

1. _____, מוחזק במשמורת במתקן "סהרונים"
2. _____,
3. _____ (קטינה) ילידת 2007, תלמידת כיתה ב' בבית
הספר היסודי _____, באמצעות הוריה, המערערים 1-2

ע"י ב"כ עוה"ד אסף וייצן ו/או רחל פרידמן

מהמוקד לפליטים ומהגרים

רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154

טל': 03-5602530; פקס: 03-5605175

נ ג ד

המשיב: **רשות האוכלוסין וההגירה – משרד הפנים**

ע"י פרקליטות מחוז תל-אביב (אזרחי)

רח' הנרייטה סולד 1, תל-אביב 64924

טל': 03-6970222; פקס: 03-6918541

לאבא שלי יש סולם
מגיע כמעט עד שמיים
ואבא שלי כה רעב
אוכל ארוחה פעמיים
ואבא שלי הוא הטוב מכולם
ואבא שלי הוא הכי בעולם
ורק בגללי הוא האבא שלי
כי הבטיח הוא לי
שהוא רק שלי

ערעור מינהלי

מוגש בזאת ערעור מינהלי על החלטת בית הדין לעררים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 ('**בית הדין**') מיום 11.11.2014, במסגרתה נדחו בקשות לעכב את הרחקת המערער 1 ולשחררו ממשמורת, למצער לתקופה בה אשתו ההריונית ('**המערער 2**') ובתם הקטינה ('**המערערת 3**') שוהות בישראל כדין.

העתק החלטת בית הדין מיום 11.11.2014 מצ"ב **כנספת א'**.

העתק פרוטוקול הדיון מיום 10.11.2014 מצ"ב **כנספת ב'**.

לוז הדברים: המערערים 1-2 הם אזרחי אתיופיה השוהים בישראל ברציפות מזה כ-11-12 שנים. הם נישאו זו לזה ביום xx.xx.2006 וביום xx.xx.2007 נולדה בתם, המערערת 3, לה קראו "**הקטינה**". כיום הילדה בת 7 והיא תלמידת כיתה ב' בבית הספר היסודי "הירדן", בתל אביב. עברית היא שפתה וישראל היא מולדתה. בנוסף, המערערת 2 נמצאת בחודש השישי להריונה השני. אין שום דרך להצדיק את קריעתו של המערער 1 מבתו הקטינה ואשתו ההרה לתקופה לא ידועה. בפרט בשים לב לכך שמשמעות הדבר היא שאשתו תכרע ללדת בבדידות מוחלטת בזמן שבתו הקטינה תשאר ללא מי שישגיח עליה וידאג לצרכיה הרגשיים והחומריים בתקופה זו.

בערעור זה נצביע על שגגות שנפלו בהחלטת בית הדין ועל טעמים משפטיים שמצדיקים את קבלת הערעור. נדון במשפט החוקתי והמינהלי בישראל, במשפט הבינלאומי ובאמנות עליהן ישראל חתומה ונראה כיצד פסיקת בית משפט נכבד זה ובית המשפט העליון מתייחסות לסוגיה. המשיב, מצדו, ודאי ישיב בטיעונים משלו. כל אלה אסור שיסתירו את האמת הפשוטה: קריעה של אב מבתו הקטינה ומאשתו הכורעת ללדת היא עוול שאפשר – ולכן גם יש חובה מוסרית ומשפטית – למנעו. זו כל התורה על רגל אחת.

א. מבוא

1. כדי לקצר ולחסוך זמן שיפוטי, המערערים יסמכו ידיהם על עיקרי הפירוט העובדתי שהובא בכתבי הטענות שהגישו הצדדים לבית הדין הנכבד, על נספחיהם, וכן לאמור בהחלטת בית הדין. לעניין זה נפנה בפרט לסעיפים 9-21 לכתב הערר ולסעיפים 5-32 לכתב התשובה מטעם המשיב.

העתק כתב הערר על נספחיו מצ"ב כנספח ג'.

העתק כתב התשובה על נספחיו מצ"ב כנספח ד'.

2. עיקרי הדברים הם אלה: אין חולק שבקשת המקלט של המערער 1 נדחתה ומזה זמן רב הוא שוהה בישראל ללא היתר וללא שהסדיר את מעמדו (כפי שהיה ראוי שייעשה). בה בעת, אין חולק שהמערער 2, אשתו, שוהה בארץ כדין, ברשיון ישיבה לפי סעיף 2(א)5 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 שתוקפו עד ליום 4.2.2015 (ואשר צפוי להיות מוארך לפרקי זמן נוספים מעת לעת) ושבקשת המקלט שלה תלויה ועומדת ללא הכרעה מזה זמן ממושך ביותר. גם אין חולק שהמערערים 1-2 הם אזרחי אתיופיה ושלא ניתן להרחיקם לשם, או למקום אחר כלשהו, כל עוד בקשת המקלט של המערער 2 תלויה ועומדת בפני המשיב. כן מוסכם על הכל שהקטינה נולדה בישראל, שהמערערים 1-2 הם הוריה, שעברית היא שפתה והיא בעיצומה של שנת לימודים בכיתה ב' בבית הספר היסודי "_____".

3. אכן, המערער 1 עשה דין עצמי. אמנם, התנהלותו מוקשית ומצערת. היא מלמדת הן על אי הבהירות הרב ששורר בכל הנוגע לטיפול באוכלוסיית מבקשי המקלט בישראל ועל היעדר פרסומן של הנחיות מתאימות בקרוב האוכלוסייה הרלוונטית (ר' לעניין זה דבריו של המערער בפרוטוקול שמיעת הטענות מיום 2.10.2014 שצורף כע/2 להודעת הערר – נספח ג' לעיל) והן על צורך במציאת פתרונות יצירתיים שיבטיחו את הפיקוח על המערער 1 בזמן שאשתו ובתו הקטינה שוהות בארץ כדין. פתרונות אלה חייבים להיות מידתיים: עליהם לקחת בחשבון את עקרון טובת הילד ואת זכותם של המערערים לחיי משפחה; עליהם ליתן משקל להיותה של בקשת המקלט של המערער 2 תלויה ועומדת מזה זמן רב; לכך שבשנים שחלפו גדלה הקטינה בישראל במחיצת הוריה ובטיפולם המסור כשהיא דוברת עברית ומצויה כיום בעיצומה של שנת לימודים; לכך שהמערער 2 בהריון מתקדם שיצריך ככל הנראה ניתוח קיסרי ושלא ניתן לטלטלה ממדינה למדינה, כאילו הייתה חפץ, בעת הזו, ועוד.

4. למרבה הצער, בית הדין הנכבד לא נתן משקל כלשהו לעקרון טובת הילד. בית הדין אף הניח – עם כל הכבוד, לא ברור על סמך מה – שבקשת המקלט של המערער 2 תוכרע בקרוב (וזאת בניגוד לדברי ב"כ המשיב עצמו, שהודה שאין כל צפי לכך), ו"איזן" באופן מוטעה בין זכותם של המערערים לחיי משפחה ולכבוד לבין האינטרס בפיקוח על זרים השוהים בישראל. למעשה, בית הדין אף לא שקל כלל חלופות למעצרו של המערער 1 וסבר שאין מניעה להרחיקו על אתר, תוך שאשתו וילדתו נשארות בישראל

לתקופה לא ידועה וכאשר אין מקום אחד בעולם כולו אליו ניתן להרחיק את התא המשפחתי המצומצם שלהם בשלמותו.

5. מכאן ערעור זה, אשר בד-בבד עמו הוגשה בקשה לסעד זמני לתקופת הערעור לפיו ימנע המשיב מלהרחיק את המערער 1 עד להכרעה בערעור.

ב. טעמי הערעור

1.ב. שגה בית הדין כשלא התייחס כלל לעיקרון טובת הילדה

6. עקרון העל של טובת הילד מהווה את אחת התכליות הכלליות הפרושות מעל לכל דבר חקיקה ומעל לכל מעשה מינהלי. שיקול זה, כמעט מיותר להזכיר, "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"צ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460)). חוק הנוער (טיפול והשגחה), התש"ך-1960 (להלן: "חוק הנוער"), העוסק בקטינים נזקקים ובדרכי הטיפול בקטינים נזקקים ובהשגחה עליהם קובע כי "קטיין" הוא "מי שלא מלאו לו שמונה עשרה שנה". חוק הנוער אינו מבחין בין קטינים על פי אזרחותם או מעמדם בישראל. על רשויות המדינה מוטלת חובה להכיר בילדים קטינים כבישויות עצמאיות וכבעלי צרכים ייחודיים, ולא להתייחס אליהם רק כ"נספחים" של הוריהם. קטיין הוא קטיין והשיקול החשוב ביותר שיעמוד על הפרק בהכרעות הנוגעות לגורלם של הקטינים הינו טובת הילד:

"שיקול טובתו של הילד הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד."
[דנ"א 7015/94 הנועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119, להלן: "עניין פלונית"]

7. גם האמנה בדבר זכויות הילד (1989) (כ"א 1038, כרך 31, 221) (להלן: "האמנה"), שאושרה על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מעגנת את עיקרון טובת הילד ומחייבת את כל רשויות השלטון לראות בו שיקול ראשון במעלה. סעיף 13(1) לאמנה קובע:

"בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטו בידי מוסדות רווחה סוציאלית או פרטיים ובין בידי בתי המשפט, רשויות-מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה."

8. זכויות הילד המנויות באמנה מובטחות לכל ילד. המדינות החברות לאמנה, ובהן מדינת ישראל, מחויבות לכבד את זכויותיהם של ילדים ולהבטיחן "לכל ילד שבתחום שיפוטן, ללא הפליה משום סוג שהוא, ללא קשר עם גזע, צבע... לידה או מעמד אחר, בין אם של הילד, בין אם של הוריו או אפוטרופסו החוקי".

9. האמנה בדבר זכויות הילד אף היא מתייחסת לילדים מבקשי מקלט, וקובעת בסעיף 22 כי:

"מדינות חברות ינקטו אמצעים מתאימים להבטיח כי ילד המבקש מעמד של פליט או הנחשב כפליט בהתאם לחוקים ולנהלים בינלאומיים או מקומיים יוכל, בין אם הוא מלווה על ידי הוריו או על ידי אדם אחר, בין אם לאו, לקבל הגנה מתאימה וסיוע הומניטרי, תוך מיצוי זכויות מתאימות המפורטות באמנה זו ובמסמכים הומניטריים שהמדינות האמורות הן צד להם."

10. זאת ועוד. הוועדה לזכויות הילד באו"ם קבעה, כי הנחת היסוד של המדינה בכל פעולותיה בעניין ילדים צריכה להיות שטובת הילד היא לחיות עם הוריו.
בעניין זה ר':

Committee on the Rights of the Child, The Rights of All Children in the context of International Migration (Report of the 2012 Day of General Discussion)
<https://mail.google.com/mail/u/0/?tab=wm#search/%D7%A2%D7%93%D7%99/13d63cd5759912b8>, para39

11. דא עקא, בית הדין הנכבד לא שקל כלל שיקול מכריע זה והמערערת 3 כמעט ונעלמה לחלוטין מהחלטתו. יש להצר על כך.

12. בהקשר זה יוטעם שהקטינה אינה יודעת שאביה בכלא. מחשש לשלמותה הנפשית ולסטיגמה שתדבק בה בבית הספר, נמסר לה שאביה יצא לעבוד לתקופה ממושכת ולכן הם אינם נפגשים והוא אינו מבלה עמה זמן. הח"מ פגשו את המערערות 2-3 בסמוך לפני הגשת ערעור זה. האם ובתה הן מחזה קורע לב והבת מתגעגעת לאביה באופן חסר תקנה.

מכתב שכתבה הבת לאביה במהלך סוף השבוע האחרון (14.11.2014) מצ"ב בנספח ה'.

2.2 שגה בית הדין כשהניח ש"הפרידה היא לתקופה שאינה ארוכה" ושבקשת

המקלט של המערערת 2 תוכרע במהרה

13. בית הדין הכיר בכך ש"קשה להלום מצב בו המשיב מתמהמה עת רבה בבחינת בקשת המקלט, ודורש במקביל כי עד לבחינת הבקשה יעזוב בן זוגו של מבקש המקלט את הארץ באופן מיידי" (ס' 14 להחלטה).

14. אלא שבית הדין מצא, כי "אכן, פרוש הרחקת העורר כעת מישראל הינה הפרדתו מן העוררת ומן הקטינה (בתו – א' ו' ור' פ'), ותוצאה זו הינה קשה, אך...משאין מדובר בפרידה לתקופה ארוכה (...), תוצאה זו הינה מידתית..." (ס' 21 להחלטה).

15. עם כל הכבוד, לא ברור כיצד ועל סמך מה קבע בית הדין שאין מדובר בפרידה לתקופה ארוכה שעה שבי"כ המשיב עצמו, בהגנותו, מסר שאין צפי כלשהו למועד ההכרעה בבקשה שהוגשה כבר בשנת 2009 (ר' ס' 11 להחלטה ועמ' 22 לפרוטוקול הדיון בשי' 22 ואילך).

16. מדובר, אם כן, בקביעה עובדתית שהיא שגויה על פניה. קביעה מוטעית זו אינה יכולה לעמוד.

17. בשולי ענין זה, יציינו הח"מ כי אין זו הפעם הראשונה בה ערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות מבקשות להסתמך על "הרצוי" ולא על "המצוי". כך למשל, בעת"מ 34557-01-14 **פומידין נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 19.8.2014), קבע כב' השופט ביתן כך:

"בענייננו, נערך לעותר ראיון ראשוני לפני כחודש והוא זומן לראיון המשך במועד נוסף בחודש יולי, כך שיש להניח שאם טרם התקבלה החלטה בבקשתו הדבר צפוי להתרחש בזמן הקרוב ממש".

18. והנה, כשהמוקד לפליטים ולמהגרים ערער על פסק הדין הזה לבית המשפט העליון, מיהרה המדינה וביטלה את הוראת השהייה שהוצאה נגד המערער שם וכשבמהלך הדיון שאל כב' השופט מלצר את ב"כ המדינה מתי צפויה להתקבל ההחלטה בבקשת המקלט, נענה שאין צפי כלשהו למועד כאמור (עע"ם 5715/14 פומידין נ' שר הפנים).

19. זאת עוד מבלי שנדרש לשאלת היכולת להסדיר את מעמדה של הקטינה, ודאי בנסיבותיה הייחודיות ולאור כך שנולדה והתחנכה בישראל.

20. מכאן, ברור שהנחת העבודה של בית הדין, כאילו לא מדובר ב"פרידה ארוכה", אינה מבוססת כדבעי. די בכך כדי להפוך החלטה זו. כך בכלל וכך בפרט שעה שבנסיבות של אב ובתו הקטינה; של איש ואשתו הכורעת ללדת – אין חיה כזאת "פרידה לתקופה שאינה ארוכה". פשוט אין.

3. נוהל הטיפול במבקשי מקלט ופסיקת בית המשפט העליון

21. סעיף 12ג' לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל ("הנוהל"), קובע שהרשויות לא ירחיקו בני זוג של מבקשי מקלט עד להכרעה בבקשתם. יחד עם זאת, הנוהל מחריג את מי שבדומה למערערים 1-2, מערכת היחסים בניהם נרקמה בישראל.

22. החרגה זו אינה חוקית. בתי המשפט – לרבות בית המשפט העליון – לא נתנו לה משקל כלשהו עד היום ולמצער לא ניתן לה משקל מכריע. זאת ועוד, בנסיבותיהם של המערערים, גם אם הנוהל היה מחייב, היה מקום לסטות מהוראותיו. כך מהטעמים המצטברים הבאים:

א. המערערים 1-2 הכירו, התחתנו והולידו את המערערת 3 שנים רבות לפני כניסתו לתוקף של הנוהל, כך שהחלתו עליהם תהיה רטרואקטיבית במפגיע;

ב. פירוש תכליתי של סעיף 12ג' מלמד שמטרתו היא למנוע קשרים פיקטיביים. כאן בבירור לא מדובר בקשר שכזה;

ג. פירוש תכליתי אף מבהיר שהנחת העבודה היא שבקשות מקלט נבחנות בסמוך לכניסתו של מבקש המקלט לארץ (ר' גם סעיף 1ג' (1) אשר קובע שבקשות למקלט מדיני שיוגשו כעבור שנה מיום הכניסה לישראל יידו על הסף מטעם זה בלבד), כך שקשר זוגי שנרקם בארץ יהיה לרוב קשר קצר ולא מבוסס. ברי כי אין הנדון לראיה במקום בו מדובר בזוג שנישא כדין לפני קרוב לעשור, הביא לעולם ילדה בת 7 וכיום ממתין ללידת ילד נוסף.

23. בשל הטעמים האמורים גם יש להבחין בין עניינם של המערערים לפסקי דינו של בית המשפט העליון בעע"ם 3899/13 **משרד הפנים נ' מהרה** (21.5.2014, פורסם באר"ש) ועע"ם 4282/14 **טספנאוהס נ' משרד הפנים** (17.9.2014, פורסם באר"ש) ולזהותו עם מה שנקבע בעע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (17.7.2012, פורסם באר"ש) (להלן בהתאמה – **עניין מהרה**, **עניין טספנאוהס ועניין אספו**).

24. בדומה לענייננו, גם בעניין **אספו** איפשר בית המשפט העליון לזוג שהכיר בישראל ואשר בת הזוג הייתה "שווה לא חוקית מאתיופיה", להסדיר את מעמדה של בת-הזוג דרך הגשה של בקשת מקלט פרטנית מצד בן הזוג. בענייננו נכונים הדברים מכוח קל וחומר שעה שבקשה כאמור הוגשה כבר בשנת 2009 (!!!)

25. מאידך, בעניין **מהרה** נקבע שערעור המדינה שם התקבל בשל הצטברות של עניינים שאינם רלוונטים לענייננו. בראש ובראשונה, התקבל הערעור בשל כך שהיה מדובר בנישואי **ביגמיה**. לשון כבי המשנה לנשיא נאור:

"לטעמי די בכך שהמשיב הוא, כפי שעולה מטענותיו שלו, ביגמיסט, כדי שלא נאפשר למשיבה לקבל צו זמני המאפשר לה להישאר בארץ מכוחו. בשורה ארוכה של פסקי דין של בית משפט זה בענייני איחוד משפחות הובעה הסתייגות ממתן איחוד משפחות במקרה של ביגמיה (ראו, למשל: עע"מ 369/07 אבו נאב נ' משרד הפנים, פסקה 9 (23.12.2009); בג"ץ 1299/12 ליבשיץ נ' שר הפנים, פסקה 15 (5.3.2004); עע"מ 6024/11 אלסעודי נ' משרד הפנים (25.12.2012); בג"ץ 5184/04 אבו סריחאן נ' שר הפנים (27.12.2006)). בבג"ץ 5303/05 בדארנה נ' שר הפנים, פסקה 3 (2.7.2005) ציינה השופטת ע' ארבל כי "הכרה משתמעת בנישואי ביגמיה, ולו על דרך של הנפקת אישורי כניסה, יש בה כדי להעביר מסר מנוגד בתכלית לדבר המחוקק בחוק העונשין." דברים אלה רלוונטיים לענייננו. איני רואה צורך לקבוע מסמרות בנושא השיהוי אשר עליו נסמך חברי או בנושא הניצול לרעה של הליכי משפט. **די בעובדת הביגמיה שאינה שנויה עובדתית במחלוקת כדי שלא נאפשר למשיבה להישאר בישראל.**"

26. עוד יודגש ויוטעם: שם עלה ספק ביחס לכנות הקשר בין בני הזוג וממילא לא היו להם ילדים משותפים ונעשה שימוש לרעה בהליכי משפט. כאמור, אין הנדון דומה לענייננו כלל וכלל.

27. כך גם עניין **טספנאוהס** שונה מענייננו באופן מהותי. דובר שם באדם שתקף את פקחי המשיב, שבת זוגו כלל לא הייתה צד לעתירה שהתנהלה בפני בית המשפט קמא ושכל מקרה, כעניין שבעובדה, מצא בית המשפט העליון שבני הזוג יכולים היו לקיים את התא המשפחתי שלהם באתיופיה יחדיו. בלשון המשנה לנשיא נאור:

"עומדת להם האפשרות לנהל חיי משפחה באתיופיה – והמערערים לא טענו בפנינו אחרת – ואין להם זכות מוקנית לנהלם דווקא בישראל."

28. אלא שבענייננו, אין מקום אחד בעולם, למעט ישראל, בו יכולים המערערים לקיים את זכותם לחיי משפחה. יש להצר על כך שבית הדין הנכבד לא עשה את ההבחנה וההבדלה בין פסקי הדין האמורים לבין עניינים של המערערים כאן.

29. גם בית משפט נכבד זה התייחס לשאלה שעל הפרק וקבע, פעם אחר פעם, כך:

30. בעת"מ פלוני נ' משרד הפנים (לא פורסם, 27.1.2014) קבע בית משפט נכבד זה, כי:

"לא מצאתי ממש גם בטענת המשיבה, כי לפי סעיף 12(ג) לנוהל הטיפול במבקשי מקלט מדיני בישראל, כאשר בני הזוג הכירו בישראל, האישה לא זכאית להמשך שהייתה בישראל עד לתום בירור בקשת בן זוגה. גם בעניין אספו נדון עניינם של בני זוג שהכירו בארץ. סעיף 12(ג) 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" (עמ' 11-12 לפסק הדין).

31. ובדומה נקבע בעת"מ (ת"א) 31222-03-13 חגי'אזי נ' משרד הפנים (לא פורסם, 17.2.2014), כי:

"אשר לסעיף 12(ג) לנוהל, לדידי אין כל שוני רלוונטי בין זוגות שהכירו בישראל לבין זוגות שלא הכירו בישראל וספק בעיני 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. בוודאי כך הדבר כאשר לבני הזוג יש ילדה משותפת. סעיף 12(ג) לנוהל גם היה מונח בפני בית המשפט העליון עת נדונה "פרשת אספוי" והוא אף צוטט על ידי בית המשפט העליון בסעיף 14 לפסק דינו. חרף זאת, קבע בית המשפט העליון, כי יש לאפשר לאספו לפעול בהתאם למתווה שאומץ באותו עניין, היינו להגיש בקשה פרטנית למקלט, כאשר עד להחלטה סופית בבקשתו לא תורחק בת זוגו מישראל" (עמוד 12 לפסק הדין).

(ההדגשות בשני מקרים אינן במקור)

סיכום

32. מכל האמור מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את הערעור, להורות על שחרורו בתנאים סבירים של המערער ולקבוע כי יש להימנע מהרחקתו כל עוד אשתו ו/או בתו הקטינה שוהות בישראל כדין. כן מתבקש לחייב את המשיב בהוצאות ושכ"ט עו"ד כדין.

רחל פרידמן, עו"ד

אסף וייצן, עו"ד

ב"כ המערער

16.11.2014