

העותר:

המוקד לפליטים ולמהגרים

ע"י ב"כ עוה"ד סתיו פס-חי ו/או
טל שטיינר ו/או עלא ח'אטר ו/או ורד בר
מהמוקד לפליטים ולמהגרים
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5602530 ; פקס: 03-6844812

- נ ג ד -

המשיבה:

רשות האוכלוסין וההגירה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רחוב מח"ל 7, בית דפנה, ירושלים
טל': 02-5419555 ; פקס: 02-6468053

עתירה מנהלית

מוגשת בזאת עתירה מנהלית, במסגרתה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה לשנות את סעיף 12ג לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל אשר נוסחו הנוכחי הוא כדלקמן:

"מי שהגיעו לישראל כבני זוג והגישו בקשה למקלט מדיני, אין להרחיק את בן/בת הזוג שבקשתו למקלט נדחתה עד לתום בירור בקשתו של בן/בת זוגו. עם זאת, הוראה זו לא תחול על בני זוג שמערכת היחסים ביניהם נרקמה בישראל".

העותר יבקש מבית המשפט הנכבד להורות למשיבה לשנות את נוסח הסעיף כך שגם בני זוג שמערכת היחסים ביניהם נוצרה בישראל יוכלו להגיש בקשה להשוואת מעמד עבור בן/בת הזוג של מבקש המקלט כל עוד בקשתו תלויה ועומדת, ובקשה זו להשוואת מעמד תיבחן לפי נסיבותיה.

מבוא

עניינה של עתירה זו בזכותם של מבקשי מקלט להגנה מפני פגיעה בזכותם לחיי משפחה בישראל כתוצאה מסעיף מפלה בנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל (מס' נוהל 5.2.0012) ("הנוהל"), נוהל פנימי אותו פרסמה המשיבה ועל פי הוראותיו היא פועלת בעת טיפולה במבקשי המקלט בישראל.

במדינת ישראל ישנם מבקשי מקלט רבים אשר מחכים שנים ארוכות להכרעת המדינה בבקשות המקלט שלהם. מחדל זה בולט בעיקר בקהילות החוסות תחת הגנה קבוצתית זמנית, כגון הקהילות האריתראית, הסודנית והקונגולזית בישראל. רבים ממבקשי המקלט האריתראים והסודנים בישראל חיים בה מעל לעשור, ורבים מהקונגולזים בישראל שוהים בה קרוב לשני עשורים, מבלי שבקשותיהם למקלט תיבחנה.

במהלך תקופה ארוכה זו, בה נמנעת הרשות מלהכריע בבקשות המקלט של רבים, ולמעשה מונעת מהם את האפשרות לקבל זכויות אשר פליטים בישראל זכאים להן, רבים ממבקשי המקלט אשר הגיעו לישראל כרווקים רוקמים זוגיות ומקימים משפחות, לעיתים קרובות עם מהגרים אחרים בישראל.

סעיף 12ג לנוהל מהווה הכרה של המשיבה בכך שהזכות לחיי משפחה, זכות אשר הוכרה כזכות יסוד על ידי בית המשפט העליון, חלה גם על מבקשי מקלט בישראל. עם זאת, הסעיף מבצע הבחנה בלתי מוסברת ובלתי סבירה בין בני זוג שהכירו קודם לכניסתם לישראל ובני זוג שהכירו לאחר כניסתם למדינה, ואינו מחיל את הזכות על אלה האחרונים.

כלומר, מבקשי מקלט המצויים בזוגיות עם אדם שאינו בעל מעמד חוקי בישראל אותו הכירו מחוץ לישראל יוכלו לבקש כי מעמדו של בן הזוג ישווה לזה שלהם כל עוד לא התקבלה הכרעה בבקשתם למקלט, אך אפשרות זו נמנעת באופן שרירותי מבני זוגם של מבקשי המקלט הרבים שהכירו בתוך ישראל.

המשמעות של חסם גורף זה, היא כי אותם זוגות – אשר הקשר ביניהם כנה, תומך ואוהב לא פחות מזה של זוגות שהכירו טרם כניסתם לישראל – יופרדו באכזריות ובן הזוג חסר המעמד יגורש מישראל. פגיעה זו קשה במיוחד במקרים בהם לבני הזוג ילדים משותפים, אז נגרם לאותם ילדים נזק מנטלי עצום בשל הפרידה הכפויה מאחד מהוריו.

מקרים פרטניים כגון אלו הגיעו פעמים רבות לפתחן של הערכאות השונות, כשבחלקם אכן הושווה מעמד בן או בת הזוג לזה של מבקש המקלט על אף שהשניים הכירו בישראל, ובבית המשפט העליון נקבע כי יש לבחון כל מקרה לפי נסיבותיו. עם זאת, משום שעד כה לא התקבלה הכרעה עקרונית מחייבת לפיה הסעיף לנוהל אינו חוקתי, ממשיכה המשיבה לדחות על הסף בקשות להשוואת מעמד של בני זוג שהכירו בישראל מבלי לבצע בחינה פרטנית של הנסיבות, והערכאות השונות מצויות במצב של חוסר בהירות משפטית. מקרים שונים בהם הייתה לבית המשפט העליון ההזדמנות להכריע באופן ברור בסוגייה זו, נסתיימו פעם אחר פעם בפתרון פרטני, בין אם משום שהמשיבה מצאה לנכון לבדוק סוף כל סוף את בקשת המקלט של העותר הספציפי, או משום שהמשיבה הציעה לפתע פתרון פרטני אחר. בכל המקרים האמורים עמדה המשיבה על טענתה כי הזכות לחיי משפחה אינה מוקנית למבקשי מקלט אשר הכירו את בני או בנות זוגם בתוך ישראל.

ככל הידוע לעותר, מניסיונו כארגון המסייע למבקשי מקלט ולמהגרים מזה 20 שנה, מדיניות זו של המשיבה משפיעה על עשרות משפחות בישראל. בקשת חופש מידע מיום 11.2.2019 אשר הגיש

העותר למשיבה על מנת לקבל נתונים מדויקים בנושא טרם נענתה, על אף שעבר המועד למתן המענה לפי חוק, ועל אף תזכורות רבות מצד העותר.

בקשת חופש מידע מיום 11.2.2019 והתכתבויות מול מנהלת תחום חוק חופש המידע במשיבה מצ"ב ומסומנות ע'1.

כפי שיוסבר להלן, בסירובה להחיל את ההסדר שבסעיף 12ג לנהל גם על בני זוג שהכירו בישראל, פוגעת המשיבה פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכותם של אותם מבקשי מקלט לחיי משפחה, לשוויון ואף למקלט מדיני, זכויות המוקנות להם הן מתוקף החוק הבינלאומי והן מתוקף החוק והפסיקה בישראל.

הסעד אותו מבקש העותר בעתירה זו מצומצם ביותר – שינוי נוסח הסעיף כך שיאפשר בחינה פרטנית של בקשות להשוואת מעמד גם של בני זוג שהכירו בישראל, בדומה למצב הנהוג באשר למי שהכירו מחוץ לישראל. ויוזכר – המעמד המבוקש אינו מקנה לבן הזוג זכויות סוציאליות מפליגות, אלא רק את ההגנה מפני הפרדה מבן זוגו השווה בישראל כחוק. כמו כן, משך הזמן בו יוקנה מעמד זה לבן הזוג תלוי אך ורק במשיבה – שכן תוקף אותו מעמד פג עם ההכרעה בבקשת המקלט של בן הזוג.

משכך, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיבה לשנות את נוסח הסעיף האמור, לחדול מדחייה אוטומטית של בקשות השוואת המעמד של אותם זוגות שהכירו בישראל ולבחון באופן פרטני כל בקשה להשוואת מעמד לגופה.

הצדדים

1. העותר, המוקד לפליטים ומהגרים, הינו עמותה א-מפלגתית וללא מטרת רווח אשר שמה לה למטרה להגן ולקדם את זכויות האדם של מהגרי עבודה ופליטים ולמנוע סחר בבני אדם בישראל. במסגרת פעילותו, מטפל המוקד הן במקרים פרטניים של הפונים אליו על ידי מתן שירותי ייצוג ותמיכה לחברי קהילות אלה כאשר נותרים ללא מענה מספק, והן בנושאים בעלי השלכה עקרונית ומשמעותית על התפתחות תחום ההגירה והפליטות בישראל.

2. המשיבה הינה אורגן של משרד הפנים, מופקדת על ניהול מרשם האוכלוסין ואחראית על נושאי המעמד וההגירה, לרבות טיפול ברישיונות שהיה בישראל לזרים. בין יתר תפקידיה, אחראית הרשות על יחידת הטיפול במבקשי מקלט (המכונה גם יחידת ה-RSD – Refugee Status Determination), שתפקידה לבחון בקשות למקלט מדיני של זרים השוהים בישראל ולהמליץ על אופן הטיפול בהן. נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל נקבע ופורסם על ידי המשיבה.

הרקע לעתירה

א. סעיף 12ג לנוהל הטיפול במבקשי מקלט בישראל

3. הטיפול במבקשי מקלט בישראל מצוי תחת תחום אחריותה של המשיבה ומתבצע בהתאם לנוהל אותו ניסחה ופרסמה המשיבה ואותו היא מעדכנת מעת לעת.

נוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל המעודכן ליום 16.1.2018 מצורף ומסומן ע'2.

4. נוסחו של סעיף 12ג, העוסק בזכותו של של מבקש מקלט שלא להיות מופרד מבן או בת זוגו בישראל כל עוד בקשת המקלט שלו טרם הוכרעה, הוא כדלקמן:

"מי שהגיע לישראל כבני זוג והגישו בקשה למקלט מדיני, אין להרחיק את בן/בת הזוג שבקשתו למקלט נדחתה עד לתום בירור בקשתו של בן/בת זוגו. עם זאת, הוראה זו לא תחול על בני זוג שמערכת היחסים ביניהם נרקמה בישראל".

5. הסעיף מחלק את מבקשי המקלט ובני או בנות זוגם לשתי קבוצות: אלו שהזוגיות ביניהם החלה קודם לכניסתם לישראל ואלו שהזוגיות ביניהם נרקמה לאחר כניסתם לישראל. בני או בנות הזוג של מבקשי מקלט שבקבוצה הראשונה זכאים להשוואת מעמד לבן או בת זוגם, קרי, לכל הפחות להגנה מהרחקה מישראל כל עוד מבקש המקלט זכאי לשהות בישראל. הנחת המוצא לגבי הקבוצה השנייה, לעומת זאת, היא שאין כל פסול בהפרדת מבקש המקלט לבן או בת זוגו.

6. יודגש – הזכות לחיי משפחה אשר מקנה הסעיף לבני הקבוצה הראשונה אינה הזכות לאיחוד משפחות (Family Reunification), זכות חיובית אשר תאלץ את המדינה לאפשר לבני משפחתו של מבקש המקלט להיכנס גם הם לישראל ולקבל מעמד זהה לזה של מבקש המקלט. הזכות בה עסקין היא הזכות השלילית לחיי משפחה (Family Unity), לפיה אין על המדינה לפגוע באחדות משפחתו של מבקש המקלט, המצויה כבר בתוך ישראל. אבחנה זו חשובה במיוחד משום שבתיקים המתנהלים בערכאות השונות, המשיבה נוטה לעיתים קרובות לערבב בין שני מושגים אלו ולהתייחס אליהם בכפיפה אחת, על אף השוני במהותם וביחס הדין הבינלאומי להם.

7. מתבקש אך לתהות מדוע זוגיות שיצר מבקש מקלט לאחר הגעתו לישראל, כנה וארוכת שנים ככל שתהיה, מובחנת באופן שרירותי מזוגיות שנוצרה קודם לכניסה לישראל ולמעשה מוגדרת אוטומטית כחסרת כל חשיבות וככזו שניתן לפרקה במחי יד.

ב. המצב בשטח

8. התמהמהותה החמורה של המשיבה בטיפול בבקשות מקלט בישראל היא סוגייה ידועה ורבת שנים אשר הייתה נתונה לקיתונות ביקורת הן מבית המשפט והן ממבקר המדינה.

"עד אפריל 2017, יותר משנה לאחר המועד שבו הייתה רשות האוכלוסין אמורה לסיים את הטיפול בבקשות מקלט שהגישו זרים שאינם בני הרחקה, בהתאם להערכתה בתצהיר שמסרה לבג"ץ, היא סיימה את הטיפול בכ-28% מהן בלבד (995 מ-3,519 בקשות). בשנים 2015-2016 הגישו זרים שאינם בני הרחקה כ-7,450 בקשות מקלט; עד אותו מועד טרם הסתיימו הטיפולים ביותר ממחציתן (4,271 בקשות). עד אפריל 2017 לא סיימה אפוא הרשות לטפל בכ-6,800 בקשות מקלט שהגישו זרים שאינם בני הרחקה. טיפולה של מדינת ישראל בבקשות מקלט של זרים שאינם בני הרחקה התאפיין משנת 2009, מועד הקמתה של היחידה לטיפול במבקשי מקלט, ברצף של כשלים: עד שנת 2013 לא טיפלה רשות האוכלוסין בבקשות מקלט שהגישו זרים שאינם בני הרחקה, ולאחר מכן לא עמדה הרשות בהצהרה שמסרה לבג"ץ בדבר סיום הטיפול באנלי בקשות מקלט שלא טופלו במשך כמה שנים.

[...]

"בין שנת 2009 לאוגוסט 2017 הגישו כ-2,500 יוצאי חבל דארפור בקשות מקלט. בכל פרק הזמן הזה התקבלה החלטה רק בנוגע לשש מהבקשות. עד למועד סיום הביקורת טרם גיבש שר הפנים את עמדתו בסוגיית בקשות המקלט שהגישו יוצאי דארפור, ולא קיבל החלטה בעניינן של כ-1,600 בקשות אלה. בדיונים בראשות ראש הממשלה הוחלט להעניק מעמד מטעמים הומניטריים לכמה מאות מיוצאי חבל דארפור, בלי שנקבע דבר בעניינם של שאר מבקשי המקלט מחבל זה. זאת אף על פי שיוצאי חבל דארפור חוו לחימה אלימה אשר הוגדרה בידי הקונגרס של ארצות הברית רצח עם. משרד מבקר המדינה מעיר לשר הפנים כי העיכוב הניכר בהשלמת הטיפול בכ-1,600 בקשות מקלט של יוצאי חבל דארפור פוגע באופן חמור בזכויותיהם של יוצאי החבל שיוכרו כפליטים. לגבי הענקת מעמד מטעמים הומניטריים לכמה מאות מבקשי מקלט, אין בכך מענה ראוי לקשיים החמורים שצינו בית המשפט והמשנה ליועץ המשפטי לממשלה."

9. וכך תיארה כב' הנשיאה דאז נאור את התנהלות המשיבה בבדיקת בקשות מקלט במסגרת בג"ץ 8665/14 **טשומה נגה דסטה נ' הכנסת** (פורסם בנבו, ניתן ביום 11.8.2015):

"מן התצהיר המשלים שהגישו המשיבים 2-5 ביום 16.2.2015 בעתירה דן, עולה כי מאז ניתן פסק הדין בעניין איתן לא חל כל שינוי בקצב הטיפול בבקשות המקלט וכן עולה מן התצהיר כי שיעור הבקשות שאושרו נותר אפסי. [...] הדברים מקבלים משנה תוקף גם נוכח הנתונים העולים מן התצהיר המשלים והמתייחסים לקצב הטיפול של המדינה בבקשות המקלט. בתצהיר המשלים נאמר כי "[...] סדר העדיפויות בטיפול בבקשות מקלט של מסתננים שמדינת מוצאם היא אריתריאה או סודן, יהיה כך שתינתן עדיפות לבחינת בקשות של שוהים במרכז השהייה". אולם עיון בנתונים שפורטו בתצהיר מעלה כי בפועל קצב הטיפול בבקשות אלה רחוק מלהניח את הדעת. כך, נכון ליום הגשת התצהיר, מתוך 3,165 בקשות מקלט שהוגשו החל מחודש יולי 2009 ועד ליום 5.2.2015 על-ידי מסתננים שמוצאם בסודן - 2,184 בקשות (כ-70%) נותרו עדיין תלויות ועומדות, ומתוך 2,408 בקשות שהוגשו על-ידי מסתננים שמוצאם באריתריאה - 1,335 בקשות (כ-55%) נותרו עדיין תלויות ועומדות. נתון חשוב שאותו ראוי להזכיר בהקשר זה הוא כי 1,521 מתוך 1,940 המסתננים שהוחזקו במרכז השהייה נכון ליום

¹ מבקר המדינה, דו"ח שנתי 168 – לשנת 2017 ולחשבונות שנת הכספים 2016 (2018), פרק שני, ע"מ 1421-1423.

9.2.2015 הגישו בקשות מקלט ורובם (862 מסתננים) עשו כן בעודם מוחזקים במרכז השהייה.

4. נוכח התנהלותה זו של המדינה לגבי נתיני סודן ואריתריאה, נראה כי נתינים אלה לכוידים במצב מתמשך ובלתי אפשרי של ערפל נורמטיבי בנוגע למעמדם על כל ההשלכות הקשות הנובעות מכך לגבי זכויותיהם (ראו והשוו: חוות דעתי בע"מ 8908/11 אספו נ' משרד הפנים [פורסם בנבו] (17.7.2012)). זאת, משום שמחד גיסא הם אינם מורחקים ישירות לארצם בשל קשיים מעשיים (צפון סודן) או בשל המצב השורר באותה ארץ ועקרון ה-Non-Refoulement (אריתריאה), אך מאידך גיסא המדינה אינה מחליטה בתוך זמן סביר בבקשות המקלט שהגישו ולכשהיא דנה בהן לבסוף היא אינה מאשרת אלא אחוז אפסי מתוכן ונתון זה מעורר, כאמור, סימני שאלה נוכח שיעורי אישור בקשות המקלט של נתינים דומים בעולם" (סעיפים 3-4 לפסק דינה של כב' הנשיאה דאז נאור).

10. סקירה של קצב בחינת בקשות המקלט באירופה מלמדת עד כמה חריג המצב בישראל: ברבעון השלישי של 2018 עמד קצב בדיקת בקשות המקלט בגרמניה על חצי שנה בממוצע²; החוק ביוון קובע כי על בקשות מקלט להיבדק תוך 6 חודשים, ובמקרים חריגים, תקופה זו תוארך בשלושה חודשים בלבד³; החוק בהולנד קובע כי על בקשות להיות מעובדות בתוך שמונה ימים ובמקרים חריגים ניתן להאריך את הבדיקה לתקופה של עד 6 חודשים⁴; בשוודיה, לאחר עלייה חדה במספר מבקשי המקלט שנכנסו לשטחה בשנים האחרונות, עלתה תקופת הבדיקה הממוצעת לכ-17 חודשים בשנת 2018⁵.

11. בישראל, לעומת זאת, אין שום הנחיה בקשר לפרק הזמן בו נבחנות בקשות מקלט ומי שהגישו בקשת מקלט מצוים בעלטה גמורה ביחס לפרק הזמן בו יידרשו לשהות בישראל במעמד של "מבקשי מקלט".

12. עקב אוזלת ידה של המשיבה, נותרים אנשים רבים בישראל בסטטוס של מבקשי מקלט במשך שנים רבות, ללא זכויות מוגדרות כשל מי שהוכרו כפליטים, ועל כן אין זה מפליא כי במהלך שנים אלו יצרו רבים מאותם "מבקשי מקלט נצחיים" תאים משפחתיים בישראל, רבים מהם עם בן או בת זוג מהגרים גם הם – חלקם ללא מעמד חוקי בישראל. מקרה נפוץ במיוחד הוא של זוג מבקשי מקלט אשר הכירו בישראל ומוצאים עצמם תחת איום ממשי של פירוק תאם המשפחתי לאחר שבקשת המקלט של אחד מהם נדחתה.

Deutscher Bundestag, *Ergänzende Informationen zur Asylstatistik für das dritte Quartal 2018 – Schwerpunktfragen zur Asylverfahrensdauer*;

<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/19/075/1907552.pdf>

The Asylum Information Database (AIDA), *Regular Procedure – Greece*, 3 <http://www.asylumineurope.org/reports/country/greece/asylum-procedure/procedures/regular-procedure>

The Asylum Information Database (AIDA), *Country Report – The Netherlands*, 4 https://www.asylumineurope.org/sites/default/files/report-download/aida_nl_2017update.pdf

The Asylum Information Database (AIDA), *Regular Procedure – Sweden*, 5 <http://www.asylumineurope.org/reports/country/sweden/asylum-procedure/procedures/regular-procedure>

13. מקרים פרטניים לא מעטים מן הסוג המתואר לעיל, בהם קבל הזוג על חוקתיות וסבירות סעיף 12ג לנוהל, מצאו דרכם אל פתחן של הערכאות השונות במהלך השנים האחרונות, אך הלכה אחידה וברורה לא נקבעה.

בשנת 2011 נדרש בית המשפט המחוזי בבאר שבע לסוגייה במסגרת עמ"נ 20871-06-11 **מדינת ישראל נ' חנה מנגסטב אסמורום ("עניין אסמורום")**, אשר עסק בבני זוג, אתיופית חסרת מעמד, ואריתריאי אשר חסה תחת מדיניות ההגנה הקבוצתית הזמנית על אריתראים בישראל. ערעור זה הוגש על החלטת בית הדין לביקורת משמורת מיום 12.6.2011 לפיה, משבקשות המקלט הפרטניות של אזרחי אריתריאה אינן נבדקות על ידי רשות ההגירה, עליה לכל הפחות להשוות את מעמדה של בת זוג של אזרח אריתריאי למעמדו ולא להרחיקה עד שלא תסתיים הגנה קולקטיבית הניתנת לבן זוגה מכוח היותו אריתריאי. עמדת המשיבה בפני בית הדין הייתה כי מדיניות אי-ההרחקה שנוקטת מדינת ישראל ניתנה לפנים משורת הדין ע"י ישראל לנתיני אריתריאה ועל כן אינה כוללת זכויות כגון השוואת מעמד והכרה בבני זוג של נתינים החוסים תחת מדיניות אי-ההרחקה.

במסגרת הערעור אותו הגישה המשיבה ובו חזרה על העמדה אותה הביעה בפני בית הדין, קבע בית המשפט כי בכפוף לבדיקה פרטנית של כנות הקשר בין בני הזוג, יוסדר מעמדה של בת הזוג מתוקף נישואיה לבן זוגה האריתריאי. כב' השופטת חני סלוטקי קבעה כדלקמן:

"לא שוכנעתי, כי קיימת הצדקה לאבחנה עקרונית בין פליט אשר אמנת הפליטים חלה עליו ועל כן גם נהנה מהזכות למשפחה, לבין מי שחוסה תחת ההגנה הקולקטיבית המקנה זכות לאי הרחקה זמנית מהארץ, עד יעבור זעם במדינת מוצאו. הזכות לחיי משפחה שהוכרה במשפטנו, היא העומדת בבסיס מתן מעמד שווה לבני משפחת פליט, והיא שצריכה להיות מוקנית למי שחוסה תחת מעמד של הגנה קולקטיבית זמנית לאי הרחקה למדינת המוצא" (עניין אסמורום, סעיף 6 לפסק הדין מיום 17.7.2011).

(ההדגשות הוספו).

14. בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון שהוגשה מטעם המשיבה בעניין ההכרעה העקרונית בעניין אסמורום נדחתה (ר' בר"ם 6689/11, פורסם בנבו, החלטה מיום 2.5.2012), בין היתר, משום שבאותה העת דן בית המשפט העליון בע"מ 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 17.7.2012) ("עניין אספו"), ותכנן להגיע להכרעה עקרונית בסוגייה במסגרת זו.

15. פסק דינו המכונן של בית המשפט העליון בעניין **אספו** עסק גם הוא במקרה של אריתריאי ואתיופית חסרת מעמד אשר הכירו בישראל. ברקע לפסק דין זה מצויה מדיניות אי ההרחקה הזמנית הקולקטיבית אשר מחילה המשיבה על אזרחי אריתריאה וסודן בישראל מעת שהחלה כניסתם לישראל. משום שהעניקה לאותם אזרחים את אותו "מעמד" של נהנים מאי הרחקה מישראל, אשר בצדו אין כל זכויות אזרחיות בסיסיות,

סירבה המשיבה לבדוק את בקשות המקלט שלהם עד למתן פסק הדין בעניין **אספו**. כלומר, לא הייתה לאותם אזרחים כל אפשרות להפוך לפליטים מוכרים הזכאים רשמית לחיי משפחה בישראל. בפסק הדין דן בית המשפט העליון לעומק בטיבה של אותה הגנה זמנית ולמעשה פתח פתח עבור אזרחי אריתריאה וסודן להגיש בקשות מקלט בישראל.

16. בני הזוג בעניין **אספו** טענו כי מדיניות אי ההרחקה של המשיב מקנה לבן הזוג האריתראי "חזקת פליטות" ועל כן יש להשוות את מעמד בת הזוג האריתראית לזה של בן זוגה האריתראי אף ללא שזה יגיש בקשת מקלט. המשיבה טענה מנגד כי לאדם הנתון לתחולת מדיניות "אי ההרחקה הזמנית" אין זכות להקים משפחה דווקא בישראל, ואין הוא יכול להקנות מעמד לבן זוגו הזר. המשיבה הוסיפה כי בת הזוג היא אזרחית אתיופיה, שביכולתה להקנות לבן זוגה מעמד בארץ מוצאה.

17. בפסק דינו מיום 17.7.2012 ביקר בית המשפט העליון את המשיבה על שטרם קבעה כללים ונהלים ברורים הנוגעים לזכויותיהם הבסיסיות של אותם אזרחים החוסים תחת מדיניות אי ההרחקה בישראל. בית המשפט ביצע סקירה השוואתית של משמעות ההגנה הזמנית במדינות אחרות והגיע למסקנה כי :

הזכות להקים משפחה חדשה תוך הקניית מעמד לבן זוג זר איננה מבין הזכויות שהמדינות מעניקות לנהגים ממדינות של הגנה זמנית. זאת, מפני שהגנה זמנית היא ארעית מטבעה, ולא נועדה להקנות זכויות שיש בהן משום השתקעות במדינה הקולטת. אמנם, **ככל שמשכה של הגנה זמנית מתארך, וה"זמני" נהפך ל"קבוע", עצמתו של רציונל זה נחלשת.** עם זאת, כפי שעולה מהסקירה, **הפתרון לחלופי הזמן איננו הפיכה אוטומטית של הנהגה מהגנה זמנית לפליט – על הזכויות הכרוכות במעמד זה – אלא מעבר למתווה של בחינה פרטנית של עניינו.**

(פס' 29 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן, ההדגשה הוספה).

18. לאור האמור, לא קיבל בית המשפט את עמדת בני הזוג לפיה מדיניות ההגנה הזמנית מקנה לבן הזוג האריתראי "חזקת פליטות" ואת הזכויות הנלוות לפליט. עם זאת, בית המשפט קבע כי בן הזוג החוסה תחת הגנה זמנית יוכל להגיש בקשת מקלט ועל המשיבה לבחון אותה. באשר לבת הזוג, בית המשפט קבע כי כל עוד לא ניתנה החלטה סופית בבקשת המקלט של בן זוגה ועד לחלוף 45 ימים ממתן ההחלטה, לא תורחק מישראל.

19. משמע, בית המשפט העליון הכריע כי בת זוגו של מבקש מקלט תהיה מוגנת מהרחקה כל עוד תיק המקלט שלו פתוח, וזאת מבלי לייחס כל משמעות למקום היכרותם של בני הזוג או ליכולתם לקיים את תאם המשפחתי במדינת המוצא של בת הזוג.

20. הכרעת בית המשפט העליון בעניין **אספו** נתפסה למשך תקופת מה כהלכה אשר הבהירה את הסוגייה, והערכאות דלמטה אכן הכריעו במקרים אחרים לאורה: בית המשפט העליון נתן צו המונע את הרחקתה של בת זוגו ההודית של אזרח אריתראי במסגרת בר"מ 5487/12 **צנדריקה בן פרמר נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 18.7.2012); כב' השופט אברהם יעקב קיבל שתי עתירות נוספות אשר הוגשו בנסיבות דומות לעניין **אספו**, תוך יישום המתווה שנפסק בעניין **אספו** (ראו עת"מ (מרכז) 1649-05-11 **הגר גרמדין**

מהרה נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, ניתן ביום 25.6.2012) ועת"מ (מרכז) 3169-03-13
סלם בדדה זראי נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, ניתן ביום 30.4.13). לתוצאה דומה הגיעה
גם כב' השופטת יהודית שיצר בעת"מ (ת"א) 22144-04-13 **צהאי ברהה גרמאי נ' משרד
הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 4.12.13). במקרה נוסף, עת"מ (מרכז) 36713-02-11 **מלאדו
סמואלס היילה ואח' נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 24.9.2012) קיבל על עצמו
משרד הפנים את מתווה **אספו** – הגשת בקשת מקלט פרטנית תוך הימנעות מהרחקת בן
הזוג וניתן תוקף של פסק דין להסכמה זו בין הצדדים.

21. פסק דין בולט ניתן על ידי בית המשפט המחוזי בתל אביב בעת"מ (ת"א) 23737-06-13
פלויני נ' מדינת ישראל (משרד הפנים) (פורסם בנבו, ניתן ביום 27.1.2014) ("עניין
פלויני"), אשר עסק בזוגיות בין מבקש מקלט מצפון סודן לבין אישה מדרום סודן. הזוג
הכיר בישראל, ניהל משק בית משותף ונולד להם ילד משותף. משהופסקה ההגנה
הקבוצתית על נתיני דרום סודן, ביקשו בני הזוג להשוות את מעמדה של האישה לשל בן
הזוג מבקש המקלט בהתאם להלכת **אספו**.

22. בעניין **פלויני**, חזרה המשיבה על הטענות שהעלתה בעניין **אספו** והוסיפה שהקביעה בעניין
אספו לפיה יש לאפשר לאישה לשהות בארץ עד לתום הטיפול בבקשת המקלט של בן הזוג
אינה הלכה כללית אלא קביעה ספציפית לגופו של אותו מקרה, וכי הפיכתה להלכה תביא
להשלכות רוחב קשות בישראל.

23. כב' השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן קבעה כי המקרה שלפניה זהה לעניין שנדון בעניין
אספו ועל כן יש להחיל את המתווה שנפסק שם גם במקרה זה ולהנפיק לבת הזוג ולילדי
הזוג רשיונות ישיבה מסוג 2(א)(5) עד להכרעה בבקשת המקלט. כב' השופטת אגמון-גונן
זיקקה את מהות הסעד המבוקש ועמדה על הצדק שבנתינתו :

"המשיבה טוענת, כי העותרים מבקשים, הלכה למעשה, "מתן מעמד
אוטומטי" לעותרת וזאת מהטעם שהוגשה על ידי העותר בבקשת פליטות.
אין ממש בטענה זו; **הסעד המבוקש בגדר זו עתירה הוא זמני במהותו
והוא רישיון ישיבה מתחדש מסוג 2(א)(5) עד להכרעה בבקשת המקלט
שהגיש העותר. מובן, כי המשיבה תהא רשאית לבחון את כנות הקשר
שבין העותר והעותרת עובר להכרעה בבקשת להשוות מעמדה של
העותרת למעמדו של העותר, ככל שתתקבל בקשת הפליטות שהגיש
העותר. למעשה, המפתחות בידי המדינה. כאשר תבחן בקשות פרטניות
ותכריע בהן, שוב לא יהיה צורך בעתירות מסוג זה. לו הייתה מוכרעת
בקשתו של העותר לקבלת מעמד של פליט, עתירה זו לא הייתה באה
לעולם.**

לא מצאתי ממש גם בטענת המשיבה, כי לפי סעיף 12ג לנוהל הטיפול
במבקשי מקלט מדיני בישראל, כאשר בני הזוג הכירו בישראל האישה
לא זכאית להמשך שהייתה בישראל עד לתום בירור בקשת בן הזוג. גם
בעניין **אספו** נדון עניינם של בני זוג שהכירו בארץ. סעיף 12ג לנוהל היה
מונח לפני בית המשפט העליון עת נדון עניין **אספו** והוא אף צוטט על ידי
בית המשפט העליון בסעיף 14 לפסק דינו. חרף זאת, בית המשפט העליון
קבע, כי יש לאפשר לאספו לפעול בהתאם למתווה שאומץ באותו עניין,
היינו להגיש בקשה פרטנית למקלט, כאשר עד להחלטה סופית בבקשתו
לא תורחק בת זוגו מהארץ." (ההדגשות הוספו).

24. כב' השופטת אגמון גונן אף ביקרה את התנהלות המשיבה וטענתה כי השוואת מעמדם של בני זוגם של מבקשי מקלט תוביל להשלכות רוחב:

"בנוסף, לאור זמניות הסעד, ושליטתה של המדינה במועדים בהן ייבחנו הקשות להכרה במעמד פליט בכלל, אין לקבל את טענת המדינה כי אימוץ המתווה בעניין **אספו** יביא להשלכות רוחב קשות, שכן מסתננים שהם בני זוג של מי ששוהים בארץ מכוח מדיניות אי הרחקה זמנית יוכלו להאריך את שהותם בארץ אך מהטעם שכן הזוג המוגן זמנית הגיש בקשה למקלט. רק השתהות המדינה בבדיקת בקשות המעמד גורמת לסיטואציה זו להתעורר. ככל שהמשיבה תזדרז לבחון את אותן הבקשות, ברי כי לא תהיינה כל השלכות רוחב לאימוץ המתווה בנפסק בעניין **אספו**.

למעשה, המדינה מבקשת כי בעוד היא שולטת בלוחות הזמנים, ברצותה תבדוק את הבקשה וברצותה תמתין, יהיה על העותר להיקרע מעל אשתו, ילדיה ובנו הפעוט שטרם מלאו לו שנתיים. המדינה מבקשת למעשה להפריד בין בני הזוג, בין האב לבנו הפעוט, בין הבן לאביו, וכל זאת מדוע? בשל העובדה שהמדינה מתמהמהת בבדיקת בקשת המקלט של העותר. [...] הצדק מחייב את המדינה לבדוק את בקשות המקלט של העותר ולא לקרוע אותו מעל בני משפחתו שעה שהמדינה עושה כן."

(סעיף 4 לפסק הדין, ההדגשות במקור).

25. גם בעת"מ 31222-03-13 **מוחמד חג'אזי ואח' נ' משרד הפנים** (לא פורסם, ניתן ביום 17.2.2014) ("עניין חג'אזי") פסק בית המשפט המחוזי בתל אביב בהתאם לשנקבע בעניין **אספו**. עתירה זו עסקה במבקש מקלט מסודן ובת זוגו הנפאלית, אותה הכיר בישראל, ואשר להם ילדה משותפת.

פסק הדין בעת"מ 31222-03-13 מוחמד חג'אזי ואח' נ' משרד הפנים מצ"ב ומסומן ע'3.

26. בהליך זה חזרה המשיבה על טענותיה בעניין **פלוני**. בנוסף, טענה המשיבה כי קבלת עתירת בני הזוג תהווה הטבת מצבו של מי ששוהה בישראל מכוח מדיניות אי הרחקה על פני מצבו של פליט מוכר, שכן משתמע שעל המשיבה להיעתר לבקשת השוואת מעמד של מבקש מקלט אוטומטית, בעוד בקשת פליט לפי שעיף 12 תיבחן על ידי הוועדה המייעצת. המשיבה התייחסה לזכות לחיי משפחה אשר עומדת לפליט מוכר – והתמקדה בזכות לאיחוד משפחות, כשלטענתה, ספק אם הכוונה באמנת הפליטים הייתה למצב בו נרקמה מערכת יחסים בין בני הזוג לאחר כניסתם לישראל.

27. במסגרת פסק דינה, סקרה סגנית הנשיאה מיכל רובינשטיין את הפסיקה בעניין **אספו** ולאחריה, וקבעה כי גם בעניין הנדון בפניה יש להחיל את מתווה **אספו** שכן לא ניתן לאבחן את נסיבות המקרה נדון מאלו שנדונו בעניין **אספו**. כב' השופטת ציינה כי הזכות לחיי משפחה והזכות להורות הן זכויות יסוד במשפט הישראלי אשר עומדות גם לזרים ששוהים בישראל, וכי הזכות לחיי משפחה כוללת גם את זכותם של בני הזוג להמשיך ולהתגורר יחד עוד בטרם הוכרעה בקשתם. בשל כל זאת קבעה השופטת כי בת הזוג הנפאלית והילדה המשותפת זכאיות להישאר בישראל במשך בחינת בקשת המקלט של בן הזוג הסודני.

28. כב' השופטת רובינשטיין דחתה את טענת המשיבה לפיה התוצאה האופרטיבית בעניין **אספו** אינה מהווה הלכה מחייבת וכי לקבלתה ככזו יהיו השלכות רחב משמעותיות, באמרה כי מדובר בסעד שהוא זמני במהותו, והצטרפה לקביעת בית המשפט בעניין **פלוגי** לפיה ככל שהמשיבה תזדרז לבחון בקשות מקלט פרטניות לא תהיינה כל השלכות רחב לאימוץ המתווה שנפסק בעניין **אספו**. בנוסף, ביקרה השופטת את נוסח סעיף 12 לנוהל:

"אשר לסעיף 12 לנוהל, לדידי אין כל שוני רלוונטי בין זוגות שהכירו בישראל לבין זוגות שלא הכירו בישראל וספק בעיניי אם הנוהל בנדון הוא חוקי וחוקתי. ואבאר: בשני המקרים, מדובר במשפחות של מבקשי מקלט, המתגוררות יחד למשך בחינת הבקשה. אהבתם של בני זוג זה לזו, כנות יחסיהם, החוסן והתמיכה הרגשית שהם מעניקים זה לזו – כל אלו אינם מושפעים ממקום או מועד יצירת מערכת היחסים."

(עמ' 12 לפסק הדין, ההדגשה הוספה).

29. על אף קביעה קשה זו של בית המשפט לעניינים מנהליים, המטילה ספק בחוקתיות הסעיף, והאמירה הברורה לפיה מדובר בסעיף היוצר הפליה, לא מצאה לנכון המשיבה לתקן את נוסח הסעיף כך שיבטל את ההבחנה בין זוגות שהכירו בישראל וזוגות שהכירו טרם כניסתם לישראל.

30. בה בעת, בחרה המשיבה שלא לערער על ההכרעה בפסקי הדין האמורים, מלבד בעת"מ (מרכז) 1649-05-11 **הגר גרמדין מהרה נ' משרד הפנים**, שם הגישה המשיבה בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון. כך, עד למתן פסק הדין בעע"מ 3899/13 **מדינת ישראל נ' הגר גרמדין מהרה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 21.5.2014) ("**עניין מהרה**"), נוצרה בעקבות עניין **אספו** מידה מסוימת של וודאות ואחידות בפסיקת הערכאות.

31. בעניין **מהרה** דן בית המשפט העליון בעניינם של אזרח אריתריאה ואשתו המזוהה על ידי משרד הפנים כאתיופית. במסגרת בחינת נסיבות המקרה התברר כי בן הזוג האריתריאי עודנו נשוי לאישה אחרת עמה נולדו לו שני ילדים – אשר כולם נותרו באריתריאה. נוסף על הביגמיה, במקרה זה בן הזוג האריתריאי הגיש בקשת מקלט ועמה בקשה להשוואת מעמד של בת זוגו שבישראל, רק לאחר שנמחקה עתירה המערערת על זיהויה כאתיופית ולא כאריתראית.

32. המשיבה טענה במקרה זה במישור הפרטני כי קיים ספק בדבר היותם של המשיבים בני זוג, אך גם כי קשר הנישואין נוצר בסודן ולא באריתריאה, מדינת המוצא של העותר – טענה המציבה תנאי אף מחמיר על זה הקבוע בסעיף 12 לנוהל, שם רק נדרש כי בני הזוג יכירו קודם לכניסתם לישראל ולא כי יכירו במדינת המוצא של מבקש המקלט. כמו כן, ציינה המשיבה כי מעת מתן פסק הדין בעניין **אספו** ביולי 2012 הייתה פתוחה בפני המשיב הדרך להגיש בקשת מקלט פרטנית אך הוא לא עשה כן. במישור העקרוני, חזרה המשיבה על הטענה כי רק לגבי מי שהוכר כפליט מאפשרת המדינה הגשת בקשה לאיחוד משפחות (וזאת על אף שהתיק לא עסק, כמובן, בבקשה לאשר את כניסתם לישראל של בני משפחת מבקש המקלט אלא רק לא להרחיקם מישראל). בנוסף, חזרה המשיבה על טענתה הקבועה כי אין לראות בקביעה בעניין **אספו** "מתווה" שקובע שבכל מקרה

שתועלה טענת פליטות על ידי נתין השוהה בארץ מכוח מדיניות אי ההרחקה, הרי שאם תוגש בקשה להכרה בפליטות באופן אוטומטי לא תורחק גם בת הזוג של מבקש המעמד.

33. במסגרת עניין **מהרה** הסכים בית המשפט כי בעניין **אספו** לא נקבעו מתווה או הלכה המקנה השוואת מעמד אוטומטית לבן הזוג של מבקש המקלט, אך קבע כי יש לבצע בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה:

"הגשת בקשת מקלט על ידי אחד מבני הזוג אינה "תרופת פלא" לקבלה אוטומטית של מתן רישיון זמני לבן הזוג, ויש לבחון באופן פרטני כל עניין ועניין."

(סעיף 6 לפסק דינו של השופט עמית)

34. בית המשפט ביצע בחינה של הנסיבות הפרטניות של המקרה וקבע כי התנהגות בני הזוג במקרה זה חסרת תום לב. משום כך, החליט לדחות את בקשתם של בני הזוג הן בשל השיהוי בהגשת הבקשה והן בשל סירוב להכיר במשתמע ביחסים ביגמיים.

35. לאחר פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין **מהרה**, התפוגגה תחושת הוודאות שיצר פסק הדין בעניין **אספו** כלא הייתה. על אף קביעת בית המשפט העליון לפיה יש לבצע בחינה פרטנית של כל מקרה ומקרה, המשיכה המשיבה לדחות על הסף, ללא כל בדיקה של הנסיבות הפרטניות, בקשות השוואת מעמד של בני זוג של מבקשי מקלט כשהזוגיות נרקמה בישראל. פסיקת הערכאות בתיקים מסוג זה הפכה שוב מגוונת ואף יצירתית בניסיון להתמודד עם הסוגייה בתיקים פרטניים ללא הכרעה עקרונית מנחה, ונדמה שמוקד פסקי הדין נע לעבר בחינת התנהגותם הספציפית של בני הזוג והאם נפל בה רבב.

36. בע"מ 4282/14 **בנימיני טספנאוהס נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 17.9.2014) שוב דחה בית המשפט העליון בקשה של אזרח אתיופיה להשוואת מעמדו לזה של אשתו, מבקשת מקלט אריתראית, אותה הכיר בישראל. במקרה זה, בן הזוג האתיופי, אשר שהה בישראל ללא אשרה בתוקף, נעצר על ידי פקחי המשיבה כשעליו אשרה של אדם אחר, ותקף את הפקחים בעת מעצרו. בני הזוג הגישו את הבקשה להשוואת המעמד רק לאחר המעצר, אף שנישאו מעל שנתיים קודם לכן. גם במקרה זה, הנסיבות הפרטניות והתנהגות המערערים נלקחו בחשבון והביאו לדחיית הערעור.

37. פסק דין של בית המשפט המחוזי בתל אביב בו נדמה כי העדר הלכה בסוגייה הובילה לפתרון מאולתר, ניתן בעמ"נ (ת"א) 597-09-16 **אמילי טבול נ' שר הפנים מר אריה דרעי** (פורסם בנבו, ניתן ביום 26.10.2017). המקרה עסק בסודני החוסה תחת מדיניות הגנה זמנית ובת זוגו הפיליפינית אשר נשארה בישראל באופן בלתי חוקי במשך מספר שנים לאחר שתוקף אשרתה הסתיים. בני הזוג הכירו בישראל, נישאו, ונולד להם ילד משותף. בן הזוג הגיש בקשת מקלט מיד לאחר נישואיהם, אך לא התקבלה כל הכרעה בעניינו עד מתן פסק הדין. כב' השופטת יהודית שטופמן ביקרה את המשיבה:

"...לא נעלמה מעיני העובדה, שבקשת המקלט של המערער, אשר הוגשה עוד ביום 22.2.2014, דהיינו לפני למעלה משלוש וחצי שנים, טרם הוכרעה. תשובה לבקשת המקלט יכולה הייתה לייתר הליך זה, שכן יתכן שהמערער היה זוכה למעמד של פליט מוכר, ואזי עניינם של המערערים היה נבחן בהתחשב בעובדה זו.

[...]

על אף שצינו המשיבים, כי בקשות מקלט הינן "בקשות מורכבות" (פרוטוקול דיון מיום 16.3.2017), משך הזמן הרב שעבר מאז הגשת בקשת המערער למקלט, 22.2.14, (שלוש וחצי שנים!), וממועד ביצוע הריאיון עם המערער, 27.5.15, (כשנתיים וחצי), אינו סביר בעיני, כלל ועיקר. פרקי זמן ממושכים אלה עולים כדי חוסר סבירות בפעולת הרשות.

בענייננו, משך הזמן הרב שבו ממתנים המערערים לתשובה בענייננו של המערער, אשר עשויה לפתור את אי הוודאות הקשה שבה נמצאים המערערים ומשפחתם, מטיל עומס כלכלי ובעיקר עומס נפשי מיותר על המערערים."

38. כב' השופטת שטופמן דחתה את בקשתם של בני הזוג שלא להפעיל הליכי הרחקה נגד בת הזוג, בין היתר בשל עשיית דין עצמי ושיהוי בהגשת בקשת השוואת המעמד, אך בשל חוסר הסבירות בהשתהות המשיבה בבדיקת בקשת המקלט של בן הזוג הסודני, הורתה על עיכוב ביצועו של פסק הדין בשלושה חודשים עד לקבלת החלטה בבקשת המקלט – וככל שלא תתקבל החלטה עד אז הצהירה כי תשקול את הארכת עיכוב ביצוע פסק הדין. כלומר, דה פקטו, קיבלה השופטת את הבקשה להימנע מהרחקת בת הזוג עד להכרעה בבקשת המקלט.

39. מקרים מסוג זה מגיעים באופן תדיר לפתחם של בתי הדין לעררים ופסקי הדין הסותרים שניתנים בהם מעידים גם הם על הבלבול שנוצר בערכאות כתוצאה מהיעדר הנחיות אחידות וברורות כיצד יש לבחון באופן פרטני מקרים מסוג זה (ר' לדוגמא את פסק דינה של הדיינת שרה בן שאול ויס מבית הדין בירושלים בערר (י-ם) 1072-15 **פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 15.2.2017), ואת פסקי דינו של הדיין דותן ברגמן מבית הדין בתל אביב בערר (ת"א) 3815/18 **פלוני נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 26.6.2018) ובערר (ת"א) 1981/14 **מוחמד עבדאלרחמן ארבאב נ' משרד הפנים – רשות האוכלוסין וההגירה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 28.1.2019), בהם אף התייחס מפורשות להיעדר ההכרעה העקרונית בפסיקה בנושא זה).

40. כפי שכבר הוזכר, מקרים פרטניים שונים בהם התבקש גם סעד עקרוני של שינוי סעיף 12ג לנוהל בשל אי חוקיותו כאמור, נסתיימו בכל פעם בפתרון פרטני ללא הכרעה בסוגייה העקרונית. שני הליכים שכאלו הוגשו על ידי העותר בעתירה זו - המרכזי שבהם הוא בר"מ 23/15 **פלוני ואח' נ' רשות האוכלוסין וההגירה – משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 1.11.2017), כששני הצדדים הגישו טיעונים מפורטים וחוות דעת מקצועיות הנוגעות לסוגייה העקרונית.

41. ההליך עסק בבני זוג אזרחי אתיופיה אשר הכירו בישראל ונולדה להם בישראל בת משותפת. בקשת המקלט של בן הזוג נדחתה, אך בקשתה של זוגתו נותרה פתוחה ללא מענה משך שנים ארוכות. לאחר שבקשתם להשוואת מעמדו של בן הזוג לבת הזוג נדחתה הן על ידי המשיבה, והן על ידי בית הדין לעררים ובית המשפט המחוזי, הגיע עניינם לבית המשפט העליון.

42. בתגובתה המשלימה מיום 6.7.2015, בה התבקשה המשיבה על ידי בית המשפט העליון להתייחס באופן ספציפי לטענה באשר לתוקפו של סעיף 12 לנוהל, טענה המשיבה כי אמנת הפליטים לא מחילה על המשיבה חובה לקבוע הוראות הנוגעות ל"איחוד משפחות" של מי שלא הוכר כפליט (ס' 6, 27-32 לתגובת המשיבה). ושוב יוזכר - "איחוד משפחות", קרי הכנסת בני משפחה של מבקש המקלט ממדינה אחרת לתוך ישראל והשוואת מעמדם לזה של המבקש, אינו הסעד שהתבקש או הזכות בה עוסק סעיף 12 לנוהל.

43. המשיבה עוד טענה כי סעיף 12 לנוהל תואם את הרציונל העומד בבסיס עקרון אחדות המשפחה בענייניו של מי שהוכר כפליט, אשר מתייחס לבקשת אדם אשר בקשתו לקבלת מקלט אושרה, וכעת הוא מבקש להתאחד עם בני משפחתו אשר נותרו "מאחור" בשל הנסיבות שהובילו להגשת בקשת המקלט, או לחלופין, למקרים בהם המשפחה כולה נמלטה ממדינת הרדיפה (ס' 33-38 לתגובת המשיבה). וזאת - על אף שהנוהל אינו מגביל את זכותו של פליט להשוואת מעמד בן או בת זוגו לפי מקום ההיכרות, ואף בניגוד לפסק הדין בעת"מ (י-ם) 8717/08 **יוהנס למה באיו נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 9.7.2009) ("**עניין באיו**") בו נקבע כי לפליט מוכר עומדת הזכות לקיים חיי משפחה בישראל גם כשהזוגיות נרקמה בישראל.

44. בנוסף, המשיבה טענה כי נוסח הסעיף מגשים את עיקרון הריבונות המתיר למדינה להחליט מי רשאי לבוא בשעריה, וזאת תוך "אי מתן תמריץ לניהול הליכי סרק כדי להאריך את השהייה בארץ ללא עילה ממשית" (ס' 7 לתגובת המשיבה). טענה דומה העלתה המשיבה גם בפרוטוקול הדיון בתיק זה מיום 16.2.2015, שם טען ב"כ המשיבה כי תכלית הסעיף היא "הרצון שלא לעודד הגשת בקשות פיקטיביות ע"י בני זוג שהגיעו לארץ והקימו כאן מערכת יחסים שנרקמה כאן" (עמ' 2 לפרוטוקול). כב' השופט פוגלמן ביקר את הרציונל הזה וסירב לקבלו במסגרת הדיון:

"אפשר היה להבין עמדה שאומרת באופן אמפירי יש חשש, אולי חשש גדול יותר, לכך שכשהקשר נוצר פה הוא לא קשר אמיתי, אך אי אפשר לעשות מכך חזקה חלוטה. [...] מרגע שהכרתם ויפה עשיתם, בכך שיש בני זוג, לא מפרקים את התא המשפחתי, זה יכול להיות נכון גם במקרים בהם בני הזוג הכירו הארץ, אלא אם יש חשש לתקינות הקשר. [...] אין בחינה פרטנית כי יש חסם מוחלט". (עמ' 3-4 לפרוטוקול)

כך סבר גם כב' השופט הנדל:

"אתם כעניין שבשגרה מפעילים את זה כחזקה חלוטה וזה לא נראה. אני הייתי מבין ושוב, אולי אפשר להסתפק במשהו שנראה פיקטיבי, גם באירועים אחרים קרובים אתם עושים את האבחנה בין משהו פיקטיבי למה שתהיה חזקה שאי אפשר לקבל?" (עמ' 4 לפרוטוקול).

45. על אף דרישת השופטים, טענת המשיבה בתגובתה בדבר "הליכי סרק" נטענה בעלמא וללא ממצאים אמפיריים לתמוך בה. כמו כן, לא הסבירה המשיבה בתגובתה מדוע, אף אם אכן קיים חשש גדול יותר להצהרות על קשרים פיקטיביים או קיום הליכי סרק לשם הארכת השהייה בארץ ללא עילה, החזקה בעניין זה היא חזקה חלוטה ולא ניתן לאיין את החשש באמצעות בדיקה של כנות הקשר, אותה מבצעת המשיבה כעניין שבשגרה בהליכי הסדרת מעמד של בני זוג, ובאמצעות בדיקה של תום הלב של בני הזוג בהגשת הבקשה.

46. לבסוף, טענה המשיבה כי סעיף 12 משקף את ההסדרים הנפוצים בדיון הבינלאומי ובחקיקתן של מדינות אחרות הנוגעים לעקרון אחדות המשפחה. המשיבה סקרה מקורות שונים, ביניהם אמנת הפליטים ודירקטיבות של האיחוד האירופי, באופן חלקי ומגמתי, אשר שיקף חוסר הבנה מהותי של ההבחנה הקיימת במשפט הבינלאומי בין הזכות ל-Family Unity והזכות ל-Family Reunification, כשהראשונה – בה עסק המקרה הנדון ובה עוסקת עתירה זו - מושרשת היטב בדיון הבינלאומי, לרבות ביחס למבקשי מקלט. העותר יפרט בהמשך באריכות אודות עמדת המשפט הבינלאומי בנוגע לזכות זו.

פרוטוקול הדיון מיום 16.2.2015, תגובתה המשלימה של המשיבה מיום 6.7.2015 ותגובתם המשלימה של המבקשים מיום 2.11.2015 מצ"ב ומסומנים ע'4, ע'5 וע'6, בהתאמה.

47. לאחר הגשת התגובות המשלימות של הצדדים כאמור, וטרם הדיון בבר"מ לגופה, דחתה המשיבה את בקשתה למקלט של בת הזוג במפתיע, ולאחר שנים ארוכות שזו היתה תלויה ועומדת. יצוין כי ב"כ העותרים הדגישו בכתבי הטענות וכן בדיון האחרון בפני בית המשפט העליון כי מדובר בסוגיה עקרונית הדורשת הכרעה, ולה השלכה על עניינן של משפחות רבות נוספות, וכי החלטתה של המשיבה לדחות את בקשת המקלט של בת הזוג זמן קצר לפני הדיון היתה בגדר צעד טקטי שנועד למנוע הכרעה עקרונית נחוצה זו, אך בית המשפט קבע כי עם דחיית בקשתה המקלט של בת הזוג, התייתרה בקשת רשות הערעור במישור הפרטני ועל כן נדחתה.

הודעה מעדכנת מטעם המערערים מיום 17.10.2017, הודעה מעדכנת מטעם המשיבה מיום 19.10.2017 ופרוטוקול הדיון מיום 1.11.2017 מצ"ב ומסומנים ע'7, ע'8 וע'9, בהתאמה.

48. הליך פרטני דומה בו ייצג העותר וביקש הכרעה עקרונית בסוגייה הוא עמ"נ (ת"א) 41653-02-18 היגראוויט פנטאו גברמיכאל נ' מדינת ישראל (לא פורסם, ניתן ביום 6.11.2018). בהליך זה הפנתה המשיבה בתגובתה לטיעונים המפורטים שהעלתה במסגרת בר"מ 23/15. הליך זה נמחק בהסכמת הצדדים וללא הכרעה עקרונית של בית המשפט, לאחר שהוסכם כי בני הזוג יגישו בקשה למתן מעמד מטעמים הומניטריים לראש מינהל אכיפה וזרים אשר תבחן על ידי הגורמים הרלוונטיים.

פסק הדין בעמ"נ (ת"א) 41653-02-18 היגראוויט פנטאו גברמיכאל נ' מדינת ישראל מצ"ב ומסומן ע'10.

49. לסיכום, נכון לעת הזו, על אף ביקורת הערכאות על סעיף 12 לנוהל ופסקי דין בערכאות השונות אשר סותרים את הוראתו, לא שינתה המשיבה את נוסח הסעיף ועודנה ממשיכה לדחות על הסף, ללא כל בחינה פרטנית, בקשות להשוואת מעמד של בני זוג של מבקשי מקלט כשמערכת היחסים התהוותה לאחר כניסתם לישראל.

50. פסיקת בית המשפט העליון בעניין אספו העידה כי מקום היווצרות הקשר אינו מהווה חסם להשוואת מעמד של בני זוג של מבקשי מקלט ופסקי הדין שניתנו לאחריו העידו כי יש לבחון כל מקרה לגופו, כשתום הלב של בני הזוג בבקשתם להשוואת המעמד משחק תפקיד מרכזי בקבלת או דחיית הבקשה.

51. עם זאת, בהעדר הכרעה עקרונית של בית המשפט לפיה סעיף 12 אינו חוקתי ומכאן שעל המשיבה לשנותו, ממשיכים להגיע מקרים מסוג זה לפתחן של הערכאות השונות, שם ממשיכה המשיבה להגן על הסעיף בטענה כי הרציונל העומד בבסיסו הוא של שימור התא המשפחתי שהיה קיים טרם הכניסה לישראל, ושל אי מתן תמריץ לניהול "הליכי סרק" והצהרה על קשרים פיקטיביים. ללא קו מנחה אחיד ומחייב בפסיקה, מספקות הערכאות השונות הכרעות השונות בתכלית זו מזו, ולעשרות המשפחות אשר נוסח סעיף 12 מונע מהן בחינה לגופו של עניין אין כל וודאות משפטית להיתלות בה.

52. כאמור לעיל, העותר כבר ניהל בעבר מספר הליכים משפטיים מול המשיבה במסגרתם הליון על כך שסעיף 12 לנוהל הינו מפלה ובלתי סביר. עמדת המשיבה נותרה בעינה הן בהליכים אותם ניהל העותר והן בהליכים פרטניים אשר נוהלו בידי גורמים אחרים. מכאן שעמד העותר בדרישת מיצוי ההליכים טרם הגשת עתירה זו, וכל פנייה נוספת למשיבה לשם קבלת הסעד המבוקש בעתירה זו הייתה בהכרח חסרת כל טעם או תוחלת.

53. בשל כל האמור, לא נותרה לעותר ברירה זולת פניה לבית משפט נכבד זה על מנת שיכריע באופן עקרוני כי ההפליה בסעיף 12 לנוהל אינה חוקתית ולהורות לרשות לבחון באופן פרטני אף את בקשותיהם להשוואת מעמד של זוגות שהכירו מחוץ למדינת מוצאם.

הטיעון המשפטי

הקדמה – על הצורך בהכרעה עקרונית בעת הזאת

54. מבקש מקלט זכאי להישאר במדינת המקלט עד לתום בירור בקשתו. בישראל, כאמור, תקופת הבירור של בקשות מקלט רבות יכולה להימשך שנים ארוכות, בהן, באופן טבעי, יוצרים רבים ממבקשי המקלט קשרים זוגיים ומביאים לעולם ילדים.

55. הזכות לחיי משפחה הוכרה בדין הבינלאומי, כמו גם בפסיקה בישראל, כזכות יסוד המוקנית לכל אדם באשר הוא. השילוב בין זכות מבקש המקלט לשהות במדינת המקלט עד לבירור בקשתו לבין הזכות לחיי משפחה קיבלה ביטוי בסעיף 12 לנוהל העומד

במרכזה של עתירה זו, לפיו נמנעת המדינה מהרחקת בן הזוג של מבקש מקלט עד לתום בירור הבקשה, וזאת בכפוף לבדיקה פרטנית של כנות הקשר בין בני הזוג ואי מניעה ביטחונית מצד בן הזוג.

56. עם זאת, נוסח הסעיף הנוכחי בנוהל המשיבה מחריג ומפלה זוגות מסוימים על בסיס קריטריון שרירותי ובלתי רלוונטי לחלוטין: מקום היווצרות הקשר בין בני הזוג. ההגנה מהתערבות בחיי המשפחה לא עומדת לזוגות שהכירו בישראל, אף אם אלו מנהלים מערכת יחסים אמיתית ואף יש להם ילדים משותפים. הדבר מהווה פגיעה קשה לא רק בזכות מבקשי המקלט לחיי משפחה, בזכותם החוקתית לשוויון מול מבקשי מקלט שהכירו את בני או בנות זוגם במדינות מוצאם, ובטובת הילדים המשותפים, אלא אף בזכותם למקלט מדיני, שכן האיום בהרחקת בני זוגם מהווה הפעלת לחץ פסול על אותם מבקשי מקלט לעזוב את ישראל, בה ביקשו מקלט מדיני.

57. פגיעה חמורה זו בזכויות היסוד של אותם מבקשי מקלט לא רק שנעשית בחוסר סמכות, שכן אינה מעוגנת בחקיקה ראשית כנדרש, ואינה מקיימת את התכלית הנטענת בבסיסה, אלא שכפי שיפרט העותר להלן, אינה עומדת כלל במבחני המידתיות החוקתיים.

58. יתר על כן, כפי שכבר הוזכר, הערכאות השונות כבר קבעו בעבר כי מקום היווצרות הקשר אינו קריטריון רלוונטי למנוע השוואת מעמדם של בני זוג של מבקשי מקלט, וכי יש לבחון כל מקרה ומקרה בנפרד. על אף זאת, מסרבת המשיבה לתקן את נוסח הסעיף, ממשיכה לדחות את בקשות השוואת המעמד של זוגות מסוג זה על הסף וללא בחינה פרטנית, ולטעון בהליכים שונים בחוסר תום לב כי הסעיף מבטא את המצב המשפטי הנתון. בית משפט העליון הבהיר היטב את החומרה שבהתנהלות מסוג זה מצד המדינה:

"כאשר המדינה מפסידה בתביעה בעלת אופי עקרוני שצפויות להיות לה השלכות על מקרים נוספים, הרי שאם היא סבורה שנפלה טעות בפסיקתו של בית משפט, מצופה ממנה לנצל את האפשרות לערער. נדחה הערעור שהגישה בבית המשפט העליון וניתן בעניין פסק דין – ניתן לצפות שהמדינה תקבל על עצמה לנהוג בהתאם לתקדים זה, ולא להעלות טענות הכופרות בו. מסקנה זו מתחייבת קודם כול מתפיסות יסוד של הגינות שלטונית, כפי שציינה חברתי, אך למעשה נובעת גם מחובתה של המדינה לנהוג בשוויון בכלל הניזוקים ממעשים שביצעה במסגרת תפקידה הציבורי (בענייננו, בתחום של בריאות הציבור). על כך ניתן להוסיף כי אין זה ראוי שהמדינה תטען טענות שונות מול בעלי דין שונים כאשר מדובר בסוגיה שהיא זהה במהותה, כפי שמתארת חברתי בפסקה 19 לפסק דינה."

(פסקה 6 לפסק דינה של השופטת ברק ארז בע"א 1535/13 מדינת ישראל נ' ציפורה איבי (פורסם בנבו, ניתן ביום 3.9.2015, ההדגשה הוספה).

59. כפי שפורט בהרחבה לעיל, משום שהכוח להחליט מתי ואיך ייפתרו מקרים אלו באופן פרטני (למשל, באמצעות זירוז פתאומי של בדיקת בקשת המקלט של בן הזוג הרלוונטי) ובכך להפוך עתירות בנושא לתיאורטיות, נוצר למעשה מצב בו סוגייה רבת שנים זו לא מגיעה להכרעה עקרונית אשר תחייב את המשיבה לשנות את סעיף הנוהל המפלה, או כזו שערכאות נמוכות יותר יוכלו לפעול לאורה.

60. אמנם, ההלכה היא כי "דרך-כלל, כדי שבית משפט זה יזקק לעתירה, עליה להתייחס לתשתית עובדתית קונקרטית, ולהידרש לסעד קונקרטי המתבקש על-ידי עותר הטוען לפגיעה ישירה מפעולת הרשות, המזכה אותו בסעד" (בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 13.4.2011) ("עניין קו לעובד"), פסקה 14 לפסק דינה של כב' הש' פרוקציה). עם זאת, כלל זה אינו נטול חריגים, ובשורת מקרים בחר בית המשפט לדון ולהכריע בסוגיה עקרונית גם בהיעדרה של תשתית עובדתית קונקרטית הממחישה את הצורך בסעד המבוקש. זאת, בהתקיימם של מספר תנאים, אשר כפי שיטענו המערערים – מתקיימים גם במקרה זה:

"...לעתירה ישנו נושא נידון קונקרטי – הוא הוראות הנוהל – והיא אינה כללית ואינה תיאורטית על אף שהיא אינה נוגעת לאדם ספציפי. **השאלה הנשאלת בעתירה מגודרת ומתוחמת לעיקרי הנוהל, והסעד המבוקש בה הוא קונקרטי – קרי: ביטולו של הנוהל והחלפתו באחר. שנית, סביר להניח כי העמדת הנוהל למבחן שיפוטי במסגרת עתירה ספציפית עלולה להיתקל בקושי מבחינת מימד הזמן. זאת, לאור פרק הזמן הקצר שבגדרו מותר לעובדת להישאר בישראל לאחר הלידה, היוצר קושי ברור לנהל הליך משפטי בגדרי הזמן שהקצה הנוהל, ובמיוחד הליך המעלה שאלות עקרוניות. שלישית, נראה שיש יתרון בדיון בחוקיות וסבירות הנוהל במסגרת עתירה כללית, בלא צירוף עותרת ספציפית. דיון כזה מאפשר להתרכז בבחינת המדיניות שברקע הוראות הנוהל, שתחום התפרשותה הוא כלל-ארצי. יתר על כן, תוצאתו של ההליך במישור העקרוני מקרינה על המקרים הפרטניים, ומביאה לחסכון ניכר במשאבים, ובזמן שיפוטי יקר שצריך היה להקדישו לדיון בעתירות פרטניות."**

(עניין קו לעובד, פסקה 15 לפסק הדין, ההדגשות הוספו)

61. ראו גם: בג"ץ 6055/95 **שגיא צמח נ' שר הביטחון**, (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.10.1999); בג"ץ 73/85 **סיעת "כך" נ' יושב ראש הכנסת** (פורסם בנבו, ניתן ביום 1.8.1985); בג"ץ 7426/08 **טבקה משפט וצדק לעולי אתיופיה נ' שרת החינוך פרופ' יולי תמיר** (פורסם בנבו, ניתן ביום 31.08.2010).

62. תנאים אלו מתקיימים בענייננו. הסעד המבוקש של שינוי הוראת הסעיף בנוהל המשיבה הוא מתוחם ומוגדר. שנית, כאמור, קיים קושי מובנה להגיע להכרעה בסוגיה זו, בהתחשב במימד הזמן: הן קצב טיפולו של המשיבה בבקשות המקלט המוגשות לו והן אחוזי ההכרה במבקשי מקלט כפליטים, הינם חריגים ביותר יחסית למקובל בעולם. קצב טיפול זה הוא שמעורר את הסוגייה, אך גם מונע למעשה הכרעה עקרונית בה, שכן ההליך מתייטר פרטנית במרוץ הזמן. במצב עניינים זה, דומה כי לעולם לא יגיע בית המשפט הנכבד לדון ולהכריע בסוגיה העקרונית שהונחה לפתחו במקרה זה, שכן כל עתירה כזו עלולה להתייטר ברגע שתידחה בקשתו למקלט של העותר הספציפי.

63. שלישית, המדובר במדיניות כללית של המשיב, המיושמת כעניין של יום ביומו בימים אלה בעניינין של משפחות רבות, תוך פגיעה קשה בזכויותיהן; ויש יסוד סביר להניח כי סוגיה זו תשוב ותונח בפני בית המשפט הנכבד בעתיד הנראה לעין. ודוק: על מנת שהליך כלשהו מהליכים אלה יעמוד שוב לבחינה חוקית וחוקתית בפני בית המשפט הנכבד, ייאלצו עותרים אלה שעניינם תלוי ועומד, ואשר רובם אינם מיוצגים על ידי ארגוני זכויות

אדם אלא על ידי עורכי דין פרטיים, להשקעת משאבים כספיים גדולים לשם מימון הליכים משפטיים ממושכים; זאת, כאשר בני זוגם חיים בישראל ללא מעמד חוקי וללא יכולת לעבוד לפרנסתם.

64. על כן, ומשום שהסוגייה בענייננו היא סוגייה חוקתית של הזכות לשוויון והזכות לחיי משפחה אשר משפיעה על משפחות לא מעטות בישראל, ראוי כי בית המשפט הנכבד יגיע להכרעה בה מבלי להמתין עוד לתיק פרטני, שעשוי גם הוא להתייטר לפי החלטת המשיבה. **הכרעה כעת בסוגיית חוקיותו של סעיף 12g תייתר את הצורך בניהול הליכים משפטיים אלה, ובכך תקל הן על מבקשי המקלט, תחסוך מזמנה של המשיבה באמצעות פרקליטות המדינה, שאף זמנה הוא משאב ציבורי, תקל על הערכאות המשפטיות הדנות כעת בעניינם ותחסוך בזמן שיפוטי יקר.**

סעיף 12g' לנוהל אינו חוקתי ודינו – בטלות

65. להלן יראה העותר כיצד פוגע סעיף 12g לנוהל בזכויות החוקתיות למקלט מדיני, לחיי משפחה ולשוויון - פגיעה המתבצעת בחוסר סמכות ואינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לפיה על הפגיעה להיות מידתית ולהתבצע לשם תכלית ראויה. העותר יפרט מדוע ראוי כי בית המשפט הנכבד יכריע כי נוסח הסעיף אינו חוקתי ויורה למשיבה לשנותו כך שתבוטל ההבחנה בין זוגות על סמך מקום היווצרות מערכת היחסים ביניהם.

66. על מנת שפעולה המהווה פגיעה בזכות יסוד תיחשב לחוקתית, עליה לעמוד בתנאי המצטברים של פסקת ההגבלה הקבועה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. על הפגיעה להיות מעוגנת בחוק או לפי חוק מכוח הסמכה מפורשת בו; החוק הפוגע נועד לתכלית ראויה; החוק פוגע בזכות האדם החוקתית במידה שאינה עולה על הנדרש.

67. כב' הנשיא (כתוארו דאז) ברק עמד על מהותם של המבחנים החוקתיים במסגרת בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.05.2006) ("**עניין עדאלה**"). כך ביאר את משמעותה של "תכלית ראויה":

מהם מאפייניה של התכלית הראויה? נקבע כי תכליתו של חוק הפוגע בכבוד האדם, היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל [...]. מהי מידת הצורך בהגשמתה של התכלית כדי שזו תהא "ראויה"? התשובה לשאלה זו משתנה על פי מהותה של הזכות הנפגעת ומידת הפגיעה בה. "ככל שהזכות הנפגעת חשובה יותר, וככל שהפגיעה בזכות קשה יותר, כך צריך אינטרס ציבורי חזק יותר כדי להצדיק את הפגיעה" (השופט י' זמיר בפרשת צמח, עמ' 273; ראו גם פרשת מנחם, עמ' 258; פרשת חורב, עמ' 52). כאשר הפגיעה היא בזכות מרכזית – כגון הפגיעה בכבוד האדם – תכליתו של החוק הפוגע תצדיק הפגיעה אם התכלית מבקשת להגשים מטרה חברתית מהותית, או צורך חברתי לוחץ. יתכן ופגיעות בזכויות מרכזיות פחות יצדיקו רמת נחיצות נמוכה יותר" (פס' 62-63 לפסק הדין).

בהמשך פסק דינו פירט כב' הנשיא ברק את מבחני המשנה של תנאי המידתיות :

"שלושת מבחני המשנה הם : מבחן הקשר הרציונלי (או מבחן ההתאמה); מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (או מבחן הצורך); מבחן האמצעי המידתי (או מבחן המידתיות במובן הצר) [...]"

המבחן הראשון הוא "מבחן הקשר הרציונלי" או "מבחן ההתאמה". על פיו נדרש קשר של רציונליות בין המטרה הראויה לבין האמצעי שנבחר. הרציונליות אינה טכנית. היא מחייבת לעתים הוכחתם של קשרים סיבתיים, המבססים את הקשר הרציונלי. לעניין קשרים אלה, לא נדרשת, מחד גיסא, ודאות מוחלטת כי האמצעי ישיג את מטרתו, ומאידך גיסא, אין להסתפק בסיכון "קלוש ותיאורתי" (פרשת סייף, 78). נדרשת אותה מידת הסתברות שהיא ראויה בהתחשב במהות הזכות, עוצמת הפגיעה בה, והאינטרס הציבורי שהפגיעה נועדה להגשים [...]

מבחן המשנה השני למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה", או "מבחן הצורך". ההנחה הינה כי מבחן המשנה הראשון מכיר במספר אמצעים המקיימים את הקשר הרציונלי בין התכלית הראויה לבין האמצעי שנבחר. מבין אמצעים אלה יש לבחור באותו אמצעי שפגיעתו בזכות האדם היא הפחותה [...]

מבחן המשנה השלישי למידתיות הפגיעה הוא "מבחן האמצעי המידתי" או "מבחן המידתיות במובן הצר". מבחן זה בוחן את היחס הראוי בין התועלת הצומחת מהשגת התכליות הראויה לבין הפגיעה בזכות החוקתית [...]. ככל שהזכות הנפגעת היא יסודית יותר, והפגיעה היא חריפה יותר, כן נדרש משקל כבד יותר לשיקולים המצדיקים פגיעה זו. בהיבט של האינטרס הציבורי, יש להתחשב בחשיבותו של האינטרס, ובמידת התועלת הנגרמת ממנו באמצעות הפגיעה בזכויות האדם. ככל שהאינטרס הציבורי הוא חשוב יותר, כן יש בו כדי להצדיק פגיעה קשה יותר בזכויות האדם."

(פס' 74-64 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

68. להלן נפרט את זכויות היסוד בהן פוגע סעיף 12 לנוהל ונעמוד על מידת הפגיעה החוקתית בהן. לאחר מכן נראה כי הפגיעה אינה מקיימת כל תכלית ראויה וכי אינה עומדת בשלושת מבחני המידתיות, ועל כן איננה חוקתית ודורשת את התערבותו של בית המשפט הנכבד.

א. הנוהל פוגע בזכויות יסוד

1.א. הנוהל מפר את זכות היסוד לחיי משפחה

69. הזכות לחיי משפחה הוכרה בפסיקה הישראלית כזכות יסוד. בעניין **עדאלה**, גזר נשיא בית המשפט העליון דאז, אהרון ברק, זכות זו מהזכות לכבוד האדם :

"אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד (ראו ע"א 5587/93 **נחמני נ' נחמני**, פ"ד מט (1) 485, 499). אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימוש העצמי של האדם." (סעיף 32 לפסק דינו של כב' הנשיא כתוארו דאז ברק).

לקביעה דומה הגיעה גם כב' השופטת אסתר חיות (כתוארה אז) באותו מקרה :

"הזכות העומדת לאדם לבחור את בן הזוג שעימו הוא חפץ להקים משפחה וכן הזכות העומדת לו להקים את ביתו במדינה שבה הוא חי, הן בעיני זכויות אדם מן המעלה הראשונה. הן מגלמות את תמצית הווייתו וכבודו של האדם באשר הוא אדם ואת חירותו כפרט במובן העמוק ביותר" (סעיף 4 לפסק דינה של כב' הש' חיות).

70. בבג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, ניתן ביום 4.5.1999) ("עניין סטמקה"), אשר בחן באופן דומה לסוגייה בענייננו את חוקתיות מדיניות המשיבה לפיה בן הזוג הלא יהודי של אזרח יהודי נדרש לעזוב את הארץ עד שהמשיבה תסיים לברר האם הנישואין בין בני הזוג הם נישואי אמת או נישואין פיקטיביים, עמד כב' השופט חשין על עוצמת הפגיעה בזכות היסוד לחיי משפחה בעת שנגזר על אחד מבני הזוג לעזוב את הארץ :

"אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין מה חמורה היא הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים. [...] המשיבים לא שקלו כראוי את זכותו של הפרט לנישואין, ואת הפגיעה הקשה בחיי המשפחה הנלווית למדיניות שאימצו לעצמם. [...]"

ענייננו-שלנו, נזכור, נסב על זכות-יסוד שקנה היחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בין-לאומיות המקובלות על הכול; ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948 [67]; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם [68]; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966. עוד על הזכות, ראו: א' רובינשטיין "הזכות לנישואין" [63]; I. Fahrenhorst "Family Law as Shaped by Human Rights" [64].

אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבחר לו יהיה רך ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו. ונתקשה שלא להסיק כי המשיבים התעלמו לחלוטין – או ייחסו אך משקל זעיר – לזכויות-יסוד אלו של היחיד לנישואין ולהקמת משפחה. אם אלה דברים אמורים בן, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין.

59. ראוי היה להם למשיבים כי יבחרו באמצעים אחרים להשגת מטרותם – מטרה ראויה לעצמה – אמצעים שיפגעו פחות ביחיד. כך, למשל, בדרך הגברת הפיקוח על שהייה שלא-כדין בארץ, בהעמקת הביקורת על אמיתות הנישואין וכיו"ב. שימוש באמצעים אלה יחייב את הרשויות – כך יש להניח – בהוצאת משאבים רבים יותר, אך עובדה זו, כשהיא לעצמה, אין בה כדי להצדיק את האמצעי הקשה שרשויות משרד הפנים נקטו אותו כלפי היחיד."

(סעיפים 57-59 לפסק דינו של השופט חשין).

71. ראוי שוב להדגיש - הזכות בה עוסקת עתירה זו אינה הזכות לאיחוד משפחות (Family Reunification), כי אם הזכות לחיי משפחה (Family Unity) – זכות שכלל אינה מצריכה את המשיבה לבצע פעולה אקטיבית מצדה. כלומר, אין המשיבה נדרשת לאפשר את כניסתם של בני משפחתו של מבקש המקלט לישראל ולהעניק להם מעמד זהה לזה של מבקש המקלט. כל שהמשיבה נדרשת לעשות בענייננו היא להימנע מהרחקת משפחתו של

מבקש המקלט, המצויה בתוך ישראל, בכפוף לבחינה פרטנית של כנות הקשר בין בני הזוג והיעדר מניעה ביטחונית.

72. החסם הגורף להגשת בקשות להשוואת מעמד של בני זוג שהכירו בישראל לפי סעיף 12ג - וכתוצאה מכך גירושו של אחד מבני הזוג מישראל והפרדתו מבן זוגו - פוגעים פגיעה קשה ובלתי מידתית בזכות היסוד לחיי משפחה של בן הזוג מבקש המקלט. על כן, בדומה לקביעה בעניין סטמקה אשר הובאה לעיל, מדובר בפגיעה שאינה חוקתית הדורשת את התערבות בית המשפט.

2.א. הנוהל מפר את עיקרון טובת הילד

73. הפגיעה הבלתי נסבלת בתא המשפחתי מתעצמת עשרות מונים כאשר מדובר בזוגות שלהם ילדים משותפים. עמד על כך הנשיא ברק בעניין **עדאלה** :

"ההגנה על התא המשפחתי מקבלת ביטוי מיוחד כאשר בתא המשפחתי נכלל קטין. הגנה זו מתחייבת הן מזכותם של ההורים לגדל את ילדיהם, והן מזכויותיו של הילד עצמו. אכן, "זכותם של ההורים לגדל את ילדיהם היא זכות טבעית, ראשונית, שקשה להגזים בחשיבותה" (פ' שיפמן, דיני המשפחה בישראל כרך ב' 219 (תשמ"ט-1989)). "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית נ' ההורים הביולוגיים (פורסם בנבו), פסקה 46))."

74. המשמעות בפועל של מניעת המשיבה מזוגות להגיש בקשה להשוואת מעמדו של בן הזוג חסר המעמד לזה של בן הזוג מבקש המקלט היא כליאתו של בן הזוג חסר המעמד במתקן משמורת ולאחריה, גירושו מן המדינה. כשמעורבים בכך ילדים משותפים, אותם ילדים מורשים להישאר בישראל עם ההורה מבקש המקלט, אך נאלצים להיקרע מההורה השני, דבר המסב להם נזק מנטלי עצום. לעיתים ההורה המגורש אף הינו המטפל העיקרי בילדים, למשל במקרה של אמהות אשר נאלצות להיפרד מילדיהן הרכים. כשהמטפל העיקרי הוא המגורש, יוצרת המשיבה מצב המעמיד את ההורים במלכוד שאין ממנו מוצא, אז עליהם לבחור האם לקרוע את הילדים לא רק מההורה מבקש המקלט אשר שוהה בישראל כחוק, אלא גם מהמדינה היחידה אותה הכירו אותם ילדים כל חייהם.

75. מחוות דעתו של ד"ר דני חמיאל, מרצה בכיר במרכז הבינתחומי הרצליה ופסיכולוג קליני ורפואי, אשר ניתנה לבקשת העותר במסגרת בר"מ 23/15 עולה שגורמי המקצוע מאוחדים בדעתם כי הפרדה כפויה בין ילד לאחד מהוריו גורמת נזק להתפתחותו של הילד :

"הסוגיה של הרחקת הורה מהמשפחה היא סוגיה שיש עליה קונצנזוס מקצועי וחברתי. יש מחקרים רבים המראים את הנזק הנגרם מהפרדת ילדים מהוריהם או מהורה אחד גם בילדות וגם בהתבגרות. בגיל ההתבגרות גם אם מורידים את כל ההשפעות הטבעיות שעלולות לגרום לפסיכופתולוגיה בגיל זה, יש בקרב ילדים שהופרדו מהוריהם, עליה בסיכון לפתח הפרעות התנהגות, הפרעות של מצב רוח (דכאון, מניה דפרסיה) והתמכרויות לחומרים מסוכנים.

במחקר ישראלי שהשווה השפעה של פרידה מהורים ומוות נמצא סיכון גדול יותר לפתח פסיכופתולוגיה אצל מתבגר, תחושה נמוכה יותר

של well being ומוכלות על ידי הסביבה, בעקבות פרידה מהורים בתקופת הילדות מאשר בעקבות מוות. שני הנתונים האלו נמדדו במשפחות בהם היתה פרידה אך לא דוקא העלמות מוחלטת של ההורה כל הזמן. יש לשער שכאשר הפרידה תהיה בצורה של גירוש לארץ אחרת התוצאות יהיו קשות עוד יותר.

במאמר סקירה על פגיעה בילדים אמריקאים למשפחות שנמצאות תחת איום של גירוש אחד ההורים או שניהם מדווח על נזק משמעותי המתבטא בהתבגרות או בבגרות בתגובות טראומטיות, בבעיות התפתחות ובכל ההפרעות שבסיסן סטרס. בשפה המקצועית מדברים על Toxic stress response ועל פגיעה בהתפתחות המוח. הילדים האלו וגם ההורה שנשאר איתם חיים בתחושת פחד כללית מתמדת והם נוטים להסתגר ולהתחבר כמה שפחות לקהילה הנתפסת כמאיימת. נמצאה אפילו השפעה על קיצור אורך החיים של ההורה שנשאר."

חוות דעתו של ד"ר חמיאל מיום 22.10.2015, אליה מצורפים קורות החיים ורשימת הפרסומים שלו, מצ"ב ומסומן כע'11.

76. ישראל חתמה על האמנה בדבר זכויות הילד משנת 1989 ("CRC") בשנת 1990 ואשררה אותה בשנת 1991. סעיף 9 ל-CRC קובע כי על מדינות שהן צדדים לאמנה להבטיח כי הילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם, אלא אם הרשויות המוסמכות קבעו בכפוף לביקורת שיפוטית ובהתאם לחוק ולנהלים החלים, **כי הפרדה כזו נחוצה לטובת הילד**. הסעיף מפרט כי קביעה זו עשויה להיות נחוצה במקרה מסוים, כגון מקרה של התעללות או הזנחה של הילד על ידי הוריו, או מקרה שבו ההורים מתגוררים בנפרד, ויש לקבל החלטה לגבי מקום מגוריו של הילד.

77. על אף שמדינת ישראל מחויבת, כאמור, לקחת בחשבון את טובת הילד במסגרת פעולותיה, נראה כי לדבר לא ניתן כל משקל בהתנהלות המשיבה מול הזוגות שעניינם נדון בעתירה זו, וכי נחישותה של המשיבה להרחיק את ההורה חסר המעמד בכל מחיר גוברת על הנזק הכבד אשר נגרם לילדים המשותפים של בני הזוג.

78. בעמדתה בהליכים להשוואת מעמד בין בני זוג שאחד מהם מבקש מקלט, מסתפקת המשיבה בלטעון כי "ילד אינו יכול להקנות מעמד להוריו" (ר' פס' 75 לתגובת המשיבה לכתב הערעור בעמ"נ (ת"א) 33392-11-14 **בפקאדו ברהנו נ' מדינת ישראל**), וזאת אף שאין המשיבה נדרשת להקנות מעמד להורה מתוקף מעמדו של הילד, אלא אך להכניס את טובת הילד למערך שיקוליה בכל הנוגע לאי הרחקתו של ההורה חסר המעמד בעת שבקשת המקלט של בן או בת זוגו נבחנת על ידה.

תגובת המשיבה לכתב הערעור בעמ"נ (ת"א) 33392-11-14 בפקאדו ברהנו נ' מדינת ישראל מצ"ב ומסומנת ע'12.

א.3. הנוהל הקיים חותר תחת עיקרון אי ההחזרה

79. הזכות למקלט מדיני הוכרה על ידי הקהילה הבינלאומית במסגרת ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם משנת 1948, הקובעת בסעיף 14(1) כי: "כל אדם זכאי לבקש ולמצוא בארצות אחרות מקלט מרדיפה".

80. בשנת 1954 אשררה מדינת ישראל את האמנה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ובשנת 1968 אשררה את הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 (האמנה והפרוטוקול יחד יקראו להלן, "אמנת הפליטים" או "האמנה"). האמנה והפרוטוקול המשלים לה לא נקלטו בחקיקה ישראלית, אך חלה עליהם "חזקת ההתאמה", לפיה יש לפרש את הוראות המשפט הפנימי באופן שלא יסתור את המשפט הבינלאומי.

81. המדינה הצהירה לא אחת בפני בית המשפט הנכבד כי "היא רואה עצמה מחויבת ביישומן של הוראות אמנת הפליטים" (בג"ץ 13/7385 איתן - מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 22.9.2014)). יצוין, כי הוראות האמנה חלות על המדינה, בהעדר עיגון שלהן בחקיקה ראשית, גם מכוח "חזקת ההתאמה" בין המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי (ראו: בג"ץ 2599/00 יתד - עמותת הורים לילדי תסמונת דאון נ' משרד החינוך (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.8.2002) 846; בג"ץ 4542/02 עמותת קו לעובד נ' ממשלת ישראל, סעיף 37 (פורסם בנבו, ניתן ביום 30.3.2006)).

82. נוהל המשיבה משקף אף הוא את מחויבותה של מדינת ישראל לאמנת הפליטים. הנוהל קובע כי "הטיפול בבקשות למקלט מדיני ייעשה בהתאם לדין בישראל ובשים לב למחויבויות שנטלה על עצמה מדינת ישראל לפי אמנת ג'נבה בדבר מעמדם של פליטים משנת 1951 ולפי הפרוטוקול בדבר מעמדם של פליטים משנת 1967 [...]".

83. סעיף 33 לאמנת הפליטים עוסק בעקרון "אי ההחזרה", לפיו אין לגרש או להחזיר פליט למדינה בו חייו או חירותו יהיו תחת סכנה. הנשיא ברק בבג"ץ 5190/94 סלאח אחמד קאדם אל טאיי ואח' נ' שר הפנים (פורסם בנבו, ניתן ביום 11.9.1995) הבהיר כי עקרון זה אינו מוגבל לפליטים בלבד, אלא חל על כל אדם:

"אין לגרש אדם מישראל למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו. כל סמכות שלטונית – לרבות סמכות הגירוש על-פי חוק הכניסה לישראל – צריכה להיות מופעלת על בסיס ההכרה "בערך האדם, בקדושת חייו ובהיותו בן-חורין..." (סעיף 1 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו). זהו העיקרון הגדול של ה-non refolement, לפיו אין לגרש אדם למקום שבו יועמדו חייו או חירותו בסכנה. עיקרון זה מעוגן בסעיף 33 לאמנת הפליטים. הוא מהווה חלק מהחקיקה הפנימית של מדינות רבות, הקולטות את הוראות האמנה, או המסדירות את הדבר בנפרד. הוא עיקרון כללי, שאינו מוגבל אך ל"פליטים". הוא חל בישראל על כל סמכות שלטונית שעניינה גירוש אדם מישראל."

84. האיסור להרחיק מבקשי מקלט כל עוד לא נבחנה בקשתם נובע באופן ישיר מן הזכות למקלט מדיני ומעיקרון אי ההחזרה, שכן כל עוד לא נדחתה בקשתו למקלט של אדם, חזקה כי יהיה בסכנה אם יורחק ממדינת המקלט.

85. איום בגירוש כפוי של בן או בת זוג של מבקש מקלט, בשלב בחינת הבקשה, מהווה למעשה הפעלת לחץ פסול מצד הרשות על מבקש המקלט לזנוח את הבקשה ולצאת את הארץ למקום בו הוא עשוי להיות נתון לרדיפה, והכל כדי שלא להיקרע ממשפחתו הגרעינית. הדבר מעלה חשש ממשי ל"הרחקה קונסטרוקטיבית" אשר בית המשפט

העליון הזהיר מפניה בבג"ץ 7385/13 **איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל** (פורסם בנבו, ניתן ביום 22.9.2014):

"שאלה היא מתי החלטה לצאת מן הארץ למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו של אדם תחשב להחלטה שנתקבלה מ"רצון חופשי". מקרי הקיצון מספקים מענה פשוט לשאלה זו. בהעדר נסיבות חריגות במדינה המארחת המפעילות על אדם לחץ לעזבה – החלטתו לשוב למדינתו תחשב ליציאה "מרצון"; ולהבדיל, החלטה רשמית לגרש אדם למדינה המהווה סכנה לחייו או לחירותו תחשב לגירוש כפוי ואסור. בין נקודות הקיצון האמורות משתרע מנעד רחב של מקרים שבהם השאלה אם החלטתו של פרט לצאת למדינה שבה נשקפת סכנה לחייו או לחירותו היא פרי בחירה חופשית או שמא תוצר של כפייה אסורה – הפכת סבוכה ומורכבת (להרחבה ראו כריסטיאן מומרס "בין החזרה מרצון להרחקה קונסטרוקטיבית, או: פעולותיה של ישראל לקידום החזרת מבקשי מקלט דרום-סודנים למולדתם" פליטים ומבקשי מקלט בישראל 384 (להלן: מומרס "החזרה מרצון")). להשקפתי, אבן הבוחן להכרעה בשאלה זו קשורה בקיומם – או בהעדרם – של אמצעים הדוחקים באדם לחזור למדינה שבה נשקפת לו סכנה. יציאה מן הארץ יכולה אפוא להיחשב לגירוש אסור (ולא כיציאה מ"רצון חופשי") לא רק במצבים שבהם המדינה מורה באופן רשמי על גירושו של אדם, אלא גם כאשר המדינה נוקטת אמצעים חריפים ופוגעניים במיוחד שנועדו להפעיל לחץ שיוביל ליציאה "רצונית" מהארץ."

(סעיף 110 לפסק הדין, ההדגשות הוספו).

4. הנוהל פוגע בזכות לשוויון

86. הזכות לשוויון מהווה עקרון יסוד של המשפט הישראלי שזכה להכרה עוד בהכרזת העצמאות. מזכות זו נובע האיסור המנהלי על הפליה, אשר נדון לא אחת בבית המשפט. לעניין זה יפים דבריו של כב' הש' חשין בבג"ץ 6845/00 **ניב נ' בית הדין הארצי לעבודה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 9.10.2002):

"הפליה היא, כידוע, יחס בלתי שווה ובלתי הוגן לשווים. אמרנו זאת פעמים אין-ספור ולא נוכל לחדש [...] נשיל את הגלדים החיצוניים של הדוקטרינה, וידענו כי עיקר בה – עיקר-העיקרים – הוא בהגינות או בהיעדר ההגינות כלפי מי שראויים הם ליחס שווה. לשון אחר: השוויון – היפוכה של ההפליה – פירושו הוא, הלכה למעשה, צדק והגינות [...] לא הרי "הפליה" כהרי "הבחנה", שהפליה אסורה והבחנה מותרת. הבחנה – להבדילה מהפליה – היא יחס שאינו שווה למי שהם שונים, והוא במקום שהשוני הוא מגוף העניין."

87. כב' הש' ברק אף חידד את הדברים בבג"ץ 11163/03 **ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים ישראל ואח' נ' ראש ממשלת ישראל ואח'** (פורסם בנבו, ניתן ביום 27.2.2006):

"הפליה אסורה עשויה להתקיים גם בהעדר כוונה או מניע של אפליה מצד יוצרי הנורמה המפלה. לעניין ההפליה, די בתוצאה המפלה. **כאשר מימוש הנורמה שיצרה הרשות – שיכול והתגבשה ללא כוונת הפליה – גורר תוצאה שהיא בלתי שוויונית ומפלה, עשויה הנורמה להיפסל בשל ההפליה שדבקה בה.** הפליה אינה נקבעת אך על-פי מחשבתו וכוונתו של יוצר הנורמה המפלה. היא נקבעת גם על-פי האפקט שיש לה הלכה למעשה."

(ההדגשה הוספה).

88. המשיבה הציגה רציונלים שונים להבחנה אשר קבעה בסעיף 12ג לנוהל בין זוגות אשר הכירו טרם כניסתם לישראל ואלו שהכירו לאחר הגעתם ארצה, אף אחד מהם לא מהווה הסבר המניח את הדעת המעיד על כך שמדובר בהבחנה מותרת ולא באפליה פסולה.

89. כאמור, המשיבה פירטה רציונלים אלו בתגובתה המשלימה בבר"מ 23/15:

"האבחנה דגן משלבת ומאזנת היטב בין התכלית של שמירה על עקרון אחדות המשפחה במקרה שבו התא המשפחתי הופרד במדינת המוצא-מקור בדין נסיבות שהובילו להענקת מעמד פליט, לבין התכלית של הגשמת זכותה הריבונית של מדינת ישראל לקבוע אילו זרים יכנסו וישוהו בשעריה, וזאת תוך אי-מתן תמריץ לניהול הליכי סרק כדי להאריך את השהיה בארץ אף ללא כל עילה לכך."

(סעיף 24 לתגובה המשלימה, ההדגשה במקור).

90. ראשית, לרציונל הראשון אליו מתייחסת המשיבה – עקרון אחדות המשפחה של מי שהוכר כפליט. כפי שכבר הוזכר לעיל, הנוהל עצמו אינו מגביל את זכותו של פליט לחיי משפחה ולהשוואת מעמד בן או בת זוגו לפי מקום ההיכרות. כמו כן, בעניין באיו, אשר עסק בפליט אשר רקם קשר זוגי בישראל עם אזרחית מדינת ליכטנשטיין, קבע בית המשפט כי לפליט מוכר עומדת הזכות לחיי משפחה בישראל, ללא הבחנה באשר למקום ההיכרות, כחלק ממכלול הזכויות הבסיסיות להן הוא זכאי לשם קיום חיים סבירים במדינת המקלט שלו.

91. כמו כן, המשיבה מסבירה בתגובתה את אותו עקרון כרצונו של פליט להתאחד עם בני משפחתו אשר נותרו "מאחור" בשל הנסיבות שהובילו להגשת בקשת המקלט, משמע – המדובר בזכותו של פליט לאיחוד משפחות – הדורשת מצד המדינה פעולה אקטיבית של הכנסת אותם בני משפחה לתוך ישראל והענקת זכויות לבני המשפחה בהתאם למעמדו של הפליט המוכר. מבחן השכל הישר מעיד כי אין זה העקרון העומד בבסיסו של סעיף 12ג (בשונה מסעיפים 12א ו-12ב, שאכן עוסקים בזכות זו של פליט מוכר), החל על מבקשי מקלט שכלל לא עומדת להם זכות זו (וגם לא נטען בעתירה זו או בכל הליך שתואר כי עומדת להם זכות זו), בין אם הכירו את בני זוגם בארץ מוצאם או בישראל. משכך, טענה זו לא מייצרת הבחנה רלוונטית בין שתי הקבוצות.

92. שנית, לרציונל השני אליו מתייחסת המשיבה – הרצון למנוע הגשת הליכי סרק לצורך הארכת השהות בישראל ללא עילה, או כפי שהגדירה זאת המשיבה במסגרת הדיון באותו הליך מיום 16.2.2015 "הרצון שלא לעודד הגשת בקשות פיקטיביות". בבסיס רציונל זה מצויה ההנחה כי שני אנשים אשר הצהירו על עצמם כזוג עם כניסתם יחדיו לישראל אמורים יותר משני אנשים אשר הכירו בישראל ומצהירים על עצמם כזוג לאחר הגעתם. אין זה ברור מהו השוני בין הקבוצות באשר למידת כנות מערכת היחסים, אך סעיף 12ג מעלה הנחה זו לדרגת חזקה חלוטה, אשר תעודת נישואין, משק בית משותף ואף ילדים משותפים לא יכולים להפריך.

93. כל בני זוג אשר אחד מהם הוא אזרח זר אשר מבקש להשוות את מעמדו למעמד בן זוגו בעל המעמד החוקי בישראל (בין אם מבקש מקלט ובין אם אזרח ישראלי), נאלצים לעבור בחינה מעמיקה מצד המשיבה של כנות הקשר ביניהם. בחינה זו כוללת הן עדויות חיצוניות לאותנטיות הקשר בין בני הזוג (תמונות משותפות, עדויות של חברים) והן תשאול חודרני של בני הזוג עצמם באשר למערכת היחסים ביניהם. כל אזרח זר באשר הוא המנסה לקבל מעמד בישראל באמצעות הליך השוואת מעמד הוא בגדר "חשוד" ובחינה זו של המשיבה מיועדת לאתר הליכי סרק ובקשות פיקטיביות ולפסול אותם על רקע זה. כלומר, לביצוע הבחנה בין מי שהכירו בישראל למי שהכירו במדינת המוצא אין כל משמעות או תכלית. מכאן, שלא מדובר בהבחנה מותרת, אלא בהפליה אסורה אשר אינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה ומתבצעת בחוסר סמכות, ועל כך נרחיב להלן.

ב. הפגיעה בזכויות יסוד נעשית שלא בחקיקה ראשית

94. עקרון חוקיות המנהל, העומד ביסוד המשפט המנהלי בישראלי, משמעו כי השאלה הראשונה בהתייחס לכל פעולה של רשות מנהלית היא האם קיימת כלל סמכות לעשותה. כאשר הפעולה המנהלית הנדונה פוגעת בזכויות אדם, ההסמכה לפעולה חייבת להיות **ברורה ומפורשת** (ראו: בג"ץ 6824/07 ד"ר עאדל מנאע נ' רשות המסים (פורסם בנבו, ניתן ביום 20.12.2010), בג"צ 5100/94 הועד הציבורי נ' עינויים בישראל נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, ניתן ביום 6.9.1999)).

95. כשמדובר בפגיעה בזכויות חוקתיות, זו צריכה להיעשות במסגרת חקיקה ראשית של הכנסת או מכוח הסמכה ספציפית מפורשת בה. ראו בהקשר זה דבריה של השופטת פרוקצ'ה בפסקה 26 לפסק דינה בבג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים (פורסם בנבו, ניתן ביום 13.4.2011):

"הנוהל כרוך בפגיעה בזכויות יסוד של העובדת הזרה, ענין המעלה, בין היתר, את השאלה האם לא היה נדרש כי הגבלות על זכויות יסוד, ככל שהן סבירות ומידתיות, תעוגנה בהסדר ראשוני בחקיקה ולא בנוהל פנימי של הרשות".

96. כאמור לעיל, סעיף 12ג לנוהל המשיבה מהווה פגיעה בעקרונות יסוד, אינטרסים מוגנים וזכויות חוקתיות – ביניהן הזכות לחיי משפחה ולהורות, הזכות לשוויון ועיקרון טובת הילד – תוך הפרה של כללי הצדק הטבעי וללא בחינה של הנסיבות העובדתיות הרלוונטיות, וכל זאת, במסגרת נוהל פנימי של המשיבה, ולא בחקיקה ראשית כנדרש. מכאן, שפגיעה חמורה זו בזכויות האמורות נעשית בחוסר סמכות ואך מתוקף זה, יש להורות למשיבה לחדול ממנה לאלתר.

ג. הנוהל לא נועד לתכלית ראויה ואינו מידתי

97. אף אם הייתה הוראת הסעיף מעוגנת בחקיקה ראשית, אין הייתה זו עומדת במבחני פסקת ההגבלה הקבועה בחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לפיהן על הפגיעה להיות לתכלית ראויה ובמידה שאינה עולה על הנדרש.

98. ראשית, לענין התכלית: ככל שזו נועדה למנוע את הישארותן יחדיו של משפחות כנות של מבקשי מקלט רק מהטעם שבני הזוג הכירו בישראל, או להפעיל לחץ על מבקשי המקלט לעזוב את ישראל בטרם הוכרעה בקשתם, הרי שמדובר בתכלית לא ראויה שרוחקה מלעלות בקנה אחד עם ערכי המדינה, ומשכך אין להניח כי זו התכלית שלשמה נוצר נוהל זה (אף אם בפועל, כאמור לעיל, אלה השלכותיו הישירות).

99. לחלופין, ככל שתכליתו של הנוהל, כפי שטענה המשיבה במסגרת הדיון בבר"מ 23/15 מיום 16.2.2015, היא "הרצון שלא לעודד הגשת בקשות פיקטיביות ע"י בני הזוג" או הרצון שלא לעודד "ניהול הליכי סרק" - תכלית זו הינה ראויה לכשעצמה, אך הנוהל מהווה אמצעי בלתי מידתי להגשמתה, ואינו עומד בשלושת מבחני המידתיות אשר הוזכרו לעיל. סוגייה דומה עלתה במסגרת עניין **סטמקה**:

"מדינת ישראל מנסה להתמודד – ורשאית היא להתמודד – עם הגירה בלתי חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מגבלות מנגנוני-האכיפה לשהייה ולהמשך שהייה בלתי חוקית בישראל. המלחמה בנישואין הפיקטיביים אפוא מלחמה ראויה היא. ואולם, השאלה הנשאלת היא, אם על-אף כל אלה, האמצעי שהרשות נקטה אותו – דהיינו: הדרישה כי הזר או הזרה יעזבו את הארץ עד שתיבחן השאלה אם הנישואין נישואי-אמת הם או אם נישואין פיקטיביים – הינו אמצעי "במידה שאינה עולה על הנדרש". לדעתנו, האמצעי שמשרד הפנים מחזיק בו אינו עומד ביחס ראוי למטרה – מטרה ראויה לעצמה – שהמשרד מבקש להשיגה; עוצמתו עולה באורח בלתי ראוי על העוצמה הנדרשת להשגת המטרה, וביחס תועלת-נזק – נזקו עולה על תועלתו." (פס' 52-53 לפסק דינו של כב' השופט חשין).

100. מבחן הקשר הרציונלי בין התכלית הראויה לאמצעי שנבחר - יוזכר כי מבחן זה אינו מבחן טכני בלבד אשר בוחן את ההתאמה בין האמצעי למטרה, אלא במסגרתו נבחנת הצדקת והגינות האמצעי, על כך עמדה כב' הש' (בדימוס) ביניש בפסק דינה בבג"ץ 9593/04 **מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון** (פורסם בנבו, 26.6.2006):

"מבחן הקשר הרציונלי אינו מבחן של קשר סיבתי טכני גרידא בין אמצעי לתכלית. גם כאשר שימוש באמצעי כלשהו עשוי להוביל להשגת המטרה המבוקשת עדיין אין משמעות הדבר כי מתקיים קשר רציונלי בין האמצעי לתכלית וכי האמצעי מתאים להשגת התכלית. הדגש במבחן הקשר הרציונלי הוא על היותו של הקשר רציונלי. משמעות הדבר היא, בין השאר, שאין לנקוט באמצעי שרירותי, בלתי הוגן או מחוסר היגיון". (ההדגשה הוספה).

101. בענייננו, קשה לקבל את ההנחה כי כנות מערכת היחסים מושפעת ממקום היווצרה. רבים מהזוגות אשר הכירו בישראל ופונים למשיבה בבקשה להשוואת מעמד מנהלים יחדיו משק בית משותף במשך שנים רבות ולחלקם ילדים משותפים, וכנות הקשר ביניהם אינה מוטלת בספק, אך המשיבה עודנה מונעת מהם את האפשרות להגשת בקשה להשוואת מעמד (וכך היה, למשל, בבר"מ 23/15, שם העלתה המשיבה את הטענה

בדבר הליכי הסרק, אף שהשופטים הדגישו בפרוטוקול הדיון מיום 16.2.2015 כי כנות הקשר אינה מוטלת בספק במקרה זה).

לא למותר לציין כי את הנחת המשיבה בדבר בקשות השוואת מעמד פיקטיביות של בן או בת זוג של מבקש מקלט יש לבחון בפריזמה של הזכות אשר בכוחה של אותה בקשה להקנות למבקש: אין המדובר במעמד נחשק המקנה זכויות סוציאליות בישראל, אלא בזכות המצומצמת של אי הרחקה זמנית מישראל, לתקופה הקצובה עד לסיום בחינת בקשת המקלט של בן הזוג, כשהחלטה מתי אותה תקופה מסתיימת נתונה בידי המשיבה.

102. מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה - גם בהנחה שהיה מתקיים קשר רציונאלי בין מקום היווצרות הקשר בין מבקש המקלט לבת זוגו לבין כנות יחסיהם - כבר נקבע פעמים לא מעטות בפסיקה כי הסדר הקובע מגבלה גורפת על קבוצה מסוימת "חשוד" מיידית בכך שאינו מקיים את מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה.

103. כך קבע כב' הנשיא (כתוארו אז) ברק בעניין גלאון:

"הצורך לנקוט באמצעי שפגיעתו פחותה, מונע לעתים קרובות את השימוש בהסדר גורף (flat ban). הטעם לכך הוא שברבים מהמקרים השימוש באמת מידה פרטנית-אינדיבידואלית משיג את התכלית הראויה תוך שימוש באמצעי שפגיעתו בזכות האדם פחותה". (פסקה 69 לפסק דינו).

104. כך קבעה גם כב' הנשיאה (בדימוס) נאור בדנג"ץ 204/13 **סעיד צלאח נ' שרות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, ניתן ביום 14.4.2015):

"ככלל, 'כל הסדר גורף נחשד' בכך שאין הוא האמצעי שפגיעתו פחותה, וזאת בשל האפשרות לבחון באופן אינדיבידואלי את הפרטים הנכללים בקבוצה הרלבנטית [...] בענייננו, כאשר מדובר, למשל, באסירים ביטחוניים הנעדרים זיקה לארגון כזה או אחר, דומה כי הטעם הביטחוני שעליו נסמכים המשיבים מאבד ממשמעותו".

105. ר' גם עע"א 6481/01 **אל עביד נ' שירות בתי הסוהר** (פורסם בנבו, ניתן ביום 23.10.2003), בעמודים 706-707; בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, (פורסם בנבו, ניתן ביום 25.04.2004); בג"ץ 4797/07 **האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' רשות שדות התעופה** (פורסם בנבו, ניתן ביום 22.5.2012), פסקה 5 לפסק דינה של הנשיאה (בדימי) ד' ביניש; רע"ב 4644/15 **גורג' ראעי ואח' נ' שירות בתי הסוהר ואח'** (פורסם בנבו, ניתן ביום 15.6.2016).

106. גם בענייננו ניתן ליישם אמצעים שפגיעתם פחותה להפגת החשש מפני ניצול ההליך לרעה, כשבראש ובראשונה, יש לקיים בחינה פרטנית של כנות הקשר והתא המשפחתי. פתרון זה משתקף אף מפסיקת בית המשפט העליון בעניין **אספו**, בו החליט בית המשפט, בהביאו בחשבון את כל נסיבות העניין, כי מעמדה של בת הזוג חסרת המעמד יושווה לזה של בן זוגה מבקש המקלט כל עוד בקשתו פתוחה, וזאת ללא

רלוונטיות למקום היווצרות הקשר. עקרון זה הובע במפורש בעניין מהרה, שם קבע בית המשפט העליון כי יש לבחון באופן פרטני כל עניין ועניין. משקיימת הכרה בכך שישנם זוגות שהכירו בישראל וזכאים להשוואת המעמד, חסם גורף להגשת בקשות מצד זוגות מסוג זה אינו יכול להוות אמצעי מידתי שכן הפגיעה בכל הזוגות הזכאים לכך גדולה מדי.

107. אמצעים ראויים נוספים להפגת החשש הנטען מפני ניצול לרעה של ההליכים על ידי מי שאינם בני זוג לצורך הארכת שהייתם בישראל ללא עילה אמיתית: ניתן וראוי היה לזרז ולטייב את הטיפול בבקשות המקלט של בני ובנות הזוג כך שהארכת השהות האמורה תהיה "פחות משתלמת" לזוגות פיקטיביים וממילא תהיה קצרה ופחות משמעותית עבור המדינה. מתוך רציונל דומה, ניתן היה למנות מספר מתאים של דיינים לבתי הדין לעררים כדי שההליכים יקודמו בקצב ראוי וכד'.

108. מבחן המידתיות במובן הצר - חשוב מכל, גם אם היה בנוהל כדי לצמצם את כמות "הבקשות הפיקטיביות", ככל שישנן כאלה, ואף אם היה בכך כדי לצמצם את מספר "הליכי הסרק" (ולעניין זה המשיבה מעולם לא הציגה נתונים אמפיריים) – עוצמת הפגיעה של הנוהל בזכויותיהן החוקתיות של משפחות מבקשי המקלט עולה לעין שיעור על התועלת לאינטרס הציבורי מכך שיצומצם מספר מסויים של הליכים, ככל שכלל מושגת תועלת כאמור. יפים לענייננו דברי כב' השופט חשין בעניין סטמקה (פס' 60 פסק דינו):

"אין, לדעתנו, מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת. התועלת שהמדיניות מביאה בעקבותיה אינה, בעיקרה, אלא תועלת ספקולטיבית, ולא זכינו לקבל נתונים שניתן היה לצפות כי נקבל. קשה להשתחרר מרושם כי יד-המקרה היא שתכריע אם המדיניות תביא לעקירתם של נישואי-פיקציה או לפגיעה בנישואי-אמת. הנזק – הפגיעה בנישואי-אמת – הוא אמיתי ומוכח; התועלת – הפגיעה בנישואי-פיקציה – הינה ספקולטיבית ובלתי מוכחת. יתר-על-כן: בהיעדר סטטיסטיקה, קשה להתעלם מאפשרות ריאלית כי הרבים – אלה הנשואים בנישואי-אמת – יסבלו בעבור המעטים – אלה הנשואים בנישואי-פיקציה."

109. לסיכום, החסם הגורף הקבוע בסעיף 12 להגשת בקשות להשוואת מעמד בין בני זוג אשר הכירו בישראל מהווה פגיעה בזכויות יסוד כגון הזכות לשוויון, הזכות לחיי משפחה והזכות למקלט מדיני. פגיעה זו אינה מעוגנת בחקיקה ראשית כנדרש, אלא בנוהל פנימי בלבד של המשיבה, ועל כן מתבצעת בחוסר סמכות. אף אם הייתה פגיעה זו מעוגנת בחוק כנדרש, עדיין הייתה בלתי חוקתית, שכן אינה לתכלית ראויה ואינה מקיימת את מבחני המידתיות. החסם שבסעיף 12 לנוהל הינו אמצעי בלתי סביר לשם אי מתן תמריץ להגשת הליכי סרק, ועל המשיבה לנקוט בבדיקה פרטנית לכנות הקשר – אותה היא מבצעת בין כה וכה בהליכי השוואת מעמד – כאמצעי מידתי יותר לצורך השגת תכלית זו.

ד. הדין הבינלאומי ומשפט משווה

110. כפי שכבר הוסבר לעיל, מדינת ישראל יוצאת דופן ביחס לשאר מדינות העולם בכל הנוגע לקצב בו היא בוחנת בקשות מקלט. המצב בישראל, בו אנשים מצויים בסטטוס של מבקשי מקלט במשך שנים ארוכות מבלי שנבחנת בקשתם, לא קיים במקומות אחרים בעולם. על כן, הסוגייה שעל הפרק – הזכות לאחדות המשפחה (Family Unity) אותה הקים מבקש מקלט בארץ המקלט – אינה סוגייה המתעוררת במדינות אחרות. משכך, מרבית המקורות במשפט הבינלאומי והמשווה אשר עוסקים בזכות לחי משפחה בהקשר של עולם דיני הפליטים, מתייחסים לזכויותיו של פליט, ובעיקר בהקשר של איחוד משפחות (Family Reunification).

111. כפי שכבר צוין לעיל, המשיבה נוטה לבלבל לעיתים קרובות בין הזכות לאחדות משפחה (Family Unity) שמושרשת היטב במשפט הבינלאומי, לרבות ביחס למבקשי מקלט, לזכות לאיחוד משפחות (Family Reunification), לפיה יש להתיר למשפחה של פליט להתאחד אתו במדינה המקלט בהתאם לתנאים מסוימים. אלא שכאמור, שמירה על אחדות המשפחה ואיחודה מחדש של משפחה הן שאלות שהמשפט הבינלאומי מבחין ביניהן. בהקשר זה ראו מאמרו של קייט ג'סטרים וקתלין נוילנד, *Family Unity and Refugee Protection*, אשר מצביע על כך שגם כאשר מתעורר אינטרס ציבורי שמצדיק לכאורה את הרחקתו של אזרח זר באופן שיגרום לפגיעה במשפחה גרעינית, **הנטל על המדינה הוא גבוה יותר** מאשר במקרה של סירוב לאשר כניסה של נתין זר⁶.

112. בלבול זה של המשיבה בין שתי הזכויות השונות בא לידי ביטוי בתגובתה המשלימה של המשיבה מיום 6.7.2015 בבר"מ 23/15 אשר מצ"ב ומסומנת כע'5, בה היא מאזכרת מקורות בינלאומיים המתייחסים אך ורק למשפחות שהופרדו במדינת המוצא עקב רדיפה – אך זאת בהקשר של הזכות לאיחוד משפחות (Family Reunification), זכות שטבעי שתחול בהקשר של בני משפחה אשר הופרדו לפני הכניסה למדינת המקלט (רי' למשל סעיפים 59-60 לתגובה).

113. על אף המיעוט בעיסוק בסוגייה שלפנינו במשפט הבינלאומי והמשווה, בדיון הבינלאומי מקורות רבים המראים כי מדיניות המשיבה אינה עומדת בקנה אחד עם הדיון הבינלאומי, ואף המשפט המשווה מעיד עד כמה חריגה התנהלות המשיבה בנוף הבינלאומי. נסקור להלן מקורות אלה ונראה כי טענת המשיבה כי מדיניותה תואמת את המשפט הבינלאומי שגויה.

114. הזכות לחי משפחה מבוססת היטב במקורות רבים של המשפט הבינלאומי. בין המקורות שמעגנים זאת ניתן למנות את ההכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (Universal Declaration of Human Rights) משנת 1948 (ראו סעיפים 12 ו-16 להכרזה), את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 ראו

⁶ Kate Jastram and Kathleen Newland, *Family Unity and Refugee Protection*, Cambridge University Press, June 2003, at 575-576, <http://www.refworld.org/docid/470a33be0.html>

סעיפים 17, 23, ו-24 (1) לאמנה) (ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966 ואשררה אותה ביום 18.8.1991, ראו כתבי אמנה 1040, כרך 31), את האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966 (ראו סעיף 10 לאמנה) (ישראל חתמה על האמנה ביום 19.12.1966 ואשררה אותה ביום 3.10.1991, ראו כתבי אמנה 1037, כרך 31) וכמובן את האמנה בדבר זכויות הילד שכבר הוזכרה לעיל (ראו סעיפים 9, 10 ו-22, וכן סעיפים 2, 3 ו-5 לאמנה). האמנות האמורות עומדות על כך שהמשפחה היא היחידה הבסיסית של החברה, והן מבהירות את הזכות להקים משפחה ואת חובותיהן של המדינות הריבוניות להגן על התא המשפחתי ולהימנע מפגיעה שרירותית בו.

115. סעיף 23(1) ל-ICCPR קובע כי המשפחה היא היחידה הטבעית והיסודית של

החברה והיא זכאית להגנת החברה והמדינה, וסעיף 17 ל-ICCPR קובע כי חל איסור על התערבות לא חוקית או שרירותית בחיי המשפחה של כל אדם, ושכלל אדם יש זכות להגנה מפני התערבות שכזו. ס' 2(1) לאמנה זו קובע מפורשות כי המדינות החתומות עליה חייבות למלא אחר הוראותיה ללא אפליה ביחס לכל מי שנמצא בשטחן. הבחנה כמו מוצא לאומי או חברתי, מקום לידה או מעמד אחר – היא הבחנה אסורה. בנוסף, סעיף 26 קובע התחייבות כללית נגד אפליה, שלפיה מדינה חברה תאסור על אפליה ותבטיח הגנה שווה לכל אדם נגד אפליה מכל סוג לרבות על בסיס מוצא לאומי או כל מעמד אחר. וועדת האו"ם לזכויות האדם, הממונה על פרשנות האמנה ויישומה, הבהירה את מצבם של אזרחים זרים על פי האמנה, וקבעה כי החובה לא להפלות חלה גם על אזרחים זרים שנמצאים בתחומי המדינה החברה, באופן שאוסר על פגיעה במשפחותיהם באופן לא חוקי או שרירותי.⁷

116. מעבר לכך שישראל הצטרפה לאמנות האמורות והיא מחוייבת להוראותיהן, האיסור על התערבות לא חוקית או שרירותית באחדותה של משפחה מוכר כיום כמשפט בינלאומי מנהגי.⁸

117. במסגרת בר"מ 23/15 הוכנה עבור העותר חוות דעת בנוגע לחוקתיות סעיף 12ג בראי המשפט הבינלאומי מטעם פרופ' ג'יימס האת'וואי, מלומד משפט שעוסק מזה כשלושים וחמש שנה במשפט בינלאומי, ואשר עבודתו מאוזכרת בלמעלה מאלף החלטות שיפוטיות ברחבי העולם.

חוות דעתו של פרופ' האת'וואי מצ"ב ומסומנת ע'13.

118. בתגובתה המשלימה של המשיבה, כתימוכין לפרשנותה את עקרון אחדות המשפחה, הפנתה המשיבה בהרחבה לספרו של פרופסור האת'וואי, The Rights of Refugees Under International Law (ר' סעיף 62 לתגובת המדינה), תוך שנטען כאילו

⁷ UN Human Rights Committee, General Comment No. 15: The position of aliens under the Covenant, (1986) UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, May 12, 2004, p. 140.

⁸ Hathaway, James C. The rights of refugees under international law. Cambridge University Press, 2005, p. 545

האת'וואי "מציין כי העיקרון נועד להגן על תא משפחתי שהתפרק עקב רדיפה בארץ המוצא" (ההדגשות במקור). לפיכך, סיכמה המשיבה, "הוראת סעיף 12ג' לנוהל היא סבירה ביותר, ולמעשה אף למעלה מכך, והיא עולה בקנה אחד [...] עם הפרקטיקה המקובלת בעולם ועם דברי המלומדים בתחום" (סעיף 64 לתגובת המדינה).

119. אך מחוות דעתו של פרופ' האת'וואי עולה כי ההפך הוא הנכון. פרופ' האת'וואי מכריע בחוות דעתו כי מדיניות המשיבה המשתקפת בסעיף 12ג' לנוהל אינה עומדת בקנה אחד עם הדין הבינלאומי:

"The question put to me is whether a policy that ensures the unity of families arriving together in Israel to seek recognition of refugee status, but which does not ensure the unity of families formed in Israel by one or more persons seeking recognition of refugee status, is consistent with international law.

My expert opinion is that such a policy is likely in breach of international law [...] there is in my view an established duty at international law, most clearly derived from the provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights, to desist from arbitrary disruption of the unity of at least the nuclear family of such persons."

(פסקאות 5-6 לחוות דעתו של האת'וואי, ההדגשה לא במקור)

120. פרופ' האת'וואי מבהיר בסעיף 8 לחוות דעתו כי לא עסק בספרו אותו צטטה המשיבה בחובה של מדינה שלא לפגוע באחדות משפחה גרעינית של מבקש מקלט, פשוט משום שלא היה ער לכך שמדינה כלשהי נוהגת כך, וכי אינו מכיר סמכות משפטית בינלאומית כלשהי שמרמזת ש"משפחה" היא פחות "משפחה" בשל המקום בו נוצרה (ר' ס' 18). מסקנתו היא כי מדיניות המשיבה מהווה בסבירות גבוהה התערבות שרירותית בחיי משפחה, ועל כן היא מפרה את סעיף 17 ל-ICCPR (ר' ס' 21).

121. בנוסף ולחלופין, קובע האת'וואי שהנוהל יוצר אפליה בניגוד להוראות סעיף 2 ל-ICCPR. האת'וואי מסביר כי לאור העובדה שהליך ההכרה באדם כפליט הוא דקלרטיבי בלבד ולא קונסטיטוטיובי, והעובדה כי למבקש מקלט אין כל דרך לזרז את ההליך בעניינו ולקדם את הסטטוס שלו ממבקש מקלט לפליט, בנוסף לכך שאין סיבה להניח כי חשיבות התא המשפחתי של מבקש מקלט פחותה מזו של פליט – משמעה כי הסטטוס של אותו אדם כמבקש מקלט בלבד ולא פליט אינה עילה סבירה לפירוק משפחתו, ולכן מדיניות המשיבה יוצרת אפליה (ס' 23 לחוות הדעת).

122. האת'וואי מציין עוד כי העובדה שהרשות לא מפעילה שיקול דעת ביחס לנסיבות הפרטניות של כל משפחה, מהווה גם היא הפרה של העקרונות הכלליים יותר של ה-ICCPR ועומדת בניגוד לדין הבינלאומי (סעיף 24 לחוות הדעת).

123. זאת אף זאת, הנוהל מנוגד להוראות האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, וגם, כפי שמציין האת'וואי, לאמנה בדבר זכויות הילד, שאף הם מעניקים הגנה לחיי המשפחה. פרופסור האת'וואי מזכיר את האמנות האלו אך לא רואה להרחיב לאור כך שמסקנתו היא כי ממילא די בכך שהנוהל מפר את האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות כדי להבהיר שישראל מפרה את הוראות המשפט הבינלאומי (ראו סעיף 25 לחוות הדעת).

124. האת'וואי חותם את חוות דעתו בהבהרה שבניגוד לטענות המדינה, גם הוועידה שדנה באמנת הפליטים (Plenipotentiaries) המליצה למדינות לנקוט באמצעים הכרחיים להגנת משפחתו של מבקש מקלט כשהיא מאזכרת שהמשפחה היא היחידה הטבעית והיסודית של החברה, וכי אחדות המשפחה (family unity) היא זכות חיונית שמצויה בסכנה מתמדת. האת'וואי מסכם בכך שהדרישות הקונקרטיות של המשפט הבינלאומי בדבר זכויות אדם, אשר מטילות על המדינות החברות חובות מפורשות ביחס להגנה על התא המשפחתי, עולות בקנה אחד עם כוונת מנסחיה של אמנת הפליטים, גם אם אין בה עצמה חיובים דומים (סעיף 26 לחוות הדעת).

125. חוות דעתו של האת'וואי מבהירה כי זכויותיהם של פליטים ומבקשי מקלט מעוגנות במשפט זכויות האדם הבינלאומי - לא באמנה אחת ויחידה כי אם במכלול החובות המשפטיות, ההסכמיות והמנהגיות, אשר מרכיבות את המשפט הבינלאומי. בהקשר זה נפנה לסקירה של עקרונות המשפט הבינלאומי ביחס לזכותם לחיי משפחה של מבקשי מקלט, שהוכנה על-ידי מרכז קונקורד לחקר קליטת המשפט הבינלאומי בישראל. בסיכום הסקירה מובהר כך :

"תחימת היקף זכותם למשפחה של מבקשי מקלט נלמד מהוראות המשפט הבינלאומי ומן העקרונות המקובלים בפרשנותו. מהוראות אלו ופרשנותן המקובלת עולה, כי ישנה הכרה גוברת בחובה לכבד את הזכות להקים משפחה ולקיים חיי משפחה, ללא הפליה, וכן להגן על אחדות המשפחה מפני הפרדתה. חל איסור על פגיעה שרירותית בזכות, שהפרתה כפופה לכללי נחיצות והמידתיות ונבחנת ממקרה למקרה. חובה מוגברת עוד יותר חלה בנסיבות בהן המשפחה הגרעינית כוללת ילדים, שאז על המדינה הריבונית חובה כבדת משקל במיוחד שאינה נסתרת בנקל. לעומת זאת, הדרישה לממש את אחדות המשפחה מקום בו טרם התגבשה הכרה במעמדו של אדם כפליט, זוכה להכרה מוגבלת יותר, אך גם זאת בכפוף להוראות המיוחדות המקנות הגנה המיוחדת על ילדים וזכותם לחיות במסגרת משפחתית אשר תבטיח את התפתחותם ושרידותם." (סעיף 16 לסקירה)

העתק הסקירה מיום 1.11.2015 שהכין מרכז קונקורד ביחס לזכותם לחיי משפחה של מבקשי מקלט מצ"ב ומסומן ע"14.

126. המשפט המשווה נותן גם הוא קנה מידה להתנהלות המשיב ושופך אור על היעדר הסבירות של סעיף 12ג לנהל. כך למשל, בארצות הברית כל מבקש מקלט יכול להוסיף את בן או בת זוגו ואת ילדיו, ככל שישנם כאלו, לבקשת המקלט שלו. ניתן לעשות זאת בשלב הגשת הבקשה, ואף מאוחר יותר ובלבד שהבקשה טרם הוכרעה. בת או בן הזוג

זכאים להשוואת מעמד (derivative asylum status) באופן שכל עוד הבקשה תלויה לא ניתן להרחיקם. לעניין זה, ראו חוות דעתה המפורטת של פרופסור סטייסי קפלו, מומחית לדיני הגירה בארה"ב.

חוות הדעת של פרופסור קפלו מיום 11.8.2015, קורות החיים ורשימת הפרסומים שלה מצ"ב ומסומנת ע'15.

127. פרופסור קפלו מדגישה בחוות דעתה שניתן להוסיף בעל או אישה לבקשת מקלט גם במקרה של זוגיות שנרקמה בארצות הברית, ואפילו כזו שהחלה לאחר מועד הגשת בקשת המקלט:

"The governing statute and regulations in the United States allow for a bona fide spouse to be added to an asylum application regardless of whether the relationship began pre or post-arrival in the United States. In fact, a spouse can be added to the application and thus be protected from removal even if the relationship began after the original filing of the asylum application."

(עמוד 2 לחוות הדעת, תחת הכותרת "Summary of Conclusions")

128. גם המשפט האירופי מעיד על אי סבירות מדיניות המשיבה. האמנה האירופית לזכויות אדם משנת 1950 (ECHR), אשר חתומות עליה וכפופות לה כמעט כל מדינות אירופה, קובעת גם היא כי לכל אדם זכות לחיי משפחה. סעיף 8 ל-ECHR קובע איסור על רשות ציבורית להתערב במימוש זכות זו, מלבד על מנת למנוע סיכון ביטחוני, סיכון לביטחון הציבור או לכלכלת המדינה, או על מנת להגן על זכויותיהם וחירויותיהם של אחרים. גם סעיף 7 למגילת זכויות היסוד של האיחוד האירופי מכיר בזכות לחיי משפחה בזכות יסוד של כל אדם, וסעיף 24 מכיר בזכויותהם של ילדים ומקים חובה עבור רשויות ציבוריות לשקול את טובת הילד כשיקול ראשון במעלה.

129. על אף כי הסוגייה שבענייננו עוסקת כאמור בשמירה על אחדות המשפחה ולא באיחוד משפחות, ניתן לגזור מהמקרה הבא מכוח קל וחומר מה יחסו של בית המשפט האירופי לזכויות אדם לרלוונטיות ההבחנה בין מי שהכירו טרם הרדיפה ומי שהכירו לאחריה: ביום 6.2.2013 פסק בית המשפט האירופי לזכויות אדם שכאשר מדובר באיחוד משפחות של פליטים, הבחנה בין זוגות שהכירו לפני קרות ארועי הרדיפה לזוגות שהכירו לאחר מכן מפרה את ה-ECHR. בית המשפט האירופי דן בפסק דינו בנהלי ההגירה הבריטיים אשר נגעו לזכות לאיחוד משפחות (ואשר מאז שונו, ועל כך בהמשך), לפיהם סירבה בריטניה לתת רישיון כניסה וישיבה לאשתו של פליט מכיוון שההכרות ביניהם קרתה לאחר שהמבקש הגיע לבריטניה וקבע שבכך בריטניה הפרה את הזכות לשוויון (אשר נקראה יחד עם הזכות לחיי משפחה):

"Furthermore, the Court sees no justification for treating refugees who married post-flight differently from those who married pre-flight. The

Court accepts that in permitting refugees to be joined by pre-flight spouses, the United Kingdom was honouring its international obligations. However, where a measure results in the different treatment of persons in analogous positions, the fact that it fulfilled the State's international obligation will not itself justify the difference in treatment.

The Court therefore finds that there has been a violation of Article 14 of the Convention read together with Article 8. It notes, however, that the situation giving rise to the breach no longer exists as the Immigration Rules have subsequently been amended (see paragraphs 13, 17 and 74, above)."

(Hode And Abdi V. The United Kingdom (Application no. 22341/09), Judgement, ECtHR, 6.2.2013, paras. 55-56)

130. עוד קודם לפסיקת בית המשפט האירופי לזכויות אדם, נתן דעתו בעניין גם הטריבוונל העליון לענייני הגירה בבריטניה בפסק דין בו הובהר ביחס לאיחוד משפחות – שכאמור מצריך נטל גבוה יותר משמירת התא המשפחתי המאוחד – כי קשה להניח (most unlikely) שהחלטה שמתבססת על נוהל שהבחין בין בני זוג שהכירו לאחר ארועי הרדיפה למי שהכירו מוקדם יותר, תהיה מידתית. לשון בית הדין הבריטי:

"We have no hesitation in saying that in this case, the Article 8 rights of the appellant and the sponsor demand that she be granted entry clearance. We shall therefore allow this appeal...

In the mean time, it seems to us that although a decision based on Article 8 does have to be an individual one in each case, it is most unlikely that the Secretary of State or an Entry Clearance Officer will be able to establish that it is proportionate to exclude from the United Kingdom the post-flight spouse of a refugee where the applicant meets all the requirements of paragraph 281 save that relating to settlement.

For the reasons we have given, we find that the Immigration Judge materially erred in law. We substitute a determination allowing the appellant's appeal, and direct that entry clearance in the usual form issue to her."

(FH (Post-flight spouses) Iran [2010] UKUT 275 (IAC) (10 August 2010), paras. 23, 25-26)

131. בעקבות פסק הדין לעיל, שינתה בריטניה את הנוהל וקבעה שיש לאפשר איחוד משפחות גם כשמדובר בתא משפחתי שנוצר לאחר הבריחה של פליט או מי שקיבל הגנה זמנית:

SET18.1 Post-flight family members

From 6 April 2011 sponsors who, have been recognised as a refugee or given Humanitarian Protection in the UK, and who subsequently form a family relationship are now able to have their family members apply to join them.⁹

132. ניתן אם כן לראות כי אף טענתה של המשיבה שסעיף 12ג תואם את הוראות הדין הבינלאומי והמשפט המשווה אינה יכולה לעמוד לה וכי מדיניות המשיבה עומדת בניגוד להתחייבויותיה באמנות השונות.

סמכות בית המשפט הנכבד

133. לבית משפט נכבד זה נתונה הסמכות העניינית לדון בעתירה וזאת מכוח סעיף 1(1) לחוק בית המשפט לעניינים מנהליים ופרטים 12(1) ו- 12(8) לתוספת הראשונה לחוק זה; כמו כן נגזרת סמכותו של בית משפט נכבד זה מהכרעת בית המשפט העליון במסגרת בג"ץ 7501/17 **המוקד לפליטים ולמהגרים נ' שר הפנים** (ניתן ביום 9.5.2018), לפיה סמכותו של בית המשפט לעניינים מנהליים חלה גם על עתירות ציבוריות ללא עותר פרטני בעניין החלטות של רשות הנוגעות לנהלים באמצעותם מיישמת הרשות את סמכותה או למחדלים בקבלת החלטות אלו.

134. לבית המשפט הנכבד הסמכות המקומית לדון בעתירה וזאת מכוח תקנה 2 לתקנות בתי המשפט לעניינים מנהליים (סדרי דין), תשס"א-2000, שכן המטה המרכזי של המשיבה ממוקם בירושלים, ושם יושב העומד בראשה.

סוף דבר

135. עתירה זו עוסקת בהבחנה המפלה שבסעיף 12ג לנוהל המשיבה, לפיו בני זוג של מבקשי מקלט יוכלו להגיש בקשה להשוואת מעמדם לזה של מבקש המקלט כל עוד תיק המקלט שלו מתברר – אלא במקרה בו בני הזוג הכירו לאחר כניסת מבקש המקלט לישראל.

136. משמעות החסם הגורף האמור היא שהמשיבה מגרשת בני זוג של מבקשי מקלט מבלי לבחון את הנסיבות הפרטניות של כל מקרה, או לקחת בחשבון את טובת הילדים המשותפים של בני הזוג, והכל בשל הקריטריון השרירותי של מיקום היווצרות הקשר.

⁹ UK Visas and Immigration, *Post-flight family members: SET18*, 6.7.2012, <https://www.gov.uk/government/publications/post-flight-family-members-set18-see-also-family-reunion-set10/post-flight-family-members-set18-see-also-family-reunion-set10#set181-post-flight-family-members>

137. הבחנה זו חמורה במיוחד משום שהמשיבה עצמה אחראית ליצירת המצב הקיים בישראל, בו נותרים אנשים בסטטוס של מבקשי מקלט במשך שנים רבות מבלי שבקשתם נבחנת. לא ניתן לצפות כי במהלך שנים אלו תימנע מאותם מבקשי מקלט הזכות להקים משפחה, כשכידוע – לו היו מוכרים בינתיים כפליטים, לא היה עוררין על זכאות בני או בנות זוגם להשוואת מעמדם.

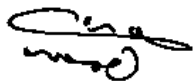
138. בית המשפט העליון כבר החליט בעבר בעניין **אספו** להשוות בין מעמד בני זוג כל עוד נבחנת בקשתו של אחד מהם למקלט, וזאת על אף שאלו הכירו בישראל. כך עשו גם הערכאות השונות במקרים פרטניים שונים, ומנגד, דחו בקשות מסוימות בשל נסיבותיהן הפרטניות. בעניין **מהרה** קבע בית המשפט העליון כי יש לבחון כל מקרה ומקרה לפיו נסיבותיו. על אף זאת, משום שמעולם לא התקבלה הכרעה עקרונית מחייבת לפיה סעיף 12ג לנוהל אינו חוקתי, ממשיכה המשיבה לדחות על הסף בקשות להשוואת מעמד של זוגות שהכירו בישראל ללא בחינה פרטנית, ובערכאות השונות שוררים בלבול וחוסר אחידות.

139. מדיניות המשיבה פוגעות בזכויות היסוד לשוויון ולחיי המשפחה ואף פוגעת בזכות למקלט מדיני, שכן היא מהווה הלחץ פסול על מבקש המקלט לעזוב את ישראל. כמו כן, גורמת מדיניות זו של המשיבה נזק אדיר מימדים לילדיהם המשותפים של בני הזוג, אשר נאלצים להיפרד מאחד מהוריהם.

140. פגיעה זו, אותה מצדיקה המשיבה בטענה כי מסייעת בסיכול הגשת בקשות פיקטיביות, עומדת בניגוד לדין הבינלאומי, אינה לתכלית ראויה ואינה מידתית, כשאת החשש מהגשת בקשות פיקטיביות ניתן לאיין באמצעים שונים והמרכזי שבהם הוא בחינה פרטנית של כנות הקשר.

141. **בשל כל האמור, ומשום שתיקים קודמים בהם התבקשה הכרעה עקרונית בסוגייה מתייתרים פעם אחר פעם בשל מציאת פתרון פרטני, ראוי כי בית המשפט הנכבד יכריע כי נוסח סעיף 12ג לנוהל בנוסחו הנוכחי מפלה ואינו חוקתי, ויורה למשיבה לשנותו כך שתתאפשר בחינתן הפרטנית של בקשות השוואת מעמד של בני זוג שהכירו לאחר כניסת מבקש המקלט לישראל.**

142. ייפוי כוח מטעם העותר מצ"ב ומסומן ע'16. לעתירה לא צורף תצהיר שכן כל הטענות המופיעות בו משפטיות ולא עובדתיות.



סתיו פס-חי, עו"ד

ב"כ העותר