשונה מעודדת השתקעות בישראל. האיסור הוא על העסקה ו/או שהייה כאמור במקביל של שני בני משפחה או יותר". כך אף בדבר "נוהל הטיפול בעובדת זרה בהריון המקורי", לעיל ה"ש 60, אשר בוטל לאחרונה בבית המשפט הגבוה לצדק, אך הוחלף כאמור בנוהל דומה לו בעיקרו. ראו גם מאמרו של יובל לבנת "מעמד קבע לפליטים" לוינסקי פינת אסמרה, לעיל ה"ש 10 (כתב היד מצוי בידי המחברת).

במונחי השיח הפמיניסטי של "אתיקה של דאגה לזולת",<sup>187</sup> תפיסה זו של "הזר נטול הזיקות" היא תפיסה גברית, הרואה בזר – אם זו אישה ואם זה גבר – על שום זרותו, פרט אוטונומי ואטומי, נטול זיקות, העומד בפני עצמו ואינו מכונן על ידי מערכות היחסים שלו. המדינה מקיימת עם "הזר נטול הזיקות" הזה יחס לעומתי, הממצב אותו מחוץ לשיח הזכויות הליברלי. "הזר נטול הזיקות" מוצב שם בשל היותו חיצוני למדינה, שרציונלית ידע שיימצא בה זמנית ויהיה לכל היותר בעל ערך שימושי בה. התפיסה המנוגדת, של האתיקה של דאגה לזולת, רגישה לכך שלפרטים קשרים בין-אישיים משמעותיים ומכוננים מבחינתם, שבהם הטיפול, הדאגה ומניעת הרע מהזולת הם מכריעים, תהא תצורתם אשר תהא. תפיסה זו, המכירה בתלות הדדית, בהתייחסות רגשית ובפגיעות כבמצבים טיפוסיים לקיום האנושי יכולה להסביר ולתאר את הצורך של ההורה הזר להישאר במחיצת ילדו האזרח בישראל טוב יותר. לטעמי, ראוי יותר השימוש בשיח האוטונומיה הקישורית, המניח שכל אדם, חרף עצמאותו ושליטתו על חייו, משוקע בסביבתו ומקיים עם הסובבים אותו מערכות יחסים משמעותיות, מעצבות ומשפיעות, המאופיינות בתלות הדדית ובאחריות באופן מתמיד.<sup>188</sup> ציון כי הנרטיב של "הזר נטול הזיקות" אינו הנרטיב היחיד הקיים בפסיקה, וניתן לזהות נרטיבים מתחרים שמהם ניכר כי המשפט הישראלי מכיר בזיקותיהם של זרים לאוכלוסייה המקומית בישראל: ראשית, קיים הנרטיב אשר נכנה אותו "הזר כמושא לזכויות האחר".<sup>189</sup> הכוונה היא שהמשפט הישראלי מכיר בקיומם של גורמים בישראל אשר יש להם אינטרסים שונים שמהגרים זרים יהיו בישראל, ומאפשר לזרים להשתקע. במקרים אלו הזרים אינם נתפסים כבעלי זכות להישאר בישראל כשלעצמם, אלא למען הגשמת זכות או אינטרס של אזרח או תושב ישראלי. זיקתם של הזרים אל אותם אזרחים או תושבים אינה נתפסת כבעלת ערך לזרים אלא למה שנובע ממנה לאזרח או לתושב.

בבג"ץ עדאלה<sup>190</sup> למשל הכירו רוב השופטים בכך שחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) פוגע בזכותו של האזרח הישראלי לקיים את חיי המשפחה שבהם בחר, וזאת מבלי להכיר בזכותו של האזרח הזר, שהפך למושא לזכויותיו של האחר. בדומה לזה, חרף רצונה של המדינה למנוע השתקעות מהגרים זרים לא-יהודים מתאפשרת הענקת מעמד לעובדים סיעודיים גם לתקופות ממושכות של שנים רבות בנסיבות שבהן "הפסקת העסקתו של העובד הזר במתן טיפול סיעודי לאותו מטופל תגרום לפגיעה קשה במטופל",<sup>191</sup> וכן בהתקיים טעמים הומניטריים מיוחדים.<sup>192</sup> בנוסף, ניתן יהיה להאריך את אשרתם של מהגרי עבודה "אם נתקיימו נסיבות מיוחדות וחריגות של תרומה של העובד הזר לכלכלה, למשק או לחברה".<sup>193</sup> הקשר נוסף שבו הוכר הזר כמושא לזכויות האחר הוא בהקשר של טיפולי

187 באופן כללי ראו CAROL GILLIGAN, IN A DIFFERENT VOICE: PSYCHOLOGICAL THEORY AND WOMEN'S DEVELOPMENT (1982); GRACE CLEMENT, CARE, AUTONOMY AND JUSTICE: FEMINISM AND THE ETHICS OF CARE (1996).

188 ראו ליברזון, לעיל ה"ש 139, בעמ' 17–22 וההפניות שם.

189 ראו עורד פלר "מושאים לזכויותיהם של אחרים" הבלוג לסה פסה 14.11.2008 זמין ב- [www.mehagrim.org/2008/11/blog-post\\_14.html](http://www.mehagrim.org/2008/11/blog-post_14.html)

190 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12; עניין גלאון, לעיל ה"ש 17.

191 ס' 3א(ב)(2) לחוק הכניסה לישראל.

192 ס' 3א(ב1) לחוק הכניסה לישראל.

193 ס' 3א(ג1) לחוק הכניסה לישראל.

הפריה בגופה של זרה בת זוג של ישראלי. בהקשר זה, כפי שצוין לעיל, נקבע בבית המשפט כי האחריות לממנם מוטלת על קופת החולים של הישראלי, מתוך ראייה בבני הזוג גוף אחד לצורך טיפולי הפריה.<sup>194</sup>

אפשר שסיפור דומה לזה היה מסופר גם בעניינו של ההורה הזר. בתי המשפט היו יכולים למסגר את סיפורו כסיפור המתמקד בתרומתו לרווחתו של הילד האזרח, לתאר את ההורה ואת ילדו כיחידה אחת בלתי ניתנת להפרדה לצורך זכויותיהם וחובותיהם. אולם בחלק גדול מפסקי הדין כאמור לא נעשה שימוש בנרטיב של "הזר כמושא לזכויות האחר" אלא בנרטיב המתחרה של "הזר נטול הזיקות". ואכן, בחלק מפסקי הדין, בעיקר אלו שבהם הובאו דוחות של עובדים סוציאליים על אודות היחסים במשפחה, מופיע, גם אם בקצרה, נרטיב שכזה על אודות חשיבותו של הקשר הרציף, התדיר והמשמעותי<sup>195</sup> בין ההורה הזר לילדו.

נרטיב חלופי ושלישי שהיה בית המשפט יכול לסרטט הוא כזה הרואה בשהיית ההורה הזר מוצדקת מתוך הכרה בזכויות קישוריות של ההורה הזר ובני משפחתו. תפיסה זו רואה בשיח הזכויות מכשיר המבטא צרכים ודרישות והמביע רצון בהכרה באנושיותו של הסובייקט וביחסיו עם הקהילה שבה הוא משוקע.<sup>196</sup> הנמקה מסוג זה אינה משעינה עצמה על זכויות נגזרות של ישראליים אלא רואה במהגרי העבודה נושאי זכויות בפני עצמם, ובמשתמע רואה בזכויות החוקתיות זכויות שאינן בהכרח מיוחדות עצמן רק לאזרחים. כמובן, זכויות אלו צריכות להיות מאוזנות כנגד הזכויות והאינטרסים העומדים בסתירה להם, ויש להפעיל אותן תוך התחשבות בעצמה ובמידה שבה אכן הפרט משוקע בתוך הקהילה ומקיים עמה יחסים. אחדים מפסקי הדין החשובים להגנה על זכויותיהם של מהגרי העבודה מבוססים על נרטיב זה.

כך למשל בפסק הדין שבו נקבעה אי-חוקתיותו של משטר האשרות שנהג בעניין מהגרי העבודה בעבר, משטר הכבילה.<sup>197</sup> לפי משטר זה הותר למהגרי עבודה לעבוד אצל מעסיק ספציפי אחד בלבד שאליו הוצמדו, ומי שעבדו אצל אחר נחשבו למפרים את תנאי אשרתם ואיבדו את מעמדם החוקי. משטר אשרות זה, קבע בית המשפט העליון בפסק דינו, פוגע בכבוד האדם של מהגר העבודה ובזכויות הנגזרות ממנו – באוטונומיה שלו, בחופש הבחירה שלו, בחופש החוזים ובחירותו לבחור מעסיק. ועוד, בית המשפט הותיר בצריך עיון את השאלה אם ההסדר פוגע בזכותו של מהגר העבודה לחופש עיסוק, וקבע כי האינטרס שלו להמשיך את עבודתו בארץ נפגע וכן נפגעות זכויות העומדות לו מכוח אמנות בין-לאומיות.

גם פסק דינו של בג"ץ בעניין נוהל עובדת זרה בהיריון שאוזכר לעיל בוסס על הכרה כזו בזכותה של מהגרת העבודה לקיים חיי משפחה ובאינטרסים הכלכליים שלה בהמשך השתות בישראל.<sup>198</sup>

194 עניין שירותי בריאות כללית, לעיל ה"ש 56.

195 ראו לעיל, בטקסט הסמוך לה"ש 141–142, הסבר מדוע קשר שנשען על ביקורים תקופתיים של ההורה הזר בישראל אינו כזה.

196 ליברזון, לעיל ה"ש 139.

197 עניין קו לעובד, לעיל ה"ש 61.

198 שם.

לא בכדי עלתה התפיסה של הזר כנושא זכויות במלוא עצמתה דווקא בהקשר זה של הזכות לחיי משפחה. הקשר זה משמש קרקע פורייה ליישום "שיח היחסים"<sup>199</sup>, השואב תובנות מה"אתיקה של דאגה לזולת" ומשיח הזכויות הליברלי. קצרה יריעתו של מאמר זה מלפרט את שיח היחסים פירוט מקיף, והוא נדון בהרחבה במקומות אחרים.<sup>200</sup> בקצרה אומר, כי שיח היחסים מבקש להעניק למושגי היסוד של השיח הליברלי – הזכות, האוטונומיה והשוויון, את תוכנם מהקשר חברתי שבו קיימים לצדם גם האחריות, החמלה והדאגה לזולת. שיח זה ביקורתי כלפי התפיסה הלעומתית והמאזנת של השיח הליברלי, העוסק בהמשגת זכויות ואיזון ביניהן לפי נוסחאות מוגדרות מראש ובאופן תחרותי, כשזכות האחד נמדדת אל מול זכותו של אחר. שיח היחסים אינו נוטש את עולם המושגים הליברלי, אך הוא מבקש לתת למושגיו מובן קונטקסטואלי, יחסי, המתאים לנסיבות אנושיות של מערכות יחסים המאופיינות בתלות הדדית, בזיקה עמוקה, באחריות ובקשר. נדמה לי כי "שיח היחסים" הוא המדויק יותר והתואם יותר את הסיטואציה האנושית של ענייננו, הכורכת שאלות הקשורות בחופש הבחירה של ההורה המהגר עם שאלות של אחריותו ההורית (היכן יגדל את ילדיו? מה מידת המעורבות שלו בחייהם? מה תוכן זכותו וזכות ילדיו לחיי משפחה?) ומזמינה אותנו לגבש גם במסגרת תאים משפחתיים אלו תובנות בדבר תפיסת המשפחה הרצויה בחברה. מתוך שיח זה דיון בשאלה על זכותו של הילד או על זכותו של ההורה חוטא לעיקר, שכן את מארג הזכויות יש לגזור ממכלול היחסים והזיקות שבהם מצויים הצדדים, ולא לדון בהן דיון אבסטרקטי ומנותק. כשלעצמי סבורה אני שהכרעה נכונה בעניינן של משפחות שבהן יש הורה זר צריכה ליתן קדימות לשאלות של טובת הילד, ולאחר מכן לשקול שאלות של חופש הבחירה של ההורה וזכויותיו, מתוך הנחה שעל פי רוב אלו כרוכות באלו. כך, אם שקילת טובת הילד מביאה אותנו למסקנה כי היה ראוי שהילד לא יקיים קשר תכוף עם ההורה הזר, יש לקבוע כך גם במחיר של פגיעה במעורבות ההורה בחייו. יש לשער כי המקרים שבהם זכותו של ההורה הזר מתנגשת עם טובת הילד הם מעטים וחרגיים.

## 2. בין רטוריקה לטרמינולוגיה: זכות הפרט, אינטרס המדינה והחריג ההומניטרי

מתוך שהזר כאמור אינו מוצג בפסיקה כנושא זכויות אלא כמנותק וחסר זיקות, שאלת מתן המעמד להורה הזר מוצגת באחדים מפסקי הדין (אך לא בכלם) כשאלה הדורשת איזון אל מול הכוח הריבוני של המדינה בקביעת מדיניות ההגירה שלה. על פי איזון זה על דרך הכלל יגברו האינטרסים של מדיניות ההגירה, שכן אין עומדת לזר זכות לקבל מעמד בארץ, למעט מקרים חריגים המגלים נסיבות הומניטריות מיוחדות. כך למשל ניסחה השופטת קובו התנגשות זו בעניין מריאנו, תוך שהיא משתמשת במונחים "זכות" ו"אינטרס" לחלופין, משמע היו אלו מילים נרדפות:<sup>201</sup>

199 לעניין זה ראו למשל רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות בתחום המשפחה" משפטים על אהבה 605 (ארנה בן נפתלי וחנה נווה עורכות, 2005).

200 ראו ליברזון, לעיל ה"ש 139, GILLIGAN, לעיל ה"ש 187, CLEMENT; לעיל ה"ש 187.

201 עניין מריאנו, לעיל ה"ש 19.

כנגד האינטרס של העותר לגור בארץ לצד ילדיו, ניצב השיקול שלא לפתוח פתח לכניסתם של זרים רבים אחרים המתדפקים אף הם על שערי המדינה ומבקשים להיכנס, מה שעלול להוות נטל כבד על כתפי המדינה ותושביה. כך גם זכותו החשובה והבסיסית של ההורה לממש את הקשר עם ילדיו אינה עומדת במנותק מזכותה הלגיטימית של המדינה לדאוג לצרכיה היא, למען תוכל להגשים את האינטרסים החשובים לה. מדיניות העולה בקנה אחד עם שמירה על צביונה של המדינה, הבטחת צמיחתה הכלכלית ודאגה לשלום אזרחיה, הינה מדיניות רצויה ואף הכרחית להמשך קיומה, התפתחותה ושגשוגה של מדינת ישראל.<sup>202</sup>

וברוח דומה מתבטא המשנה לנשיא השופט קמא בעניין גרים בוראנה:

השאלה בענייננו אינה אם ההורים או אחד מהם זכאים וגם חייבים לגדל את הילד, לחנכו, לזוננו, לאהבו ולהעמידו על רגליו עד היותו נער, בגיר ואיש, אלא אם זכות זו עדיפה וגוברת על זכות המדינה שלא להתיר להורה הזר לקבל רישיונות לישיבת קבע ואזרחות ישראלית, מטעמים שבחוק, במדיניות ובהלכה, אך משום הזיקה ההורית. תשובתי על כך – בשלילה.<sup>203</sup>

מעניין שהאיזון שבית המשפט עושה באותם פסקי הדין הוא בין זכותה של המדינה לקבוע את מדיניות ההגירה שלה, וכנגזרת ממנה להחליט למי ליתן מעמד וממי לשלול מעמד, לבין האינטרס או הזכות של ההורה הזר לגדל את ילדו. בחלק מן המקרים עולה מן האיזון הזה מסקנה כי ידו של ההורה הזר תהא על התחתונה.

לטעמי, במיעוט פסקי הדין בית המשפט מבצע היפוך מושגי ומשתמש במונח "זכות" מקום שבו היה ראוי לדבר על אינטרס, ולהפך – במונח "אינטרס" מקום שבו ראוי היה לדבר על זכות. המשגת מדיניות ההגירה כדבר שהוא "זכות של המדינה" לקבוע היא המשגה שגויה. כמובן, אין ספק שיכולים להיות למדינה אינטרס וסמכות להגביל את ההגירה אליה, אך יש ליתן את הדעת על כך שאינטרס הוא ולא זכות קנויה.<sup>204</sup> יודגש כי אין מדובר בזכות הניתנת לתרגום למונחים של זכות אדם.<sup>205</sup>

202 שם, בעמ' 6 לפסק הדין (ההדגשה הוספה – טק"א).

203 עת"מ בוראנה, לעיל ה"ש 21, פס' 27 לפסק הדין (ההדגשה הוספה – טק"א).

204 השוו לדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, פס' 5-7 לפסק דינה של השופטת דורנר (1995).

205 לשם השוואה אזכיר כי בפרשת גנימאת, שם, התעוררה מחלוקת אם מעצר למניעת עבירות רכוש משרת את אינטרס הציבור למניעת עבירות אלו או מגן על זכות הקניין; בפרשת קירש עלתה השאלה אם הפקעת זמן שידור על ידי המדינה במקרה של התקפת טילים מגנה על האינטרס הציבורי של ההגנה על הציבור או שמא מגנה היא על הזכות לחיים ולשלמות הגוף (ראו בג"ץ 2753/03 קירש נ' ראש המטה הכללי של צה"ל, פ"ד נו(6) 359 (2003)); בפרשות עדאלה וגלאון עלתה השאלה אם מניעת איחודי משפחות עם פלסטינים מגנה על האינטרס הציבורי בשמירה על ביטחון המדינה, או שמא מגנה היא על הזכות החוקתית לחיים (ראו עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12; עניין גלאון, לעיל ה"ש 17). בהקשר של בקשתו של הורה זר למעמד בישראל מכוח הורותו לילד ישראלי קשה להמשיג את האינטרס הציבורי הקשור בהמנעות ממתן מעמד לו במונחים של פגיעה בזכות אזרחית, כלכלית או חברתית כלשהי של

עם זאת להורה הזר ולילדו האזרח יש יותר מאינטרס ברכישת מעמד להורה הזר בישראל ובגידולו של הילד על ידי ההורה הזר בה. מדובר בזכות של ממש העומדת להורה הזר ולילדו האזרח, זכות הנגזרת מהזכות לחיי משפחה. זכות זו קיבלה הכרה רחבה בפסיקה כנגזרת בין היתר מן האינטרס החברתי בקיומה של המשפחה כיחידה חברתית ראשונית. בית המשפט עיגן בהרחבה את הזכות כזכות העומדת לפרט, וזאת בפסקי דין רבים.<sup>206</sup> בין היתר פירש הנשיא ברק את הזכות לחיי משפחה ככוללת את "זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו".<sup>207</sup> יתרה מכך, בכמה הקשרים דובר בזכות לחיי משפחה כממוקמת במשפט הטבעי, קרי, קודמת למשפט המדינה, ולכן רחבה ומוגבלת מתוך עצמה.<sup>208</sup>

נראה כי באותם פסקי דין בודדים בית המשפט עושה שימוש בשיח הזכויות כאסטרטגיה שכנועית, תוך שהוא מפחית מערכה של הזכות לחיי משפחה מחד – ומקדש את האינטרס המדינתי בגיבוש מדיניות הגירה מגבילה במקום. על הכוח הרטורי של טיעוני זכות ועל היותם "קלף מנצח" עמדו אחרים כבר בעבר.<sup>209</sup>

גם במקרים בהם מורה בית המשפט בסופו של דבר להעניק מעמד להורה המהגר, כמו גם במקרים בהם מורה בית המשפט למשרד הפנים לשקול את מתן המעמד לו, לא מוכרע הדבר מתוך שידה של הזכות לחיי המשפחה היא על העליונה. המעמד להורה הזר מוענק בשל היותו "מקרה הומניטארי חריג".<sup>210</sup> אך האם באמת מדובר במקרים חריגים או

הציבור. ממילא, על פי רוב, אי אפשר להמשיג את האינטרס הציבורי במונחים של פגיעה שתגרום לנשא זכות ספציפית, מובחן, מזוהה ומוגדר כלשהו ברמת ודאות גבוהה בשל הענקת המעמד להורה הזר. ראו לעניין זה אורן גול-אייל ואמנון רייכמן "אינטרסים ציבוריים כזכויות חוקתיות" משפטים מא 97 (2011).  
206 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12, פס' 24–28 לפסק דינו של הנשיא ברק. יצוין כי בניגוד למה שנאמר בעניין קהיגה, לעיל ה"ש 19, על ידי השופט מרזל, בעניין עדאלה לא עוגנה הזכות לחיי משפחה לראשונה. זו הייתה מוכרת עוד קודם לכן, ואף הנשיא ברק, אשר דינו בזכות בפסק דינו הוא הרחב ביותר, אינו מבקש לטעון כי הוא מחדש בתחום זה. השוו לעניין גלאון, לעיל ה"ש 17.

207 עניין עדאלה, לעיל ה"ש 12, פס' 28 לפסק דינו של הנשיא ברק. בעניין זה יש מחלוקת בין הנשיא ברק לבין השופט חשין (אשר בנקודה זו מצוי בדעת מיעוט) בדבר מיקומה הגאומטרי של הזכות לאיחוד משפחות, כשהשופט חשין סובר כי הזכות לאיחוד משפחות היא בפריפריה של הזכות לחיי משפחה. יצוין כי בעניין גלאון, לעיל ה"ש 17, סברו רוב השופטים כי הזכות לחיי משפחה היא אמנם זכות חוקתית הנגזרת מן הזכות לכבוד האדם, אך קבעו כי היקף הזכות אינו משתרע על מימושה בישראל דווקא. זאת, כנגד דעתם החולקת של שופטי המיעוט. תפיסת הזכות לחיי משפחה כמשמיעה זכות לחיים במחיצת בני המשפחה הגרעינית באחת ממדינות האזרחות של בני המשפחה, לפי בחירתם, ראויה בעיניי שאם לא כן, נאלצים בני המשפחה לבחור בין המשך חיים במדינת האזרחות שלהם, שבה שוהים לעתים קרובות בני המשפחה המורחבת, ובה נמצאים מקורות הפרנסה, מסגרות החינוך לילדים, מקורות התמיכה החברתית והמדינתית וכו', לבין מימוש הזכות לחיי משפחה. בחירה כזו אינה בחירה חופשית באמת אלא בחירה בנסיבות של כפייה. בכל מקרה, המקרה של גלאון שונה מזה שלפנינו מכיוון שבו לכל הפחות יכולים בני המשפחה כולה להתגורר באותה המדינה, ואילו במקרים שבהם עוסק מאמר זה מדובר במצבים שבהם אין דבר זה ברור כלל. לדיון בבחירה חופשית בהגירה ראו KRITZMAN-AMIR, לעיל ה"ש 10, בעמ' 217.

208 ע"א 3798/94 פלוני נ' פלונית, פ"ד נ(3) 133, 163–166 (1996).

209 Ronald Dworkin, *Rights as Trumps*, in THEORIES OF RIGHTS 153 (Jeremy Waldron ed. 1984)

210 יצוין כי על פי רוב לא ברור באיזה מעמד מדובר. בפסקי הדין מורה בית המשפט להעניק להורה הזר מעמד של תושב, אך אינו מפרש אם מדובר בתושבות קבע או ארעית, ולכמה זמן, ואם על משרד הפנים



הומניטאריים? כך, למשל, בעניין סלמובה,<sup>211</sup> בו פסק בית המשפט כי יוענק מעמד לאם זרה לילד בן שש, אשר אביו האזרח שומר עימו על קשר בתדירות נמוכה.<sup>212</sup> כך גם בעניין מוסקרה,<sup>213</sup> בו הורה בית המשפט להעניק מעמד לאם זרה לשני ילדים בני שש ושבע שנים, משום שקשורים הם הן לאביהם והן לאימם, ומכיוון שאם לא יוענק לה מעמד יצטרכו להתנתק מאמם או להתנתק מאביהם ומסבתם, ולעבור למדינה אשר הם אינם מכירים כלל. בעניין סיטוטאו<sup>214</sup> הורה בית המשפט להעניק מעמד לאב הזר משום ששהה בישראל עשר שנים והוא אב לשני ילדים אזרחים, אחד מהם יליד הארץ. לדעת בית המשפט, בין האב לבין ילדיו קיים קשר רגשי טוב, ונוכחותה של דמות אב בחייהם נדרשת לצורך בניית זהותם. בית המשפט אף סבר כי ניתוק של האב מילדיו יהיה טראומטי עבורם, הן רגשית והן כלכלית.<sup>215</sup> במקרים אחרים, הורה בית המשפט למשרד הפנים לשקול בשנית את הבקשה, מכיוון שמצא כי לא נשקלו כל השיקולים שלעניין, לרבות שיקולים שיכולים להפוך את הבקשה לכזו שמגלה, לפחות על פני הדברים, טעמים הומניטאריים מיוחדים. כך, למשל, בעניין משרד הפנים<sup>216</sup> נמצא כי ועדת משרד הפנים לא שקלה את העובדה כי האב הזר מקיים עם בתו קשר רציף וחם. בעניין אסראא<sup>217</sup> נדרשה הוועדה של משרד הפנים לשקול את הטענה כי ישנה מניעה חוקית שהאב יוכל לבקר את בנותיו אם תעקורנה עם אמן הזרה לארצה, בין היתר נוכח חשד שעלה לבית המשפט כי האב מזהיר בנושא זה הצהרות שמאחוריהן עומד רצון לנקום באם בשל סכסוך הגירושין שביניהם. בפרשת וינטר-גרסימוב<sup>218</sup> מורה בית המשפט להחזיר את בקשתה של אם זרה לקבל מעמד בישראל כדי שתשקול הוועדה את הנזק שייגרם לילד שהתערה בישראל, פוקד את מערכת החינוך בה ונוקק לשירותי הרפואה של המדינה, וכן את גילו הצעיר.

נראה כי המקרים שבהם בית המשפט מוצא חריגים הומניטאריים מיוחדים בנסיבות חיי המשפחה אינם בהכרח חריגים. אלו הם מקרים שבהם הכלל הפך ליוצא מן הכלל, שהלא ברוב המקרים הילד האזרח מקיים קשר עם שני הוריו, והקשר יושפע מאוד משאלת מעמדו של ההורה הזר. גם במצבים שבהם ברגע שקילת בקשתו של ההורה הזר למעמד אין לילדו

להאריך את המעמד של ההורה הזר מעת לעת (כך למשל בעניין סלמובה, לעיל ה"ש 18). בעניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18, הורה בית המשפט להעניק לאם הזרה מעמד של תושבות ארעית למשך שנתיים, שבתומן תוכל להגיש בקשה לחידוש מעמדה או לשדרוגו, לפי נוהלי משרד הפנים. במקרים אחרים בית המשפט אינו מפרש את המעמד יינתן להורה הזר גם כשימלאו לילדו שמונה-עשרה שנים.

211 עניין סלמובה, לעיל ה"ש 18.

212 שם, פס' 7 לפסק דינה של השופטת אגמון-גונן: "בנסיבות של מקרה זה אין מקום לגזור על אדם חיים ללא אב, כאשר אביו שומר על קשר עימו". בפסק הדין מצוין כי לילד צרכים מיוחדים, והוא פוקד גן לילדים עם צרכים מיוחדים, אך נראה כי לא על שיקול זה מתבסס פסק הדין.

213 עניין מוסקרה, לעיל ה"ש 18.

214 עניין סיטוטאו, לעיל ה"ש 18.

215 במקרים אחרים הועלו על ידי בית המשפט נסיבות חריגות כגון מוגבלות קשה של הילד (עת"מ 673/02, לעיל ה"ש 18); מחלה קשה של הילד (ע"מ 10993/08, לעיל ה"ש 15); או אלימות במשפחה (עניין מ.ר., לעיל ה"ש 18).

216 עת"מ 37903-03-11, לעיל ה"ש 19.

217 עניין אסראא, לעיל ה"ש 19.

218 פרשת וינטר-גרסימוב, לעיל ה"ש 18.

קשר עמו או עם ההורה האחר, אין הדבר מוציא מכלל אפשרות כי קשר כזה יכול להתהוות בעתיד, וגם על כך עמד בית המשפט בחלק מן המקרים.<sup>219</sup> ניתן אף לסבור כי מדיניות משפטית ראויה היא ליצור תנאים אופטימליים להיתכנות של קשר של הילד עם שני הוריו. כמו כן במקרים רבים אם יידרש הילד לעזוב עם ההורה הזר תהא לכך השפעה רגשית, כלכלית וחינוכית עליו, וכן ייפגעו קשריו עם משפחתו המורחבת בישראל ועם חבריו ומכריו. למעשה, נראה כי רק במקרים נדירים וחריגים תשרת החלטה לא להעניק מעמד להורה הזר את טובת הילד (למשל, כשהורה הזר חסר מסוגלות הורית או אלים כלפיו) או תפגע בו קלות.

בנוסף, לא ברור כלל מדוע אותם מקרים מוגדרים "הומניטריים". הגדרת מקרים אלו כ"הומניטריים" ממסגרת אותם כמקרים שאין עומדת כנגדם חובה משפטית אלא לכל היותר חובה מוסרית. לטעמי, אין זה עניין הומניטרי העומד בבסיס ההחלטה אם יוענק להורה הזר מעמד אם לאו, אלא כפי שצוין לעיל, עניין הקשור בטבורו לזכות לחיי משפחה ולעיקרון טובת הילד. אי לכך, אין לנטוע את הדיון במתן המעמד להורה בשיח ההומניטרי אלא יש למקמו בלב שיח זכויות האדם ולנהלו לפי עקרונותיו של שיח זה. טענות זכות מסוג זה מקימות מצדן חובה משפטית של המדינה לפעול להגנה על הזכות, או – למצער – להימנע מלפגוע בה.<sup>220</sup>

מעצם ניסוחו של הכלל המשפטי כשולל מעמד מן ההורה הזר, ברמה העקרונית, וכמתיר הענקת מעמד לו רק במקרים חריגים ונדירים נובע כי נטל ההוכחה להראות כי נתקיימו "נסיבות הומניטריות חריגות" מוטל על ההורה הזר המבקש מעמד. נטל זה רובץ על ההורה אף שבפועל כל שעליו להראות הוא כי מתקיים במשפחתו מצב היחסים הטיפוסי והמקובל במרבית המשפחות, שבו טובת הילד דורשת כי יתאפשר לו לקיים קשר עם שני הוריו, וכי לא ייעקר מסביבתו, ממשפחתו המורחבת, ממסגרת הלימודים שלו ומקשריו החברתיים. זאת, תחת הטלת הנטל על הרשויות, להראות את ההפך: כי לא ייגרם נזק לילד הישראלי אם לא יוענק להורהו מעמד. במילים אחרות, הכלל הפך ליוצא מן הכלל, ונטל ההוכחה מוטל על המבקש להוכיח את הכלל ולא את החריג לו.

כך, כדי להרים את נטל ההוכחה נדרש ההורה הזר לספור סיפור המקרבן את ילדו בנסיבות עתידיות שבהן לא יוענק לו מעמד ומתאר נזק חריג אשר ייגרם לו בנסיבות אלו.<sup>221</sup> עניינו של ההורה ושל הילד הופך לעניין שהמושג הרלוונטי ביותר לטיפול בו הוא מושג החמלה. הכלי המרכזי בידו של ההורה הזר להרמת נטל ההוכחה כי מקרהו הוא מקרה הומניטרי חריג הוא חוות הדעת של פקיד הסעד המתרשם ממשפחתו. כך, נטל ההוכחה יכול

219 שם. בית המשפט מצייין כי הקשר בין הילד לאביו, אשר לא התפתח במלואו כיוון שהאב היה נשוי לאישה שאינה אמו של הילד, עשוי להתפתח בהמשך.

220 לדיון כללי בהבדל בין הצדקות מבוססות זכויות אדם להצדקות מבוססות הומניטריזם, ולשימושים הפוליטיים הנעשים בסוגי הצדקות השונות ראו למשל Deborah M. Weissman, *The Human Rights Dilemma: Rethinking the Humanitarian Project*, 35 COLUM. HUM. RTS. L. REV. 259 (2003).

221 בהקשר זה ראו את התייחסותיה של Catherine Dauvergne למקומו של השיח ההומניטרי בהקשר של דיני ההגירה. למשל Catherine Dauvergne, *Citizenship with a Vengeance*, 8 THEORETICAL INQ. L. 489, 494 (2007). ראו גם Catherine Dauvergne, *Amorality and Humanitarianism in Immigration Law*, 37 OSGOOD HALL L.J. 597 (1999).

שיהיה מורם רק באמצעות עדויות עקיפות על התרשמות מחיי המשפחה, שכן על דרך הכלל אין ניתנת להורה הזר ולילדו זכות להופיע בפני הוועדה.<sup>222</sup> מבלי להכריע בכך אומר שניתן היה לחשוב שהתהליך של הפיכת הכלל ליוצא מן הכלל והעברת נטל ההוכחה על כתפיו של ההורה הזר מוצדק מסיבות מספריות. לו היה מספרם של ההורים המבקשים לרכוש מעמד מכוח הורותם לילדים גבוה, הרי שהטלת הנטל על המדינה היה יכול לגרור עלויות אדמיניסטרטיביות גבוהות מדי. עם זאת נתונים מדויקים על כמות בקשות המעמד מסוג זה אינם בנמצא, ובשיחתי עם נציגי משרד הפנים העריכו הם את מספר הבקשות בכמה עשרות בודדות מדי שנה. נראה כי הטיפול במספר כזה של בקשות אינו צפוי להטיל עומס גדול על נציגי משרד הפנים, גם אם יתהפך הנטל.<sup>223</sup>

#### ד. סיכום

פני המשפחה משתנו, והמושג כיום אינו יוניטרי אלא מושפע מתופעות חברתיות שונות ובהן תופעת הגלובליזציה. במאמר נבחנים הכללים הפועלים על האפשרות לקיים בישראל חיי משפחה במסגרת המשפחה המעורבת, שמתקיים בה שוני בין המעמד האזרחי של החברים בה, והמעצבים אפשרות זאת. בקשות מעמד של הורים זרים במשפחות אלו, הנשענות על קשרי המשפחה שלהם עם ילדיהם בעלי המעמד, אינן שכיחות. מספרן מצומצם דיו כדי שניתן יהיה לבחון בחינה מקיפה את הטקסטים הנורמטיביים והסמכותיים המתייחסים אליהן בכללותם. גם אם לעתים עולה החשש כי מספרן הנמוך של הבקשות נובע מן הכלל המשפטי המדיר, קשה להניח שכלל משפטי המעניק להורים לילדים אזרחים מעמד ינוצל לרעה ויגרור להורים כאלו להביא ילדים אזרחים לעולם רק לשם רכישת מעמד בישראל. זיקת ההורות טומנת בחובה אחריות וחבות כה כבדה עד שקשה לדמיין שאנשים רבים ייצרו אותה באופן מניפולטיבי רק לשם רכישת מעמד אזרחי.<sup>224</sup> המאמר מתייחס אל בקשות המעמד של ההורים הזרים כמקרה דיסקרטי בנוף דיני ההגירה בישראל, אך דווקא תופעה זו, שהיא איזוטרית לכאורה, של משפחות שאינן סטנדרטיות (ואולי אפילו כאלו שאירעו בהן אירועים פתולוגיים) היא בבחינת החריג שמלמד על הכלל. מעניינן של בקשות אלו אנו למדים כי הקידום המסיבי שלו זוכה מוסד המשפחה אינו מוחלט אלא יחסי: משפחות מסוימות נהנות מתמיכה, מהגנה ומעידוד מהמדינה רבים מאלה שזוכות להם משפחות אחרות, כפונקציה בין היתר של שיקולי מדיניות ההגירה והאינטרסים האתנו-דמוגרפיים של המדינה. אסטרטגיית ההכלה של המשפט את התאים המשפחתיים החדשים שקיומם התאפשר בחסות הגלובליזציה היא אפוא אסטרטגיה של

222 בעניין אסראא, לעיל ה"ש 19, הורה בית המשפט להעניק לאם זכות טיעון בעל פה לפני הוועדה, באופן חריג, בשל רגישות מיוחדת שמצא בתיק. יצוין כי בשיחה עם נציגי משרד הפנים (6.2.2012) נמסר כי גם בשלבי ההכנה של התיק לדיון בוועדה לא נערך שימוע לילד הקטין, ולכן יוצא שגרסתו אינה מובאת לפני משרד הפנים במישרין כלל אלא רק דרך תסקיר הסעד.

223 השוו לעניין ויס, לעיל ה"ש 44, פס' 51 לפסק דינה של השופטת פרוקציה.

224 כמובן, ניתן לשאול אם יש נפקות לשאלה מדוע אנשים בוחרים ללדת ילדים, שהרי שאלה כבדה זו מעסיקה רבים וקשה ליתן לה תשובה חד-משמעית מספקת, ולעתים קרובות ניתנות לה תשובות בעייתיות, המראות שאנשים בוחרים ללדת ילדים מסיבות הקשורות לטובתם האישית.

הכלה משתנה. לפיכך ילדים מסוימים זוכים להגנה מפליגה יותר על טובתם וזכויותיהם, ואילו אחרים – אלו שאחד מהוריהם לפחות הוא זר – זוכים להגנה פחותה בחשיבותה משיקולי הגירה. היגיון זה משתקף בנרטיב סלקטיבי (או נוצר בעקבותיו) המצטייר בפסיקת בתי המשפט בעניינם של ההורים הזרים והתאים המשפחתיים שהם מקיימים, נרטיב הגורע מחשיבות זכויותיהם של אלו ומפליג בחשיבות האינטרסים הנוגדים לזכויות אלו, תוך שימוש לוקה בשיח הזכויות. כך, נדונים הורים זרים אלו, ולעתים קרובות גם ילדיהם, לקיום לימנילי בין מערכת המשפט למערכת הביורוקרטית, ובין מדינת האזרחות של ההורה הזר לבין מדינת ישראל, כשלעתים קרובות הם אינם מוצאים מזור, קרי מקום שבו יוכלו לקיים חיי משפחה, אף לא באחת מהן. מדינת ישראל אינה נותנת לחלקם כל מעמד, אפילו לא מעמד אזרחי נחות ממעמד האזרחות, כגון תושבות או אשרת שהייה אחרת, למטרה זו. ההסתכלות על מושגי היסוד הטעונים כל כך ערכית כמו מושגי המשפחה, ההורות והילדות מבעד לפריזמה של שיקולי ההגירה מעוותת את משמעותם של אותם מושגים. למעשה, נדמה כי למושגים אלו אין משמעות ערכית אינטרניזית בחברתנו, אלא משמעותם דיפרנציאלית. בעתיד יהיה מעניין לבחון מחד גיסא את השפעתם של שיקולי הגירה על מושגי יסוד אחרים בחברה, ומאידך גיסא את האופן שבו הגלובליזציה וההסדרים המשפטיים משפיעים על מובנם של מושגי היסוד של משפחה, הורות וילדות בהקשרים אחרים שאינם הקשרים של הגירה.

תחת זאת הצעתי היא כי גם בהקשרן של המשפחות שבהן אחד ההורים הוא זר המבקש לרכוש מעמד מתוקף הורותו לילד בעל מעמד יש להכריע מתוך שיח היחסים, קודם כל, ורק לאחר מכן מתוך הגיונם של שיקולי הגירה. בהקשר זה אבקש להציע שהחלטות לגבי מתן מעמד להורים זרים יתקבלו לפי השיקולים ששרטטה בעבודתה רות זפרן, בהקשר רחב יותר.<sup>225</sup> השיקולים עליהם הצביעה זפרן הם:

1. גיבוש פתרון המתחשב ברצונותיהם של כל הצדדים הנוגעים בדבר – ובכלל זה צדדים חלשים שאינם זוכים להישמע באופן מלא וזכויותיהם והאינטרסים שלהם נלקחים גם הם בחשבון. גישה זו מהווה כלל רקע ראוי בעיני למשפחות בכלל ולמשפחות בהן אחד ההורים הוא זר בפרט, שכן היא מאפשרת גם להורה הזר, ולא רק לאזרחים, להשמע ולבוא בחשבון.
2. מחויבות למציאת פתרון מבין שלל הפתרונות האפשריים אשר פגיעתו בצדדים היא הקטנה ביותר. על פי רוב יהיה פתרון זה פתרון שמאפשר לילד קשר עם שני הוריו, אלא אם יש בקשר עם מי מהם משום נזק או פגיעה בילד. פתרון שכזה ממזער את הפגיעה בילד ובהוריו, שלרוב יהיו גם הם מעוניינים בקשר.
3. מחויבות למציאת פתרון המבטיח את טובת הילד בכל שאלה הנוגעת בו, בין במישורין או בעקיפין. על פי רוב משמש עיקרון זה של טובת הילד משקל נגד לאינטרסים המנוגדים של הוריו, אולם בהקשר של הדיון הנוכחי יש לעתים קרובות אחידות אינטרסים בין הילד והוריו, המעוניינים כולם בהמשך שהייה בישראל של הילד וההורה הזר. שיקול טובת הילד יפעל אפוא כשיקול נגד לשיקולי מדיניות הגירה.

225 זפרן, לעיל ה"ש 199, בעמ' 633–635.

4. הבטחת מערכת יחסים איכותית בין בני המשפחה ושימור קשר של אחריות הדדית בין חבריה לאורך זמן, ככל שבני המשפחה מעוניינים בו. במקרה הקונקרטי הכרעה נורמטיבית על סמך שיקול המאפשר להורה הזר לקבל מעמד כדי לשהות במחיצת ילדו הוא קודם כולל רקע הפועל אקס-אנטה לשימור מערכת יחסים תקינה ואחראית במשפחה, שכן הוא מתמרץ את ההורה הזר, את ההורה הישראלי ואת הילד לקיים ביניהם קשרי אחריות תקינים מתוך הנחה שאלו יוכלו להימשך. אך גם לאחר פירוק התא המשפחתי, ולעתים גם לאחר שנוצר נתק בין ההורה הזר לבין ילדו, כלל המאפשר להורה הזר לרכוש מעמד שיאפשר לו לשהות במחיצת ילדו עשוי לעתים קרובות לעודד את החברים במשפחה לקיים ביניהם קשר תקין ואחראי, לרווחת כולם. לכל הפחות על שיקול זה להיות דומיננטי במצבים שבהם אין הדבר מכביד הכבדה יתרה על המדינה, קרי: כל עוד מספרם של ההורים הזרים המבקשים מעמד לצורך שהייה במחיצת ילדם הוא קטן יחסית.

לבסוף, מקרה מבחן זה מלמדנו על הכרחיות גיבוש מדיניות ודיני הגירה באופן קודיפיקטיבי ומקיף, בהסדר ראשוני. אם הדבר רצוי ואם לאו, מתרחשת הגירה לא-יהודית לישראל בהיקף ניכר, וראוי להתייחס אליה ככזו. מהלך זה של גיבוש מדיניות ודיני הגירה נדרש, כך אנו למדים פה, משלוש סיבות עיקריות: ראשית, ואולי בעיקר, תהא זו הזדמנות לחשוב באופן רחב ויסודי על סט הערכים שראוי שיעמדו בבסיס מדיניות ההגירה שלנו. כך, יהיה ניתן לגבש מדיניות וכללים משפטיים שמשקפים קוהרנטיות ערכית, ולאחר הבנת הבסיסים הרעיוניים של אותם ערכים – יהיה ניתן לחשוב גם על האיזונים המדויקים שנרצה ליצור בין עקרונות מתנגשים והפשרות הערכיות שנבצע. כשלעצמי סבורה אני כי בכינונם של מדיניות הגירה ודיני הגירה יש להעניק משקל מתאים ונכבד לשיקולי זכויות אדם כפי שהם באים לידי ביטוי בערכים החוקתיים המקובלים בחברה הישראלית ובאמנות זכויות האדם הבין-לאומיות שישראל היא צד להן, על פני השיקולים האתנו-דמוגרפיים המקבלים כעת את הבכורה; שנית, מהלך כזה יאפשר ליצור מערכת דינים שקופה וברורה שהציבור ופקידי משרד הפנים יוכלו להתמצא בה ואשר תאפשר לאנשים לתכנן את צעדיהם בהתאם; שלישית, מהלך כזה ישחרר את בתי המשפט מן הנטל הכבד המוטל עליהם כעת לפתח באופן קוואיסיטי את דיני ההגירה הישראליים.