

- בעניין:
1. אלעיסאווי, ת"ז
 2. ת"ז (קטינה, ילידת 10.4.2004)
 3. ת"ז (קטינה, ילידת 5.6.2005)
 4. ת"ז (קטינה, ילידת 13.4.2009)
 5. ת"ז, (קטינה, ילידת 21.2.2012)
 6. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
- ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או בנימין
אחסתריבה (מ"ר 58088) ו/או עביר גיבוראן-דכוור (מ"ר
44346) ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר
66713)

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

העוררות

- נ ג ד -

רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול

באמצעות פרקליטי הלשכה המשפטית
רח' כנפי נשרים 15, ירושלים
טל: 02-5489888; פקס: 02-5489886

המשיבה

ערר

בית הדין הנכבד מתבקש בזאת להורות למשיבה לשדרג את מעמדה של העוררת 1 (להלן: **העוררת**), ממעמד של תושבת ארעי למעמד של תושבת קבע בישראל.

הצדדים

1. **העוררת** היא תושבת ארעי בישראל, במקור מירדן. **העוררות 2-5** הן בנותיה הקטינות של העוררת, תושבות קבע בישראל (להלן: **הילדות**).
2. **העוררת 6** (להלן: **המוקד**) היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע לאנשים שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעוררת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. **המשיבה** הינה רשות האוכלוסין, ההגירה ומעברי הגבול.

רקע עובדתי ומיצוי ההליכים

4. להלן, בקליפת אגוז, הרקע העובדתי הנחוץ לערר דכאן.

5. העוררת, ילידת ירדן, נישאה בשנת 2003 לתושב ישראל, נ רדאידה (ת"ז). לאחר נישואיהם התגוררו בני הזוג באום טובא שבירושלים המזרחית, בשכירות.
6. בשנת 2007 קיבלה העוררת אשרה מסוג ב/1 במסגרת ההליך המדורג לקבלת מעמד בישראל, לאחר שבעלה דאז הגיש עבורה בקשה לאיחוד משפחות. בחודש דצמבר 2009 שודרג מעמדה של העוררת לתושבות ארעית, גם כן במסגרת ההליך המדורג. מאז ועד היום מעמדה של העוררת נותר ארעי.
7. במהלך שנות נישואיהם נולדו לבני הזוג ארבע בנות, הן העוררות 2-5. כולן רשומות במרשם האוכלוסין הישראלי, משולבות במסגרות לימודים בירושלים, מקבלות בעיר טיפול רפואי, ומנהלות בה חיי משפחה וחברה.
- העתק תעודת הזהות של העוררת, כולל הספח, בו רשומות הילדות, מצורף ומסומן ע/1.
8. בשנת 2011, לאחר שנים של אלימות קשה ביותר שהפעיל כנגדה בעלה לשעבר, אזרה העוררת אומץ והגישה נגדו תלונה במשטרה, תלונה אשר הובילה להגשת כתב אישום נגדו. במקביל, פתחה העוררת בהליך נוסף, במסגרתו הגישה לבית המשפט לענייני משפחה תביעה – אשר התקבלה – למסירת הילדות לרשותה, ובקשה לקבלת צו הגנה כנגד בעלה לשעבר. נוכח המצב ההומניטארי הקשה אליו נקלעו העוררת ובנותיה הקטנות, הוגשה בעניינן בתחילת שנת 2012 בקשה לוועדה הבינמשרדית לעניינים הומניטאריים חריגים (להלן: **הוועדה**).
9. ביום 29.4.2014 אישרה הוועדה את הבקשה, וביום 19.6.2014 ניתן לעוררת מעמד ארעי מסוג א/5. ביום 4.6.2015 הוארך מעמדה הארעי לשנה נוספת, וכך גם ביום 1.6.2016 וביום 25.5.2017. יודגש כמו כן, כי גם עובר לאישורה של הבקשה, המשיכה המשיבה והאריכה, בהתאם לנהליה, את מעמדה הארעי של העוררת.
10. ביני לביני, התגרשה העוררת מבעלה לשעבר. המשמורת על הילדות ניתנה לה באופן בלעדי. העתק פסק דינו של ביה"ד השרעי אודות הגירושין והמשמורת על הילדות מצורף ומסומן ע/2.
11. כיום, מתגוררות העוררת ובנותיה בשכירות בשכונת עיסאויה שבירושלים המזרחית. המשפחה מתפרנסת מקצבאות הביטוח הלאומי וממזונות שמשלם בעלה לשעבר של העוררת.
12. לאור ההכרח ביציבות בחייה המורכבים והלא פשוטים של העוררת, אשר מגדלת לבדה 4 בנות קטינות, וחיה בישראל באופן חוקי משך 13 שנים; כן לנוכח העובדה שהעוררת עודה ממשיכה ומקיימת מרכז חיים מלא בישראל לצד ארבע בנותיה הצעירות תושבות הקבע, שלשלומן ולביטחונן היא כאמור האחראית הבלעדית; וכן בשל נסיבות חייה העגומות, שנעשו מסובכות אף יותר בעקבות הגירושין מבעלה האלים, הגיש בשמה המוקד בקשה לשדרוג מעמדה למעמד של קבע. הבקשה הוגשה למשיבה ביום 22.2.2016.
- העתק הבקשה, ללא נספחיה, מצורף ומסומן ע/3.
13. ביום 30.5.2016 התקבלה במשרדי המוקד תשובה מטעם המשיבה, המתוארכת ל-16.5.2016, בה הודע כי מעמדה של העוררת יוסיף להיות תושבות ארעית מסוג א/5, לשנה נוספת. הנימוק

לסירובה של המשיבה לשדרג את מעמדה של העוררת היה, כך לטענת המשיבה, כי מאחר שהעוררת קיבלה את מעמדה הארעי בשל החלטה של הוועדה, "לפנים משורת הדין", אין לה בסיס לבקש שדרוג מעמד.

העתק תשובת המשיבה מצורף ומסומן ע/4.

14. החלטתה המקוממת של הוועדה הובילה להגשתו של ערר לשכתי, בו שטח המוקד, בשמה של העוררת, את הטענות התומכות בשדרוג מחדש, תוך הדגשת העובדה שהעוררת קיבלה מעמד של תושבת ארעי על-פי דין ובהתאם לנוהל של המשיבה עצמה, וכי לא ייתכן להותירה במעמד ארעי לנצח, ללא מתווה כלשהו לשדרוג. זאת, גם לנוכח נסיבותיו הקשות של המקרה – אישה שסבלה מנחת זרועו של בעל מתעלל, וכיום נאבקת למלא את כל צרכיהן של ארבע בנותיה, המצויות במשמורתה הבלעדית. הערר הלשכתי, שמוען לראש דסק מרכז אצל המשיבה, הוגש ביום 7.6.2016.

העתק העמוד הראשון של הערר הלשכתי מצורף ומסומן ע/5.

15. תזכורות אינספור נשלחו למטה המשיבה בעניינה של העוררת, אך לשווא. אי לכך, וכעבור שנה תמימה, עררו העוררות לבית הדין הנכבד ביום 5.6.2017, בדרישה לקבל מענה לערר הלשכתי. הערר, שמספרו היה 3081/17, הביא את המשיבה סופסוף להגיב; דא עקא, שהתגובה היתה בעלת אופי טכני – מאחר שהעוררות פנו ישירות למטה המשיבה, ולא דרך לשכת המשיבה בירושלים המזרחית, הערר הלשכתי לא טופל.

העתק תגובת המשיבה מיום 18.7.2017 מצורף ומסומן ע/6.

16. העוררות עמדו על רצונן שהערר יתברר עד תומו ולגופו של עניין, לאור התנהלותה הביורוקרטית השערורייתית של המשיבה. אולם, בית הדין הנכבד החליט למחוק את הערר ולפסוק הוצאות לטובת העוררות (בשל פניותיהן הרבות למשיבה שלא זכו להתייחסות), תוך שהוא מורה לעוררות להגיש ערר לשכתי דרך לשכת המשיבה בירושלים המזרחית. עוד הורה כבוד בית הדין למשיבה לטפל בערר הלשכתי תוך 45 יום.

העתק פסק הדין בערר 3081/17 מיום 6.8.2017 מצורף ומסומן ע/7.

17. העוררות פעלו כפי שהורה בית הדין, והגישו ערר לשכתי חדש, זו הפעם דרך הלשכה, ביום 4.9.2017.

העתק העמוד הראשון של הערר הלשכתי מצורף ומסומן ע/8.

18. על אף מסגרת הזמנים שקבע למשיבה כבוד בית הדין, המשיבה לא עמדה בו. אי לכך, נאלצו העוררות לשוב ולפנות לבית הדין הנכבד בערר 1158/18, שהוגש ביום 8.1.2018, רק על מנת לקבל את תשובת המשיבה. לערר הפנימי.

19. לאחר הגשת הערר הגיע למשרדי המוקד ביום 4.3.2018 תשובת המשיבה. בתשובתה שוב חזרה המשיבה על עמדתה לפיה דינה של בקשת העוררת לשדרג את מעמדה נדחית:

מבחינת נסיבות העניין עולה כי ביום 23.3.2014 ניתנה החלטת הוועדה הבינמשרדית בבקשת מרשתך לפיה הוחלט להעניק לה רישיון ישיבה

ארעי מסוג א/5 לתקופה של שנתיים, שנה בכל פעם, כאשר בתום תקופה זו, ייבחן המשך מעמדה בהתאם לנסיבות העדכניות והרלוונטיות. בהתאם להחלטה מעמדה הארעי של מרשתך מסוג א/5 הוארך ותוקפו עד ליום 25.5.2018.

בתום בחינת הערר למול התשתית העובדתית נמצא כי הגשת הבקשה לשדרוג מעמד מרשתך אינה עומדת בדרישות הסף לשדרוג מעמד לתושבות קבע, היות והמעמד שניתן למרשתך החל מחוד 3/14 לא ניתן מכוח נוהל המאפשר בסיומו שדרוג, כי אם מכוח החלטת הוועדה הבינמשרדית, קרי החלטה שהינה הומניטרית במהותה וחריגה.

גם בבחינת יתר נימוקי הערר, לא נמצא כי קיים שינוי מהותי בנסיבות ההומניטריות המצדיק שדרוג מעמד לקבע או לחילופין העברת הבקשה לדיון בוועדה הבינמשרדית בשנית בשלב הזה. לא נוכל להתעלם, מהנסיבות שלם נישואין של בני הזוג שלא צלחו, עליות וירידות בקשר, מקום מושבה של מרשתך שמשתנה פעם ברשות ופעם בישראל.

כאן יובהר כי המעמד הנוכחי בו שוהה מרשתך, מקנה את כל הזכויות הסוציאליות הניתנות ע"י מדינת ישראל.

לאור האמור, הערר נדחה...

העתק תשובת המשיבה, המתוארכת ל-13.2.2018, מצורף ומסומן ע/9.

20. לאור זאת, ביקשו העוררות מבית הדין הנכבד למחוק את הערר. בית הדין מחקו ופסק לטובת העוררות הוצאות.

העתק פסק הדין מיום 18.3.2018 מצורף ומסומן ע/10.

21. אם כן, המשיבה עומדת בסירובה לשדרג את מעמדה של העוררת, על אף פניות חוזרות ונשנות, אשר בהן הובאו נימוקים כבדי משקל ומשכנעים לצדקת הדרישה. כך, **בחלוף 15 שנים של חיים רצופים בירושלים** – בהקשר זה נבקש לדחות מכל וכל את טענתה המקוממת של המשיבה לפיה העוררת מחליפה את מקום מגוריה בין הגדה המערבית לירושלים; לא היה ולא נברא! טענה זו אף לא הועלתה מעולם לפני כן במועדי ההארכות של התעודה הארעית שבידי העוררת – מהן ארבע במסגרת הליך מדורג (ושנתיים במעמד ארעי במסגרת ההליך המדורג) ועוד מהן ארבע במעמד ארעי לאחר הגשת בקשה לוועדה הבינמשרדית, ולאחר שהתגברה על מכשלות קשות בדמות מערכת יחסים קשה ואלימה, אין ספק כי בשלה העת לשדרג סופסוף את מעמדה של העוררת למעמד של קבע, בכדי שתוכל לחיות בבטחה בעירה, במחיצת ארבע בנותיה, בלא החרב המתהפכת בדמות המשיבה, המרחפת כל העת מעל לראשה. מכאן שאין כל מנוס מלבד פנייה לבית הדין הנכבד, בבקשה כי ידון ויכריע בעניינה ויורה למשיבה לשדרג את מעמדה למעמד של קבע.

המסגרת המשפטית

מעמד לזרים – שיקול דעתו של המשיב אינו חסין מביקורת שיפוטית

22. הקניית מעמד חוקי בישראל למי שאינו זכאי לו מכוח הוראות חוק השבות, התשי"ב-1950 ומכוח הוראות חוק האזרחות, התשי"ב-1952, נעשית על פי הוראות חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן **חוק הכניסה לישראל**; ר' סעיף 1 לחוק). סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל מקנה לשר הפנים שיקול דעת לתת לפלוני רישיון לישיבה בישראל.
23. על שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, במידתיות ובסבירות (עע"ם 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל** (9.2.2005); בג"ץ 3057/09 **מוחתסב נ' שר הפנים** (3.11.2009); בג"ץ 6883/06 **נאסר נ' שר הפנים** (8.3.2010)).
24. רבות נכתב בדבר שיקול הדעת הרחב, שניתן לשר מכוח חוק הכניסה לישראל, עד כי כיום אין עוד מחלוקת כי שיקול דעת זה אינו מוחלט כלל ועיקר. כך נאמר בבג"ץ 758/88 **קנדל נ' שר הפנים**, פ"ד מו(4) 505, 527:

יגעתי ולא ידעתי מדוע זכה – או מדוע נתחייב – שיקול-דעתו של שר הפנים בחוק הכניסה בתואר של שיקול-דעת 'מוחלט'. שיקול-דעת 'מוחלט' פירושו, כפשוטו, שיקול-דעת חופשי ומשוחרר מביקורת, שיקול-דעת שלמעשה אין אחריו ולא כלום... נמצא לנו אפוא, שאותו שיקול-דעת 'מוחלט' אינו מוחלט כל עיקר, והרי מניין עילות הביקורת עליו כמניין עילות הביקורת על שיקול-דעת אחר, שיקול-דעת שאינו 'מוחלט'. (פיסקה 6 לפסק דינו של כב' השופט (כתפקידו אז) חשין).

ור' גם: בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728, 769-770; בג"ץ 3403/97 **אנקין נ' משרד הפנים**, פ"ד נא(4) 522, 525 (1997); עע"ם 9993/03 **חמדאן נ' ממשלת ישראל** (9.2.2005); פיסקה 9 לפסק הדין; בג"ץ 1905/03 **עכל נ' שר הפנים** (5.12.2010), פיסקה 11.

25. בין היתר, על המשיבה לעמוד בדרישת הסבירות, שבגדרה "על ההחלטה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה, להישען על כלל השיקולים הרלוונטיים, ועליהם בלבד, ולהיקבע תוך איזון ראוי ביניהם במסגרת מיתחם הסבירות" (בג"ץ 7444/03 **דקה נ' שר הפנים**, פיסקה 32 (22.2.2010); עניין עכל, פיסקה 17).

26. את שיקול דעתה על המשיבה להפעיל בזירות הנדרשת בנסיבות העניין. כך נאמר בעניין זה באחת הפרשות:

חשוב לזכור כי כל אחד מהפונים למשיב בבקשת מעמד בישראל הוא עולם ומלואו, וכי כל החלטה המתקבלת בעניינו – על-ידי המשיב או על-ידי רשות אחרת הפועלת מטעמו – עשויה להיות הרת-גורל ובעלת השפעה דרמטית על חייו, כבודו ויתר זכויותיו של הפונה. פועל-יוצא הכרחי מכך הוא, כי לכל בקשה לקבלת מעמד בישראל המונחת לפני המשיב מצווים הוא, וכל הפועלים מטעמו, להתייחס ברגישות ובתשומת לב... (בג"ץ 394/99 **מקסימוב נ' משרד הפנים**, פ"ד נח(1) 919, 934-935).

27. כאשר מפעילה המשיבה שיקול דעת, עליה לקחת בחשבון את אופי הזכות אותה יש לאזן כנגד אינטרסים אחרים. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו בעת"מ (י-ם) 1954/09 הילאל נ' משרד הפנים (24.8.2010), המביא מדבריה של כב' הנשיאה בדימוס ביניש בע"מ 1038/08 מדינת ישראל נ' געביץ (11.8.2009):

אותה תפיסה גורפת הבאה לידי ביטוי בטיעוני המדינה, לפיה מכח ריבונותה לא מוטלת על המדינה חובה משום סוג כלפי אדם בשל היותו זר אינה מקובלת עוד. דבר יום ביומו באים בפנינו ענייניהם של זרים אשר זכויותיהם הבסיסיות נפגעות. כך בין אם מבקש הזר להישאר בתחומה של המדינה מטעמים של "איחוד משפחות", בין אם מטעמי מקלט הומניטרי ובין אם מנסיבות ייחודיות אחרות. בעידן הנוכחי הולכת וגדלה המודעות לזכויות האדם באשר הוא אדם ומדינות רבות כאשר הן דנות בהגבלות על הגירה מתמודדות עם בעיות הכרוכות בזכויותיהם של הבאים בשעריהן. שהייתו בישראל וזכויותיו של הזר נבחנות, איפוא, בהתאם לנסיבות עניינו הקונקרטיות. (פיסקה 33 לפסק דינו של כבוד השופט יועד-הכהן).

28. יוזכר, כי הפסיקה חזרה בעקביות והדגישה את חשיבותו של השיקול ההומניטארי, בבוא המשיבה להכריע בבקשות להסדרת מעמד. יפה לעניין זה פסק הדין בעת"מ (חיפה) 1037/03 פלדמן ואח' נ' שר הפנים (1.2.2004):

מקום בו יש חריג "הומניטרי", חובה על הרשות להביא בין שיקוליה את הרקע האישי של כל מקרה. אי-שיקולל 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) 485-515; 513; וכן יצחק זמיר, **הסמכות המינהלית** (כרך ב', נבו, תשנ"ו) 771-763).

29. כפי שהראינו לעיל, מכתבי הדחייה, נשוא הערר הפנימי ונשוא ערר זה, לא מתייחסים למכלול השיקולים, לא לטובת ארבע בנותיה של העוררת, לא לאלימות ולהזנחה ארוכות השנים של גרושה של העוררת, ולא לתקופת הזמן הממושכת בה חיה העוררת בישראל, במעמד מכוח הגשת בקשה לאיחוד משפחות וכן מכוח בקשה לוועדה הבינמשרדית, כאשר מרכז חייה כל העת בירושלים. המכתב נותן משקל ייחודי ומכריע לעובדה שהעוררת קיבלה את המעמד "מכו החלטה הומניטארית במהותה וחריגה".

30. מצב דברים זה, בו הרשות אינה בוחנת את הבקשה ואת נסיבותיה הייחודיות באופן פרטני, מנוגד באופן מוחלט לכללי המשפט המינהלי (ראו לעניין זה: בג"ץ 5537/91 אפרתי נגד אוסטפלד, פ"ד מו (3) 501, 515; בג"ץ 4382/98 גבאי נגד שר הבריאות, פ"ד נב(3) 418, 423).

31. הדברים נעשים בניגוד לחובת הרשות המינהלית, לבסס את החלטתה על תשתית עובדתית מלאה ועדכנית. ראו לעניין זה: בג"ץ 292/82 ברגר נגד שר הפנים, פ"ד לו (3) 29, 49. כך ודאי כאשר פגיעה בזכויות חוקתיות וטובת הילד עומדים על הכף.

32. יתירה מזאת, על-פי הפסיקה, משקלן של הראיות לביסוס החלטת הרשות המינהלית צריך לעמוד ביחס ישיר לחשיבות הזכויות המוטלות על הכף. כך נקבע בבג"ץ 987/94 ירונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח(5) 412, בפסקה 11 לפסק-הדין:

מידת הסבירות מחייבת כי המשקל של הנתונים שלפני הרשות יהיה כבד יותר ככל שהחלטה המינהלית מורכבת יותר או פגיעתה קשה יותר. פגיעה קשה במיוחד בזכות יסוד צריכה להתבסס על נתונים מהימנים ומשכנעים במיוחד.

33. כאמור, במקרה דנן כלל לא נבדקו, או למצער כלל לא תועדה התייחסות, למרבית נסיבות חייה של העוררת, כולל לעובדת שהייתה בישראל שנים ארוכות במעמד חוקי, לעובדת היותה אישה המגדלת באומץ ובנחישות ארבע בנות, וכשעליה להתמודד עם קשיים כלכליים ולהתאושש מחיים במחיצת בעל אלים ומזניח.

פסלות החלטת המשיבה

34. על רקע זה סבורות העוררות, כי החלטת המשיבה, שהגיעה למוקד להגנת הפרט ביום 4.3.2018, ואשר תוצאתה המעשית היא לשוב ולהאריך את מעמדה הארעי של העוררת לתקופה נוספת, משמעותה אינה אלא הותרתה ללא מעמד של קבע, ואף ללא מתן מתווה ברור שבסופו תקבל מעמד קבוע ויציב במקום בו היא חיה מזה שנים כה רבות. על-כן החלטה פסולה היא, מנוגדת לדין ולפסיקה עדכנית של בית המשפט לעניינים מינהליים ושל בית דין נכבד זה.

35. בנסיבותיו של העניין, אנו סבורים כי החלטה שכזו, לא זו בלבד שלא משרתת כל תכלית, אלא שהיא אף בלתי סבירה ובלתי הוגנת.

36. נשוב ונדגיש, העוררת קיבלה אשרת תייר עוד בשנת 2003. משנת 2007 ועד פרידתה בשנת 2012 נטלה העוררת חלק בהליך המדורג להסדרת מעמדם של בני זוג זרים, במקביל להיותה נתונה במערכת יחסית דכאנית, אלימה ומתעללת. בסמוך לגירושיה מבעלה לשעבר פעלה העוררת אל מול המשיבה כדי להסדיר את מעמדה בישראל, ומאז שנת 2014 היא חיה בירושלים במעמד ארעי. בנוסף, וכפי שכבר הדגשנו לעיל, העוררת הינה אימן של ארבע בנות צעירות, תושבות קבע בישראל, המצויות בחזקתה הבלעדית והיא האחראית היחידה לשלומן וביטחונן, תוך שהיא מפרנסת אותן בעבודתה, ומעניקה להן סיוע נפשי ורגשי לאחר שנים ארוכות של התעללות מצד אביהן.

37. ברור, אם כן, כי נוכח כל האמור גם לא מתקיים עוד בעניינה הרציונאל העומד בבסיס הצורך להמשיך ולבחון את מרכז חייו של אדם בישראל.

38. יפים לענייננו דבריו החשובים של בית המשפט בעת"ם (י-ם) 8634/08 לריסה שם טוב נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 12.8.2009), הליך אשר עסק בשאלת הארכת מעמדה הארעי בישראל של קורבן אלימות ואם לבת ישראלית, לאחר שמעמדה כבר הוארך בעבר מספר פעמים:

העובדה שהנוהל החדש מתיר הארכה של שנתיים שבמהלכן שוב ייבחן "שינוי נסיבות" איננה משמיעה, כפי שטענו המשיבים בדיון, כי הם

רשאים לבחון לנצח נצחים, אחת לשנתיים, אם חל שינוי בנסיבות אם לאו, וכך לא ליתן לעותרת 1 לעולם מעמד של קבע.

...הנוהל איננו מאפשר רק ליתן מעמד זמני שלא יעלה על שלוש שנים ולדון במעמד הקבע, או מעמד כזה לשנתיים ולחזור ולדון בשינוי בנסיבות.

...היה עליה ליתן אותו [מעמד של קבע, ד.ש.] לאור נסיבותיה של העותרת 1, כפי שפורטו בהרחבה לעיל, ובעיקר לנוכח העובדה שהועדה כבר בחנה אותה בעבר, וכן העובדה שהעותרת 1 נמצאת כבר 7 שנים בארץ, כאשר היה עליה להביא בחשבון גם את טובת העותרת 2 ואת ההשפעה המזיקה שיש למצב של חוסר הוודאות שבו היא ואימה נתונות מזה שנים.

ועוד זאת: הנוהל בא כדי למנוע מצב שבו בנות זוג זרות מוכות תישארנה בקשר הזוגי האלים כדי לא לסכל את רכישת מעמד הקבע. ההתנהלות כלפי העותרת 1 איננה משדרת לאותן נשים מוכות את המסר שהנוהל ביקש להעביר להן, והן עלולות להחליט להמשיך ולהישאר בקשר הזוגי האלים.

לבסוף קובע בית המשפט בפסק הדין הנ"ל כי:

אין בידי לקבל את טענת המשיבים כי עיסוקה של הוועדה הבינמשרדית בנושא הוא לפני משורת הדין. לאחר שהוכר עניינן של בנות זוג זרות המנתקות את קשריהן עם בעליהן הישראליים האלימים, לאחר שהתלוננו עליהם ועקב כך מאבדות את זכותן להמשיך בהליך המדורג, או לחלופין עניינן של הנשים הזרות המוכות, שלא מתלוננות ואינן עוזבות את הבעלים המכים, מחשש להפסקת ההליך המדורג ולגירושן מישראל, והוחלט כי הפתרון יהיה במסגרתו של נוהל מיוחד, הרי שאנו במסגרתו של הדין ולא בלפנים משורת הדין. אין מדובר כאן באיזשהו מקרה ייחודי יוצא דופן המחייב פתרון שלא במסגרתו של הדין, אלא בתופעה ידועה, שניתן לה פתרון במסגרת הדין ומכוחו. (ר' לעניין זה גם את פס"ד של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים בעת"ם (י-ם) 8909/08 אנה זבלוצקיה נ' שר הפנים).

(ההדגשות הוספו, ד.ש.).

39. לא זו אף זו. בתקופה האחרונה השתנה המצב המשפטי בכל הנוגע לסוגייה של הותרת בעלי מעמד מכוח החלטות של הוועדות ההומניטאריות במעמד ארעי ללא מתווה לשדרוג. מספר החלטות, הן של בית הדין הנכבד, הן של בית המשפט לעניינים מינהליים, קבעו ללא כחל ושרק כי אין להותיר אדם במעמד ארעי לנצח. בין היתר ניתן פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים ביום 28.5.2017 בעת"ם 59068-01-17 מדינת ישראל – משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה נ' מיליסנט אאומה להב (נבו); פסק דינו של

כב' השופט אברבנאל). בפסק דין זה, שניתן בערעור שהגישה המשיבה נגד פסק דין של בית הדין הנכבד, החליט כבוד בית המשפט כי אין זה סביר להותיר בת זוג, במקרה דשם גרושה, במעמד ארעי לנצח, וכי על אף שהועברה להליך הומניטארי בשל כליאת בן זוגה, על המשיבה לשדרג מעמדה בחלוף השנים.

העתק פסק דינו של בית המשפט המחוזי מצורף ומסומן ע/11.

40. מספר ימים לאחר מתן פסק הדין, שהבהיר באופן דרמטי את המסגרת הנורמטיבית בסוגיה, נערך דיון בערר 2846/16 עפאף עפאנה נ' רשות האוכלוסין בפני הרכב בית הדין הנכבד ביום 8.6.2017. כב' הדיין אלעד אזר ציין שפסק דינו של בית המשפט ברור הוא, וכי אינו מותיר מקום לספק באשר לצדקתו של הערר אף בעניינה של העוררת דשם, ערר שעסק אף הוא בסוגיה של סירוב המשיבה לשדרג מעמדה של גרושה, שקיבלה מעמד ארעי מכוח הליך הומניטארי. לכן, הורה למשיבה שבפעם הבאה שהוועדה הבינמשרדית דנה בעניינה בחודש נובמבר 2017 (על פי הנמסר מפי ב"כ המשיבה במהלך הדיון) תקבל החלטה ברוח פסק הדין, וכי בחלוף חודש ההחלטה תאושר על ידי הגורם המוסמך במטה המשיבה. קרי, בהתאם למתווה עליו הורה כבוד בית הדין, בחודש דצמבר 2017, היתה אמורה העוררת דשם לקבל לידיה מעמד של קבע.

העתק פסק הדין מיום 8.6.2017 מצורף ומסומן ע/12.

41. וכי במה שונה עניינה של העוררת דכאן מענייניהן של הפונות לערכאות בהליכים שהוזכרו לעיל: העוררת אינה שונה במאומה. תשובת המשיבה לבקשה לשדרוג נותרה עומדת על כרעי תרנגולת, תוך שהיא ננסמכת על אותם טיעונים שנדחו על ידי ערכאות: קבלת מעמד מכוח הליך "חריג", או אי שינוי בנסיבות הומניטאריות (כשלא ברור איזה שינוי נדרש על מנת להביא לשדרוג המעמד). בתום יותר מארבע שנים בהן חיה העוררת בישראל במעמד ארעי מסוג א/5 מכוח החלטת הוועדה, זאת לאחר ארבע שנים במעמד ארעי במסגרת ההליך המדורג עם גרושה, ומשהוכח כי היא ובנותיה ממשיכות ומקיימות מרכז חיים מלא בישראל, אין ספק כי בשלה העת לאפשר לה לשדרג את מעמדה למעמד של תושבת קבע בישראל, ולחלופין למתן מתווה קצר וברור לקבלת מעמד שכזה. זאת, בניגוד מוחלט להחלטת המשיבה הנתקפת בערר זה.

חובת הרשות לנהוג בסבירות ובהגינות

42. חובת הרשות המינהלית לפעול בסבירות, מידתיות, הוגנות ולשם השגת תכלית ראויה, עקרונית-על הם, החולשים על מרחב שיקול הדעת של הרשות. ראו לעניין זה בג"ץ 1689/94 הרדי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1), 15 ובג"ץ 840/79 מרכז הקבלנים נ' ממשלת ישראל והבונים בישראל, פ"ד ל"ד (3), 729, ובמיוחד בעמ' 745-746, דברי כבוד השופט (כתוארו אז) ברק לאמור:

המדינה באמצעות הפועלים בשמה היא נאמן של הציבור, ובידיה הופקד האינטרס הציבורי והנכסים הציבוריים לשם שימוש בהם לטובת הכלל... מעמד מיוחד זה הוא המטיל על המדינה את החובה לפעול בסבירות, ביושר, בטוהר לב ובתום לב. אסור למדינה להפלות, לפעול מתוך שרירות או חוסר תום לב, להימצא במצב של ניגוד עניינים. קיצורו של דבר עליה לפעול בהגינות.

43. על חשיבות יצירת איזון נכון בין נורמות מינהליות הנוגעות לכלל לבין התחשבות בנסיבות הומניטאריות חריגות, כמו במקרה שלפנינו, כבר קבע ביהמ"ש לעניינים מינהליים בעת"ם 2430/04 קורילנקו אולגה 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. יכולתנו להוות נורמות מינהליות כלליות חייבת להשתלב תוך איזון נאות עם היכולת לתת את הדעת לנסיבות שאינן ראויות ליישום הפורמאלי והאוטומטי של כללים שתוצאתם קשה במיוחד. התוכן המוסרי המאפשר עיצובן של נורמות כלליות צריך גם להותיר מקום להתחשבות במצבים בהם המסקנה חייבת להיות שונה. אוטומטיות יתירה ביישום כללים דומה להפעלה פורמליסטית של סדרי דין, אלה גם אלה מצדיקים הבאה בחשבון של נסיבות יוצאות דופן.

44. מן הכלל אל הפרט. הפגמים שנפלו בהחלטת המשיבה, שסירבה בהחלטתה לשדרג את מעמדה של העוררת, מדברים בעד עצמם. פגמים אלו שתוארו לעיל, מעידים על שרירותיות ועל הפרה של החובה לפעול בסבירות. כאמור, מדובר בהחלטה המתייחסת לעובדה שלעוררת ניתן מעמד ארעי כ"לפנים משורת הדין", או "חריג", בעוד שאנו מצויים בלב ליבו של הדין החל בעניין – העוררת קיבלה מעמד על-פי נוהל של המשיבה, לא מכוח טובה או חסד; המשיבה אף התעלמה מרוח הפסיקה בעניין, כפי שהובאה לעיל; כמו כן, ההחלטה מתעלמת משיקול מרכזי שעל הרשות היה לשקול – חשיבותה המכרעת של היציבות המשפטית בנסיבות ההומניטאריות הקשות והמורכבות של העוררת, שהינה אם יחידנית לארבע בנות קטינות, וסבלה במשך שנים מאלימות והתעללות של גרושה. יציבות שיכול ותושג רק באמצעות מעמד של קבע בישראל.

45. הנה כי כן, מהמקובץ עולה כי ההחלטה לדחות את הבקשה בעניינה של העוררת, ללא בחינה מעמיקה, רצינית ומקצועית, של מכלול נסיבות חייה – ובכלל זאת הפגיעה הקשה שיש לאי היציבות האינהרנטי הטמון במעמד ארעי, שבכל רגע נתון ניתן לשלול אותו ובכך למוטט באחת את חייה של העוררת ושל ילדותיה, התלויות בה לחלוטין; וללא התחשבות בדין, כפי שפירשו אותו ערכאות שונות, היא החלטה פוגענית ובלתי סבירה.

פגיעה בזכות לחיי משפחה

46. המשפט הבינלאומי מקנה חשיבות רבה למשפחה, ומטיל על המדינות חובה להגן עליה. כך למשל, קובע סעיף 10(1) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, כ"א 1037, אשר אושרה ע"י ישראל:

יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם...

47. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה נ' שר הפנים**, תק-על 2006(2), 1754 (להלן: **פסק דין עדאלה**), נקבע כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד חוקתית בישראל, הכלולה בזכות לכבוד האדם. עמדה זו זכתה באותו פסק דין לתמיכה גורפת של שמונה מתוך אחד עשר שופטי ההרכב. ואלו דברי הנשיא דאז ברק בעניין הזכות לחיי משפחה בישראל:

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 זוגו 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 (פיסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

48. בפסק דין זה נקבע גם כי זכותו של הילד לגדול בתא משפחתי שלם ויציב:

... לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים (פיסקה 28 לפסק דינו של הנשיא א' ברק בעניין **עדאלה**).

49. מאידך, הדגישה הפסיקה גם את זכויות ההורים כלפי ילדיהם ואת גבולות התערבות המדינה בתא המשפחתי:

זכותם של הורים להחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם (ע"א 577/83 **היועץ המשפטי נ' פלוני**, פ"ד לח(1) 461). זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה: ההורים אוטונומיים בקבלת החלטות בכל הנוגע לילדיהם – חינוך, דרך חיים, מקום מגורים וכדומה, והתערבות החברה והמדינה בהחלטות אלה היא בבחינת חריג שיש ליתן טעם להצדיקו (ראה ע"א 577/83 הנ"ל, בעמ' 468, 485). גישה זו שורשיה בהכרה כי המשפחה היא "התא החברתי היסודי והקדום ביותר בתולדות האדם, שהיה, הווה ויהיה היסוד המשמש והמבטיח את קיומה של החברה האנושית" (השופט אלון (כתוארו אז) בע"א 488/77 **פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד לב(3) 421, בעמ' 434) (ע"א 2266/93 **פלוני נ' אלמוני**, פ"ד מט(1), 221 עמ' 237-238).

50. מעמדה של הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, משליך במישרין על האפשרות לפגוע בזכות זו, לעכב או לסרב לבקשות לקבלת מעמד של קבע לאם לילדות, תושבות קבע בישראל. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית משמעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – ורק משיקולים כבדי משקל.

51. דחייתה של הבקשה לשדרג את המעמד של העוררת למעמד של קבע פוגע בזכותה של העוררת לחיי משפחה באופן שאינו מידתי ואינו סביר.

סיכול מימוש חובת המשמורן

52. חובת המשמורן כלפי הילדים שבמשמורתו ואיסור הזנחתם, מעוגנים היטב בחקיקה הישראלית. כך למשל, מתייחס סעיף 15 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962, לתפקידי ההורים, חובותיהם וזכויותיהם כלפי הקטין אשר בחזקתם, וסעיף 323 לחוק העונשין, תשל"ז-1977, קובע כי:

הורה או מי שעליו האחריות לקטין בן ביתו, חובה עליו לספק לו את צרכי מחייתו, לדאוג לבריאותו ולמנוע התעללות בו, חבלה בגופו או פגיעה אחרת בשלדו ובבריאותו, ויראוהו כמי שגרם לתוצאות שבאו על חייו או על בריאותו של הקטין מחמת שלא קיים את חובתו האמורה.

53. נראה כי בכל הנוגע למימוש חובות העוררת כלפי בנותיה, ובכלל זאת המשך הטיפול בהן והדאגה לרווחתן, לא זו בלבד שהמשיבה אינה מסייעת לעוררת כהורה משמורן למלא את תפקידה נאמנה כנדרש על פי חוק, אלא שבסירובה להבטיח כי לעוררת יהא מעמד קבוע, יציב ואיתן, היא מסכלת את מימוש חובת העוררת כלפי בנותיה ואת זכויותיה כאם.

פגיעה בעיקרון טובת הילד

54. ברור כי זכותן וטובתן של הילדות לחיות עם אימן, והסדרת מעמדה של האם באופן סופי וקבוע ישרת את הצורך הבסיסי שלהן לגדול בתא משפחתי שלם ויציב.

55. הקביעה כי יש לאפשר לילדים לגדול בתא משפחתי יציב ואוהב, באה לשרת עיקרון רחב יותר, המוכר במשפט הישראלי והבינלאומי – עיקרון טובת הילד. על פי עיקרון זה, בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין בידי בתי משפט, רשויות מינהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה. כל עוד הילד הוא קטין וכל עוד הורהו מתפקד כראוי, טובתו מחייבת לאפשר לו לגדול בתא משפחתי התומך בו.

56. במשפט הישראלי עיקרון טובת הילד הוא עיקרון יסודי ומושרש. כך, למשל, 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.

57. מעבר לכך, עיקרון טובת הילד הוכר בפסקי דין רבים כעיקרון מנחה בכל מצב בו יש לאזן בין זכויות. כפי שנאמר בע"א 549/75 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד ל(1), 459, עמודים 465-466, "אין לך עניין שיפוטי הנוגע לקטינים, אשר בו טובתם של הקטינים אינה השיקול הראשוני והעיקרי".

58. גם במשפט הבינלאומי נהנה עיקרון טובת הילד ממעמד של עיקרון-על. בין היתר, בא הדבר לידי ביטוי בכינונה של האמנה בדבר זכויות הילד. האמנה, אותה אשררה מדינת ישראל, קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד ובפרט סעיף 3, הקובע כי עניינם

של ילדים יילקח בחשבון כנתון מרכזי בכל מעשה שלטוני. מכאן עולה, כי כל דבר חקיקה או מדיניות ראוי לו שיפורש באופן המאפשר לשמור על זכויותיו של הקטין.


59. במקרה דנן, התנהלות המשיבה והעיכוב במתן מענה לערר הלשכתי בעניין שדרוג מעמדה של העוררת, פוגעים בילדות, וזאת בניגוד לעיקרון טובת הילד.

סיכום

60. לאור כלל הטיעונים והנסיבות אשר תוארו לעיל, אין ספק כי הצעד הנכון והמתבקש הוא שדרוג מעמדה של העוררת למעמד של קבע בישראל. זאת, בניגוד להחלטת הרשות, לפיה תוסיף העוררת לקבל אשרות מסוג א/5 עד אין קץ.

61. אשר על כן, מתבקש בית הדין הנכבד להורות למשיבה לשדרג את מעמדה של העוררת למעמד של קבע. כמו כן, מתבקש בית הדין לחייב את המשיבה בתשלום שכ"ט עו"ד והוצאות משפט.

ירושלים, 11 באפריל 2018


דניאל שנהר, עו"ד
ב"כ העוררות

(ת.ש. 71094)