

- בעניין: _____
1. _____ אעבידו, ת"ז _____, ת"ז _____
 2. _____ שלודי, ת"ז _____, קטין, יליד 9.10.1998
 3. _____ שלודי, ת"ז _____, קטין, יליד 27.3.2000
 4. _____ שלודי, ת"ז _____, קטין, יליד 14.3.2002
 5. _____ שלודי, ת"ז _____, קטינה, ילידת 22.8.2007
 6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או נועה דיאמונד (מ"ר 54665) ו/או סיגי בן-ארי (מ"ר 37566) ו/או עביר גובראן-דפוור (מ"ר 44346) ו/או חוה מטרס-עירון (מ"ר 35174) ו/או ענת גונן (מ"ר 28359) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בילאל סביחאת (מ"ר 49838) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל: 02-6283555; פקס: 02-6276317

העותרים

- נ ג ד -

שר הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח-א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6466713

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה אל המשיב ומורה לו לבוא וליתן טעם:

1. מדוע לא יסדיר את מעמדה בישראל של העותרת 1, תושבת השטחים ואם לקטינים תושבי קבע בישראל – אשר נטלה חלק עם בעלה בהליך המדורג עד אשר נישא לאישה נוספת – ויאשר את בקשתה לקבלת מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים לפי סעיף 1א3 חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת השעה) תשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**)
2. לחלופין, מדוע לא יסדיר את מעמדה בישראל של העותרת 1 לפי סעיף 3ג להוראת השעה, המאפשרת את הסדרת מעמדו בישראל של מי שמתן המעמד בעניינו הוא מעניינה המיוחד של המדינה.
3. מדוע לא ייקבע כי כל תושב איזור המחזיק בהיתר שהייה בישראל או ברישיון לשיבת ארעי בישראל, במשך תקופה השווה למלוא תקופת ההליך המדורג לאיחוד משפחות לאנשים שהוראת השעה אינה חלה עליהם, זכאי, בהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית בעניינו, להארכת היתר השהייה או רישיון הישיבה שבידיו ללא שקילת שיקולים אחרים.

הצדדים לעתירה

4. העותרת 1 (להלן: **העותרת**), הינה במקור תושבת השטחים ואימם של העותרים 2-5, אשר שהתה כדין בישראל במסגרת ההליך לאיחוד משפחות בו נטלה חלק עם אביהם של ילדיה, בעקבות נישואיה לו בשנת 1997. בשנת 2005, ולאחר שהייה חוקית בישראל של למעלה מחמש שנים, שנים שאילולא הוראת השעה, היו מזכות את העותרת במעמד של קבע בישראל, נישא בעלה בשנת 2005 לאשה נוספת. בעקבות נישואים אלו נטש בעלה של העותרת אותה ואת ילדיה ועבר להתגורר בבית אחר עם אשתו השנייה.
5. **העותרים 2-5** הם ילדיה הקטינים של העותרת והיא ההורה היחיד הדואג לכל מחסורם ומגדל אותם.
6. **העותרת 6** היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לטפל, בין השאר, בענייניהם של תושבי ירושלים המזרחית ובני משפחותיהם מול רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת את מי שזכויותיהם נפגעו.
7. **המשיב** הוא השר שבסמכותו לקבל או לדחות את ההמלצות המוגשות לו על ידי הוועדה ההומניטארית של המשיב.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

8. בשנת 1997 נישאה העותרת, תושבת השטחים במקור, לבן דודה, מר _____ שלודי, ת"ז _____ . מר שלודי הינו תושב קבע בישראל.
- העתק אישור על נישואי העותרת לבעלה מיום 1.23.1997 מצ"ב ומסומן ע/1.
9. מנישואים אלו נולדו לעותרת ובעלה ארבעה ילדים משותפים, הם העותרים 2-5 בעתירה דנן, כולם תושבי קבע ישראל. המשפחה קבעה את ביתה בירושלים.
- העתק תעודות הלידה של ילדי העותרת מצ"ב ומסומנים ע/2.
10. בשנת 1997 הגיש בעלה של העותרת בקשה לאיחוד משפחות עבורה אשר אושרה בשנת 1998 והעותרת נכנסה להליך המדורג. לפיכך על פי ההליך המדורג לאיחוד משפחות, הייתה העותרת זכאית למעמד של **קבע** בשנת 2003, שהם חמש שנים ורבע לאחר מועד כניסתה להליך המדורג. דא עקא, נוכח כניסתה לתוקף ביני וביני של הוראת השעה, נבצר מהעותרת לסיים את ההליך והיא הוסיפה לחדש את היתרי השהייה שברשותה מדי שנה, גם לאחר שהסתיימו אותן חמש ורבע שנים שבסופן הייתה זכאית למעמד של קבע בישראל לולא הייתה תושבת האיזור. בשולי הדברים יצוין, כי בבקשה ההומניטארית שהוגשה בעניינה של העותרת – בקשה העומדת בבסיס העתירה – אף נטען, כי אלמלא העיכובים של משרד הפנים בטיפול בבקשתה, הייתה המבקשת זכאית לכאורה לפחות לשדרוג מעמדה למעמד ארעי זמן ניכר עובר לכניסתה לתוקף של הוראת השעה.

11. בשנת 2005 נישא בעלה של העותרת לאישה נוספת. לעותרת נודע על כוונות נישואין אלו מבלי שהייתה לה כל אפשרות להשפיע על ההתרחשויות. בעקבות הגילוי, נמלטה העותרת לבית דודה ושהתה שם מספר שבועות. במהלך שבועות אלו נישא בעלה בפועל לאשה הנוספת, ואף העביר את ילדיה של העותרת מביתה, ראשית לבית אחותו ובשלב מאוחר יותר לבית ששכר עבור צרתה, בשכונת ג'בל מוכבר. במקביל, הפעיל בעלה של העותרת לחצים עליה כי תשוב לביתה, תוך הבטחה כי אם תפעל כדבריו יושבו ילדיה לרשותה. לאחר שהעותרת שוחחה עם ילדיה והבינה כי הם אינם זוכים ליחס טוב מצרתה, ובעקבות הלחצים שהפעיל עליה בעלה – ובפרט האיום כי המשמורת על ילדיה תועבר למשפחת הבעל וילדיה ילקחו ממנה – שבה העותרת להתגורר עם בעלה תקופה קצרה. בתקופה זו שב הבעל והגיש בקשה לחידוש ההליך לאיחוד משפחות עבור העותרת, אשר סורבה על ידי המשיבים במקום. כמו כן התברר בדיעבד כי בתקופה זו, בה שבה העותרת לביתה ובעלה שב להתגורר עימה, היא אף הרתה את העותרת .5

12. נוכח המצב הבלתי אפשרי אליו נקלעו העותרת וילדיה בעקבות עזיבת אבי המשפחה את הבית, והואיל ובפועל לא התקיים כל קשר זוגי בין העותרת לבעלה מאז נטש אותה ואת ילדיהם המשותפים לטובת צרתה, הוגשה בעניינה ביום 5.3.2013 בקשה לקבלת מעמד מטעמים הומניטאריים לוועדה ההומניטארית, אשר הוקמה מכוח סעיף 1א3 להוראת השעה ובסמכותה להמליץ למשיב לקבל או לדחות בקשות לקבלת מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים, המוגשות מכח סעיף 1א3 להוראת השעה (להלן: **הוועדה ההומניטארית**). בבקשה נטען, כי מדובר במשפחה שלמעלה מחמש עשרה שנה מקיימת מרכז חיים מלא בישראל. עוד נטען בבקשה כי מאז שעזב בעלה את הבית משמשת העותרת הלכה למעשה כהורה יחיד לארבעת ילדיה. כמו כן נטען, כי מעבר לנטישת העותרת, שהייתה שנים רבות אשה ראשונה לבעלה ושהתה בישראל באופן חוקי שנים רבות, עובר לנישואי בעלה לצרתה, נטש הבעל, המטופל בילדה אשר נולדה לו מנישואיו השניים ולקתה במחלת הסרטן, אף את ארבעת ילדיהם. מלבד ביקורים שהוא עורך בבית אימו, שבמסגרתם הוא רואה את ילדיו, הוא אינו תומך בהם כלכלית, אינו דואג לחינוכם ואף אינו דואג לבריאותם או לרווחתם. בבקשה הוסבר כי נוכח נטישת האב, מצבם של ילדי המשפחה אינו בכי טוב. כך בין השאר, העותר 3 הסובל מתפקוד שכלי ברמה גבולית ומבעיות קשב וריכוז, סובל בשל הבעיות המשפחתיות אף מבעיות התנהגותיות ומבעיות רגשיות וחסך סביבתי. העותר 2, בנה הבכור של העותרת, סובל אף הוא ממצב רגשי קשה בעקבות נטישת אביו ובעקבות מצבה הכלכלי הקשה של המשפחה. לסיכום פורט בבקשה, כי לעותרת וילדיה אין בנוסף ממילא לאן ללכת וזאת בשל העובדה כי לאחר מגורים של שנים כה רבות בישראל, נותרה לה בגדה רק אם מבוגרת וענייה ואח חולה שהינו בעל משפחה משל עצמו, אשר אינו עובד ואינו מתפרנס זה למעלה מעשור שנים. מכל הטעמים הללו נטען, כי בעניינה של העותרת מתקיימים טעמים הומניטאריים המצדיקים את הסדרת מעמדה בישראל.

העתק מהבקשה ההומניטארית בעניינה של העותרת והתצהיר שצורף לו מצ"ב ומסומן ע/3.

13. ביום 26.11.2013 נערך לעותרת שימוע בלשכת המשיב בירושלים המזרחית. במסגרת השימוע נשאלה העותרת שאלות רבות. בין השאר נשאלה לגבי יחסיה עם בעלה וצרתה ומדוע היא אינה

מתגרשת ממנו. עוד נדרשה העותרת לתת פרטים בעניין הבניין והדירה בה היא מתגוררת עם ילדיה ובכלל זה מיקומם, תחזוקתם וזהות משלם תשלומי החשבונות עבורם. העותרת ענתה לכל השאלות בפירוט. כך בין השאר הסבירה העותרת מדוע אין באפשרותה להתגרש מבעלה, על אף שהם חיים בנפרד ואין לה כל קשר זוגי עימו מזה שנים. העותרת הסבירה בפרוטרוט כי לא נותרה לה כל ברירה נוכח איומיו של בעלה כי המשמורת על ילדיה הקטנים תועבר ממנה למשפחתו וילדיה יילקחו ממנה באם תתגרש ממנו. כמו כן הבהירה העותרת במסגרת השימוע שנערך לה, כי הבניין והדירה בה היא מתגוררת הם בבעלות משפחת בעלה ולכן בעלה, אימו ואחיו, הם שמשלמים את החשבונות עבור הנכס ואחד מהאחים והבעל שיפצו את הדירה בה היא מתגוררת כשהאם – שהיא גם חמותה ודודתה של העותרת – שילמה עבור השיפוץ.

העתק מפרוטוקול השימוע שנערך לעותרת בלשכת המשיב מצ"ב ומסומן ע/4.

14. ביום 24.2.2014 התקבל במשרדי העותרת 6 החלטת המשיב בבקשתה של העותרת, החלטה הנושאת את התאריך 12.2.2014. בהחלטה, שהתקבלה בהמלצת הוועדה ההומניטארית, מסרב המשיב לבקשת העותרת לקבלת מעמד בישראל, נוכח העובדה כי היא נשואה בנישואי ביגמיה לבעלה, אשר אף שיפץ לאחרונה את הדירה בה היא מתגוררת עם ילדיה.

העתק ההחלטה מצ"ב ומסומן ע/5.

15. בימים 24.2.2014, 23.3.2014, 30.4.2014, 29.5.2014, 30.6.2014, 27.7.2014, 28.8.2014, 28.9.2014 פנו העותרים לוועדה ההומניטארית בבקשות חוזרות ונשנות לקבלת פרוטוקול הדיון שערכה בעניינה של העותרת וזאת על מנת לאפשר להם לשקול האם יש מקום לפנות לערכאות בעניין.

העתקי הבקשות לקבלת פרוטוקול הדיון שנערך אצל הוועדה ההומניטארית מצ"ב בסדר כרונולוגי ומסומנים ע/6.

16. ביום 27.10.2014 התקבל פרוטוקול הדיון בעניינה של העותרת מהוועדה ההומניטארית.

17. מהפרוטוקול עולה, כי הוועדה ההומניטארית סבורה שמדובר בבקשה פשוטה לאיחוד משפחות וכי עניינה של העותרת אף אינו מעלה טעם הומניטארי מיוחד למתן היתר או רישיון ישיבה בישראל. עוד קובעת הוועדה, כי מדובר במי שמעמדה בישראל בוטל לאחר שהתברר כי מדובר בנישואי ביגמיה וכי לא היא ולא המשיב מוסמכים על פי הוראת השעה לשמש כוועדת ערר על ההחלטה לבטל את מעמדה של העותרת בישראל. לבסוף מתייחסת הוועדה ההומניטארית של המשיב לבקשה וקובעת, כי קביעת בנה כמזמין בבקשה אינה מבטלת את העובדה כי היא נשואה לבן זוג ביגמיסט. כמו כן קובעת הוועדה כי מצבו של בנה של העותרת, כמו גם העובדה כי לבעלה בת חולה מצרתה, אינם מהווים טעמים הומניטאריים המצדיקים היענות לבקשה. לבסוף נמסר, כי לפי השימוע, שיפץ בעלה של העותרת את דירה עבור המשפחה ודאג לתשלומים שונים.

העתק מפרוטוקול דיון הוועדה ההומניטארית בעניינה של העותרת מצ"ב ומסומן ע/7.

הטיעון המשפטי

18. עמדת העותרים היא כי החלטת המשיב לסרב לבקשת העותרת, שהינה אם לילדים קטינים, ששהתה בישראל במסגרת הליך לאיחוד משפחות שבע שנים עובר לנישואי בעלה לאשה נוספת, היא החלטה בלתי סבירה, הגורמת לעותרת ולילדיה הקטינים עוול גדול מנשוא ומבטלת במחי יד ובמופגן את הטעמים ההומניטאריים העומדים בבסיס הבקשה. כמו כן יטענו העותרים, כי נוכח תכליתה של הוראת השעה, היה על המשיב לאשר את בקשתה של העותרת ואחרים במצבה. ברם, תחת זאת עשה המשיב שימוש בהוראת השעה למטרה זרה וחרג בכך מסמכותו.

סבירות ההחלטה המינהלית

19. על החלטת הרשות המינהלית לעמוד במתחם הסבירות. על מנת שהחלטה תעמוד במתחם הסבירות, עליה להינתן תוך שיקול ואיזון נכון בין הגורמים הרלוונטיים השונים שבהם עליה להתחשב. בבג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה (פ"ד לו(3) 349, 354 (1982)), קבע בית המשפט כי:

בקביעת גבולותיו של "מתחם סבירות" יש להתחשב. בין השאר, בשאלה, אם הרשות הציבורית נתנה משקל ראוי לגורמים הרלוונטיים השונים שבהם עליה להתחשב. החלטתה של רשות מינהלית תיפסל בשל חוסר סבירות, אם המשקל שניתן לגורמים השונים אינו ראוי בנסיבות העניין. אכן, שקלול ואיזון זה הם מעיקרי תפקידיה של הרשות הציבורית, והביקורת על אופן ביצועם נתונה לבית המשפט.

20. על חשיבות יצירת איזון נכון בין נורמות מינהליות הנוגעות לכלל לבין התחשבות בנסיבות הומניטאריות חריגות המוצאות את הפרט כמו במקרה שלפנינו, כבר ביהמ"ש לעניינים מינהליים בעת"ם 2430/04 קורילנקו נ' משרד הפנים (פורסם בנבו) כי:

במערכת משפטית המעוגנת בגישה אנושית פתוחה המסוגלת לגלות אמפטיה למצבים חריגים קשים, מן הנכון להכיר בכך שכל נורמה כללית חייבת גם להתיר מקום להתחשבות בנסיבות יוצאות דופן, אשר בהן יישום הנורמה יביא לפגיעה אנושית קשה. יכולתינו להוות נורמות מינהליות כלליות חייבת להשתלב תוך איזון נאות עם היכולת לתת את הדעת לנסיבות שאינן ראויות ליישום הפורמלי והאוטומטי של כללים שתוצאתם קשה במיוחד. התוכן המוסרי המאפשר עיצובן של נורמות כלליות צריך גם להתיר מקום להתחשבות במצבים בהם המסקנה חייבת להיות שונה. אוטומטיות יתרה ביישום כללים דומה להפעלה פורמליסטית של סדרי דין, אלה גם אלה מצדיקים הבאה בחשבון של נסיבות יוצאות דופן.

21. בעניין חשיבותו של השיקול ההומניטארי במדינת חוק, נפסק:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטאריים (בג"ץ 794/98 עובייד ואח' נ' שר הבטחון פ"ד נה(5) 769, 774).

22. על חשיבותו של השיקול ההומניטארי, בבוא המשיב להכריע בבקשות להסדרת מעמד, ניתן ללמוד גם מפסק הדין בעת"ם 1037/03 פלדמן ואח' נ' שר הפנים (פורסם בנבו):

נימוקו העיקרי של המשיב, לפיו "אין מאשרים שינוי מעמד לבנים בגירים שאינם זכאי שבות" (וראו סעיפים 7 ו-14 לכתב התשובה של המשיב ונספחים ג', ה' ו-ו') רק ממחיש שהמשיב לא בחן את הסוגיה ההומניטרית, שאם לא כן, היה מנמק טענותיו בכך שהעותרת לא עומדת בגדריו של חריג זה.

מקום בו יש חריג "הומניטרי", חובה על הרשות להביא בין שיקוליה את הרקע האישי של כל מקרה. אי-שיקול נסיבות אלו, כמוהו כאי נתינת משקל ראוי להן, ובכך שיקול-הדעת חוטא גם בחוסר סבירות (ראו והשוו בג"ץ 935/89 גנור נ' מדינת ישראל, פ"ד מד(2) 485, 513-515; וכן יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב', נבו, תשנ"ו) 763-771).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

23. ובכן, עמדת העותרים, כפי שתפורט להלן בהרחבה, הינה כי בעניינה של העותרת, על המשיב לשקלל ולאזן בין הנורמות המינהליות הנוגעות לכלל ובין ההתחשבות בנסיבות ההומניטאריות הקשות והחריגות אליהן נקלעה העותרת ומשכך, מדובר בהחלטה בלתי סבירה ופסולה. תחת שייתן משקל ראוי לעובדות הרלוונטיות לעניינה של העותרת, כפי שהועלו בפניו במסגרת בקשתה ההומניטארית, ביכר המשיב להתעלם מהן באופן מוחלט ולחלופין, לא ייחס להן את המשקל הראוי. כך בין השאר – וכפי שעולה מפרוטוקול הדיון שערכה הוועדה ההומניטארית – נראה כי במסגרת הליך קבלת ההחלטה בעניינה של העותרת, לא ניתן כל משקל לעובדה שמדובר במי שהייתה שנים לא מועטות אשה יחידה וראשונה לבעלה. כמו כן נראה כי לא ניתן כל משקל לעובדה שעובר לנישואי הבעל לאשה הנוספת, הספיקה העותרת לשהות בישראל במסגרת ההליך המדורג שבע שנים, תקופה אשר לולא היותה תושבת האיזור במשמעותה של הוראת השעה, אליבא דכולי עלמא במהלכה הייתה העותרת מסיימת את ההליך המדורג כולו ומקבלת מעמד של קבע בישראל, וכל זאת זמן ניכר בטרם נישא בעלה לאשה נוספת. עובדה חשובה נוספת הנוגעת לעניינה ההומניטארי של העותרת, שלא קיבלה כל משקל במסגרת ההחלטה, היא כי מדובר בבקשתה של מי שנישואי הביגמיה נכפו עליה בעל כורחה ללא שהייתה לה כל אפשרות למנוע את העניין ואף לא להשתחרר מאחיותו של בעלה ללא שתסתכן באיבוד ארבעת ילדיה לצמיתות. לבסוף נראה כי במסגרת ההחלטה לא נתן המשיב כל משקל לעובדה החשובה מכל, והיא כי מדובר בבקשה עבור אימם המשמורנית של ארבעה קטינים, תושבי קבע בישראל אשר חיים בארץ מיום לידתם ועד עצם היום הזה. המשיב לא טרח לדון בהשלכות הקשות של החלטתו בעניין האם על גורלם ועתידם של ילדיה.

24. מכל הטעמים הללו סבורים העותרים כי המשיב, שמחובתו היה לתת לעניינים דלעיל את המשקל הראוי להם במסגרת הליך מתן ההחלטה, אך תחת זאת התעלם מאותם עניינים רלוונטיים וקרדינאליים, כשל בתפקידו באופן חרוץ ופגע בהתנהלותו זו בסבירות ההחלטה שדינה אחת – להתבטל. להלן יפורטו עניינים אלו אחד לאחד.

הפגיעה באשה הראשונה

25. כאמור לעיל, במסגרת הליך קבלת ההחלטה התעלם המשיב בין השאר מכך שהעותרת היתה במשך שנים רבות אשה ראשונה ויחידה לבעלה, אשה שנישואי הביגמיה נכפו עליה. העותרים מבקשים להדגיש כי בטענתם זו אין הם חולקים חלילה על החובה שחלה על הרשויות

להתמודד עם הבעיה הכאובה של ריבוי נשים. ברם, עמדתם הינה כי אין זה נכון ואף לא ראוי כי הנשים והילדים, שהם הנפגעים העיקריים ואף היחידים מתופעה זו – ובעניינינו העותרת וילדיה – יהיו אף אלו שנענשים על ידי הרשויות על מעשיהם של הגברים באותן משפחות, מעשים שאין להם כל שליטה עליהם ואשר פעמים רבות אף נעשים בלא ידיעתם או בעל כורחם. נסביר.

26. בחברה מסורתית כמו זו בה חיה העותרת, פעמים רבות אין הנשים נכנסות למערכת פוליגמית על דעת עצמן, ופעמים שהן אף אינן יודעות כלל על קיומו של תא משפחתי פוליגמי עובר לנישואיהן, אליו הן נחשפות רק בדיעבד. בנוסף יש להדגיש, כי אין מדובר בתופעה המתרחשת בחלל ריק. מדובר בסימפטום אחד מכלל הסימפטומים האופייניים למציאות של חברה מסורתית, בה סובלות נשים מהחלשה והדרה מתמשכות. מהנשים מצופה לקבל את התופעה כאילו הייתה חלק אינטגרלי מחייהן, תוך תביעה מהן לשתף פעולה עם מנגנוני הדיכוי וההדרה. (ר' לעניין זה, בין השאר, פרוטוקול ישיבת ועדת המשנה לקידום מעמד האישה במגזר הערבי מיום 20.3.2001 ומאמרה של עוה"ד סאוסן זהר שכותרתו "כשהזכות לחיי משפחה מתנגשת עם הזכות לאיחוד משפחה", גליון עדאלה האלקטרוני מס' 20, 2005).

27. משכך, סבורים העותרים כי עקרונית אכן ראוי להילחם בתופעת הפוליגמיה, אלא שסירוב לבקשתה של מי שהייתה אשה ראשונה ויחידה לבעלה במשך שנים רבות, ואשר לא חטאה במאומה, לא הייתה שותפה לדבר עבירה ונישואי הביגמיה נכפו עליה פשוטו כמשמעו, כמוהו כהענשת קורבן על מעשיו של מי שפגע בו.

28. יפים לעניינינו דבריו של בית המשפט לעניינים מינהליים בבאר שבע, בפסק דין מיום 10.7.2010 שניתן בעת"ם 27908-04-10 **אלאטרש ואח' נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו) (להלן: **עניין אלאטרש**), אשר עסק בהחלטת המשיב לגרש מי שהייתה אשה ראשונה לבעלה במשך שנים רבות בשל נישואי בעלה לאשה נוספת:

במקרה דנן שונות הנסיבות. שכן, אין המדובר באשה זרה הנישאת לגבר ישראלי ובכך מנציחה חיים ביגמיים של הגבר. **אין חולק כי העותרת נישאה לעותר כחוק והיתה אשתו הראשונה והיחידה לאורך 10 שנים, במהלכן נולדו להם 7 ילדים...**

אמנם, העותרים לא מיצו זכויותיהם בזמן אך, כיום, כשמדינת ישראל הפכה למרכז חייה וכל ילדיה מצויים כאן **אין ל"הענישה" אך בשל כך שבעלה נישא לאשה אחרת, על פניה, לאחר 10 שנים בהן היתה אשתו היחידה, ולהרחיקה מכל עולמה, אותו בנתה, כאן.**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

29. הנה כי כן, אין ספק כי על המשיב היה לתת משקל ראוי ואף מכריע לעובדת היותה של העותרת אשה ראשונה לבעלה אשר נישואי הביגמיה נכפו עליה בעל כורחה ללא שתהיה לה כל אפשרות למנוע את העניין או להשתחרר מקשר זה ללא שתאבד את ילדיה. בהתעלמותו המופגנת של המשיב מעובדה זו הוא פגע בסבירות החלטה.

הפגיעה במי ששהתה בהליך המדורג שבע שנים רצופות

30. בנוסף, התעלם המשיב בהחלטתו מכך שעובר לנישואי בעלה לאשתו השנייה, כבר הספיקה העותרת לשהות בישראל במסגרת ההליך המדורג לאיחוד משפחות שבע שנים.

31. יודגש, כי על פי ס' ד.8.ג לנוהל המשיב שמספרו 5.2.0011 וכותרתו "מתן מעמד לזר מכוח נישואין לתושב קבע" (עודכן לאחרונה ביום 1.12.2014), בן זוג זר של תושב קבע ששהה בישראל במסגרת ההליך המדורג לאיחוד משפחות זכאי ברגיל לסיים אותו בחלוף חמש שנים ורבע מיום כניסתו להליך המדורג ולבקש אז מעמד של תושב קבע בישראל.
העתק נוהל המשיב מצ"ב ומסומן ע/8.

32. הנה כי כן, העותרת, ששהתה בישראל במסגרת ההליך המדורג משנת 1998 ועד לשנת 2005, השנה בה נישא בעלה לאשה נוספת, הייתה זכאית לשדרוג מעמדה עוד בשנת 2003 לולא כניסתה לתוקף של הוראת השעה, המונעת ממנה לעשות כן בשל היותה תושבת האיזור. משכך, והואיל ותכליתה של הוראת השעה היא תכלית ביטחונית בלבד, ברי כי הטעם היחידי שההליך המדורג בעניינה של העותרת התמשך מעבר לחמש ורבע השנים הקבועות לו, הוא הטעם הביטחוני העומד בבסיס הוראת השעה. משכך, סבורים העותרים כי משסיימה העותרת את חמש השנים ורבע, הקבועות להליך המדורג, עוד בשנת 2003 – שהן שנתיים תמימות עובר לנישואי בעלה לצרתה – והואיל ולא נטענה כנגדה מעולם טענה ביטחונית כלשהי, הרי שאין לגרש אותה מישראל מטעמים אחרים שאינם טעמי ביטחון.

33. בעניין אלאטרש, שכבר הובא לעיל, התייחס בית המשפט אף לעניין זה:

יש להניח, והמשיבים לא טענו אחרת בעניין זה, כי אלמלא ישנה העותרת על זכויותיה היתה היא מקבלת מעמד קבע ואף אזרחות ישראלית בתום 6 שנות שהייה בארץ ובוודאי שעוד בטרם נישא העותר לאשתו השנייה – בשנת 2005.

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

34. הנה כי כן, על המשיב היה לתת משקל ראוי ואף מכריע לעובדה שהעותרת סיימה את מלוא תקופת ההליך המדורג ושהתה בישראל חמש שנים ורבע, שנתיים עובר לנישואי בעלה לאשה נוספת. העובדה כי המשיב לא שקל את העניין כלל ועיקר, הופכת אף היא את ההחלטה בעניינה של העותרת לבלתי סבירה ופסולה.

שימוש המשיב בסמכות שניתנה לו למטרה זרה

35. על הרשות המינהלית נאסר להשתמש בסמכות שניתנה לה מידי המחוקק למטרה זרה מזו שלשמה נועדה. איסור זה, המהווה אחד מיסודותיו של המשפט המינהלי, ידוע ומקובל בכל שיטות המשפט ומוצא את מקורותיו הן במשפט המקובל והן במשפט הקונטיננטלי:

במשפחה זו של פסולי הסמכות לא נפקד גם מקומו של ענף מיוחד, שעניינו השימוש בכוח שהוענק לגוף נושא הביקורת שלא למטרה

שלה יועד. פסילתן של החלטות שניתנו שלא כדין בגדר העיקרון
האמור היא יסוד מוסד במשפט המינהלי באנגליה; ראה:

S.A. de Smith, *Judicial Review of Administrative Action*
(London, 4th ed., by J.M.Evns, 1980) 325 ff.; P.P. Craig,
Administrative Law (London, 1983) 354 ff.

גם בדין הצרפתי ניתן לפסול החלטה של הגוף נושא הביקורת מחמת
עיוות המטרה: **detournement de pouvoir**; ראה: A. de
Laubadere, *Droit Administratif* (Paris: 8eme ed.) 570-575

(בג"ץ 620/85 מיאערי נ' יו"ר הכנסת, פורסם בנבו).

גם בבג"ץ 491/86 עיריית ת"א יפו נ' שר הפנים (פורסם בנבו) התייחס בית משפט לשימוש
הרשות המינהלית בסמכותה למטרה זרה:

הכלל השלישי הוא, שבית המשפט לא יאשר חקיקת משנה, שאף
אם היא נכנסת בדל"ית אמות הביטויים והמלים שבחקיקה
הראשית, מטרתה זרה למטרה של החוק העיקרי. כפי שמבטא זאת
המחבר אלן, בספרו הנ"ל, בעמ' 210 (בתרגום שלי):

"מחוקק המשנה יכול להשתמש בכוחו למטרה שמעולם לא הייתה
כוונה לתת לו למענה את הכוח הזה. סטייה זו ידועה במשפט
המינהלי הצרפתי כ- **detournement de pouvoir** -דהיינו סטייה
מהמטרה האמיתית. והיא מעוררת את השאלה, אם הפרה זו,
למרות היותה תוך 'דל"ת האמות' של החקיקה, היא בכל זאת
אולטרא-ווירס."

השופט זוסמן (כתוארו אז) בד"נ 16/61 [8], בעמ' 1217, נותן
לשאלה זו תשובה חיובית:

"לא אוכל... לייחס חשיבות מכרעת ללשון המחוקק ולהתעלם מטיב
הסוגיה הנדונה.

... גורלו של האזרח הנוגע בדבר אינו יכול להיות תלוי במקריות
הניסוח ובכשרו של הנסח לבצע את כוונתו...

גורם ראשון במעלה לגילוי כוונת המחוקק, חשוב מלשונו, הוא
הנושא הנדון ומהות הענין שלמענו ניתן לרשות מינהלית שיקול-
הדעת."

דוגמה לחקיקה מעין זו אנו מוצאים בבג"צ 98/54, [9]105, שם
אסר המפקח גידול חזיר. בית המשפט דחה את טענות המפקח על
המזונות, כאילו הסמכות הכללית, הכלולה בפקודת הפיקוח על
המזונות, 1942, מסמיכה אותו להסדיר בצו גידול בעל-חיים.

השופט ברנזון אומר, בעמ' 47:

... בכוחו של בית-משפט זה לבדוק ולבחון את פעולות השלטונות לא
רק כפי שהם נראים לעין מבחינת הסמכות החוקית הפורמלית,
אלא גם לעיצומו של ענין, אם השימוש שנעשה בסמכות בדין
יסודו, היינו אם הוא נעשה - בין השאר - בתום לבב על יסוד
שיקולים כשרים ולמטרה שלמענה הוענקה הסמכות... ולא ישאיר

**על מכונם מעשים העטופים אמנם בלבוש חיצוני כשר אלא שתוכם
אינו כברים".**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

36. הנה כי כן, ישנם מצבים בהם מבחינה פורמאלית מסורה הסמכות לרשות המינהלית, אך בחינה מדוקדקת יותר של הליך קבלת החלטה המינהלית יעלה, כי מדובר בשימוש בסמכות למטרה זרה מזו שלשמה היא הוענקה. עמדת העותרים כפי שיפרטו להלן הינה כי החלטת המשיב בעניינם היא החלטה שבמסגרתה נעשה שימוש בסמכות למטרה זרה ומשכך, מדובר בחריגה מסמכות.

37. כפי שיפרטו העותרים בהרחבה בסעיף 43 ואילך, הוראת השעה נחקקה לתכלית ביטחונית. עמדה זו התקבלה בבית משפט נכבד זה במסגרת פסקי הדין שניתנו בעתירות שהוגשו כנגד הוראת השעה בבג"ץ 7052/03 עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הפנים ואח' ובבג"ץ 466/07 ח"כ זהבה גלאון נ' שר הפנים ואח' (פורסמו בנבו).

38. משאלו הם פני הדברים, והואיל והעותרת שהתה בישראל במסגרת ההליך המדורג במשך שבע שנים רצופות בטרם נישא בעלה לאשה נוספת, ברי כי הסיבה היחידה לכך שלא זכתה לסיים את ההליך המדורג היא כניסתה לתוקף של הוראת השעה, המונעת ממנה את העניין. ברם, בעוד שהטעם לאי סיום ההליך המדורג על ידי העותרת נעוץ בתכליתה הביטחונית של הוראת השעה, הסירוב לבקשתה ההומניטארית – אשר לא הייתה נדרשת להגיש לולא חיקוקה של הוראת השעה – הינו בשל מאבקם של המשיבים בתופעת נישואי הביגמיה. להבנת העותרים, שימושו של המשיב בהוראת השעה – שחייבה את העותרת מטעמים ביטחוניים להמשיך וליטול חלק בהליך המדורג גם לאחר שהסתיימו חמש השנים ורבע בהן נטלה בו חלק – במאבקו בתופעת נישואי הביגמיה, באמצעות הוצאת העותרת מחוץ להליך וגירושה מישראל, הוא עושה שימוש פסול וזר בסמכות שביקש המחוקק לתת לו בהוראת השעה. במילים אחרות: המשיב מנצל את הוראת השעה, שנחקקה לתכלית ביטחונית ושהובילה למצב אליו נקלעה העותרת – שאינה יכולה לסיים את ההליך המדורג על אף שהתנהלה לפיו שנים רבות כאשה יחידה – על מנת לסרב לבקשתה מטעמי ביגמיה, טעמים שהם שונים וזרים לחלוטין לסמכות שנתן והתכוון המחוקק לתת למשיב כשקבע, שלא ניתן לשדרג את מעמדה של העותרת במסגרת הוראת השעה.

טיפול בבקשות לאיחוד משפחות בחלוף חמש שנים ורבע

39. זאת ועוד. בשל תכליתה הביטחונית של הוראת השעה, המונעת מתושבי איזור – ומתושביהן ואזרחיהן של מדינות המנויות בתוספת להוראת השעה – לשדרג את מעמדם גם בחלוף מלוא התקופה שקבע המשיב להליך המדורג לאיחוד משפחות, סבורים העותרים כי על המשיב להישאר נאמן לתכלית ביטחונית זו ולא לחרוג ממנה חלילה או להרחיבה. נפרט.

תכלית הוראת השעה: ביטחונות

40. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, הן המדינה והן בית המשפט העליון הדגישו, כי תכליתה של הוראת השעה היא ביטחונות בלבד:

מהו תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל? בשאלה זו נחלקו הדעות בעתירה שלפנינו. מקצת העותרים והמשיבה 4 (עמותת "הרוב היהודי לישראל") סברו כי תכליתו של החוק אינה אך ביטחונות וכי היא גם "דמוגרפית". לטענתם, החוק נועד לבלום את הגידול באוכלוסיה הערבית בישראל בדרך של נישואין לתושבי האזור. **המשיבים לעומתם טענו בפנינו כי תכליתו של החוק היא ביטחונות בלבד. הנני סבור כי הדין עם המשיבים.** לדעתי, תכליתו של חוק האזרחות והכניסה לישראל היא ביטחונות ועניינה הוא להפחית ככל האפשר את הסיכון הביטחוני מבני הזוג הזרים בישראל. תכליתו של החוק אינה מבוססת על שיקולים דמוגרפיים. מסקנה זו מעוגנת בהיסטוריה החקיקתית ובתוכן הסדריו של החוק.

(שם, סעיף 79 לפסק דינו של כב' הנשיא בדימוס, השופט אהרון ברק).

41. גם בתצהיר התשובה של המדינה בבג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' שר הפנים ואח'**, הבהירה המדינה שמטרת הוראת השעה הינה ביטחונות, והיא באה למנוע השתקעות בישראל של אנשים המצויים ב"פרופיל הסיכון":

החוק נחקק כהוראת שעה, המתייחסת לתקופת המלחמה. הוא אינו מבקש לחוקק מדיניות דמוגרפית ארוכת שנים. החוק אינו מונע לחלוטין כניסת נתיני אויב. בנוגע לתושבי האזור, החוק מבוסס על פרופיל סיכון משוער של מחבלים וסייענים. בפועל עיקר פעולתו היא דחיית מימוש המגורים בישראל ולא שלילת הזכות, ככל שקיימת.

הוראות החוק ממוקדות בסיכון הביטחוני, ואינן עונות כלל על תכלית דמוגראפית. הרי אם החוק היה מיועד לתכלית דמוגראפית לא היה מקום לאשר השתקעות בישראל של נתיני אויב המצויים מחוץ לפרופיל הסיכון...

... לעומת זאת, החוק שלפנינו, אינו מונע, ברוב המקרים, השתקעות בישראל אלא דוחה את ההשתקעות עד ליציאת בן הזוג הזר מפרופיל הסיכון... אף הנתונים המעידים על אלפי נתיני אויב שהשתקעו בישראל בשלוש השנים האחרונות מעידים כי לחוק אין תכלית דמוגראפית.

(שם, סעיף 153, ההדגשה הוספה, ב.א.).

העתק העמודים הרלוונטיים מתוך תצהיר התשובה הנ"ל מצ"ב ומסומן ע/9.

42. לפיכך, והואיל ורק הוראת השעה היא העומדת בדרכם של תושבי האיזור ומונעת מהם מלסיים את ההליך המדורג ולקבל מעמד של קבע, סבורים העותרים כי בהיעדר מניעה ביטחונות או פלילית, חובה על המשיב לאשר לכל תושב איזור שסיים תקופת שהייה בישראל של חמש שנים ורבע במסגרת ההליך המדורג לאיחוד משפחות, להמשיך ולשהות בה ללא שקילת כל שיקול אחר שהוא זר לשיקול הביטחוני שבבסיס הוראת השעה.

עניינה המיוחד של המדינה

43. כאמור לעיל, מצבם החריג של העותרת וילדיה, אשר נקלעו למציאות הקשה בה הם מצויים בעל כורחם, דורש חשיבה יצירתית והתייחסות מיוחדת. לפיכך היה על המשיב לעשות כל אשר לאל ידו על מנת להסדיר את מעמד העותרת בישראל ובכלל זה אף שימוש בסעיף 33 להוראת השעה.

סעיף 33 להוראת השעה הקובע כי :

על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים להעניק אזרחות או לתת רישיון לישיבה בישראל, לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, ורשאי מפקד האזור לתת לתושב אזור היתר לשהייה בישראל, ... או שהענקת האזרחות, מתן הרישיון לישיבה בישראל או מתן ההיתר לשהייה בישראל, לפי הענין, הם מעניינה המיוחד של המדינה ; בפיסקה זו, "בן משפחה" – בן זוג, הורה, ילד.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

46. הנה כי כן, סעיף 33 להוראת השעה מאפשר מתן היתר שהייה או רישיון לישיבה בישראל לתושב האיזור כאשר מתן הרישיון או ההיתר הם מעניינה המיוחד של המדינה. העותרים סבורים כי מניעת גירושה של אם ומשמורנית של ארבעה קטינים, שכולם תושבי קבע בישראל, שגירושה משמעו בהכרח אף גירושם של הילדים מישראל, הינו ללא צל של ספק עניין שהוא מעניינה המיוחד של המדינה. עוד מעניינה המיוחד של המדינה הוא, למנוע גירושה של אשה ראשונה ויחידה לבעלה, ששהתה בהליך המדורג שבע שנים תמימות עובר לנישואיו של בעלה לצרתה ושנישואי בעלה לאשה נוספת נכפו עליה בעל כורחה.

53. לעניין זה יבקשו העותרים לציין כמו כן כי תופעת הפוליגמיה הינה לדעתם של רבים בגדר מעשה אלימות לכל דבר ועניין, שבמסגרתו מונצחים יחסי השליטה של הגבר באשתו שתלותה בבעלה ובחסדיו הופכת למוחלטת – ר' לעניין זה בין השאר, "פוליגמיה בקרב האוכלוסייה הבדואית בישראל", מחקר שהוגש מטעם מרכז המחקר והמידע של הכנסת 17.10.2006 לוועדה לקידום מעמד האשה ונייר עמדה של האגודה לזכויות האזרח משנת 2010 שהוגש לוועדה לקידום מעמד האשה לקראת דיון בנושא פוליגמיה, שנערך בוועדה ביום 23.2.2010.

העתקים מהמחקר ומנייר העמדה שהובאו לעיל מצ"ב ומסומנים ע/10.

54. זאת ועוד. במסגרת בפסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה בעת"ם (חי') 59945-01-13 ש.ח.מ. ואח' נ' משרד הפנים, נתן בית המשפט הנכבד את דעתו על מצוקתן של נשים זרות השוהות בישראל במסגרת ההליך המדורג לאיחוד משפחות ואשר נפלו קורבן לאלימות בני זוגם :

השיטה להסדרת מעמד בישראל מכוח מערכת יחסים זוגית בין בני זוג, שהאחד הוא אזרח ישראלי והשני זר, מקנה לבן הזוג הישראלי שליטה בפועל על ההליך. ברצותו יאפשר את ההליך וברצותו יודיע למשרד הפנים על הפסקת הקשר הזוגי, וכפועל יוצא מכך תופסק אשורת השהייה בישראל לבן/בת הזוג הזרים. **מציאות זו מנוצלת לא**

אחת, ע"י בני זוג אלימים, המנצלים את תלותן של בנות הזוג הזרות בכוחם לשלוט על אשרת השהייה של בת הזוג בישראל.

נפגעת האלימות בתא הזוגי ניצבת בפני האפשרות להמשיך ולהיענות לכל גחמותיו של בן הזוג המכה, או לחילופין להסתכן בביטול אשרת השהייה בישראל, דבר שעלול לנתק אותה ממקום שהפך עם השנים להיות מרכז חייה, ועיתים אף מילדיה. בפועל הופך משרד הפנים, בחלק מהמקרים ושלא ברצונו, להיות חלק מרכיב הכוח באמצעותו חובט בן הזוג האלים בבת הזוג הזרה. אם זו לא תחריש ותספוג בהכנעה – תורחק מישראל (לעיתים אף בלא יכולת להעיד על האלימות שחוותה).

כאמור, במקרה שבפני לא בוררו כל הנסיבות עד תום, בעיקר עקב השיהוי שבהגשת העתירה. עם זאת, נראה על פניו כי הבעל הראשון רצה להעניש את העותרת על שעזבה למעון לנשים מוכות ונקט בצעד שמטרתו להרחיקה מישראל ומילדיה. אמנם לעותרת ניתנה האפשרות להמשיך ולשהות בישראל מטעמים הומניטאריים, ואולם הסדרת מעמדה הופסקה, זאת לאחר שכבר הייתה זכאית למעמד של קבע.

55. ואכן, בעניינן של נשים נפגעות אלימות פרסם המשיב נוהל שמספרו 5.2.0019, אשר עוסק בעניינן ומגן עליהן.

העתק נוהל המשיב בעניינן של קורבנות אלימות מצ"ב ומסומן ע/11.

56. ברם, לדאבון לב לא טרח המשיב עד כה לפרסם כל נוהל שיגן על העותרת ואנשים אחרים במצבה, המוצאים עצמם על לא עוול בכפם חשופים לגירוש מביתם. העותרים סבורים כי מדובר במציאות לא מתוקנת וכי מעניינה המיוחד של המדינה הוא כי אנשים במצבה של העותרת וילדיה לא ייפגעו ויזכו להגנה ולהסדרת מעמדם בישראל.

הפרת הזכות לחיי משפחה והפגיעה בעיקרון טובת הילד

57. הזכות לחיי משפחה כידוע, היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה בפסק דין בג"ץ 7052/03 – **עדאלה נ' שר הפנים** תק-על-2006 (2) 1754 – (להלן: **עניין עדאלה**) לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. הנשיא א' ברק קבע, בפסקה 34 לפסק דינו:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו, נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל! תשובתי על שאלה זו הינה, כי **הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן הזוג הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל.**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

58. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית מביאה אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק **משיקולים כבדי משקל**. זאת בהסתמך על **תשתית ראייתית מוצקה**, המעידה על שיקולים כאלה.

59. בפסק דינה בעניין עדאלה קובעת השופטת פרוקציה:

דרישת המידתיות בפיסקת ההגבלה בנויה על יסוד האיזון בין זכות האדם הנפגעת לבין הערך הנוגד מולו היא מתמודדת. עניינה בבחינה, בין היתר, האם התועלת המושגת מן הערך הנוגד שקולה כנגד הפגיעה בזכות האדם. האיזון מושפע ממשקלם היחסי של הערכים; בהערכת משקלה של הזכות, יש להתחשב בטיבה ובמעמדה במידרג זכויות האדם. יש להתחשב במידה ובהיקף של הפגיעה בה. באשר לאינטרס הציבורי הנוגד, יש לשקול את חשיבותו, את משקלו, ואת התועלת הצומחת ממנו לחברה. ישנו קשר גומלין בין משקלה של זכות האדם לבין מידת חשיבותו של האינטרס הציבורי הנוגד. ככל שזכות האדם בעלת משקל רב יותר והפגיעה בה קשה יותר, כך נדרש לצורך עמידה במבחן המידתיות כי האינטרס הציבורי הנוגד יהיה בעל חשיבות וחיוניות מיוחדת. פגיעה בזכות אדם תוכר רק מקום שהיא הכרחית להגשמת אינטרס ציבורי בעל עוצמה כזו המצדיקה, בתפיסה חוקתית, גריעה מידתית מן הזכות (בג"צ 6893/05 ח"כ הרב יצחק לוי נ' ממשלת ישראל, פד"י נט(2) 876, 890; בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פד"י נח(5) 807, 850). על פי מבחינה של פיסקת ההגבלה, נבחנים, איפוא, הן הזכות הנפגעת, והן האינטרס הציבורי, לפי משקלם היחסי, כאשר הנחת היסוד הינה: "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה. פגיעה קשה בזכות חשובה, שלא נועדה אלא להגן על אינטרס ציבורי חלש, עשויה להיחשב פגיעה במידה העולה על הנדרש" (השופט יי זמיר בבג"ץ 6055/95 צמח נ' שר הבטחון, פד"י נג(5), 241, 273).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

60. מן הכלל אל הפרט. העותרת דן היא משמורניתם של ארבעה קטינים, תושבי קבע בישראל, שאין מחלוקת כי לא חטאו במאומה. היותה של העותרת אם לקטינים תושבי קבע בישראל, אשר מצאה עצמה לאחר שנים בהן נטלה חלק כאשה יחידה לבעלה בהליך המדורג נשאבת בעל כורחה לתוך מציאות של נישואי ביגמיה, שכללו איומים כי ילדיה יינטלו ממנה באם תתגרש, הופכת את סירובו של המשיב בעניינה לפגיעה קשה במידה העולה על הנדרש בזכותה ובזכות ילדיה לחיי משפחה בביתם שבישראל.

61. זאת ועוד. הסירוב לבקשתה למעמד של העותרת גורם בהכרח לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות העותרים 2-5, ילדיה הקטינים, אשר כבר עכשיו נתונים במתח, חוסר ודאות וחוסר יציבות, בשל החשש כי אמם, והם יחד איתה יגורשו מביתם. החלטה שכזו משמעה אינה אלא הגירה כפויה של הילדים מהארץ והעיר היחידה אותן ידעו ומביתם, ללא מקום אחר בו יוכלו להתגורר כדין.

62. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

63. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...]

[...] הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באוירה של אושר, הבנה ואהבה [...].

סעיף 13(1) לאמנה קובע:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה...

סעיף 19(1) קובע:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא רק כאשר קובעות רשויות מוסמכות, הכפופות לביקורת משפטית, בהתאם לדינים ולנהלים הנוגעים לעניין, כי פירוד כאמור נדרש לטובת הילד.

64. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 **פלונית ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 **פלוני, קטין ואח' נ' פלוני**, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 **דוד נ' בית הדין הרבני העליון** (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

65. הנה כי כן, גירושה של העותרת, המשמשת כהורה יחיד לארבעת ילדיה הקטינים, יוביל בהכרח אף לגירושם של העותרים 2-5 מארצם וביתם. מעבר להשלכות הקשות שיש לניתוקם של הילדים בעל כורחם מסביבתם הטבעית, מבני משפחתם וחבריהם מתווספת לדרישה לעזיבת אימם את ישראל אף השלכה ישירה על מעמדם החוקי של הילדים כתושבי קבע בישראל. זאת הואיל ועם עזיבתם את ישראל, בעקבות אימם, יאבדו הילדים ראשית את מעמדם כתושבי ישראל על פי חוק הביטוח הלאומי, מעמד שמקנה להם כידוע זכויות סוציאליות ובפרט את הזכות לביטוח בריאות. בנוסף הם עלולים בשלב מאוחר יותר אף להיגרע ממרשם האוכלוסין של המשיב ולאבד אף את מעמדם כתושבי קבע בישראל. זאת מכיוון שבניגוד לאזרחים אשר אינם מאבדים את מעמדם בישראל גם אם עזבו את גבולותיה ולא שבו אליה במשך שנים רבות, תושבי קבע בישראל יאבדו את מעמדם, הנגזר בין השאר, מתקנות הכניסה לישראל התשל"ד-1974, אם לא ישובו לארץ בתוך שבע שנים. הנה כי כן, להחלטת המשיב בעניינה של העותרת השלכות ישירות ומרחיקות לכת אף על מעמדם החוקי בישראל של ילדיה, הגדלים בחיקה של אימם.

66. דא עקא, לדאבון לב, הפגיעה בילדי העותרת תושבי המדינה, על השלכותיה ומשמעויותיה, כלל לא נבחנה על ידי המשיבים בטרם קיבלו את ההחלטה בעניינה של העותרת, וזאת בניגוד

לעיקרון טובת הילד, הקובע כי בכל החלטה בה מעורבים ילדים, יש לשקול את טובת הילד כשיקול ראשון במעלה. מטעם זה סבורים העותרים כי המשיבים פגעו בהתנהלותם המתוארת לעיל בסבירות ההחלטה.

הקניית מעמד להורה לילדים ישראלים

67. בהמשך ישיר לעיקרון טובת הילד חשוב לציין כי בדנג"ץ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים** – **מינהל האוכלוסין** (פורסם בנבו), נפסק כי עקרון זה עשוי להצדיק הסדרת מעמדו של הורה, אף בניגוד להנחה הכללית כי ילד הולך אחר הוריו ולא להיפך:

"עקרון טובת הילד הוכר זה מכבר כערך מרכזי בשיטתנו המשפטית, ועל חשיבותו אין צורך להכביר מילים. אכן, ככלל "אין כל אפשרות לעסוק בעניינם של קטינים בלא לבחון את טובתם" (ע"א 7206/93 גבאי נ' גבאי, פ"ד נא(2) 241, 251). אף בגיבוש החלטתו, הגוזרת את גורל מעמדו בישראל של הורה זר, מוטל על שר הפנים לשקול, בין היתר, את טובת ילדו של ההורה ואת השפעת ההחלטה על מצבו. עמדת המשיב, כאמור, היא כי אף שככלל אין בזיקת הורות לאזרח ישראלי, כשלעצמה, כדי להעניק מעמד קבע בישראל, הרי שאף עליו מקובל, כי יש לבחון כל מקרה לגופו במטרה לבדוק אם מתקיימים בו צרכים הומניטריים מיוחדים המצדיקים סטייה מן הכלל הרגיל. ההתחשבות בצרכים מיוחדים עשויה להקיף גם את צרכי ילדו של ההורה הזר. טובת הילד מהווה, אפוא, שיקול שעל המשיב להביאו בחשבון במסגרת הליך הבדיקה.

68. בהתאם לכך, עיגן המשיב מספר הסדרים להסדרת מעמדם של ילדיהם של שוהים בלתי חוקיים שהתערו בישראל ובין היתר להסדרת מעמד הוריהם כתושבים ארעיים. (ר' החלטת הממשלה 1289 משנת 2004, החלטת הממשלה 156 משנת 2006 והחלטת הממשלה 2183 מאוגוסט 2010). ככלל, על פי החלטות הממשלה הנ"ל, די בכך שילד התערה בישראל משך 4 שנים ותשעה חודשים, בכדי להסדיר את מעמדו הקבוע ומעמדם הארעי של הוריו, אשר שוהים בישראל **באופן בלתי חוקי**. ההסדרים המתוארים נכונים והומאניים. הם נובעים ממחויבות ישראל לעקרונות טובת הילד ומבטאים את אחריות המדינה להשלכות שישנן להיעדרה של מדיניות הגירה סדורה והיעדר אכיפה משך שנים.

69. העותרים סבורים כי רציונאל זה תקף מקל וחומר בעניינה של העותרת, אם לילדים ישראלים, אשר שהתה בישראל לאורך שנים באופן חוקי. הטעם למתן מעמד לשוהים באופן בלתי חוקי בישראל, שהם הורים לילדים תושבי ישראל, ברור. טובתם של הקטינים מחייבת שהוריהם לא יחיו לצדם לאורך שנים כתושבים בפועל ללא כל זכויות. רציונאלים ברוכים אלו יש להחיל גם בעניינה של העותרת.

70. בעת"ם (ב"ש) 313/06 **עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' שר הפנים** (פורסם בנבו), נדונה בקשה להסדרת מעמדה של עותרת, שהתגרשה מאבי ילדיה ולא לקחה מעולם חלק בהליך לאיחוד משפחות, עקב נישואי פוליגמיה. הוועדה הבינמשרדית דחתה את בקשתה של האם להסדיר את מעמדה, משום ריבוי תופעת הפוליגמיה. פסיקת בית המשפט בעניין זה התם יפה גם לענייננו אנו:

משמעות החלטת הסירוב בעניין העותרת מעלה מתוכה מניה וביה את שאלת גורלן של ארבע בנותיה הקטנות [הקטנה שבהן בת 5 שנים] המצויות בחזקתה. הרחקת אמן של ארבע הילדות אל מחוץ לגבולות ישראל, תותיר את ארבע הילדות-הקטינות 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 כן – 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 אמן המורחקת מהארץ אל עיר הולדתה חברון ברש"פ? יחודה של הסיטואציה שבפנינו, הינה בקשר ההדוק והבלתי נמנע שבין החלטת הרשות בעניין בקשתה של העותרת עצמה לבין תוצאותיה מרחיקות הלכת על גורלן, נפשן וטובתן של ארבע בנותיה הקטינות והקטנות בשנים. אילו היתה העותרת בגפה, לא היה מקום להסס בצדקת החלטת הרשות לסרב את בקשתה, וזאת בשל כל אחד מהנימוקים שניתנו ע"י המשיבים בתגובתם. אולם, משתוצאת ההחלטה הינה כה מרחיקת לכת על גורלן ונפשן של ארבע ילדותיה הקטנות של העותרת, לא ניתן לטעמי להסתפק בהחלטת הוועדה כפי שהיא, מבלי שבחנה את השלכות הבקשה שהובאה בפניה לעניין גורלן של הילדות, היכן יגדלו, ואצל מי וכיצד תתקיימנה משתורחק אמן-העותרת מישראל.

71. בית המשפט הנכבד לא הסתפק בעניין זה בקביעה כי הנושא יוחזר לוועדה, אלא מתח ביקורת על אופן פעולתה של הוועדה עת בחנה את הנושא, והנחה את הוועדה באשר לדרך המצופה לפעולתה, במקרה הומניטארי לו השפעה על קטינים :

... מתוך הרגישות הראויה לסיטואציה המיוחדת שבעניין דנן, החליטו המשיבים לאפשר לעותרת להביא בקשתה בפני הוועדה הבינמשרדית, וזאת לפני משורת הדין והנהל. טוב וראוי עשו המשיבים בהחלטה זו. ברם, משפתחו המשיבים בפני העותרת את שערי הוועדה הבינמשרדית – דין היה שהליך קבלת ההחלטות של הוועדה בעניינה של בקשת העותרת ייעשה ויובנה תוך בחינת המצב החריג בקיצוניותו של התוצאות שיוודעו לאותה החלטה על טובת ארבע הילדות הקטנות, גורלן, עתידן ונפשן. מן הראוי היה שהוועדה תאפשר לעותרת, או לבאי כוחה, להתייצב בפניה ולהביא בפניה את חווה"ד הנדרשת מרשויות הרווחה והסעד האמונות על גורלם ושלומם של קטני קטינים וקטני קטנות אזרחי המדינה. ראוי היה כי הוועדה תבחן האפשרות ליזום בעצמה קבלת חוו"ד מהרשויות האחראיות לכך. ועל הכל – ראוי היה שהחלטת הוועדה תנומק בדרך שתשקף את בחינת ההיבטים האמורים בעניינה של אותה בקשה חריגה ומיוחדת שהובאה בפניה.

72. בעת"ם (ת"א) 10-09-39084 (קטיין) ואח' נ' משרד הפנים, התקבלה עתירה בעניינה של ילדה ישראלית אשר ביקשה להקנות מעמד לאמה ונקבע כי לאם יינתן מעמד ארעי שיתחדש וישודרג למעמד קבוע :

מדובר בילדה שהיא ילידת ישראל, היא חיה כל חייה עד היום רק בישראל, וזאת מאז שנולדה בשנת 2002 ועד היום. היא לומדת במערכת החינוך הישראלית. אין, ולא יכולה להיות, כל מחלוקת לגבי זכותה של הילדה להישאר בישראל, ומובן שבנסיבות אלה היא זכאית לכך שאמה, שהיא ההורה היחיד שמגדל אותה, תוכל להישאר בישראל יחד איתה.

73. כן יפים לענייננו דברי כב' השופט ד"ר מרזל, בפסק דין שניתן בעת"ם (י-ם) 37903-03-11 **פלוני נ' משרד הפנים**:

ברי כי בנסיבות מעין אלה יש ליתן את הדעת, הן לשיקולים של טובת הילד והן לשיקולים של הזכות לחיי משפחה. הגם שמעמדו של הילד אינו מקים כשלעצמו מעמד להורהו, הוכר בפסיקה העיקרון לפיו ייתכנו מקרים הומניטאריים אשר יצדיקו, ואף יחייבו, סטייה מהכלל לפיו אין הילד יוצר מעמד להוריו (ראו למשל, בג"צ 4156/01 **דימיטרוב נ' משרד הפנים**, פ"ד נו(6) 289, 294 (2002); כן ראו דנג"צ 8916/02 **דימיטרוב נ' משרד הפנים** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 6.7.2003); עע"מ 10993/08 **פלוני נ' מדינת ישראל** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 10.3.2010); ראו עוד, עת"מ (י-ם) 529/02 **בורנא נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (26.8.2002); עת"מ (ת"א) 1295/03 **שבצוב נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (8.3.2005)). זאת ועוד, הפרדת קטין אזרחי משהורהו, כרוכה, ולו לכאורה, בפגיעה מסויימת בזכות לחיי משפחה של הקטין (ראו והשוו, בג"צ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (לא פורסם, [פורסם בנבו], 14.5.2006); ראו עוד, עת"מ (ת"א) 3111/08 **סלמובה נ' מדינת ישראל** [פורסם בנבו] (4.6.2010)). הנה כי כן, טרם קבלת החלטה בעניין מעמד או העדר מעמד של הורה זר לקטין אזרחי ישראל יש לבחון לעמקן את מכלול נסיבות המקרה, ובכלל זה את ההשלכה שתהיה בניתוק הקטין מהורהו. בדיקה זו צריכה להיות מבוססת על בירור עובדתי-מקצועי וממצה (השוו, עת"מ (י-ם) 705/07 **מוסקרה נ' שר הפנים** [פורסם בנבו] (21.12.2009); עת"מ (ת"א) 3143/04 **מריאנו נ' משרד הפנים** [פורסם בנבו] (22.5.2005)).

74. הנה כי כן, עיקרון טובת הילד וזכותו לחיי משפחה מחייבים את המשיב לשקול במסגרת כלל השיקולים, עובר למתן החלטה בעניינם של הורים לילדים תושבי קבע בישראל, את ההשלכות שיש להחלטתו על אותם ילדים. פעמים שטובת הילדים מחייבת מתן מעמד של ממש להורה שלצידו הם חיים כאן בישראל. העותרים סבורים כי עניינם הוא אחד מאותם מקרים, בפרט נוכח העובדה שמדובר במי ששהתה בישראל שנים ארוכות וסיימה, לפחות מבחינת אורך התקופה בה שהתה בהליך המדורג, את ההליך המדורג לאיחוד משפחות.

סיכומם של דברים

75. העתירה דן עוסקת באם לקטינים ישראלים, שכתוצאה ממעשי בעלה שנכפו עליה מצאה עצמה ללא כל מעמד בישראל, כשהיא מועמדת לגירוש מביתה. כמפורט בעתירה, מדובר בהחלטה בלתי סבירה אשר נוגדת כל היגיון. תחת שיאשר המשיב את בקשתה של מי ששהתה כדין בישראל למעלה מחמש ורבע שנים – אם בשל שמדובר בעניין הומניטארי ממדרגה ראשונה ואם משום שמדובר בעניינה המיוחד של המדינה שלא לגרש אם לקטינים תושבי קבע בישראל – הוא עשה שימוש בהוראת השעה וסירב לבקשתה של העותרת.

76. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי כמבוקש, שיכלול את הסעדים שהתבקשו ברישא של עתירה זו, ולאחר שמיעת תשובת המשיב, להפכו לצו מוחלט. כמו כן מתבקש בית המשפט להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

1 בינואר, 2015

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ העותרים

[ת.ש. 72103]