

העותרים:

1. (מס' רישיון ישיבה [REDACTED])
2. המוקד לפליטים ולמהגרים (ע"ר 580333094)

ע"י עו"ד מיכל שוורץ (מ"ר 78570),
עו"ד נטע מישלי ועו"ד סבינה שמולביץ
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
רח' הצפירה 18, תל אביב
טל': [REDACTED]; פקס: 03-6844812
דוא"ל: michal@hotline.org.il

נ ג ד

המשיבה:

משטרת ישראל

ע"י פרקליטות המדינה
משרד המשפטים, ירושלים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה למשיבה ומורה להן ליתן טעם מדוע לא תיתן לעותר 1 אישור כי אין מניעה להעסקתו לפי החוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, תשס"א-2001.

א. מבוא

1. עתירה זו מוגשת נגד החלטתה הבלתי חוקית של המשיבה לסרב לתת לעותר 1 אישור כי אין מניעה להעסקתו לפי החוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסוימים, התשס"א-2001 (להלן: החוק).
2. העותר 1 הוא צעיר בן 20, מבקש מקלט אזרח אריתריאה, אשר רוצה לעסוק במקצועו ולעבוד כמאמן כדורגל של ילדים. החוק קובע שכדי להעסיק אדם במוסד (שהגדרתו בסעיף 1 לחוק כוללת מרכזי חינוך, תרבות וספורט ששהים בהם קטינים או חסרי ישע), על המעסיק לקבל מהמשיבה אישור כי אין מניעה להעסקת האדם על פי החוק, כאשר התנאי הרלוונטי לעתירה זו הוא שהמשיבה תאשר שהאדם לא הורשע בביצוע עבירת מין כהגדרתה בחוק כבגיר (להלן: אישור העסקה).
3. כפי שעולה במפורש מנוסח החוק, אין למשיבה כל שיקול דעת בשאלה אם להנפיק את אישור העסקה, ועליה להנפיקו לכל בגיר שפונה אליה ושלא הורשע כבגיר בעבירת מין. בנוסף, החוק מטיל על המשיבה את החובה לרכז את כל הנתונים הנדרשים לעניינו (סעיפים 3(ב) ו-3(ג) לחוק).
4. למרות זאת, המשיבה החליטה להפר את הוראות החוק, ולסרב לבקשתו של העותר לקבלת אישור העסקה בתשובה הלקונית "אין אפשרות לבקש אישורי העסקה לזרים".

5. החלטת המשיבה מפרה בבוטות את הוראות החוק, לפיו סמכותה היא לאשר או לסרב לבקשה למתן אישור העסקה בהתאם לנתונים הקיימים במאגרי המידע שלה, ללא תלות במעמדו האזרחי או ב"זרותו" של המבקש. לראיה, בעבר, בעקבות פניית העותר 2 אל המשיבה בבקשה דומה, המשיבה נתנה למבקש מקלט אחר אישור העסקה בהתאם לחוק.
6. העותרים יטענו שאין כל מניעה, מעשית או מהותית, לתת לעותר את אישור ההעסקה, ושחובתה החוקית של המשיבה לעשות זאת.
7. לחלופין העותרים יטענו שהחלטת המשיבה היא מפלה ושרירותית; פוגעת בזכויות יסוד שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה; ופוגעת באינטרס הציבורי של שילוב מבקשי מקלט ומוגנים זמנית מפני הרחקה (להלן למען הקיצור: מבקשי מקלט) בחברה.
8. לבסוף העותרים יטענו שבאופן שבו הודיעה המשיבה על סירובה לתת לעותר אישור העסקה ובהתעלמותה מפניות העותרים ומבקשתם לקבל החלטה מנומקת, היא הפרה את הוראות התקנות שהותקנו מכוח החוק, את הוראות החוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 ואת חובת ההנמקה החלה עליה כרשות מינהלית. הפרה זו שוללת מהמשיבה את האפשרות להסתמך על חזקת התקינות המינהלית, מעבירה אליה את הנטל להוכיח שהחלטתה התקבלה כדין ובמקרה דנן מצדיקה כשלעצמה את ביטול ההחלטה.
9. בית המשפט הנכבד מתבקש לקבל את העתירה ולהורות למשיבה לקיים את הוראות החוק ולתת לעותר אישור העסקה.

* ההדגשות בציטוטים שמובאים בעתירה הוספו על ידי הח"מ.

ב. הצדדים לעתירה

10. העותר 1, מר [REDACTED] (להלן: העותר), הוא מבקש מקלט אזרח אריתריאה, החי בישראל קרוב ל-15 שנים, מאז שהיה בן חמש. העותר גדל והתחנך במערכת החינוך הישראלית, ולאחר שהוציא תעודת בגרות במגמת חינוך גופני הוא השלים לימודי אימון כדורגל במכון וינגייט והוציא תעודת מאמן של איגוד התאחדויות הכדורגל האירופיות. העותר רוצה לעסוק במקצועו כמאמן כדורגל לילדים בספריית גן לוינסקי, מרכז קהילתי-חינוכי הפועל בשכונת נווה שאנן בתל אביב-יפו.
11. העותר 2, המוקד לפליטים ולמהגרים (להלן: המוקד), הוא עמותה ללא מטרות רווח שהוקמה בשנת 1998 כדי להגן על זכויותיהם של פליטים, מהגרי עבודה וקורבנות סחר בבני אדם בישראל, ולקדמן. המוקד עוסק במתן מידע, ייעוץ וייצוג משפטי, חינוך והסברה, חקיקה וקידום מדיניות הקשורים למבקשי מקלט ופליטים, מהגרי עבודה וקורבנות סחר בישראל. בין היתר, המוקד נאבק באפליית מבקשי מקלט ופליטים, ופועל למען שילובם בחברה.
12. המשיבה, משטרת ישראל, היא הגורם המוסמך לספק לאדם אישור כי אין מניעה להעסקתו במוסד לפי הוראות החוק, וכן לרכז את כל הנתונים הנדרשים לעניין החוק (סעיפים 3(ב) ו-3(ג) לחוק).

ג. סמכות בית המשפט

13. לבית משפט זה הסמכות לדון בעתירה מתוקף סמכותו השיורית לפי סעיפים 15(ג) ו-1(ד) לחוק-יסוד: השפיטה, שכן עתירות כנגד החלטות משטרת ישראל לפי סעיף 3(ד) לחוק למניעת העסקת עברייני מין אינן מצויות תחת סמכות בתי המשפט לעניינים מינהליים בהתאם לסעיף 5 לחוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000.

ד. הרקע העובדתי

קורותיו של העותר ומעמדו

14. העותר נולד בתאריך 9.6.2004 באריתריאה להורים שנאלצו לברוח ממדינתם. ב-5.1.2010 נכנס לישראל עם הוריו, שבהמשך הגישו בקשה לקבלת מקלט מדיני. מגיל 5 העותר חי וגדל בישראל, שולב במערכת החינוך הממלכתית, השלים 12 שנות לימוד והוציא תעודת בגרות במגמת חינוך גופני.

15. לאחר סיום לימודי התיכון העותר למד אימון כדורגל במכון וינגייט, ובחודש מאי 2024 הוא קיבל תעודת מאמן של איגוד התאחדויות הכדורגל האירופיות (EUFA).

תעודת EUFA מצ"ב – נספח ע/2

16. מאז כניסתו לישראל, העותר מוגן מפני הרחקה מכוח עיקרון אי ההחזרה (עיקרון ה-Non Refoulement), שלפיו אין להרחיק אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו (ר' בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת (11.8.2015), פס" 5 לפסק דינה של הנשיאה נאור). המדינה מכירה בתחולתו של עיקרון זה ביחס לאזרחי אריתריאה, ולכן מחילה עליהם מזה למעלה מ-15 שנים מדיניות המאפשרת להם לשהות בישראל כדין, מדיניות שזכתה לאורך השנים לכינויים השונים "הגנה קבוצתית/קולקטיבית", "הגנה זמנית" ו"מדיניות אי הרחקה".

17. על פי מדיניות משרד הפנים, כאזרח אריתריאה המוגן מפני הרחקה, העותר מחזיק ברישיון זמני לישיבת ביקור למי שנמצא בישראל בלי רישיון ישיבה וניתן עליו צו הרחקה, מכוח סמכות שר הפנים הקבועה בסעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. מדובר במסמך רשמי שבאמצעותו העותר מזדהה מול הרשויות השונות, הנושא את תמונתו ומקושר לנתוני הביومترיום במאגר רשות האוכלוסין וההגירה. רישיון זה מתיר את העסקתו, בהתאם להסדר "אי-האכיפה" שעליו הצהירה הממשלה בבג"ץ 6312/10 קו לעובד ואח' נגד הממשלה (פסק דין מיום 16.1.2011). העותר מחזיק ברישיון זה כל חייו כבגיר – משנת 2021, אז היה בן 17.

העתק רישיון הישיבה של העותר ואישור על תוקפו מצורפים – נספח ע/3

18. העותר רוצה לעסוק במקצועו ולעבוד כמאמן כדורגל לילדים בספריית גן לוינסקי, מרכז קהילתי-חינוכי הפועל בשכונת נווה שאנן בתל אביב-יפו והוקם ביוזמת עמותת ארטים (ע"ר 580496/98). הספרייה מפעילה תוכניות חינוכיות ותוכניות העשרה המבקשות לצייד ילדים ומבוגרים בכלים וכישורים שיסייעו להם לשפר את חייהם, לפתח את יכולותיהם ולקדם שינוי חברתי.

19. היות שמדובר בעבודה עם קטינים, כתנאי להעסקתו על העותר להמציא אישור ממשטרת ישראל כי אין מניעה להעסקתו לפי החוק, כלומר שלא הורשע כבגיר בביצוע עבירת מין כהגדרתה בחוק (ס' 3 לחוק). אין חולק כי העותר מעולם לא הורשע בביצוע עבירת מין.

20. בחודש אוקטובר 2022 העותר התייצב בתחנת יפו (סלמה) של המשיבה וביקש שיונפק לו אישור העסקה. בקשתו סורבה, ונמסר לו בעל פה שלא ניתן להנפיק לו את האישור משום שהוא "לא נמצא במערכת".

מיצוי הליכים

21. ביום 8.4.24 פנה המוקד בשמו של העותר למדור מידע פלילי במשיבה, בבקשה מפורטת שיונפק לו אישור העסקה כאמור בסעיף 3 לחוק (להלן: הפנייה). בפנייה נטען שסירוב להנפיק את האישור עומד בניגוד לחובתה המפורשת של משטרת ישראל לפי החוק להנפיק אישור העסקה לכל בגיר, ללא תלות באזרחותו, תוך הפנייה לתקנה 2(ב)1 לתקנות למניעת העסקה של עברייני מין במוסד המכוון למתן שירות לקטינים (אישור המשטרה), תשס"ג-2003 (להלן: התקנות), לפיה אימות זהותו של המבקש אישור לפי החוק ייעשה "באמצעות תעודת זהות או תעודה רשמית אחרת המעידה על זהותו והנושאת את תצלומו". בפנייה נכתב שרישיון הישיבה שבו העותר מחזיק הוא תעודה מזהה רשמית שהונפקה לו על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, הנושאת את תמונתו ומעידה על זהותו, והוא התעודה המזהה היחידה שבה הוא אוחדו כמבקש מקלט. צוין כי רשות האוכלוסין וההגירה אוספת באופן שגרתי נתונים ביומטריים, לרבות טביעות אצבע, של השוהים ברישיון בישראל, באופן המאפשר זיהוי ודאי שלהם כבעלי הרישיון שבידיהם, והוזכרו הקשרים אחרים שבהם משטרת ישראל מזהה מבקשי מקלט על פי רישיון ישיבה. עוד צוין בפנייה שהמשיבה כבר הנפיקה בעבר בנסיבות זהות אישור העסקה למבקש מקלט שמחזיק ברישיון ישיבה לפי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל, ולכן נטען שאין ממש בטענה שלא ניתן להנפיק לעותר אישור העסקה.

22. לפנייה צורפו המסמכים הנדרשים לפי סעיף 3(ד) לחוק ותקנה 2(א)1 לתקנות.

פנייה למדור מידע פלילי מיום 8.4.24 מצ"ב – נספח 4/ע

23. באותו היום התקבלה בדוא"ל תשובה מרס"ב לימור כהן מחוליית העברת מידע במשיבה שתוכנה הסתכם במשפט "אין אפשרות לבקש אישורי העסקה לזרים". בניגוד לקבוע בתקנה 3(ג) לתקנות, העותר לא קיבל הודעה על סירוב לפי הנוסח הקבוע בטופס שבתוספת לתקנות ושאליו תקנה 3(ג) מפנה.

24. למחרת (9.4.24) העותרים ביקשו מהמשיבה לקבל תשובה מנומקת לפנייה, אך מאז, למרות תזכורת שנשלחה ב-19.5.24, לא התקבלה מהמשיבה כל תשובה.

25. ביום 2.6.24 פנו העותרים אל הייעוץ המשפטי של המשיבה בבקשה לקבלת תשובה מנומקת לפנייה, וגם פנייה זו לא קיבלה כל התייחסות.

תכתובת דוא"ל עם המשיבה מצ"ב – נספח 5/ע

26. בניסיון להימנע מהליך משפטי, ביום 7.7.24 פנו העותרים למחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט פלילי) במשרד המשפטים, בבקשה לקבל תשובה מנומקת לפנייה. עד היום, הפנייה לא קיבלה התייחסות לגופה: ביום 21.8.24 אחראית פניות הציבור במחלקת ייעוץ וחקיקה ביקשה מהעותרים לצרף ייפוי כוח של העותר 1, וזה נשלח באותו היום. ביום 10.9.24 הודיעה נציגת ייעוץ וחקיקה כי פניית העותרים "עדיין בבירור", וכי יעשה כל מאמץ לזרז את הטיפול בה. בתשובתם מאותו היום ביקשו העותרים לקבל צפי למענה, וציינו שחלפו חודשים מפנייתם המקורית, כשלאורך תקופה זו העותר לא יכול לעבוד במקצוע שלו. בהיעדר מענה, ביום 15.9.24 פנו העותרים שוב אל מחלקת ייעוץ וחקיקה ועדכנו על כוונתם להגיש עתירה זו. בהודעתה לעותרים מיום 15.10.24 מסרה נציגת מחלקת ייעוץ וחקיקה כי פנתה למשרד לביטחון לאומי האחראי על החוק למניעת העסקה של עברייני מין במוסדות מסויימים, וכי זה אמור

להשיב ישירות לפנייה. עוד נמסר כי מחלקת ייעוץ וחקיקה עוקבת מקרוב אחר הטיפול וממתינה לקבלת מענה מהמשרד לביטחון לאומי, "תוך שליחת תזכורות רבות", וכי תעדכן מיד עם קבלת המענה. אלא שהמענה המצופה לא התקבל.

פניית העותרים למחלקת ייעוץ וחקיקה מיום 7.7.24 מצ"ב – **נספח ע/6**; התכתבות בדוא"ל עם אחראית פניות הציבור במחלקת ייעוץ וחקיקה מהתאריכים 21.8.24-15.10.24 מצ"ב – **נספח ע/7**

27. בנסיבות אלו, ובחלוף שבעה חודשים ממועד פנייתם המקורית אל המשיבה, לא נותרה בידי העותרים ברירה אלא לפנות לבית המשפט הנכבד בבקשה לקבל את הסעד המבוקש.

ה. נימוקי העתירה

1. המשיבה מפרה את החובה לתת לעותר אישור העסקה

28. סעיף 3(ב)(1) לחוק קובע כי אישור המשטרה להעסקה יינתן לבגיר אם הוא לא הורשע בעבירת מין כהגדרתה בחוק שאותה ביצע כבגיר; או אם הורשע, חלפה תקופת האיסור כאמור בסעיף 2(ג) לחוק. סעיף 3(ג) קובע כי משטרת ישראל תרכז את כל הנתונים הנדרשים לעניין חוק זה. סעיף 3(ד) קובע כי אישור המשטרה יינתן על פי בקשתו של בגיר, ובלבד שאותו בגיר המציא למשטרה תעודה מהמוסד כי הוא מועסק או מועמד לעבודה בו.

29. כפי שעולה במפורש מנוסח סעיף 3, וכן מהגדרת "בגיר" בחוק ("מי שמלאו לו 18 שנים"), **אין למשטרה כל שיקול דעת בשאלה אם להנפיק את האישור על פי החוק, ועליה להנפיקו לכל בגיר שפונה אליה ושעומד באחד מתנאי סעיף 3(ב).**

30. עובדה זו גם נלמדת מתקנה 3 לתקנות, הקובעת את האופן שבו תינתן תשובת המשטרה לבקשה לקבלת אישור העסקה, ומפנה לטפסים בתוספת שבהם נוסחים קבועים לאישור העסקה ולסירוב למתן אישור. במקרים של עמידה בתנאי הזכאות לאישור, קובעת תקנה 3(ב) כי המשטרה תיתן אישור בנוסח הקבוע הבא: "אני מאשר כי על פי הנתונים הקיימים במאגרי המידע המשטרתיים ביום ____ אין מניעה להעסקתו של הנ"ל לפי החוק" (טופס 6 בתוספת לתקנות). במקרים של אי עמידה בתנאי הזכאות לאישור, תקנה 3(ג) קובעת שתימסר הודעה על סירוב בנוסח הקבוע הבא: "לפי הנתונים הקיימים במאגרי המידע המשטרתיים ביום ____ לא ניתן לאשר את העסקתו של הנ"ל לפי החוק" (טופס 7 בתוספת לתקנות).

31. כלומר, גם לפי התקנות סמכותה של המשיבה היא לאשר או לסרב לבקשה למתן אישור העסקה בהתאם לנתונים הקיימים במאגרי המידע שלה, ללא תלות במעמדו האזרחי של המבקש.

32. אם כן, בהחלטה מפרה המשיבה את חובתה החוקית לתת לעותר אישור העסקה, ופוגעת פגיעה חמורה בעקרון חוקיות המינהל.

33. היות שהסירוב לתת לעותר אישור העסקה היה לקוני, בלתי ומנומק ושלא על פי הנוסח הקבוע בתקנה 3(ג) לתקנות, ובהיעדר מענה מהייעוץ המשפטי של המשטרה או ממחלקת יעוץ וחקיקה, העותרים לא יודעים מהי הסיבה לסירוב – האם סבורה המשיבה שקיים קושי טכני להנפיק את האישור, ובכך היא פטורה מחובתה לתת אותו לעותר? האם היא סבורה שהחוק וחובותיה כרשות מינהלית חדלו מלחול ביחס למבקשי מקלט? האם מדובר בשרירותיות ובאפליה מכוונות? העותרים ינסו להתווכח עם הספינקס ויטענו שאף אחד מטעמים אלה לא יכול לעמוד.

2. אין כל מניעה לתת למבקשי מקלט אישור העסקה, והדבר אף נעשה בעבר

34. כאמור, החוק קובע שהמשיבה תיתן אישור העסקה לבגיר שלא הורשע בעבירת מין, ושהיא תרכז את כל הנתונים הנדרשים לעניין החוק. התקנות שמסדירות את אופן ההגשה של בקשה לאישור העסקה והטיפול בה קובעות כי אימות זהותו של המבקש ייעשה "באמצעות תעודת זהות או תעודה רשמית אחרת המעידה על זהותו והנושאת את תצלומו" (תקנה 2(ב)(1) לתקנות).

35. רישיון הישיבה שבו העותר מחזיק הוא תעודה רשמית שהונפקה על ידי רשות האוכלוסין וההגירה, המעידה על זהותו ונושאת את תצלומו. זהו המסמך המזהה היחיד שרשות האוכלוסין מנפיקה למבקשי מקלט, והוא משמש מסמך מזהה בכל אינטראקציה שלהם מול גורם ממשלתי או אחר.

36. כך, המשיבה עצמה מזהה מבקשי מקלט על פי רישיון הישיבה שבו הם מחזיקים במקרים אחרים, למשל לצורך עיון במידע פלילי על עצמם לפי סעיף 4 לחוק המידע הפלילי ותקנת השבים, תשע"ט-2019. סעיף 6(ב) לתקנות המידע הפלילי ותקנת השבים (דרכי עיון במידע פלילי), תשפ"ב-2022 קובע ש"מבקש עיון שאינו אזרח ישראל או תושב ישראל, יזוהה באמצעות דרכון בר-תוקף; אם אין ברשות מבקש העיון דרכון בר-תוקף הוא יזדהה באמצעות רישיון ישיבה מכוח סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, בתוקף או באמצעות רישיון מסוג ב/1 בתוקף, שמנפיקה רשות האוכלוסין ומימוש זכות העיון ייעשה בכפוף לאימות הזהות בתוך פרק זמן סביר".

37. וכך גם גופים ממשלתיים אחרים. ראו למשל תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (הסדרים לעניין רישום בקופת חולים ומתן שירותי בריאות לנמצאים בישראל שאינם מבוטחים לפי החוק), תשפ"ד-2024, שמייצרות הסדר מכוח חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 לקבוצות מסוימות של חסרי מעמד. תקנות אלה מגדירות "מסמך מזהה רשמי" כ"דרכון מקורי או רישיון לפי סעיף 2(א)(2) או (5) לחוק הכניסה לישראל". ראו גם תקנה 299ה(ב) לתקנות התעבורה, תשכ"א-1961 שעוסקת ברישום לא מקוון של בעלות על רכב לתחבורה קלה. התקנה מגדירה "תעודה מזהה" לצורך זיהוי על ידי פקיד של רשות הרישוי כ"תעודת זהות, דרכון זר או מסמך המעיד על רישיון זמני לישיבת ביקור לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952".

38. כן ראו תשובת רשות האוכלוסין וההגירה לבקשת האגודה לזכויות האזרח וארגונים נוספים, בהם המוקד, כי יוקם מרשם ילדים שחיים בישראל ואינם מוגדרים כתושבים, וכי יונפקו להם מספרים מזהים אחידים בתבנית דומה למספרי הזהות הישראליים. בתשובת הרשות מיום 28.3.24 נמסר "לגבי זרים שאין בידם לפנות לנציגות מדינת נתינותם [מבקשי מקלט ומחוסרי אזרחות – הח"מ] וניתן להם רישיון לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, מהווה רישיון זה תחליף למסמך מזהה ובאמצעותו הם מקבלים שירותים מהרשויות השונות".

פניית האגודה לזכויות האזרח וארגונים נוספים אל שר הפנים ומנכ"ל רשות האוכלוסין מיום 21.8.23 [פורסמה באתר האגודה](#).¹ תשובת רשות האוכלוסין מיום 28.3.24 מצ"ב – נספח ע/8

39. בנוסף, על פי הנחייה שפירסם משרד המשפטים, המשטרה מודיעה לרשות האוכלוסין על כל מעצר של מי שהמדינה מכנה בשם המבזה "מסתנן", ורשות האוכלוסין מוסרת למשטרה מידע אודות מעמדו בישראל, כל מידע הנוגע למועדי כניסתו ושהייתו בישראל ותוקפם של רישיונות ישיבה שניתנו לו, ככל שניתנו (ראו סעיף א.1. ל"מתווה לתאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל

<https://01368b10-57e4-4138-acc3->

זה:

בקישור

1

01373134d221.usrfiles.com/ugd/01368b_7b41a2e388ba438c9f516b2731b4b4ca.pdf

לרשות האוכלוסין וההגירה" שמשד המשפטים פירסם בינואר 2014).

"מתווה לתאום הטיפול במסתננים המעורבים בפלילים בין משטרת ישראל לרשות האוכלוסין וההגירה" מצ"ב – נספח 9/ע

40. כך גם במסגרת הליכים שונים להסדרת מעמד שחלים בין היתר על מבקשי מקלט, משטרת ישראל מוסרת לרשות האוכלוסין מידע לגבי קיומו ותוכנו של מרשם פלילי של חסר המעמד, על פי דרישה של הרשות. ראו למשל "נוהל הערות גורמים בבקשות למעמד בישראל מכוח קשר זוגי עם ישראלי"² ו"נוהל מתן בפועל או הארכת רישיון לשיבת ארעי או רישיון לשיבת קבע"³.

41. יתרה מכך, **המשיבה כבר נתנה בעבר אישור העסקה למבקש מקלט שהחזיק ברישיון לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל לאחר שזיהתה אותו על פי אותו רישיון**, וזאת לאחר התערבות המוקד.

42. באותו מקרה בקשתו של מבקש המקלט (שיכונה כאן ד') לקבלת אישור העסקה סורבה תחילה בנימוק ש"לא ניתן להוציא מידע על אזרח שהוא לא ישראלי". לאחר פניית המוקד אל המשיבה בנושא, שבה עמד על כך שסירובה עומד בניגוד לחובתה להנפיק אישור העסקה ואף בניגוד לפרקטיקה הנוהגת בהקשרים אחרים (נספח 10/ע), נימקה המשיבה את הסירוב בכך "שגם אם תבוצע אותה בדיקה המחויבת על פי החוק (בדיקת גיליון הרישום הפלילי) ואף אם תבוצע בדיקה במרשם המשטרתני, לא ניתן לשלול מעורבותם בעבירות מין שבוצעו על ידם של הזרים בארצם/מדינת מוצאם, שכן העדר מידע אינו מצביע בהכרח על העדר הרשעות בעבירות מין" (נספח 11/ע).

43. בעקבות פנייה חוזרת של המוקד (נספח 12/ע) וצירוף העתק מסמך שהעיד על כך שד' היה קטין בעת כניסתו לישראל, הודיעה המשיבה כי "לאחר בחינה והתייעצות יינתן באופן חריג אישור משטרה [לד'] בכפוף לבדיקת המידע הקיים אודותיו במשטרה מיום כניסתו לישראל" ודרשה שד' יצרף תצהיר כי לא הורשע מרגע היותו בגיר בעבירת מין. לאחר שנשלח התצהיר, ביום 7.6.21 נתנה המשיבה לד' אישור העסקה לפי החוק (נספחים 13/ע ו-14/ע).

מצ"ב: פניית המוקד ליועמ"ש משטרת ישראל מיום 19.8.20 – נספח 10/ע; תשובת ק' חוליית ייעוץ וחקיקה במדור מידע פלילי במשטרה מיום 7.9.20 – נספח 11/ע; פנייה חוזרת של המוקד מיום 26.10.20 – נספח 12/ע; החלטת המשיבה (בהתכתבות דוא"ל) – נספח 13/ע; אישור העסקה לד' – נספח 14/ע. הפרטים המזהים של ד' צונזרו ויימסרו ככל שיש בכך צורך.

44. אם כן, ניתן לראות שאין כל קושי מעשי או מהותי לתת לעותר אישור העסקה, כפי שנעשה בעניינו של מבקש מקלט אחר.

45. יובהר שבמקרה של ד' המשיבה דרשה שימציא אישור לגבי גילו משום שביקשה לוודא שבכל שנותיו כבגיר היה בישראל. העותרים סבורים שלשון החוק מבהירה שגם אם העותר היה בגיר בעת כניסתו לישראל הייתה מוטלת על המשיבה החובה לתת לו אישור העסקה, שכן נוסח האישור שנדרש על פי החוק אינו מחייב את המשטרה לאשר כי המועמד לעבודה לא הורשע בעבירת מין מחוץ לתחום שיפוטה של המדינה (כפי שגם בעניינם של אזרחים ישראלים, המשיבה לא מאשרת שלא הורשעו בעבירת מין מחוץ לארץ). כך גם נוסח האישור שמנפיקה המשיבה, הקבוע בתקנות, הוא כאמור שאין מניעה לפי

² מס' נוהל 5.2.0015, זמין באתר רשות האוכלוסין וההגירה: https://www.gov.il/BlobFolder/policy/requests_status_relationship_israel_2014/he/5.2.0015.pdf

³ מס' נוהל 5.2.0023, זמין באתר רשות האוכלוסין וההגירה: https://www.gov.il/he/pages/permit_extension_a3_procedure

החוק להעסקת המועמד "על פי הנתונים הקיימים במאגרי המידע המשטרתיים" נכון למועד האישור. דהיינו – האישור על פי החוק נוגע למידע הקיים במשטרה באשר לעבירות שנעברו בישראל. כך או כך, בעניינו של העותר אין כל מחלוקת שהיה קטין במועד כניסתו לישראל, אז היה בן 5, ומאז לא יצא ממנה, כך שבכל מקרה אילו היה מורשע בעבירת מין הדבר היה מופיע בנתוני המשטרה.

46. למעלה מן הצורך יודגש שאין בדרישה שהמשיבה תקיים את החוק ותיתן לעותר אישור העסקה כל פוטנציאל לפגוע בקטינים או בחסרי ישע, או כדי לסתור את תכלית החוק. כמו רוב רובם של מבקשי המקלט, מאז שהעותר הגיע לישראל בגיל 5 הוא לא יצא ממנה. מאז שמלאו לו 17 שנים הוא תחת פיקוחה של רשות האוכלוסין וההגירה, שמחזיקה בנתוניו הביومترתיים ושבמתקן האכיפה שלה הוא מתייצב מדי כמה חודשים. המשיבה יכולה להנפיק את רישומו הפלילי של העותר על פי מספר רישונו, ולבדוק אם הורשע בעבירה כלשהי. להבדיל, אזרח ישראלי שיבקש מהמשיבה אישור העסקה לאחר שהייה בת מספר שנים כבגיר בחו"ל, המשיבה תיתן לו את האישור, זאת גם מבלי לוודא שלא הורשע בביצוע עבירת מין בתקופה שחי כבגיר מחוץ לישראל. במילים אחרות, אם יש אדם שניתן לדעת בוודאות שלא הורשע בביצוע עבירת מין, בישראל או מחוץ לה, זהו העותר.

התייחסות לעמדת המשיבה כפי שהוצגה בדיונים ציבוריים

47. להשלמת התמונה יצוין שסירוב המשיבה לתת למבקשי מקלט אישור העסקה עלה לאחרונה בדיון בוועדה המיוחדת לענייני צעירים בכנסת. בדיון ביום 12.8.24 שעסק בחסמים שעומדים בפני צעירים שאינם בני הרחקה, ושבנו גם השתתף העותר, טענה נציגת הלשכה המשפטית במשרד לביטחון לאומי, הגב' לינוי מני, שהסיבה לסירוב היא "קושי טכני", משום שהמספר שהמשטרה נותנת למבקשי מקלט כשהם נקלטים במערכת שלה כחשודים הוא לא המספר המזהה שניתן להם על ידי רשות האוכלוסין. לכן, לטענת נציגי המשיבה בדיון, מספר רישיון הישיבה של מבקש המקלט לא מאפשר לזהות אותו במערכת לצורך מתן האישור:

"הקושי זה לא לתת את האישור, הקושי זה איך לתת את האישור. החסם שלנו הוא חסם טכני, חסם שקשור לזה שכיום יש להם מספר פיקטיבי שלא ניתן לעקוב אחריו במערכות שונות שקיימות במדינה" (עמ' 29 לפרוטוקול הדיון).

48. אלא שכפי שתואר לעיל, טענה זו לא יכולה לעמוד. הן משום שהמשיבה מזהה מבקשי מקלט על פי רישיון הישיבה לצרכים אחרים, לרבות עיון במידע פלילי; הן בשל הזרמת המידע בין המשטרה לרשות האוכלוסין וההגירה; והן משום שהמציאות הוכיחה שהדבר אפשרי, כאשר המשיבה כבר נתנה למבקש מקלט אישור העסקה. ר' לעניין זה דבריו של מר אריאל מרנס, יועץ מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה, בדיון האמור:

"[...] **הזיהוי של אותם צעירים יכול להתבצע**, שוב, אני לא באתי להציע הצעות למשטרת ישראל או למשרד לביטחון לאומי, אבל כמו כל דבר, אנחנו רק זרוע ביצועית. **אפשר לבצע עוד זיהויים, אני יכול לחשוב על עוד שישה-שבעה מקרים שאפשר לבקש מכתב מגוף מסוים ועוד שלושה גורמים מזהים שיאשרו שזו זהות של בן האדם**. ועדיין, שוב פעם, זה לא חונה אצלנו, צר ליי" (עמ' 22 לפרוטוקול הדיון).

פרוטוקול ישיבת הוועדה המיוחדת לענייני הצעירים מיום 12.8.24 זמין באתר הכנסת.⁴

49. ממילא, יוזכר, סעיף 3(ג) לחוק מחייב את המשיבה לרכז את כל הנתונים הנדרשים לעניינו. לכן, גם אם טענת המשיבה שקיים קושי טכני לתת את האישור הייתה נכונה, אין בכך כדי לפטור אותה מחובתה לתת אותו. זאת במיוחד בהינתן שמדובר בהוראה שנחקקה לפני 23 שנים, תקופה מספיקה להיערכות לקיום החוק (שנכנס לתוקף ביום 1.3.2003).

50. עוד יוזכר שבמקרה קודם שבו המשיבה סירבה לתת למבקש מקלט אישור העסקה (עניינו של ד' שתואר לעיל, סירוב שבהמשך חזרה בה ממנו), היא נימקה את החלטתה בכך שאין לה אפשרות לשלול מעורבותם של "זרים" בעבירות מין שבוצעו על ידם במדינת מוצאם. זהו נימוק שונה בתכלית מזה שהמשיבה הציגה לפני שלושה חודשים בפני ועדת הכנסת. לנוכח קונברסיה זו של נימוקים (וביתר שאת בהינתן שהעותרים לא קיבלו כל נימוק לסירוב מושא העתירה) מתערערת אמינותם, וככל שטענות אלה יועלו בפני בית המשפט הנכבד, עליו לדקדק בבחינתם נכונותם ולבחון אותם בחשדנות יתרה (זמיר **הסמכות המינהלית** מהד' 2, 2011, הוצאת נבו, כרך ב', עמ' 1295 וההפניות שם).

3. טענות חלופיות: פגמים בהפעלת שיקול הדעת

51. ככל שטענת העותרים שהמשיבה מפרה את הוראות החוק ופועלת בחוסר סמכות תידחה, הם יטענו **לחלופין** שהחלטת המשיבה פוגעת בזכויות יסוד באופן לא מידתי, פוגעת באינטרס הציבורי ומפרה את חובותיה כרשות מינהלית.

פגיעה בזכויות יסוד שלא על פי תנאי פסקת ההגבלה

פגיעה בכבוד האדם

52. החלטת המשיבה היא מפלה על רקע שיוך קבוצתי בקביעתה הבלתי מבוססת כי "אין אפשרות לבקש אישורי העסקה לזרים". זאת למרות שבין מבקשי מקלט לבין מי שלא מוגדרים על ידי המשיבה כ"זרים" אין כל שוני רלוונטי לעניין החוק, הן מבחינת לשונו והן מבחינת תכליתו; למרות שהתקנות מציינות מפורשות שניתן להנפיק אישור גם שלא על פי תעודת זהות; למרות שהמשיבה יכולה לשלוף את המידע הפלילי של העותר ללא כל קושי ואף עושה זאת באופן שגרתי בעניינם של מבקשי מקלט אחרים; ולמרות שגם לגישת המשיבה, לפחות עד לא מזמן, ניתן להנפיק אישור העסקה למבקש מקלט שנכנס לישראל כקטין.

53. היות שהחלטתה מפלה מחמת שיוך קבוצתי "חשוד" – מוצא, מעמד אזרחי או האופן שבו מגדירה המשיבה "זרים" – היא טומנת בחובה ממד של השפלה, ופוגעת בליבת זכותו החוקתית של העותר לשוויון ובגרעין הזכות לכבוד האדם (ראו למשל בג"ץ 3390/16 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' הכנסת** (8.7.2021), פס' 118-120 לפסק דינו של כבוד השופט סולברג (בדעת מיעוט אך לא בנושא זה), וההפניות שם).

54. סירובה הסתמי והבלתי מנומק של המשיבה ממחיש שכל שהיא ראתה לנגד עיניה בעותר הוא "זר". עמדתה המשתמעת לפיה היא יכולה פשוט להפר את החוק כשעומד מולה מבקש מקלט, מבלי להתייחס

⁴ זמין בקישור:

לטענותיו או לנסיבותיו, היא התייחסות מכלילה ומבזה.

55. בנוסף, בהינתן שהיחס המפלה פוגע ביכולתו של העותר להגשים את עצמו ולפתח את אישיותו ויכולותיו, ובזכותו הבסיסית שלא לסבול יחס מקפח מהרשות, החלטת המשיבה עולה כדי פגיעה בכבוד האדם גם אם היחס המפלה לא היה עולה כדי השפלה (ראו בג"ץ 8300/02 **נסר נ' ממשלת ישראל** (22.5.2012), פסי' 44-46). החלטת המשיבה מעבירה לעותר ולמבקשי מקלט אחרים את המסר שלמרות שגדלו בישראל, התחנכו במערכת החינוך הישראלית והצליחו ללמוד ולרכוש מקצוע שמגשים את כישוריהם חרף עמדת המוצא הנחותה שלהם – לנצח הם נועדו לעבוד בעבודות כפיים, כמו הוריהם (לעניין סוגי העבודות שבהן עובדים רוב מבקשי המקלט ר' בג"ץ 2293/17 **גרסגור נ' כנסת** (23.4.2020), פסי' 12-13 לפסק דינו של כב' השופט עמית ופסי' 11 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

56. תוצאת ההחלטה הרטרית של המשיבה היא חסימה בפני מבקשי מקלט מקצועות שהמחוקק כלל לא הסמיך ואף לא התכוון לחסום בפניהם. היא שוללת ממבקשי מקלט את האפשרות להתפתח ולעצב את מסלול חייהם ואת זהותם על פי בחירתם. התנהלות זו אינה עולה בקנה אחד עם ערך כבוד האדם ועם התפיסה שבבסיסו "כי האדם – כל אדם – הוא יצור אוטונומי וחופשי, המפתח את גופו ורוחו על פי רצונו, והכותב את סיפור חייו על פי בחירתו" (בג"ץ 4542/02 **קו לעובד נ' ממשלת ישראל**, סא(1) 346 (2006), פסי' 30). כמאמר כב' השופט לוי:

"אכן, קיימת זיקה ישירה בין עקרון האוטונומיה לבין מושג הכבוד. אדם, המגלה כי לבחירותיו לא ניתן משקל שווה לאלו של רעיו, הנוכח כי אין יסוד רציונלי לעובדה כי האחר, בניגוד אליו, זוכה לממש את העדפותיו, המרגיש כי אינו זוכה להכרה, ובפרט שעה שבחירותיו משרתות גם את ענינם של אחרים זולתו, והחש עצמו נפגע בגין בחירות שעשה בלא שיש טעם ממשי לדבר, הוא, ללא ספק, אדם שכבודו נפגע" (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת** (11.5.2006), פסי' 5 לפסק דינו. ר' גם בג"ץ 8425/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית ואח' נ' ממשלת ישראל** (22.9.2014), פסי' 121 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

57. החלטת המשיבה פוגעת בכבוד האדם של העותר גם בכך שהיא פוגעת בזכותו לעבוד, הכוללת את זכותו של האדם לבחור באופן חופשי את עבודתו (סעיף 23(1) להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948); סעיף 6(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות חברתיות, כלכליות ותרבותיות מ-1966, אושרה ביום 3.10.1991, כ"א 1037, כרך 31, עמ' 205). בפסיקת בית הדין לעבודה הזכות לעבוד הוכרה כזכות-בת חוקתית הנגזרת מהזכות לכבוד האדם. זאת מתוך הכרה בכך ש"עבודתו של אדם מעניקה לו לא רק פרנסה, אלא גם אמצעי להשתלבות בחברה, ליצירת קשרים בין אישיים, להגשמה עצמית של כישוריו ויכולותיו, לתחושת סיפוק, משמעות, התפתחות אישית והשגת עצמאות כלכלית", (ע"ע (ארצי) 30279-05-19 **חיים זר – מת"ש – מרכזי תעסוקה שיקומיים בע"מ** (10.10.2021), פסי' 7-3 לפסק דינה של הנשיאה וירט-ליבנה).

58. יודגש שעניינה של עתירה זו בביקורת על החלטה מינהלית. אפילו ייקבע שהחלטת המשיבה אינה עולה כדי פגיעה בזכות החוקתית של העותר לשוויון, עדיין המשיבה מפרה את חובתה המינהלית לנהוג בשוויון, שהיא רחבה מההגנה החוקתית וכוללת מצבים של אפליה אקראית או מקרית (ע"מ 343/09 **הבית הפתוח בירושלים לגאווה וסובלנות נ' עיריית ירושלים** (2010)). על רקע ההלכה לפיה "ככלל, כאשר הפגיעה בשוויון נעשית מתוקף מעשה מינהלי, בית המשפט ייטה להתערב במידה רבה יותר מכפי שהיה מתערב במקרה של פגיעה בשוויון בחקיקה ראשית" (בג"ץ 2021/11 **נועה ועקנין נ' שר**

האוצר (6.6.2013), ולאור התנהלותה השרירותית והמפלה של המשיבה, ללא הנמקה – מתחזקת הדרישה להתערבותו של בית המשפט.

59. בנוסף, לא ניתן להתעלם מן העובדה שבית המשפט הנכבד כבר התבטא נחרצות לגבי הסטנדרט המחמיר שראוי להחיל כאשר המדינה מבקשת לפגוע בזכויות המעוגנות בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו של אוכלוסיית מבקשי המקלט. יפים לעניין זה דבריו של כב' השופט רובינשטיין בפסק דינו בבג"ץ 4386/16 **מדיו נ' נציבות בתי הסוהר** (13.6.2017):

"הצורך בהגנה על כבודו של אדם מתחזק כאשר נמנה הוא על מה שנהוג לכנות "אוכלוסיות מוחלשות". בני אוכלוסיות אלה, על דרך הכלל, לא ייהנו משדולה חזקה שתקדם את עניינם בבית המחוקקים; הם לא יהיו מאוגדים; מצבם הכלכלי יהיה בכי רע; ונסיבות חייהם יביאו לכך שרכישת השכלה תהא כרוכה בעבורם בקושי רב. הנטייה הטבעית – גם אם לא מכוונת – עלולה להביא ביתר קלות לפגיעה בזכויותיהם. **הדעת נותנת, והשכל הישר מחייב, כי על חברה המבקשת לכבד זכויות אדם, לדקדק דוקא בשמירה על זכויות אוכלוסיות אלה.** "על המחוקק, ואף עלינו, להפנות פנינו אל כלל החלשים" [...], ולהגן על כבודם, מקום שנפגע שלא כדין".

פגיעה בחופש העיסוק

60. חופש העיסוק הוכר כזכות יסוד שאינה כתובה עלי ספר כבר מראשית ימיו של בית משפט זה. הזכות עוגנה בפסיקה כזכות קנויה וטבעית העומדת לכל אדם (בג"ץ 1/49 **בז'רנו נ' שר המשטרה**, פ"ד ב 80, פס' 5). חוק יסוד: חופש העיסוק עיגן את מעמדו של חופש העיסוק כזכות חוקתית של כל אזרח או תושב.

61. העובדה שחופש העיסוק עוגן בחוק היסוד בכל הנוגע לאזרח או תושב, אין משמעותה שמבקשי המקלט השוהים בישראל כדין שנים אינם זכאים ליהנות מזכות זו. ראשית, לאור ההכרה ההלכתית בזכות לחופש העיסוק כזכות הנתונה לכל אדם (ראו הערת כב' השופט לוי בבג"ץ 4542/02 **קו לעובד נ' ממשלת ישראל**, סא(1) 346 (2006), בפסקה 41). שנית, משום שהגדרת "אזרח", לא כל שכן "תושב", מקבלת משמעויות שונות בהתאם להקשר שבו היא נדרשת ובהתאם לתכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה המתפרש (ראו ע"א 477/02 **אריה גונן נ' פקיד שומה חיפה** (29.12.2005), פס' 8 וההפניות שם). זאת על רקע הקביעה "שאין בכוחה של הוראת חוק (רגיל) לקבוע את פרשנותה של הוראה בחוק יסוד" (בג"ץ 4593/05 **בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' ראש הממשלה** (20.9.2006), פס' 10 לפסק דינו של הנשיא ברק).

62. עד כה בית המשפט הנכבד לא הכריע מי הוא "תושב" כאמור בסעיף 3 לחוק יסוד: חופש העיסוק ובשאלת תחולת חוק היסוד על מוגנים זמנית ומבקשי מקלט ששוהים בישראל כדין שנים ארוכות. ר' למשל את הערתה של כב' השופטת פרוקצ'יה בבג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, סד(3) 122 (2011): "נראה, כי תנאי זה נועד להחיל את חוק-היסוד על מי שיש לו זיקה ישירה למדינה, שאין בה מן הזמניות והארעיות" (פס' 37 לפסק דינה).

63. עם זאת, נדמה שלכל הפחות בהקשרים מסוימים, הכיר בית המשפט בזכותם של מבקשי מקלט לחופש העיסוק. כך במסגרת דיון בסמכותו של שר הפנים להטיל על מבקש מקלט מגבלות גיאוגרפיות בגדרו של רישיון הישיבה שניתן לו, צוין שבמגבלות אלה כרוכה פגיעה מסוימת בחופש העיסוק (בר"מ 1126/18 **זרגוזי נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (30.9.2021), פס' 51 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).

64. פרופ' אהרן ברק כותב כי ביסוד התפיסה שמחילה את חוק יסוד: חופש העיסוק רק על אזרח או תושב

"מונחת ההכרה כי רק מי שיש לו זיקה למדינה זכאי לעיסוק בה", ומוסיף:

"חוק היסוד אינו מגדיר "אזרח" או "תושב", ותוכנם של ביטויים אלה ייקבע על יסוד התכלית המונחת ביסודם. אין לזהות, אפוא, "אזרח" עם ההוראות של החקיקה הרגילה העוסקת באזרחות. [...] דומה, כי אין לזהות "תושב" עם ההוראות העוסקות בתושבות. ואכן, כבר בעבר נפסק כי לדיבור "תושב" משמעויות שונות בהקשרים שונים. על כן, יש להכיר כתושב "לכל מי שיש לו זיקה למעשה למדינה, זיקה שאין בה מהזמניות או מהארעיות, שיש בה כדי להוכיח שניתן לראות מקום כלשהו בתחום ישראל כבית שבו הוא חיי" (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שלישי: פרשנות חוקתית (נבו, 1994), עמ' 598).

65. בית המשפט הנכבד הביע עמדה דומה. כך, ביחס לעובדי סיעוד שוהים בישראל תקופה ארוכה נקבע כי הם עונים על רבים מהקריטריונים שנקבעו בפסיקה לבחינת תושבות, וכי:

"שהותם הממושכת של עובדים אלו בישראל יוצרת זיקה חזקה בינם לבין המדינה, ובמקביל מנתקת את זיקתם ממדינת המקור ממנה באו. לא ניתן להתעלם מזיקה זו למדינת ישראל, גם אם פורמאלית אין אותם עובדים נחשבים כתושבים לאור הוראת סעיף 2 לחוק הביטוח הלאומי. מבחינה מהותית, כך נראה, היו מוכרים רובם של עובדים אלו כתושבים ישראלים" (בג"ץ 1105/06 קו לעובד נ' שר הרווחה (22.6.2014), פס' 53 לפסק דינה של כבי השופטת ארבל).

66. ואם כך הדבר באשר למהגרי עבודה, שזיקתם לישראל מוגבלת בזמן ושלא נשקפת להם סכנה במדינת אזרחותם, על אחת כמה וכמה נכון הדבר בעניינם של מבקשי המקלט, שרובם המוחלט שוהה בישראל כדין מזה שנים ארוכות. הם, הלכה למעשה מבחינת הזיקות העובדתיות, תושבי המדינה. ישראל היא מקום מגוריהם הקבוע במשך שנים רבות; קשריהם החברתיים וחיי הקהילה שלהם מרוכזים בישראל; הצעירים שבהם, כמו העותר, גדלו והתחכנו במערכת החינוך הישראלית; מקום עבודתם הקבוע הוא בישראל והם משלמים מיסים; לעיתים קרובות, כמו בעניינו של העותר, גם משפחתם הקרובה בישראל; ולגבי רובם המוחלט, אין כל צפי לשינוי במצב זה. ר' לעניין זה עמדת המשנה לנשיאה רובינשטיין ביחס למדיניות מיסוי העסקה של מבקשי המקלט, לפיה "שהותם הייחודיות של עובדים יוצאי סודאן ואריתריאה [...] עשויות לטעמי להצדיק על פניו מדיניות מיסוי מובחנת, שכן יש באלה יותר מן התושבות מאשר עמיתיהם העובדים החוקיים" (ע"א 4946/16 שלמה סעד נ' פקיד שומה אשקלון (12.9.2017), פס' נח).

67. במאמרו "הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד",⁵ טוען ד"ר עמרי בן-צבי כי על המדינה לכבד באופן מלא את כל הזכויות החוקתיות של כל מי שהיא מקבלת שעליה להכיל בתוך גבולותיה לתקופה ארוכה. לפי התיאוריה של ד"ר בן-צבי, אנשים ששוהים בארץ תחת הגנה קבוצתית, או מבקשי מקלט שממתינים להכרעה בבקשותיהם תקופות ממושכות, הצטרפו אל "הקהילה החוקתית" של המדינה ויש להעניק להם את מלוא הזכויות החוקתיות שלה זוכים תושבים, מעבר לזכויות האוניברסליות המוקנות לכל אדם באשר הוא אדם. בין זכויות אלה, חופש העיסוק.

68. דברים אלה נכונים ביתר שאת בעניינו של העותר, שמשפחתו נאלצה לברוח באריתריאה ונכנס לישראל כילד קטן, מבלי שהייתה לו שליטה או בחירה אם לחיות ולגדול כאן.

⁵ עמרי בן-צבי הקהילה החוקתית: על הקשר בין מעמד אזרחי לזכויות יסוד משפטים נ (אוקטובר 2020) 471.

69. לאור האמור, והיות שהחלטת המשיבה שוללת מן העותר את האפשרות לעסוק במקצועו, היא פוגעת בזכותו (ובזכותם של מבקשי מקלט אחרים) לחופש העיסוק.

70. הפגיעה בחופש העיסוק של העותר היא ביטוי נוסף לפגיעה בכבוד האדם שלו. ר' קביעתה של כב' השופטת דורנר בבג"ץ 5936/97 **לם נ' מנכ"ל משרד החינוך התרבות והספורט**, נג(4) 673 (1999) (פס' 5 לפסק דינה):

"חופש העיסוק הוא ביטוי מיוחד לעיקרון הכללי של כבוד האדם וחירותו. "באמצעות העיסוק האדם מעצב את אישיותו ואת מעמדו החברתי. טול מהאדם את חופש העיסוק ונטלת ממנו צלם האדם. טול מהאדם את החופש לבחור מקצוע ונטלת ממנו את טעם החיים" [...]"

הפגיעה בזכויות יסוד אינה עומדת בתנאי פסקת ההגבלה

71. מכיוון שהמשיבה לא סיפקה כל נימוק להחלטתה, העותרים לא יודעים מהי התכלית של הסירוב לתת לעותר אישור העסקה. לצורך הדיון, נקודת המוצא תהיה שתכלית ההחלטה היא ראויה, והיא הגשמת תכלית החוק – צמצום פגיעה בקטינים ובחסרי ישע על ידי עברייני מין שמועסקים במוסדות. מכל מקום, ההחלטה לא צולחת את שלושת מבחני המידתיות.

72. ההחלטה לא עומדת במבחן הקשר הרציונלי מכיוון שהעותר לא הורשע בעבירת מין (כאמור ניתן לבדוק זאת בקלות על ידי עיון במידע הפלילי שלו), ולכן הסירוב לתת את אישור העסקה וכך למנוע את העסקתו כמאמן כדורגל לא מגשים את התכלית של צמצום פגיעה בקטינים ובחסרי ישע על ידי עברייני מין שמועסקים במוסדות.

73. ההחלטה לא עומדת במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה מכיוון שניתן למנוע העסקת מבקשי מקלט שהורשעו בביצוע עבירת מין על ידי בדיקה בנתונים שהמשיבה מרכזת לגבי כל מועמד להעסקה, כפי שהחוק מחייב ואף נעשה בעבר. כדי לא לחזור על הדברים, העותרים יפנו לאמור בפרק 2 לעיל, תחת הכותרת "אין כל מניעה לתת למבקשי מקלט אישור העסקה, והדבר אף נעשה בעבר".

74. ההחלטה לא עומדת במבחן המידתיות במובנה הצר משום שלא צומחת ממנה שום תועלת, ומנגד, כפי שתואר לעיל, עומדת פגיעה קשה וודאית בזכות העותר לכבוד, תוך פגיעה בזכות לשוויון ובזכות לעבוד, וכן פגיעה בזכותו לחופש העיסוק (ר' תחת הכותרות "פגיעה בכבוד האדם" ו"פגיעה בחופש העיסוק"). בהחלטה טמון נזק נוסף שהוא הפגיעה באינטרס הציבורי שבשילוב מבקשי מקלט בחברה, כמפורט מטה תחת הכותרת "פגיעה באינטרס הציבורי".

75. לצד כל האמור, יש לזכור שהסיבה שבגינה העותר ומבקשי מקלט רבים אחרים לא מחזיקים ברישיון תושב פורמלי מכוח חוק הכניסה לישראל ומקבלים יחס של "זרים" נעוצה במחדלה המתמשך של המדינה מלבחון ולהכריע בבקשות מקלט של אזרחי אריתריאה וסודן, באופן שכונה כבר לפני כעשור כ"אוזלת יד מדהימה אם לא רשלנות מכוונת" (בג"ץ 8665/14 **דסטה נ' הכנסת** (3.2.2015), פס' 12 לפסק דינו של כב' השופט מלצר. ר' גם פס' 46 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בבג"ץ 2293/17 **גרסגהר נ' כנסת** (23.4.2020)). לו היו מוכרעות בקשות המקלט, בסבירות גבוהה רבים מאזרחי מדינות אלו היו מוכרים כפליטים וזוכים למעמד תושב ארעי.

76. מחדל נוסף הוא הימנעותה המתמשכת של המדינה מלהסדיר את הזכויות שלהן זכאים מי שחוסים תחת הגנה זמנית או "מדיניות אי הרחקה" מזה למעלה מ-15 שנים, התנהלות שזכתה לביקורת נוקבת

של בית המשפט הנכבד (עע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים (17.7.2012)), פסק דינה של כב' השופטת חיות) ושל מבקר המדינה (מבקר המדינה "הטיפול בזרים שאינם בני הרחקה מישראל – דוח מעקב" דוח שנתי 68 ג 149, 182-185 (2018)). מחדל זה בולט במיוחד לאור הנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין הגנה זמנית, אשר קובעות את הזכויות המינימליות שאדם החוסה תחת הגנה זמנית זכאי להן, ומציינות שככל שהחוסה תחת ההגנה שווה במדינה תקופה ממושכת, או שחל עיכוב במציאת פתרון בר קיימא עבורו, תנאי השהייה במדינה צריכים להשתפר בהדרגתיות.⁶ בעניינו של העותר, לא זו בלבד שהוא לא קיבל את הזכויות המינימליות שמגיעות לו כמי שחוסה תחת הגנה זמנית, לאורך השנים לא חל שום שיפור במצבו או בהיקף זכויותיו.

77. אוכלוסיית מבקשי המקלט היא אוכלוסייה בעלת מעמד מיוחד, ולא ניתן להתייחס אל המשתייכים אליה כ"זרים" ובמנותק מהזכויות שלהן הם זכאים. בוודאי שאין זה ראוי, סביר או מידתי להחמיר את מחדל אי הטיפול בבקשותיהם למקלט והפרת החובות שחלות לגביהם מכוח דיני הפליטים עם פגיעה נוספת בזכותם הבסיסית לכך שהמשיבה תקיים לגביהם את החוק ולא תפגע בזכויות היסוד שלהם.

פגיעה באינטרס הציבורי – שילוב מבקשי מקלט בחברה

78. לצד הפרת החוק ופגיעה בזכויות יסוד באופן לא מידתי, החלטת המשיבה עומדת בניגוד לאינטרס הציבורי שבשילוב מבקשי מקלט בחברה בשני היבטים. ראשית, מדובר בשלילת אפשרויות תעסוקה בפני אנשים שמשתייכים לאוכלוסייה שהיא ממילא מוחלשת ומודרת.

79. שנית, כפי שכותבת דפנה ליכטמן, מנכ"לית ספריית גן לוינסקי, העסקה של מבקשי מקלט צעירים בתפקידים חינוכיים, מלבד היותה חשובה להתפתחותם האישית והמקצועית, היא בעלת חשיבות גם בהיבטים הקהילתיים הרחבים יותר בכך שהיא מקדמת יצירת הנהגה חיוביות ומיטיבה בקרב חברי הקהילה, כזו המבקשת לקחת אחריות ולנהוג בסולידריות חברתית וקהילתית. בכך, העסקתם של מבקשי מקלט בתפקידים חינוכיים משרתת גם את התושבים הישראלים החיים בשכונות להם.

80. כך מתארת גבי ליכטמן את התועלת שתצמח מהעסקתו של העותר בעבודה עם ילדים:

הוא בחור חכם, מוכשר, נדיב, טוב לב וערכי, שמתנדב בארגון שלנו כבר מספר שנים ועושה זאת מתוך תחושת שליחות עמוקה לסייע ולתמוך בחברי קהילתו ובאופן ספציפי בילדי הקהילה. עבור ילדים רבים שהוא פוגש פעמיים בשבוע במסגרת התנדבותו במרכז החינוכי-קהילתי לילדים ולנוער הוא מודל לחיקוי, אוזן קשבת ואדם המגיע מאותם עולמות תרבותיים ואתניים מהם מגיעים הילדים, דבר המאפשר להם להזדהות איתו ולהיות עבורם דמות חינוכית מיטיבה וחיובית".

מכתב מאת דפנה ליכטמן, מנכ"לית ספריית גן לוינסקי, מצ"ב – נספח ע/15

81. לא ניתן להפריז בערך הרב שיש במודל לחיקוי שמגשים את כישוריו עבור ילדים מבקשי מקלט. בשל מחדל המדינה מלהסדיר את מעמדם, אלו מהם שנולדו בישראל או הגיעו אליה כילדים חווים בגיל 18 התפכחות כואבת. הם לא יכולים להמשיך במסלול החיים המקובל של חבריהם האזרחים לכיתה; מי

⁶ UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), Guidelines on Temporary Protection or Stay Arrangements, February 2014, Article 17. Available at: <https://www.refworld.org/docid/52fba2404.html>

על מעמדה הייחודי של נציבות האו"ם לפליטים כמקור פרשני מנחה לאמנת הפליטים ר' עע"מ 8675/11 טדסה נגד יח' הטיפול במבקשי מקלט (14.5.2012), פס' 15-16; עע"מ 8870/11 גונזלס נ' משרד הפנים (25.4.2013), פס' 12 ו-16; בר"מ 5040/18 פלונית נ' רשות האוכלוסין וההגירה משרד הפנים (9.2.2020), פס' 56 לפסק דינה של הש' ברק ארז.

ששואפים ללמוד לימודים אקדמיים נתקלים בחסמים כלכליים; מקצועות הדורשים רישוי, כמו רפואה, סיעוד ועבודה סוציאלית, סגורים בפניהם, וכך גם הכשרות מקצועיות של משרד העבודה; הם לא יכולים להוציא רישיון נהיגה (למעט באופניים חשמליים); והם אינם זכאים למרבית שירותי הביטוח הלאומי ולביטוח בריאות ממלכתי. כלומר, ממילא האפשרויות לתעסוקה משמעותית ולהגשמה עצמית הן מוגבלות עבור מבקשי מקלט. מצב זה פוגע במוטיבציה הפנימית והחיצונית שלהם, ומעודד נשירה מבית הספר.⁷

82. אף מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה בזמנו פרופ' שלמה מור יוסף התייחס לפני שנים ספורות למצבם המיידש של ילדי מבקשי המקלט:

"הילדים האלה, בתנאים האלה, נדחקים לשולי החברה [...] אלה ילדים שלא יוכלו ללמוד באוניברסיטה ולא יוכלו לקבל רישיון נהיגה ומקומות העבודה [שלהם] יהיו כאלו ואחרים [...] אז במקום שהם יהיו ילדים מתבגרים לתוך חברה שהם יכולים להיות בה מועילים – הם נכנסים לתוך חברה שהם יהיו בשוליה בהגדרה".⁸

83. גם מסיבה זו נחוצה התערבותו של בית המשפט הנכבד בהוראה מפורשת למשיבה לקיים את הדין ולתת לעותר אישור העסקה.

היעדר הנמקה להחלטה

84. סירוב המשיבה לתת לעותר אישור העסקה נמסר לעותרים ללא הנמקה מהותית, ותוך התעלמות מוחלטת מטענותיהם העובדתיות והמשפטיות. מצב זה שולל מהעותרים את היכולת לתקוף אותה באופן ענייני, ומאלץ אותם להגיש עתירה זו בלי לדעת אם היא מתייחסת אל מלוא טענות המשיבה (בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים (1953)).

85. כרשות מינהלית, מוטלת על המשיבה חובת ההנמקה (סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 (להלן: חוק ההנמקות)). בית המשפט עמד על חשיבותה של חובת ההנמקה בשורה של פסקי דין, ונדמה שאין צורך לחזור על האמור בהם (ר' למשל ע"א 10419/03 דור נ' רמת הדר – **כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ**, ס(2) 277 (2005), פס' 26). הפגם של היעדר הנמקה יכול כשלעצמו להביא לבטלותה של ההחלטה; ובכל מקרה הוא שולל מהמשיבה את האפשרות להסתמך על חזקת התקינות המינהלית, ומעביר אליה את הנטל להוכיח שהחלטתה התקבלה כדין (סעיף 6א) לחוק ההנמקות; בג"ץ 6322/14 **התאחדות הסוחרים והעצמאים הכללית נ' שר הפנים** (19.4.2017), פס' 19).

86. בענייננו, הפגם שבהפרת חובת ההנמקה בולט במיוחד בהינתן שהתקנות שהותקנו מכוח החוק קובעות נוסח אחיד להחלטה לסרב לתת אישור העסקה, נוסח שהמשיבה לא השתמשה בו.

87. היעדר ההנמקה גם מעצים את הפגיעה בכבוד האדם של העותר, ומוסיף לתחושת ההשפלה שנלוו לתשובה שקיבל מהמשיבה (נזכיר: "אין אפשרות לבקש אישורי העסקה לזרים").

⁷ א.ס.ף – ארגן סיוע לפליטים, "סוגרים לך דלת" דו"ח על מצב ילדי פליטים ומבקשי מקלט בישראל – 2023, אוקטובר 2023, עמ' 30-32. הדוח זמין בקישור <https://assaf.org.il/he/activity/children-and-education/they-close-the-door-education-report-2023>

⁸ פרופ' שלמה מור יוסף בראיון לגילי כהן בהסכת "עוד יום", כאן 11, 4.4.2021. זמין בקישור: <https://www.kan.org.il/content/kan/podcasts/p-8151/50997>

ו. סיכום ובקשה לחיוב המשיבה בהוצאות

88. לנוכח כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמבוקש בראש עתירה זו, ולאחר קבלת תשובת המשיבה, להופכו למוחלט. כן מתבקש בית המשפט הנכבד לחייב את המשיבה בהוצאות המשפט, לרבות תשלום האגרה, ובשכר טרחת עו"ד.

89. לעתירה זו מצורפים ייפוי כוח ותצהיר של העותר לתמיכה בעובדות המובאות בה ומסומנים ע/16 וע/17 בהתאמה, וכן ייפוי כוח ותצהיר של המוקד המסומנים ע/18 וע/19 בהתאמה.



מיכל שורץ, עו"ד
ב"כ העותר

11.11.2024