

בית המשפט העליון
בג"ץ 10041/08
רוידה חגי'אז נ. שר הפנים
תאריך הגשה: 27/11/08

בית משפט העליון בירושלים
בשבתו כבית משפט גבוהו לצדק

בעניין: 1. תג'אז, ת.ז.
2. טויל, ת.ז.
3. טויל, ת.ז.
4. טויל, ת.ז.
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר - ע.ר.
(יליד, 29.8.1990).
(קטינה, ילידת 5.2.1992).
(קטין, יליד 13.3.1993).
ע"י ב"כ עוה"ד עדי לוסינגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 6222808 - 02; פקס: 5214947 - 03
- נגד

העותרות

שר הפנים
ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
רח' צלאח אלדין 29, ירושלים
טל': 6466590 - 02; פקס: 6467011 - 02

עתירה מינהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש בזה להורות למשיב לבוא וליתן טעם, אם רצונו בכך, כדלקמן:

- א. מדוע לא יכריע בבקשת העותרת 1 לקבלת מעמד בישראל ויאשר את בקשתה, כך שהעותרת תקבל מעמד של קבע, ולמצער מעמד ארעי. זאת בהיותה אלמנתו של תושב ישראלי, ואמם של שלושה ילדים, תושבי המדינה.
- ב. לחלופין, מדוע לא יקבע מתווה קצר, בו יוסדר מעמד העותרת 1 באמצעות רישיונות ישיבה ארעיים, עד למתן מעמד של קבע בישראל.

הגשת העתירה לבג"ץ

1. ביום 2.3.2008 נכנס לתוקפו צו בתי משפט לעניינים מינהליים (שינוי התוספת הראשונה לחוק), תשס"ח-2007 (פורסם ביום 6.12.2007 בקובץ 6626) (להלן: "הצו"). הצו קובע, כי החלטות של רשויות על פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, וחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, למעט החלטות לפי סעיפים 1א3 (החלטות הועדה ההומניטרית) ו-3ג (אנשים שתרמו תרומה מיוחדת לישראל) יהיו מעתה בסמכות בית משפט לעניינים מינהליים. ללמדנו, החלטות מכוח סעיף 1א3 ו-3ג, יידונו בבג"ץ.
צו בתי משפט לעניינים מינהליים, מצ"ב ומסומן כנספח ע/1.
2. עתירה זו עוסקת בבקשה לעניינים הומניטאריים שהוגשה מכוח סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן - חוק הוראת השעה) ועל כן הסמכות לדון בה נתונה לבית משפט נכבד זה.
ר' למשל עת"מ (י-ם) 706/07 פריאנט ואח' נ' מנהל לשכת מניא, (פסק דינו של כב' השופט נועם מיום 9.6.08) בו נמחקה עתירה לאחר הגשת בקשה לוועדה לעניינים הומניטאריים מכוח סעיף

1א3. בית המשפט הנכבד קבע, כי ממילא לא תהיה לו סמכות לדון בהחלטת הוועדה, לכשתנתן, שכן סמכות זו נתונה לבית המשפט הגבוה לצדק – שם בסעיף 7 לפסה"ד, המצייב ומסומן ע/2.

פתח דבר

3. העותרת 1 (להלן – **העותרת**) היא אלמנתו של תושב מדינת ישראל ואמם של שלושה ילדים, כולם תושבי המדינה, אשר נולדו וגדלו בישראל, כל חייהם. בהיותה של העותרת, אשתו השניה של בעלה, לא היה ביכולתו של הבעל להגיש עבודה בקשה לאיחוד משפחות בחייו. הנה כי כן, נישואי העותרים מעולם לא הוכרו על ידי המדינה.
4. ביום 28.10.1999, לפני 9 שנים, נפטר בעלה של העותרת, והותיר אותה לטפל לבדה בשלושת ילדי בני הזוג ובאשתו הראשונה, אשה ערירית ללא ילדים, הסובלת מבעיות בריאותיות קשות.
5. המשיב סרב מצדו להעביר את בקשת העותרת למעמד בישראל לוועדה לעניינים הומניטאריים, אולם מסר בהמשך, כי ביכולתה של העותרת לפנות לוועדה שהוקמה מכוח סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה, (תיקון 2007). העותרת פנתה לוועדה ביום 18.7.2007, לפני שנה וארבעה חודשים – אולם כל תשובה לבקשתה ההומניטארית – אין.
6. אי הכרעה בבקשת העותרים משך זמן כה ממושך עומדת בניגוד לכללי מינהל תקין ולמחויבות המשיב לשמירה על זכויות ילדיה של העותרת, תושבי המדינה. אי בחינת מתן המעמד עומד בניגוד לנוהל שגיבש המשיב עצמו בנושא אלמנות, נוהל 5.2.0017, ולהחלטות בית המשפט הנכבד בנוגע לשיקולים ההומניטאריים בהם על המשיב, לכל הפחות, להתחשב.
7. יצוין, כי עניין סבירותו של נוהל 5.2.0017 לעיל, תלוי ועומד בימים אלו בבית המשפט העליון במסגרת מסי עתירות הנדונות במאוחד - בג"ץ 4711/02 דניאלה הלל ואחי' נ' שר הפנים ואחי'. כן נבחן נושא זה במסגרת בג"ץ 8441/01 אבו קטיש נ' שר הפנים, אשר עודו תלוי ועומד (להלן – **עניין אבו קטיש**).

העובדות הצריכות לעניין

8. העותרת, במקור תושבת שטחים מהכפר עבויאן, ילידת 3.7.1954 נישאה למר טויל המנוח בשנת 1989. בעת נישואי העותרים כבר היה העותר נשוי לאשתו הראשונה, ממנה לא נולדו לו ילדים. העותרים קבעו את ביתם בשכונת אבו טור בירושלים, בה מתגוררת העותרת קרוב ל-20 שנה.
9. לאורך השנים נולדו לעותרים שלושה ילדים, , , הם העותרים 2-4. שלושת ילדי העותרים נולדו בישראל ומתגוררים בירושלים כל חייהם. הילדים למדו מהגן ולאורך כל שנות היותם תלמידים בבתי ספר בעיר ולומדים בירושלים עד היום. הבן הבכור עלי סיים את לימודיו בתיכון ולומד בימים אלו עברית באוניברסיטה, במסגרת שנת מכינה באוניברסיטה העברית, בהר הצופים, ירושלים. בני המשפחה, מוכרים ע"י המוסד לביטוח לאומי. העותרת מקבלת קצבאות ילדים עבור ילדיה וקצבת שארים. הילדים מבוטחים בקופת חולים בעיר, ומקבלים בה טיפולים רפואיים.

10. עקב נישואיו לשתי נשים, לא התאפשר לבעלה של העותרת בחייו להגיש בקשה לאיחוד משפחות עבור אשתו. לאחר מותו, הפכה העותרת למפרנסת ואחראית יחידה של המשפחה, המונה חמש נפשות וכוללת גם את אשתו הראשונה של הבעל המנוח, הסובלת ממצב בריאותי רעוע, ובין השאר מסכרת, לחץ דם גבוהה ובעיות בבלוטות.
11. העותרת לא יכולה לעזוב את ילדיה הקטינים ואת אשתו הראשונה של בעלה, התלויה בה ולעקור לשטחים, שם אין לה מקום בו ביכולתה להתגורר. העותרת אף לא יכולה לנתק את שלושת ילדיה מארצם ומביתם, צעד שיוביל בהמשך לשלילת מעמדם האזרחי, בהיעדר יכולת לרכוש מעמד בשטחים. ממילא, כאמור, אין לעותרים מקום בו הם יכולים להתגורר בשטחים, בעוד בירושלים מתגוררים העותרת והילדים באותו בית, בו התגוררו העותרת בעלה המנוח מיום נישואיהם – על מגוריהם לא נגבים מהם דמי שכירות.

המגעים עם המשיב

12. אשר על כן, ביום 5.10.2006, פנתה העותרת למשיב, באמצעות העותרת 5, בבקשה להסדיר את מעמדה בישראל. לבקשתה צירפה העותרת, מסמכים מקיפים להוכחת מרכז חייה המשפחה בירושלים ופירטה את נסיבותיה ההומניטאריות. העותרת ביקשה כי אם המשיב אינו מוצא מקום לדון בבקשה בדרכים המקובלות, מבקשים העותרים העברת הנושא לבחינת הוועדה לעניינים הומניטאריים.

בקשת העותרת מצ"ב ומסומנת ע/3.

13. במכתב מיום 30.10.2006 הודיע המשיב לעותרת כי היא אינה נכללת בקריטריונים לקבלת מעמד בישראל וכי גם לא ניתן לקבל את בקשתה בהתאם לחוק הוראת השעת.

מכתב המשיב – מצ"ב ומסומן ע/4.

14. ביום 29.11.2006 הגישו העותרים ערר על החלטת המשיב לסרב לבקשה. בערר נמסר כי הבקשה הוגשה מטעמים הומניטאריים ועל כן התבקש להעבירה, במידת הצורך, לוועדה הבינמישרדית. עוד צוין, כי בתי המשפט חייבו בעבר את המשיב להעביר בקשות מעין אלה לבחינת הוועדה הבינמישרדית, כאשר קשר הנישואין פקע מסיבות שונות ונתקיימו נסיבות הומניטאריות המחייבות דיון בבקשה. העותרים הזכירו בהקשר זה את עת"מ 202/05 אסראא נ' משרד הפנים, ואת עת"מ 281/06 אנטווי ואח' נ' שר הפנים.

הערר מצ"ב ומסומן ע/5.

15. במכתב מיום 12.12.2006 הודיע המשיב לעותרת, כי "היות והינך עומדת על הגשת בקשה לאשרה ורישיון לישיבת קבע בישראל ולמרות האמור במכתבנו מיום 30.10.06", הינה מוזמנת להגיש בקשה למעמד לתאריך 25.1.2007.

מכתב המשיב מצ"ב ומסומן ע/6.

16. הנה כי כן, הגיעה העותרת ללשכת המשיב ביום 25.1.2007, והגישה בקשה להסדרת מעמדה. קבלה על הגשת בקשה, מצ"ב ומסומנת ע/7.
17. במכתב מיום 6.3.2007 הודיע המשיב על סירובו לבקשה. הנמקת המשיב הינה, כי העותרת היא אשה שנייה, שלא היתה זכאית למעמד בישראל וכי אף היום אין היא זכאית למעמד רק בשל ילדיה. המשיב דן בבקשת העותרים בוועדה לשכתית, המונה פקידים מלשכת מינהל האוכלוסין בירושלים המזרחית וסרב להעביר את הבקשה לוועדה בינמישרדית לעניינים הומניטאריים, בה יושבים מי שנבחרו ע"י המשיב לבחון מקרים בעלי נסיבות הומניטאריות. תשובת המשיב, מצ"ב ומסומנת ע/8.
18. ביום 19.4.2007 הגישו העותרים ערר על החלטת המשיב. בפנייתם ציינו העותרים את פסק הדין בעת"מ 313/06 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' שר הפנים, בו נקבע בנסיבות דומות כי על המשיב להעביר את המקרה לבחינת הוועדה הבינמישרדית, אשר עליה לבחון את השלכות הסירוב ליתן מעמד לאם על ילדיה. בהתאם לכך, ביקשו העותרים כי גם עניינם יועבר לבחינת הוועדה הבינמישרדית. הערר מצ"ב ומסומן ע/9.
19. במכתב מיום 6.6.2007 הודיע המשיב כי לא מצא מקום לשנות מהחלטתו הקודמת. עם זאת, הודע לעותרים כי באפשרותם לפנות בבקשה לדיון בוועדה הומניטארית, אשר הוקמה מכוח חוק הוראת השעה (תיקון מס' 2) התשס"ז-2007. תשובת המשיב מצ"ב ומסומנת ע/10.
20. בהתאם להנחיית המשיב, הגישו העותרים ביום 18.7.2007, בקשתם לוועדה לעניינים הומניטאריים. בפנייתם חזרו העותרים על נסיבותיה ההומניטאריות של הבקשה, ותמכו טענותיהם במסמכים. בקשת העותרים מצ"ב ומסומנת ע/11.
- מיצוי הליכים**
21. ביום 16.9.2007 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת. המכתב מצ"ב ומסומן ע/12.
22. גם ביום 19.11.2007 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת. מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/13.
23. במכתב מיום 25.11.2007, הודיע המשיב כי בקשת העותרים התקבלה וכי בימים אלו הוא פועל להקמת הוועדה לעניינים הומניטאריים.

- מכתב המשיב, מצ"ב ומסומן ע/14.
24. ביום 2.3.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.
- מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/15.
25. ביום 13.4.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.
- מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/16.
26. ביום 8.6.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.
- מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/17.
27. ביום 15.7.2008 שלחו העותרים למשיב מכתב תזכורת.
- מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/18.
28. במכתב מיום 19.8.2008, שהתקבל במשרד העותרים ביום 14.9.08, ביקש המשיב מהעותרים לשלוח אליו טופס קורות חיים.
- מכתב המשיב, מצ"ב ומסומן ע/19.
29. ביום 16.9.2008 שלחו העותרים למשיב טופס קורות חיים. יצוין, כי טופס קורות חיים כבר הוגש ללשכת המשיב בירושלים המזרחית עוד בינואר 2007, עת הוגשה בלשכה בקשה להסדרת מעמדה של העותרת. אף על פי כן, נשלח הטופס בשנית.
- מכתב העותרים מצ"ב ומסומן ע/20.
30. עד היום, משך שנה וארבעה חודשים, לא התקבלה תשובה לפנייתם ההומניטארית של העותרים.

הטיעון המשפטי

כל אלמנה ויתום לא תענון. אם ענה תענה אותו כי אם צעק יצעק אלי שמע אשמע צעקתו? (שמות כ"ב, כא-כב)

מדיניות המשיב בעניין הקניית מעמד לאלמנות

31. הליך להסדרת מעמדן בישראל של אלמנות גובש בעקבות בג"ץ 4711/02 דניאלה הלל ואח' נ' שר הפנים ואח' (להלן – עניין הלל) ומספר הליכים משפטיים, אשר אוחדו עם עניין זה. ההליכים כולם עוסקים בבקשה למעמד עבור אלמנות, שהיו נשואות לישראלי. בעקבות ההליכים לעיל ותחת הנחיה מפורשת של בית המשפט העליון, נקבע נוהל 5.2.0017, "נוהל הטיפול בהפסקת הליך להסדרת מעמד לבני זוג של ישראלים", אשר דן בכפיפה אחת

בהתפרקות התא המשפחתי מחמת גירושין ומחמת פטירה, וקבע, כי יש להעביר את ענייניו של אלמנות כאמור לבחינת הועדה הבימישרדית, על פי התנאים הבאים:

- א. בני הזוג היו נשואים בנישואין כנים שנרשמו ובת הזוג קבלה רישיון לישיבה בישראל מסוג א/5.
- ב. בני הזוג עברו יותר משלוש שנים מתקופת ההליך המדורג קודם לפטירת בן הזוג.
- ג. לא היה קיים ספק בכנות הקשר בין בני הזוג לאורך ההליך.
- ד. בדיקת נסיבות העניין בכללותן הצביעה על זיקה ממשית וזיקה של המבקש למדינת ישראל יותר מזיקתו למדינה זרה.

32. עוד נקבע כי כל המקרים בהם הופסק ההליך המדורג ולא מתקיימים התנאים המפורטים לעיל, במידה וישנם טעמים הומניטאריים מיוחדים אחרים יש להעביר התיק למטה מנ"א. (ההדגשה שלי – ע.ל.).

ר' סעיפים ב וד 5 לנוהל המצ"ב ומסומן ע/21.

33. ביום 12.10.2008 ניתנה החלטת בית המשפט הנכבד (כב' המשנה לנשיאה, השופט ריבילין) בעניין הלל, ובה הנחיות לתיקון נוחל 5.2.0017, כדלקמן:

כיום, אם כן, מותו של בן הזוג הישראלי במהלך ההליך המדורג אינו מביא בעקבותיו, בכל המקרים, את שלילת מעמדו של בן הזוג הזר. נקבעו קריטריונים אשר בעיקרם נועדו לבחון את זיקתו של בן הזוג הזר לארץ – מעבר להנחת הבסיס בדבר כנותו של קשר הנישואין. זיקה מרכזית בהקשר זה נוגעת לשאלת קיומם של ילדים משותפים במשמורתו של בן הזוג הזר, ומעבר לכך, לפי העניין, מדובר על כנות הנישואין, על תקופת ההליך המדורג שהספיק בן הזוג לממש, ועל נסיבות נוספות.

אנו סבורים כי בדין נהגה המדינה בקבעה קריטריונים לטיפול במקרים שבהם בן הזוג הישראלי נפטר קודם שתם ההליך המדורג. עם זאת נראה לנו כי מן הראוי שתיעשה בחינה נוספת לגבי תוכנו של הנוהל. במיוחד, יש לבחון אם ניתן לשפר את הנוהל באופן שייתן מענה גם לבני-זוג זרים שלא מילאו את תקופת הזמן הנדרשת בנוהל הקיים – מחצית מתקופת ההליך המדורג במקרה שבו היו ילדים משותפים, ושלוש שנים מתקופת ההליך המדורג בהיעדר ילדים משותפים. קריטריון זה עלול להביא עמו השלכות קשות על בן-הזוג הזר שאינו עומד בקריטריון הזמן, כאשר אין ספק באשר לכנות הקשר שלו עם בן הזוג המנוח ובאשר להיותה של מדינת ישראל – מרכז חייו. קריטריון זה מעורר קושי של ממש במקום שבו נולדו ילדים משותפים לבני-הזוג, המצויים במשמורתו של בן-הזוג הזר, שאז יש לשקול את עצם הצורך בקיומו של קריטריון "הוותק" בהליך המדורג. זאת, לא רק לאור ציפייתו של בן הזוג הזר אלא גם לאור שאיפתו של בן הזוג הישראלי להקים משפחה בישראל, על כל המשתמע מכך.

אכן, נראה כי מעבר לקריטריונים המנויים בנוהל יש מקום לאפשר בחינה אינדיבידואלית שתכלול מודדים שונים כגון משך תקופת הנישואין ומשך תקופת החיים המשותפים עובר לנישואין, משך שהייה בישראל, כנות הנישואין ומרכז חיים בישראל לפי זיקות רלבנטיות. יצוין, כי מודדים כגון אלה עשויים להלוך יותר את התכלית המונחת ביסוד הנוהל מאשר מודדים

מסוימים הכלולים בנוהל הקיים. כד, למשל, שאלת מקום מגוריהם של קרובי משפחה מדרגה ראשונה בחוץ-לארץ אינה מלמדת, בהכרח, על זיקה גדולה יותר למדינה הזרה מאשר למדינת ישראל, במיוחד כאשר בארץ עשויים להימצא קברו של בו הזוג הישראלי, חברים משותפים ובני משפחה, וכו היבטים נוספים הממלאים בתוכו את המושג "מרכז חיים". עוד יצונו כי בירור כל אלה צריך להיעשות תוך מתן זכות טיעון לבו-הזוג. במקרים מתאימים, יש מקום לאפשר את המשך ההליך המדורג חרף מותו של בו הזוג הזר. משמעות הדבר היא כי במקום שבו השתכנעו הגורמים המוסמכים באשר לכנותו של קשר הנישואין, מרכז חייו של בו הזוג הזר הוא בישראל ומתקיימים המודדים שיקבעו כאמור, ייקבע נוהל שיאפשר את המשך הימצאו של בו הזוג הזר בארץ על-מנת שניתן יהיה לבחון לאורך זמן את הקשר עם הארץ ואת היעדרה של מניעה ביטחונית או פלילית. (ר' סעיפים 7 ו-8 להחלטה. ההדגשה שלי – ע.ל.)

אמנם החלטת בית המשפט הנכבד מתייחסת לאלמנות של אזרחים ישראלים, אשר בקשתן למעמד נובעת מסעיף 7 לחוק האזרחות, בעוד העותרת דנן היתה נשואה לתושב קבע של מדינת ישראל ובקשתה מוגשת מטעמים הומניטאריים, אולם רציונאל הדברים יפה במידה שווה גם בעניינה. יתר על כן, דווקא במקרה של העותרת, בו ילדיה הינם תושבי קבע של המדינה, הפגיעה בילדים עשויה להיות קשה עוד יותר. נוכח הוראות חוק הכניסה לישראל, אם ייאלצו העותרים, הקטינים, לעזוב את ישראל בשל גירוש אמם, עשויים ילדיה של העותרת לאבד את מעמדם בישראל, ולהיות ללא מעמד בעולם וללא זכויותיהם. במקרה זה יאסר על ילדי העותרת ולו לבקר במולדתם לא כל שכן לחיות בה ובביתם. זאת בניגוד לילדים אזרחים, אשר גם אם ילכו אחרי אמם או אביהם לארץ מוצא ההורה, יישארו בעלי מעמד אזרחי מוצק, אשר יאפשר להם לשוב לחיות בישראל כשיבגרו, בכל עת, ככל שיחפצו בכך.

ההחלטה מצ"ב ומסומנת ע/22.

34. יוער, כי בית המשפט העליון החליט לדון בבג"ץ 4441/01 אבו סטיש נ' שר הפנים, שעניינו אלמנתו של תושב קבע ישראלי, באותו יום בו נדונו העתירות בנוגע לאלמנותיהם של אזרחים, אף כי הדיון לא אוחד. נכון להיום מצוי עניינה של העותרת בעניין אבו סטיש, אף היא כמו העותרת בענייננו אם לקטינים, ישראלים, על שולחנה של הוועדה לעניינים הומניטאריים. עניינה ממתין להכרעה.

35. במקרה דנן, העותרים היו נשואים בנשואים כנים שנרשמו, במשך 10 שנים עד למותו של העותר. העותרים אמנם לא לקחו חלק בחליך איחוד משפחות, עקב נישואי העותר לאשה נוספת, אולם, ברי כי שלושת ילדי בני הזוג לא מותירים מקום לספק בדבר כנות הקשר. כמו כן, העותרת מקבלת קצבת ילדים וגמלת שארים מהמוסד לביטוח לאומי, גם בנוגע למגוריה לאורך השנים בירושלים לא קיים ספק. המצב בו לא הוכרו נישואי העותרת ובעלה המנוח עקב ביגמיה, שונה היום, משנפטר בן הזוג, והעותרת לבדה נשארה אחראית על בני המשפחה.

36. דומה ענייננו למקרה שנדון בעת"מ (ב"ש) 313/06 עמותת "רופאים לזכויות אדם" נ' שר הפנים (פסק דין מיום 24.12.2006). גם שם לא הוגשה בקשה לאיחוד משפחות עבור האם בעודה נשואה, עקב נישואי פוליגמיה. גם שם היו נפגעות בנותיה הקטנות של העותרת, בעקבות החלטת הוועדה לעניינים הומניטאריים, לסרב לבקשה. באותו מקרה, דחתה הוועדה הבינמשרדית את בקשתה של האם להסדיר את מעמדה, משום ריבוי תופעת הפוליגמיה, משום שלא הוגשה בקשה להסדיר את מעמדה בישראל במהלך נישואיה (אף שאי אפשר היה), משום ששהתה בישראל מאז נישואיה שלא כדין ומשום ששני ילדים נותרו אצל הבעל. השופט י' אלון מקבל את העתירה, ומורה על החזרת הדיון לוועדה. פסיקת בית המשפט בעניין זה יפה אפוא גם בענייננו 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-הקטניות והקטנות ללא הורה לשומרן ולגדלן. לא נתברר כל עיקר מתוך החלטת הסירוב, ואף לא מתוך נימוקי המשיבים בכתב התגובה, מה יעלה בגורלן של ארבע ילדות רכות בשנים אלו, שכאמור כולן אזרחיות המדינה. האם אביהן מוכן לגדלן? ואם אכן כך – האם מסוגל וכשיר הוא לגדלן? ואם אבי הילדות אינו מוכן או אינו מסוגל לכך – האם קיימת מסגרת מוסדרת שתסכון לכך? האם אכן ראוי בכלל להחליט על הרחקת האם מישראל, תוך השארת ארבע הילדות הקטנות למסגרות חוץ משפחתיות? האם לא נדרש מהרשות הבוחנת בקשתה של העותרת לרשיון ישיבה, לבחון בד בבד עם החלטה זו את השלכותיה ותוצאותיה המיידיות על חיי ארבע ילדותיה הקטנות, גורלן, נפשן ועתידן? או שמא כטענת ב"ב המשיבים בטיעוניה בע"פ, הפתרון המוצע במקרה כזה הוא כי ארבע הילדות הקטנות – אזרחיות ישראל – ילכו אחר אמם המורחקת מהארץ אל עיר הולדתה חדרון 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 הקטנות 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.

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 והנוהל. 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 הועדה תנומק בדרך שתשקף את בחינת ההיבטים האמורים בעניינה של אותה בקשה חריגה ומיוחדת שהובאה בפניה.

פסק הדין מצ"ב ומסומן ע/23.

זכויות הילדים – הפגיעה בעותרים 4-2

37. הסחבת בה נוקט המשיב גורמת לפגיעה קשה ובלתי הפיכה בזכויות העותרים, הקטינים, אשר חיים במתח, חוסר וודאות וחוסר יציבות, בצל החשש כי אמם תגורש מביתם. נוכח פטירת אביהם, גירוש אמם יוביל אותם להישאר לבדם. לחלופין תכפה החלטה כזו של המשיב, הגירה כפויה של הילדים מהארץ היחידה אותה ידעו ומביתם, ללא מקום אחר בו יוכלו להתגורר כדין.
38. 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.
39. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.
40. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זן] 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 9(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.

41. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 פלוני ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (כבי השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כבי הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי

לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (כבי השופטת דורנר); בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 3/98) 443 בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

42. העותרים נפגעים פגיעה קשה מהימנעות המשיב מלהסדיר את מעמד אמם. בהימנעות המשיב מלהכריע בבקשת האם, מפר המשיב את הדין הבינלאומי והישראלי ואת הוראות האמנה לזכויות הילד, ומתעלם מהשיקול של טובת העותרים 2-4, תושבי מדינת ישראל, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

המשיב פוגע בזכויות חוקתיות הזכות - לחיי משפחה, הזכות לכבוד

43. מתוך ערכי היסוד בשיטתנו מוכרות וצריכות לענייננו הזכות לחיי משפחה והזכות לכבוד. בפסק הדין שניתן לאחרונה בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, אשר עוגנה בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדין, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

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...זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, ניתן ביום 14.5.06, בפסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק.

44. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. הנפטר מוסיף להיות בן משפחתה של האלמנה ושל ילדיו גם לאחר מותו. משפחתו משפחתה. קברו הינו מקום הביטוי לאבל ולאבל הילדים ולשימור הזיקה המשפחתית הקיימת לעד בין השניים ובין הילדים לאביהם. הן לתושב שנפטר והן לאלמנה וילדי בני הזוג זכות לכבוד. ראו לענין זה דברי כבוד הנשיא ברק בע"א 294/91 חברת קדישא נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, 523:

כבוד האדם אינו רק כבודו של אדם בחייו. זהו גם כבודו של אדם לאחר מותו, וזהו גם כבודם של יקיריו, השומרים את זכרו בליבם. כבוד זה מתבטא, בין השאר, בעצם הצבתה של המצבה, בביקורים בבית הקברות בימי זיכרון ובטקסי ציבור ובטיפול הקבר. זהו אותו קשר - לעיתים ראציונלי ולעיתים בלתי ראציונלי - בין החיים לבין המתים, אשר מגבש את האדם שבתוכו והנותן ביטוי למאויי הנפש הנכספים. זוהי היד שהחיים מושיטים למתים. דברים אלה צוטטו בהסכמה על ידי כבוד השופט אור בבג"ץ 4763/97 תכים נ' המועצה המקומית מזכרת בתיה פ"ד נב(1) 35.

מתן רישיון ישיבה לעותרת מטעמים הומניטאריים

45. בפניית העותרים למשיב, פורטו הטעמים ההומניטאריים של המקרה, היות העותרת אשה מבוגרת, אם לשלושה ילדים ישראלים, המתגוררת בישראל כל חייה הבוגרים ואחראית

לילדיה, כמו גם לאשתו הראשונה של בעלה, שהינה אשה מבוגרת וחולה, אשר תלויה בעותרת לחלוטין. בעניין חשיבותו של השיקול החומניטארי במדינת חוק, נפסק:

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

46. על חשיבותו של השיקול החומניטארי, בבוא המשיב להכריע בבקשות להסדרת מעמד, ניתן ללמוד גם מפסק הדין בעת"מ 1037/03 פלדמו ואח' נ' שר הפנים:

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-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, 513-515; וכן יצחק זמיר, הסמכות המינהלית (כרך ב', נב), תשנ"ו) 763-771.

חובת הרשות לפעול במהירות הראויה

47. על המשיב מוטלת החובה לטפל בעניינם של העותרים בהגינות, בסבירות ובמהירות ראויה. סעיף 9(ב) לחוק תיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, פוטר אמנם את המשיב מהוראות אותו חוק, אולם אין בכך כדי לפטור את המשיב מהחובות החלות על כל רשות ציבורית – לנהוג בפונה אליה בהגינות ובסבירות.

כך פסק כבוד השופט ד' לויין בבג"ץ 6300/93 המכוון להכשרת טוענות בית הדין נ' השר לענייני דתות ואח' פ"ד מח(4) 441, 451:

על רשות מוסמכת לפעול בסבירות. סבירות משמעה גם עמידה בלוח זמנים סביר.

48. חובתו של המשיב לפעול בעניינם של העותרים בזריזות ראויה, מעוגנת גם בסעיף 11 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, הקובע לאמור:

הסמכה או חיוב לעשות דבר, בלי קביעת זמן לעשייתו – משמעם שיש סמכות או חובה לעשותו במהירות הראויה ולחזור לעשותו מזמן לזמן ככל הנדרש לפי הנסיבות.

49. החובה לפעול בתוך זמן סביר, ושלא לנקוט הזנחה וסחבת בבקשות תלויות ועומדות בפני הרשות, היא מיסודותיו של מינהל תקין. ראו לעניין זה ע"א 4809/91 הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה ירושלים נ' קהתי ואח', פ"ד מח(2) 190, 219.

50. בית המשפט העליון עמד על הדברים הללו בפסק דינו בבג"ץ 3680/95 טבריה נ' משרד הפנים, תק-על 196(1), 673. באותו עניין אישר בית המשפט כסבירה את מדיניותו של המשיב לבחון במקרים

מסויימים את כנות הנישואין בטרם ירשום במרשם האוכלוסין את מי שהציג תעודת נישואין בתור "נשוי". עצם הבדיקה נמצאה סבירה, אך בית המשפט הוסיף על כך כי:

יש לקוות כי היא (הבדיקה, ע.ל.) נעשית ביעילות ובמהירות הראויה, ויש להניח כי גם במקרה שלפנינו הבדיקה לא תארך זמן רב. (דברי כבוד הנשיא ברק בעמ' 673).

51. הבקשה נשוא עתירה זו הוגשה בלשכת המשיב לפני למעלה משנה. אין ספק כי התנהלות המשיב לא רק שאיננה מהירה או יעילה, כי אם חורגת באופן קיצוני מהמצופה מהתנהגות של רשות מינהלית סבירה, האמונה על היבטים משמעותיים של חיי הנזקקים לשירותיה.

סיכום

52. אי הכרעה בבקשת העותרת, על נסיבותיה ההומניטאריות, משך שנה וארבעה חודשים, חורגת באופן קיצוני ממתחם הסבירות. העותרת עומדת בהנחיות בג"ץ לתיקון הנוהל, כפי שניתנו לאחרונה. בחלוף למעלה משנתיים מאז פנתה למשיב ושנה וארבעה חודשים מאז הוגשה הבקשה לועדה לעניינים הומניטאריים שהוקמה מכוח חוק הוראת השעה, יש להעניק לעותרת מעמד של תושבות קבע. למצער, על המשיב לקבוע מתווה לקבלת מעמד של קבע, במהלכו יוסדר מעמדה של העותרת כתושבת ארעית, ואשר בחלוף זמן שיקבע, אם תעמוד בתנאים הנדרשים, תהיה זכאית למעמד של קבע. כך או כך, אל לו למשיב להתעלם מתחינת ילדי העותרת לאפשר לאמם להוסיף לחיות עמם בארצם, בביתם, בירושלים.

53. מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות כמבוקש בראש עתירה זו וכן להשית על המשיב הוצאות משפט ושכר טרחת עו"ד.


עדי לוסטיגמן, עו"ד

26 נובמבר 2008

ב"כ העותרות