



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 4380/11

לפני: כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים: 1. פלונית
2. פלונית
3. פלונית
4. פלוני

נגד

המשיבה: מדינת ישראל - שר הפנים

עתירה למתן צו על-תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: י"ט בתמוז התשע"ו (25.7.2016)

בשם העותרים: עו"ד עדי לוסטיגמן

בשם המשיבה: עו"ד יצחק ברט

פסק דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. כמה רעות וקשות צריכות להיות שנות חייו של אדם כדי שעניינו יוכר כ"הומניטרי" באופן המצדיק מתן מעמד בישראל? זו השאלה שריחפה מעל העתירה שבפנינו. אולם, איננו נדרשים כמובן להשיב עליה במתכונתה המופשטת והכללית. שומה עלינו אך לבחון האם הטיפול בעניינן של העותרים שבפנינו עמד במינימום הנדרש בכל הנוגע להליך מינהלי תקין לבחינת בקשות על-ידי הוועדה ההומניטרית הפועלת במשרד הפנים, וכן האם בנסיבות העניין נבחנו על-ידה כלל השיקולים הרלוונטיים לצורך ההחלטה. לצערי, אני סבורה שיש להשיב על שאלות אלה בשלילה.

עיקרי התשתית העובדתית והרקע להגשת העתירה

2. העותרות 1-3 הן אם ושתיים מבנותיה. העותרת 1, האם, ילידת 1966, היא תושבת מזרח ירושלים שנישאה לתושב האזור. לבני הזוג נולדו שמונה ילדים. העותרות 2-3 הן שתיים מבנותיהם – ס', העותרת 2, ילידת 1985, ו-ה', העותרת 3, ילידת 1988 (להלן ביחד: האחיות). העותר 4 הוא בנה של ה' מנישואיה השניים, תושב ישראל, כמפורט להלן.

3. ס' ו-ה' נולדו שתיהן בירושלים. בפועל, בשנות ילדותן משפחתן הגרעינית חילקה את מגוריה בין מזרח ירושלים לישוב הסמוך לירושלים וממוקם באזור. בהמשך, החל משנת 2003 המשפחה התגוררה באופן בלעדי בירושלים. שתי האחיות, ס' ו-ה', התחנכו במוסדות לימוד במזרח ירושלים.

4. ההליך דנן נסב על בקשותיהן של ס' ו-ה' לקבל רישיונות ישיבה בישראל מטעמים הומניטריים. פרטי הדברים יובאו בהרחבה בהמשך אך כבר עתה ייאמר כי בקשתה של ס' מבוססת על כך שהיא סובלת מאפילפסיה קשה אשר בגינה היא תלויה בהוריה שהם תושבי ישראל, ואילו בקשתה של ה' מבוססת על מצבה המשפחתי המורכב. בעת שהייתה כבת שש-עשרה הושאה ה' לתושב האזור. בני הזוג התגרשו לאחר זמן קצר, אך ל-ה' נולדה בינתיים בת שממנה נאלצה להיפרד לאחר שזו נשארה במשמורת אביה. ה' חזרה לבית הוריה, ובהמשך נישאה בשנית, לתושב ישראל שהיה כבר נשוי באותה עת לאשה אחרת. מנישואין אלה נולדו לה שני ילדים. הבכור שבהם הוא העותר 4, יליד שנת 2009. בת נוספת נולדה לה בשנת 2014, לאחר הגשת העתירה. שני הילדים הם תושבי ישראל, ולשניהם לקויות שבגינן הם תלויים ב-ה' (הבן הוא בעל לקויות התפתחותיות, והבת חולה במחלת כליות).

5. העותרת 1 הגישה במהלך השנים כמה בקשות לצורך הסדרת מעמדם בישראל של בני משפחתה. היריעה תקצר מלפרט את כלל הבקשות וההליכים, ששורשיהם משתרגים עד לשנת 1994. בקצירת האומר יצוין כי בן זוגה של העותרת 1 קיבל מעמד בישראל, כבן זוג של תושבת ישראל שגילו מעל 35. העותרת אף הגישה בקשה לקבלת מעמד לילדיה. בתחילה, קיבלה ה' היתר ישיבה כבר בשנת 2006, כמו שלוש מאחיותיה, והוא אף הוארך. אולם, בקשה נוספת שהגישה ה' להארכתו של היתר שהייתה נדחתה לאחר שהתגלה למשיב כי היא נישאה לתושב האזור. ס', שבעת הגשת הבקשות הייתה כבר בגירה, לא קיבלה כלל היתר ישיבה.

6. נוכח האמור לעיל, פנו האחיות בבקשות לקבלת מעמד לוועדה לעניינים הומניטריים הפועלת לפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (יכנונו להלן: הוועדה ההומניטרית או הוועדה; חוק הוראת השעה או החוק, בהתאמה).

7. פנייתה הראשונה של ה' לוועדה ההומניטרית נעשתה בשנת 2007. לאחר חליפת מכתבים בין הצדדים ולאחר שנערך לעותרת 1 שימוע, הוחלט שלא להעביר את עניינה של ה' לבחינתה של הוועדה ההומניטרית היות שמטה רשות האוכלוסין וההגירה "לא מצא טעמים הומניטאריים לבקשתה". ס' ביקשה אף היא כי עניינה יידון בפני הוועדה ההומניטרית, אך פנייתה בנושא לא נענתה באותה עת. בהמשך, בעקבות הגשתה של עתירה מינהלית שנסכה הן על עניינן של האחיות והן על עניינם של חלק מאחיהן, הסכים המשיב כי הוועדה ההומניטרית תדון בעניינן של ס' ו-ה' (עת"מ (י-ם) 8386/08 אל טווחרה נ' מדינת ישראל - משרד הפנים, פסקה 1 (14.12.2009)).

8. במכתבים מיום 2.12.2010 עודכנו ס' ו-ה' בדבר החלטתו של המשיב בעניינן. באשר ל-ה' נמסר כי המשיב קיבל את המלצתה של הוועדה ההומניטרית לפיה יש לדחות את בקשתה מן הטעם שנישאה לתושב ישראל ועל כן באפשרותה להגיש בקשה לאיחוד משפחות עמו בהגיעה לגיל 25. ביחס ל-ס' הוחלט, בהתבסס על המלצתה של הוועדה ההומניטרית, כי יינתן לה היתר שהייה בישראל כל עוד היא רווקה וסמוכה על שולחן אמה.

9. ס' ו-ה' הגישו בקשות לעיון מחדש בהחלטותיו של המשיב, בטענה כי הן ניתנו על בסיס נתונים חסרים. ה' טענה, בין השאר, כי היא אמנם נשואה לתושב ישראל אך אינה אשתו הראשונה ולכן אינה יכולה להגיש בקשה לאיחוד משפחות עמו, כך ששיקול זה הובא בחשבון בטעות בהחלטה לדחות את בקשתה מטעמים הומניטריים. ס' טענה כי המשיב כלל לא התייחס לעובדות שפורטו במכתבה של באת-כוחה לוועדה, ובניהן לימודיה באוניברסיטה והעובדה שהיא חולת אפילפסיה שסיכוייה להינשא מועטים.

10. הוועדה ההומניטרית המליצה לשר הפנים לדחות את הבקשות לעיון חוזר. היא ציינה כי ההחלטות הקודמות אכן התקבלו בטעות מבלי שהובאו בפניה כל הנתונים הרלוונטיים לעניינן של האחיות. יחד עם זאת, הוועדה סברה כי אף בהתחשב בנתונים אלה יש להשאיר את ההחלטות הקודמות על כנן ולדחות את הבקשות של האחיות למתן מעמד מטעמים הומניטריים. בעניינה של ה' סברה הוועדה כי אכן העובדה שבן

זוגה הישראלי נישא לה בנישואי ביגמיה מובילה לכך שהיא אינה זכאית לקבל מעמד מכוח איחוד משפחות עמו. יחד עם זאת, הוועדה המליצה לדחות את בקשתה של ה' בסברה כי אין די בכך שהיה לה היתר שהייה בהיותה קטינה ובינתיים התגרשה מבן זוגה תושב האזור. הוועדה הוסיפה וציינה כי היא, וכך גם משרד הפנים באופן כללי, "אינם מוכנים להכשיר נישואי ביגמיה על ידי מתן מעמד לאשתו השניה של הבעל הישראלי". בעניינה של ס' נמסר כי נסיבותיה הרפואיות אינן מהוות טעם למתן היתר לישיבת ארעי שכן באפשרותה לרכוש ביטוח רפואי (בישראל או באזור) על-מנת לקבל את הטיפולים הרפואיים שלהם היא זקוקה. בהמשך להמלצות אלה, ביום 23.3.2011 הודעה לאחיות כי שר הפנים החליט לדחות את בקשתן לעיון חוזר.

העתירה וההתפתחויות שחלו לאחר הגשתה

11. על רקע ההחלטות המפורטות לעיל הוגשה העתירה שבפנינו, ובה ביקשו העותרים כי יינתנו ל-ס' ול-ה' רישיונות לישיבת ארעי בישראל. סעדים נוספים שהתבקשו בעתירה היו כי המשיב יקבע ויפרסם קריטריונים מנחים בדבר הפעלת סמכותו לפי סעיף 1א3 לחוק, וכן כי יימסרו לעותרים הפרוטוקולים של דיוני הוועדה ההומניטרית בעניינם. יצוין כי לתגובה המקדמית של המשיב לעתירה צורפו הפרוטוקולים האמורים, ועל כן סעד זה התייתר. עוד יצוין כי ביום 12.6.2011 ניתן צו ארעי האוסר על הרחקתה מן הארץ של ה' עד להכרעה בעתירה.

12. כיום, כחמש שנים לאחר שהוגשה העתירה טרם נמצא מענה הולם לכלל הקשיים שעלו ממנה, ובכלל זה למורכבויות נוספות במצב הבריאותי והמשפחתי של העותרים. להלן אציג את עיקרי ההתפתחויות מאז הוגשה העתירה.

13. דיונים נוספים בוועדה – דיון ראשון בעתירה נערך ביום 21.2.2013, ובעקבותיו החליט בית המשפט להחזיר את עניינן של ס' ו-ה' לדיון בפני הוועדה ההומניטרית, תוך הפניה לנסיבותיהן המיוחדות והחריגות.

14. בהמשך לכך, שבה הוועדה ההומניטרית וקיימה בעניינן של ס' ו-ה' מספר ישיבות נוספות (בימים 17.3.2013, 28.8.2013 ו-29.10.2013), וכן נערכו לעותרת 1, ל-ה' ול-ס' ראיונות ברשות האוכלוסין וההגירה.

15. ביום 29.10.2013 המליצו רוב חברי הוועדה ההומניטרית על הענקת רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 ל-ס' למשך שנה (וזאת בהנחה שתוך שנה יותקנו תקנות

שיאפשרו את הסדרתו של ביטוח בריאות לחסרי מעמד תושב בישראל) ובכפוף להפקדה של 10,000 שקל. לעומת זאת, רוב חברי הוועדה ההומניטרית המליצו שלא להיעתר לבקשתה של ה' כלל, אף לא על דרך הענקתו של היתר שהייה. אמנם פרוטוקול הישיבה של הוועדה ההומניטרית מעלה כי במועד קודם, בישיבה מיום 17.3.2013, סברו רוב חברי הוועדה שיש להעניק ל-ה' היתר שהייה בהתחשב במצב הרפואי של בנה. אולם, בסופו של דבר, חל בעמדה זו שינוי. הטעמים שציינה הוועדה להמלצה שהתקבלה היו אפיון בעיותיו של בנה כ"זניחות", אי-הוכחה שמרכז חייה בישראל, והעובדה שבעלה נשוי לה בנישואי ביגמיה. בישיבה נוספת מיום 12.12.2013, שהתקיימה על-פי פניית הפרקליטות, קבעה הוועדה ההומניטרית כי אין בנסיבות חייה של ה', ובכללן העובדה כי גם התא המשפחתי הקודם שלה מצוי בישראל, כדי להוות טעם הומניטרי מיוחד המצדיק היענות לבקשתה.

16. בהמשך לאמור לעיל, ניתנה החלטתו של המשיב בעניינה של ס', שפורטה במכתב שנשלח אליה מיום 8.1.2014. במכתב זה נמסר כי הוחלט לתת ל-ס' רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5 למשך שנה, שיוארך מעת לעת עד שיותקנו התקנות שיאפשרו את הסדרתו של ביטוח בריאות לחסרי מעמד תושב בישראל. כן הוחלט שרישיון זה יינתן ל-ס' בכפוף לחתימה המאשרת כי היא מודעת לכך שהרישיון שניתן לה מוגבל בזמן ובכפוף להפקדה של 10,000 שקל (אם כי בסופו של דבר המשיב לא עמד על תנאי זה).

17. במכתב מיום 3.11.2014 נמסר ל-ה' כי המשיב החליט לדחות את בקשתה מן הטעם שהיא לא הוכיחה כי היא מתגוררת בשטח ישראל. עם זאת, הוועדה החליטה כי אם ה' תמציא אישור של מודד ממשלתי על כך שבית מגוריה, באזור גדר ההפרדה, נמצא בישראל, בקשתה תשוב ותיבחן.

18. ביום 25.11.2014 ה' המציאה אישור כנדרש ממודד ממשלתי על כך שביתה ממוקם בתחומי ישראל. בהתאם לכך, הוועדה ההומניטרית שבה ודנה בעניינה. אולם, בהמלצת הוועדה מיום 18.5.2015 נקבע כי ניתן לשוב להמלצות הקודמות בנוגע אליה. במכתב מיום 29.7.2015 נמסר ל-ה' כי המשיב החליט לדחות את בקשתה על-יסוד המלצה זו.

19. המשך הדיונים והוצאת צו על-תנאי – ביום 18.1.2016 נערך המשך הדיון בעתירה, ובסופו הוצא צו על-תנאי. בהמשך לכך, הוגש תצהיר תשובה מטעם המשיב ביום 3.6.2016. בעיקרו של דבר, תצהיר התשובה חוזר על הטעמים שעמדו בבסיס

ההמלצות של הוועדה ההומניטרית. בעניינה של ס' נטען כי ההחלטה שניתנה על-ידי המשיב – לפיה יינתן ל-ס' רישיון ישיבה עד לפרסומן של תקנות המסדירות את ביטוח הבריאות לחסרי מעמד של תושב בישראל – היא סבירה ואינה מקימה עילה להתערבות. המשיב טוען כי הלכה למעשה החלטה זו תואמת את הסעד שהתבקש בעניינה של ס', ובמובן זה העתירה מיצתה את עצמה. המשיב מוסיף כי כל עוד לא נחתמו התקנות בנושא הרי שהעתירה בעניינה מוקדמת, וכי יהיה באפשרותה של ס' לשוב ולפנות לבית משפט זה לאחר שהתקנות ייכנסו לתוקפן. בנוגע לעניינה של ה' נטען כי אין מקום להעניק לה מעמד בהתחשב בכך שהיא נשואה בנישואי ביגמיה, אשר מנוגדים לחוק בישראל.

20. ביום 25.7.2016 התקיים בפנינו דיון בעתירה. שמענו את טענות בא-כוח המדינה שחזרו והבהירו את האמור בתצהיר התשובה. מנגד, העותרים עמדו על כך שהם זכאים לסעד שביקשו.

21. לטענת העותרים, התקנות שעתידות להיכנס לתוקף לא נותנות מענה מספק לקשיים ההומניטריים שמעלה עניינה של ס'. בהקשר זה, הצביעה באת-כוחם על כך ש-ס' לא רק סובלת מבעיה רפואית קשה, אלא שזו משליכה על נידותה, ומכאן על יכולתה לטפל באופן חוזר ונשנה בהארכת היתרי השהייה שלה בישראל. כמו כן, נטען כי התקנות אינן נותנות מענה סוציאלי מקיף כמו זה שמקנה מעמד בישראל, לא כל שכן מבחינת הביטחון, היציבות ותחושת השייכות של בעל המעמד. בהמשך לכך, נטען גם כי משפחתה של ס' מתגוררת כולה בישראל וכי היא התחנכה במוסדות לימוד הנמצאים בישראל, ולכן הענקת מעמד של תושבת ארעית יצמצם את הפער בין מעמדה לבין מעמדם של יתר בני משפחתה ואמה בפרט.

22. באשר לעניינה של ה', הצביעה באת-כוחם של העותרים על בעיות העולות מן ההנמקה שניתנה בעניינה. בהקשר זה, היא הפנתה לכך שבהמלצת הוועדה אין כל התייחסות לעניין ההומניטרי הקשור בבתה של ה', הסובלת ממחלת כליות ולכך שתיאור קשייו של העותר 4 כאיחור התפתחותי ש"אינו משמעותי" אינו הולם את המסמכים שהוגשו לוועדה ושמהם עולה בעיה התפתחותית קשה.

23. באשר להתמקדות בנישואיו הנוספים של בן זוגה של ה' הוסבר כי אין מדובר במקרה של בקשת מעמד מכוח נישואי ביגמיה אלא במקרה שבו בקשת המעמד תלויה במצבה האישי של ה' כאם לילדים בעלי לקויות קשות וכמי שנושאת על גבה היסטוריה אישית קשה. כמו כן, הצביעה באת-כוחם של העותרים על כך שעמדת המשיב,

המדגישה את אי-החוקיות של הנישואין הנוכחיים אינה עולה בקנה אחד עם הנכונות לתת תוקף לנישואיה הראשונים של ה' על-ידי שלילת ההיתר שניתן לה בעבר. בעניינם של נישואין אלה, כך נטען, לא ניתנה משמעות לאי-חוקיותם הברורה נוכח גילה של ה' באותה עת.

24. באופן כללי יותר, טענה באת-כוחם של העותרים כי קיים קושי בגישתה של הוועדה ההומניטרית אשר בפועל מקבלת בקשות, כך נטען, רק אם הוגשה בעניינן עתירה, כלומר רק ב"צלו" של הליך משפטי. עוד נטען, כי תפקידה של הוועדה ההומניטרית הוא חיוני לנוכח האיסור הגורף למדי בכל הנוגע לאיחוד משפחות, כך שהחריג הסטטוטורי מאציל על חוקתיותו של ההסדר כולו. לבסוף, נטען כי אופן תיעודם של הדיונים בוועדה אינו מאפשר להבין כיצד נדון עניינן של ס' ו-ה'.

25. בתום הדיון קבענו כי המשיב יהיה רשאי לעדכן באשר להחלטתו בעניינן של ס' ו-ה' בתוך זמן קצר. בהודעה מיום 4.8.2016 עדכן המשיב כי בשונה מן העמדה שהוצגה עד כה הוחלט לאשר ל-ה' מתן היתר שהייה (בלבד), בכפוף להיעדר מניעה ביטחונית או פלילית, וכי חידושו ייבחן מדי שנה. יחד עם זאת, באשר ל-ס' נמסר כי הוחלט שלא לשנות מההחלטה הקודמת בעניינה. בתגובה לכך, ס' ו-ה' מסרו כי הן עומדות על עתירתן לקבל רישיון לישיבת ארעי.

26. להשלמת התמונה יצוין כי ביום 1.8.2016 נכנסו לתוקפן תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופות חולים, זכויות וחובות של מקבלי היתר שהייה לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003), התשע"ו-2016 (להלן: התקנות)). משמעות הדבר היא שממועד זה, לפי החלטת המשיב, זכאותה של ס' לקבלת מעמד רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 בוטלה והיא זכאית לקבל היתרי שהייה בלבד.

דיון והכרעה

27. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה כי דין העתירה להתקבל, וכך אציע לחבריי לעשות.

מתן מעמד מטעמים הומניטאריים – המסגרת הנורמטיבית

28. כידוע, חוק הוראת השעה, אשר תוקפו הוארך מעת לעת, קובע כי לא תינתן לתושב האזור אזרחות או רישיון לישיבה בישראל (סעיף 2 לחוק). אולם, חוק הוראת

השעה קובע גם סייגים לכלל זה. כך למשל, החוק מקנה לשר הפנים סמכות לתת לקטין תושב אזור שגילו עד 14 שנים רישיון לישיבה בישראל לשם מניעת הפרדתו מהורהו השוהה כדין בישראל (סעיף 3א(1) לחוק). סייג נוסף, שהוא הרלוונטי לענייננו, מצוי בסעיף 1א3 לחוק. סעיף זה מקנה לשר הפנים סמכות לתת רישיון לישיבת ארעי בישראל לתושב האזור מטעמים הומניטריים מיוחדים, בהמלצת ועדה מקצועית שימנה לעניין זה (סעיף 1א3(א)(1)). החוק אף קובע את הרכבה של הוועדה ההומניטרית (סעיף 1א3(ג)) וכן מספר כללים בנוגע לאופן מתן ההחלטה בעניין זה על-ידי השר – על ההחלטה להיות מנומקת ולהינתן בכתב תוך שישה חודשים מיום שהומצאו לוועדה ההומניטארית כל המסמכים הדרושים (סעיף 1א3(ד)).

29. חשוב להזכיר כי הרקע לחקיקת "החריג ההומניטארי" מצוי בהערותיו של בית משפט זה בפסקי הדין שבהם אושרה חוקתיותו של חוק הוראת השעה (ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (14.5.2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012) (להלן: עניין גלאון)). הערות אלה נדרשו לצורך מתן מענה חלקי לפגיעתו של החוק בזכויות יסוד בהתחשב בעקרון המידתיות (ראו: דברי הסבר להצעת חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) (תיקון מס' 2), התשס"ז-2006, ה"ח 273, בעמ' 182 (להלן: דברי ההסבר לתיקון מס' 2). עוד ראו: עניין עדאלה, בפסקה 72 לפסק דינו של הנשיא א' ברק; עניין גלאון, בפסקה מ"ח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין וכן בפסקה 5 לפסק דינו של השופט נ' הנדל; בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים, פסקה 9 (5.12.2010) (להלן: עניין עכל)).

30. פסיקתו של בית משפט זה שדנה ב"חריג ההומניטארי" הבהירה כי שיקול דעתה של הוועדה ההומניטרית, ובהמשך לכך שיקול דעתו של המשיב בעניינים מסוג זה, הם רחבים ביותר ושהיקף הביקורת השיפוטית על עניינים מעין אלו אמור להיות מצומצם (ראו למשל: עניין עכל, בפסקה 10; בג"ץ 3840/13 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 9 (30.11.2015) (להלן: בג"ץ 3840/13); בג"ץ 5026/13 פלוני נ' שר הפנים, פסקה 15 (10.6.2015)). עם זאת, יש להבחין בין ביקורת שיפוטית מצומצמת ואף מצומצמת מאד לבין הענקת חסינות מכל ביקורת, בין בהתייחס לשאלת תקינותו של ההליך המינהלי ובין בהתייחס לשיקול הדעת המינהלי. באופן קונקרטי יותר לענייננו, בית משפט זה חזר ועמד על כך שאין בגישה זו כדי לתת לוועדה ההומניטרית חסינות מלאה מביקורת שיפוטית ואף ציין כי "שיקול דעת זה [של הוועדה ההומניטרית – ד' ב' א'] נתון לביקורתו של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת" (ראו: עניין עכל, בפסקה 11).

31. הביקורת השיפוטית על ההליך המינהלי – כאמור, החלטותיו של המשיב באשר להענקת מעמד מטעמים הומניטריים מתקבלות על-ידו על-יסוד המלצותיה של הוועדה ההומניטרית. במצב דברים זה, מובן כי הביקורת השיפוטית אינה מוגבלת אך להחלטותיו של הגורם המחליט אלא משתרעת גם על המלצותיו של הגוף המייעץ – הן על ההליך שקדם לקבלתן והן על אופן גיבושן (ראו: בג"ץ 3071/05 לוזון נ' ממשלת ישראל, פסקה 22 (28.7.2008); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 306, 313-317 (2010) (להלן: ברק-ארז)). ראו והשוו גם: עע"ם 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים, פסקה 13 לפסק דינו של השופט ח' מלצר (11.7.2013) (להלן: עניין נוואה)).

32. הדברים מקבלים משנה תוקף נוכח העובדה שהוועדה ההומניטרית אחראית לאיסוף ולעיבוד של התשתית העובדתית שמונחת בבסיסה של ההחלטה הסופית. מושכלות יסוד הם כי החלטה מינהלית צריכה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה. לשם כך, מוטל על הרשות לא רק לאסוף את הראיות הנוגעות לעניין, אלא אף להתייחס לנתונים הנמצאים בפניה במידה מספקת (ראו: ברק-ארז, בעמ' 440-442). במקרה דנן, תשתית עובדתית זו צריכה להימצא בפני הוועדה ההומניטרית, שעל בסיס המלצתה מתקבלת החלטתו של המשיב בהתאם לסעיף 1א3 לחוק הוראת השעה.

33. כמו כן, נודעת חשיבות לכך שהתשתית העובדתית שעומדת לנגד עיני הוועדה ההומניטרית תקבל ביטוי גם בפרוטוקול המתעד את תהליך גיבוש המלצתה, לא רק מן ההיבט של הביקורת השיפוטית עליה, אלא גם לשם הבטחת איכותה של המלצה עצמה, במיוחד בשים לב לרגישות ולמורכבות של הנושאים הנדונים בפניה (שם, בעמ' 425-426. כן ראו והשוו: עניין נוואה, בפסקה 4 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל). הדברים נכונים ביתר שאת כאשר עסקינן בוועדה מייעצת. על-מנת שהמשיב יוכל לשקול את המלצתה של הוועדה ההומניטרית כדבעי, על המלצה להיות מנומקת ולפרט את מכלול הנתונים והשיקולים שעומדים ביסודה (ראו: ברק-ארז, בעמ' 313).

34. הביקורת השיפוטית על שיקול הדעת המינהלי – כאמור, על אף ששיקול הדעת של המשיב ביישום החריג ההומניטארי הוא רחב, עדיין אופן הפעלתו כפוף לביקורת שיפוטית, וזו אינה מוגבלת אך למישור הפרוצדוראלי (ראו למשל: עניין עכ"ל, בפסקה 11; בג"ץ 3840/13, בפסקה 9). בבסיסו של חוק הוראת השעה עומדים שיקולי ביטחון ואכן בית משפט זה כבר קבע כי על המבקש רישיון לישיבת ארעי מטעמים הומניטריים להראות כי קיים בעניינו טעם מיוחד לכך, שאינו מאפשר לו להסתפק בהיתר שהייה (ראו: בג"ץ 6883/06 נאסר נ' שר הפנים, פסקה 6 (8.3.2010); בג"ץ 190/12 תמימי נ')

שר הפנים, פסקה ד' (1.2.2012)). יחד עם זאת, תפקידו של החריג ההומניטארי הוא לתת מענה לאותם מקרים המצדיקים סטייה מהוראות החוק (השוו: ע"ם 2357/14 אסברוק נ' משרד הפנים, פסקה 15 (19.3.2015)), תוך איזון בין שיקולי ביטחון המדינה העומדים ביסודו לבין הפגיעה בזכויות היסוד של הפרט (ראו: בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פסקה 13 (22.2.2010)). על כן, בית משפט זה יפעיל ביקורת שיפוטית על החלטות השר בעניינים הומניטאריים אשר סוטות באופן מובהק מהאיזון בין השיקולים הנ"ל.

35. מבט השוואתי – לשם ההשוואה, ניתן להוסיף – ולו ממועף הציפור – כי עמדת היסוד הגורסת כי אף החלטות המתקבלות בענייני הגירה מטעמים הומניטריים הן החלטות מינהליות לכל דבר ועניין, אשר כפופות לביקורת שיפוטית, אינה מיוחדת למשפט הישראלי. דוגמה מאירת עיניים לכך אפשר להביא מפסק דינו התקדימי של בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Baker v. Minister of Citizenship and Immigration* [1999] 2 S.C.R. 817 (1999). פסק דין זה, שנסב על החלטה בעניין בקשת מעמד בקנדה מטעמים הומניטריים (humanitarian and compassionate grounds), הכיר בחשיבותה של הביקורת השיפוטית אף על החלטות מסוג זה. בנסיבות העניין, החלטותיו של הפקיד שדן בבקשה היו נגועות בפגמים פרוצדוראליים רבים, ובכלל זה העדר הנמקה ומשוא פנים שעלה מתוכנן של ההחלטות. מסקנתו של בית המשפט העליון של קנדה הייתה כי הטעמים שעמדו ביסוד ההחלטות היו טעמים שמלכתחילה אינם מתיישבים עם הרציונל של הענקת מעמד מטעמים הומניטריים. ובלשונה של השופטת L'Heureux-Dube:

"The reasons of the immigration officer show that his decision was inconsistent with the values underlying the grant of discretion" (ibid., at 859).

36. ראוי להוסיף כי גם בית המשפט העליון של ארצות הברית עמד על כך שביקורת שיפוטית "צרה" (narrow) בענייני הגירה אין משמעותה העדר ביקורת שיפוטית, וכי לזו שמור עדיין תפקיד חשוב בבדיקה, בין השאר, האם הרשות הביאה בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים (ראו פסק דינה של השופטת Kagan בעניין *Judulang v Holder* 565 U.S. (2011)).

37. האפקט המצטבר – לבסוף, יש להדגיש את הצורך לבחון את נסיבותיו של כל מקרה בכללותו. אין די בבחינה נפרדת של כל אחד מהיבטיו של המקרה בעמדו בפני עצמו, שכן לעתים משקלם המצטבר הוא שמטה את הכף (ראו: בג"ץ 3840/13, בפסקה

11). גם כאן מעניין להשוות לפסק דינו של בית המשפט העליון של קנדה בעניין *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)* [2015] 3 S.C.R 909 שהצביע על כך שהפקידה שדנה בבקשה לקבלת מעמד בחנה כל אחת מנסיבותיו של המבקש בנפרד במקום לבחון את משמעותן הכוללת:

"[T]he Officer failed to consider Jeyakannan Kanhasamy's circumstances as a whole, and took an unduly narrow approach to the assessment of the circumstances raised in the application... she took a segmented approach, assessed each factor to see whether it represented hardship that was 'unusual and undeserved or disproportionate', then appeared to discount each from her final conclusion because it failed to satisfy that threshold. Her literal obedience to those adjectives, which do not appear anywhere in s. 25(1), rather than looking at his circumstances as a whole, led her to see each of them as a distinct legal test, rather than as words designed to help reify the equitable purpose of the provision. This had the effect of improperly restricting her discretion and rendering her decision unreasonable" (ibid., at 937).

מן הכלל אל הפרט

38. על רקע האמור, בחינת ההחלטות שהתקבלו במקרה זה מעלה כי אין הן יכולות לעמוד על כנן, גם בשים לב לשיקול הדעת הרחב יחסית בתחום דנן. כפי שיוסבר להלן ביחס לכל אחת מן האחיות, אני סבורה שההחלטות שהתקבלו בעניינן לוקות קודם כול במישור ההליך המינהלי, וכי הפגמים במישור ההליך אף הובילו לפגמים במישור שיקול הדעת עצמו.

39. אקדים ואוסיף כי הקשיים שעליהם אצביע בעבודתה של הוועדה מתעצמים בשים לב לכך שלא זו בלבד שהשיקולים ההומניטאריים בעניין האחיות הם כבדי משקל אלא שלא קיים כל חשש ביטחוני בעניינן שלהן או של בני משפחתן (מה גם שרובם המכריע ממילא נמצאים בישראל).

עניינה של ה'

40. אני סבורה שעניינה של ה' חושף את הקשיים בעבודת הוועדה באופן הברור ביותר, ומצדיק את התערבותנו ביתר שאת, ולכן אני מבקשת לפתוח בו.

41. לאחר שעיינתי בפרוטוקולים של הוועדה ובמכלול החומרים שהונחו בפני אני סבורה שההמלצה של הוועדה לקתה בארבעה פגמים עיקריים: טעויות בגיבוש התשתית העובדתית; הנמקה לא עקבית או חסרה; אי-מתן משקל לשיקולים רלוונטיים נוספים; העדר הבחנה בין עניינו של מבקש מעמד בגין נישואי ביגמיה לבין מבקש מעמד ללא קשר לנישואין שאכן מעורב בנישואי ביגמיה.

42. טעויות בתשתית העובדתית – בפרוטוקולים של הוועדה מתואר מצבו של בנה של ה' כאיחור התפתחותי ש"אינו משמעותי" והטענות לגבי בעיותיו מתוארות כ"זניחות". אולם, עיון במסמכים הרפואיים שהונחו בפניי – ואף בפני הוועדה – מעיד בכירור כי פני הדברים הם שונים בתכלית. בהערכה נוירולוגית שנערכה לבנה של ה' ביום 2.6.2012 צוין כי בדיקתו הנוירולוגית אינה תקינה וכי הוא סובל מאיחור התפתחותי רב תחומי ומשמעותי. כך, למשל, צוין כי למרות שמדובר בילד כבן 3 שנים, הוא יודע לומר מילים בודדות בלבד ומתקשה בביצוע הוראות פשוטות. בהמשך, בנה של ה' אף הוגדר כסובל מ"פיגור שכלי בינוני" על-ידי המסגרת החינוכית שבה הוא משולב (אישור לימודים מבית הספר הממלכתי לחינוך מיוחד שבו הוא לומד מיום 12.9.2015). להשלמת התמונה יצוין כי בעדכון האחרון מטעם העותרים שהוגש לבית המשפט כשבנה של ה' היה בגיל 7 נטען כי הוא אינו מדבר זולת מילים בודדות, אינו שולט בסוגריו וסובל מבעיות מוטוריות וקוגניטיביות חמורות. עדכון זה אמנם לא היה בפני הוועדה אך מתיישב עם הנתונים שהיו נגד עיניה.

43. חסר משמעותי נוסף בביסוס העובדתי של ההחלטה התבטא בכך שחרף הגשת המסמכים בעניין מצבה הבריאותי של בתה של ה', האמור בהם כלל לא נזכר בפרוטוקולים של הוועדה, וממילא אף לא הובא בחשבון במסגרת השיקולים לדיון בבקשתה. כזכור, בפעם האחרונה נדון עניינה של ה' בוועדה ביום 18.5.2015. עובר למועד זה מסרה ה' לוועדה ההומניטרית כי נולדה לה בת נוספת, וצירפה אישור רפואי המעיד על כך שבתה סובלת מבעיה בכליות (מהמסמכים הרפואיים עולה כי בתה של ה' סובלת מתסמונת רפואית בשם multicystic dysplastic kidney שמקורה באי התפתחות של הכליות בשלב העוברי הגורמת לחוסר תפקוד של הכליה הלוקה בה). לתיאור זה אין כל זכר בפרוטוקולים של הוועדה ההומניטרית או בהמלצותיה.

44. הנמקה לא עקבית או חסרה – הקשיים העולים מן התשתית העובדתית במקרה זה מקרינים אף על סוגית ההנמקה. ראשית, הנושאים שבעניינם הפרוטוקול "שותק" ממילא אינם זוכים להתייחסות בהנמקה (כדוגמת העדר ההתייחסות למצבה הרפואי של בתה של ה'). שנית, ניתן להצביע אף על חוסר עקביות בהנמקות שניתנו במהלך

השנים. כך, בתחילה סורבה בקשתה של ה' בטענה כי היא רשאית להגיש בקשה מכוח נישואיה. אולם, לאחר שהתברר שהיא אינה יכולה לעשות כן, החליטה הוועדה לדחות את בקשתה נוכח אופיים של הנישואים, למרות שה' כלל לא ביססה את בקשתה עליהם. היינו, בתחילה הוועדה סברה שנישואיה של ה' מהווים סיבה שלא לדון בבקשתה (כשל האפשרות לקבל מכוחם מעמד) ואילו בהמשך, כשהתברר שלא ניתן לקבל מכוחם מעמד, הוועדה סברה שהם מהווים סיבה לדחות את בקשתה.

45. אי-מתן משקל לשיקולים רלוונטיים – היעדר ההתייחסות או ההתייחסות השגויה לנתונים אודות ילדיה של ה' הובילו לכך שבפועל אף לא ניתן להם המשקל הראוי בגיבוש המלצתה של הוועדה ההומניטרית (לשיקולים בדבר טובת הילד בהחלטה בעניינים הומניטריים ראו: דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין, פסקה 6 (6.7.2003); עע"ם 10993/08 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (10.3.2010); עניין עכל, בפסקה 16). בענייננו, קושי זה מקבל משנה תוקף נוכח הלקויות מהן סובלים ילדיה של ה'. אולם, מאחר שהתשתית העובדתית שתועדה בפרוטוקול הייתה חסרה ממילא לא הובא בחשבון מצבם של הילדים כפי שהיה ראוי לו.

46. לכך יש להוסיף כי הוועדה לא התייחסה כלל למצבה האישי של ה' כמי שכבר סבלה את הטרגדיה הקשה של פרידה מבתה הבכורה. המלצתה של הוועדה שלא לתת ל-ה' היתר שהייה הייתה עשויה לאלץ אותה להיפרד מילדיה הנוספים ולהעצים את הטרגדיה שבמצבה הקשה ממילא. זאת ועוד: הוועדה לא התייחסה כלל לכך שהאירוע אשר הוליד את הסיורב להאריך את היתר השהייה המקורי שניתן ל-ה', נישואיה לתושב האזור, היה כרוך כשלעצמו בפגיעה בזכויותיה כקטינה שהובאה לנישואין מתחת לגיל הנישואין החוקי. אכן, בהודעת העדכון האחרונה מטעם המשיב נמסר כי הוחלט להעניק ל-ה' היתר שהייה בישראל, כך שמבחינה אופרטיבית ניתן מענה מסוים לקושי האמור. יחד עם זאת וכפי שיפורט להלן, מדובר במענה חלקי בלבד ומכל מקום במבט צופה פני עתיד, ראוי כי הוועדה ההומניטרית תיתן דעתה גם על מכלול נסיבותיו של הפונה אליה.

47. נישואי ביגמיה ומשמעותם – אכן, נישואי ביגמיה הם תופעה חברתית קשה, ובדין מדיניותה של ישראל שוללת הענקת מעמד מכוחם (ראו למשל: עע"ם 369/07 אבו נאב נ' משרד הפנים, פסקה 9 (23.12.2009)). אולם, בענייננו ה' הבהירה באופן שאינו משתמע לשני פנים כי בקשתה לקבלת מעמד אינה מכוח נישואיה. בקשתה של ה' נסמכת על מצבה האישי כאם לשני ילדים פגועים – תושבי ישראל – הזקוקים לטיפול הצמוד, וכן על כך שמשפחת המוצא שלה נמצאת כולה בישראל. במלים

אחרות, נישואיה של ה' (שמבחינת בן זוגה הם נישואי ביגמיה) אינם העוגן ההומניטרי לבקשתה. למרות האמור, הוועדה בחנה את בקשתה של ה' כאילו היא מבוססת על נישואיה ואף סברה כי נישואים אלה מהווים, כשלעצמם, סיבה שלא להיעתר לבקשתה. לשיטתי, בהתחשב במכלול נסיבות חייה של ה' כמי שהושאה על-ידי הוריה עוד בעודה קטינה, התגרשה ואז הושאה בשנית בנישואי ביגמיה, נישואים אלה לא היו צריכים לעמוד לה לרועץ בבקשה שנסמכה על טעמים אחרים כאמור.

48. הצטברות הפגמים בהליך שקדם להכרעה בבקשתה של ה' – כל אחד מהפגמים בפעילותה של הוועדה ההומניטרית הוא חמור בפני עצמו. אולם, להצטברותם יחד יש במקרה זה חשיבות נוספת, בבחינת ועל ארבעה לא אשיבנו (ראו והשוו: זמר בלונדהיים ונדיב מרדכי "לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית" משפטים מד 569 (2015)). ראיית נסיבות חייו של מי שבקשתו נדונה כמכלול עולה בבירור גם מעניין עכל הנזכר לעיל, שבו קבע השופט ע' פוגלמן, בהסכמת הנשיאה דאז ד' ביניש והשופט ח' מלצר, כי יש להעניק מעמד של תושב ארעי לאחת העותרות שצירוף נסיבות חייה הוגדר כ"חריג וייחודי" (עניין עכל, בפסקה 17). אם כן, בנסיבות העניין, הפגמים בהליך, לרבות החסר העובדתי והכשלים בהנמקה, הובילו לכך שהחלטה שהתקבלה בסופו של יום הייתה לא סבירה אף לגופה. ייתכן מאד כי דיוק בפרטים העובדתיים ושקילת מצבה ההומניטארי של ה' כמכלול היו עשויים להוביל את הוועדה לתוצאה אחרת. למעשה, אני סבורה, כי מצבה האישי הקשה המורכב והייחודי של ה' כלל לא נדון, ולו פעם אחת, במלוא היקפו ופרטיו בפני הוועדה ההומניטרית. זוהי מסקנה קשה ומכאיבה – הן מבחינת העותרת והן מבחינת האינטרס הציבורי. במצב שנוצר, לאחר שעתירה זו תלויה ועומדת זה חמש שנים, ולאחר שהוועדה כשלה פעם אחר פעם בדיון בעניין ולא התייחסה למלוא התשתית העובדתית שהוא מעלה, אינני סבורה כי יש עוד מקום לחזור ולהביא את העניין פעם נוספת בפני הוועדה.

49. כמו כן, על רקע המתואר עד כה, אין בהחלטה הערכנית של המשיב כדי לתקן את העוול שנגרם באופן מספק. אכן, מכוח היתר השהייה שהוחלט לתת לה ה' לא תגורש מישראל ולא תופרד מילדיה בטווח המייד. אולם, חרב הדמוקלס של אפשרות ההפרדה תוסיף לרחף מעל ראשה ולערער את התשתית השברירית של הטיפול בילדים פגועים ופגיעים ושל אישה שנסיבות חייה הקשות הובילה אותה לנישואין מתחת לגיל הבגרות ולהיפרדות מביתה הבכורה. זאת, אף מבלי להידרש לכך שהענקת היתר שהייה בלבד ל-ה' צפוי להציב בדרכה מהמורות נוספות בהיבטים רלוונטיים לטיפול בילדיה, כגון הוצאת רישיון נהיגה. מכל מקום, ההודעה שנמסרה לנו אינה מבהירה באיזה אופן

ההחלטה על מתן היתר שהייה מהווה מענה מספק לקשיים שהוצגו בעתירה ושלאורם הוצא צו על-תנאי.

עניינה של ס'

50. בחינת עניינה של ס' מורכב יותר. מבחינות מסוימות ניתן לראות את עניינה ככבד משקל אף יותר מזה של ה' נוכח מחלתה הקשה ותלותה המוחלטת במשפחתה הגרעינית, אשר מתגוררת בישראל, כפי שראתה זו אף הוועדה. מנגד, אפשר שיהיה מי שיסבור גם כי עניינה כבד משקל פחות – ולו משום שמצב רפואי קשה אינו ייחודי כמו מצבור הנסיבות שתוארו לעיל בעניינה של ה'. עם זאת, לאחר התלבטות שנבעה מן ההכרה בשיקול דעתה הרחב של הוועדה, הגעתי לכלל דעה כי גם בעניינה של ס' יש הצדקה להתערב בהחלטתה של הוועדה ההומניטרית.

51. אחזור ואציין כי נוכח כניסתן של תקנות ביטוח בריאות לתוקף זכאותה של ס' לקבלת מעמד רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 בוטלה והיא זכאית לקבל היתרי שהייה בלבד. אכן, הפתרון עליו המליצה הוועדה ההומניטרית נותן מענה מסוים למצבה הבריאותי של ס'. אולם אני סבורה כי הוועדה לא התייחסה לקשייה הנוספים של ס', לא כל שכן ל"אפקט המצטבר" של נסיבותיה. אכן, הוועדה ההומניטרית התייחסה בהמלצתה לכך ש-ס' היא היחידה מקרב בני משפחת המוצא שלה שאינה נשואה ואין לה מעמד בישראל, וכן נתנה דעתה על מצבה הרפואי, אלא שבבחינתן של נסיבות אלה לא יוחס המשקל הראוי למכלול ההשלכות של מחלתה של ס', פרט לצורך בביטוח רפואי. כך, הוועדה לא התייחסה לקשיי הניידות הנלווים למחלתה של ס' ואף לא התייחסה להשלכות של קשיים אלה על האפשרות לטפל בהארכת היתרי השהייה פעם בשנה. הוועדה אף לא התייחסה לשאר הצרכים הסוציאליים של ס' כאשה חולה הסמוכה על שולחן הוריה שהם, שניהם, בעלי מעמד בישראל. על כן, אני סבורה כי ההחלטה בעניינה של ס' לקתה אף היא בבחינת התשתית העובדתית בכללותה, וממילא גם בתוצאה שאליה הגיעה.

במבט רחב יותר

52. טרם סיום, אציין כי התמונה המצטיירת באשר לאופן עבודתה של הוועדה ההומניטרית מחייבת חשיבה.

53. ראשית, כפי שאמרתי בפתח הדברים – הוועדה ההומניטרית שוקלת שיקולים שמטיבם וטבעם אינם "שחור או לבן" ושיקול הדעת שיש לה הוא רחב. אך מובן הוא שבקשות רבות שיוגשו אליה יידחו. תפקידה של הוועדה הוא לעמוד בפרץ, ולא לקבל כל בקשה. עם זאת, מטבע הדברים היא אמורה לבחון את הנושאים שבפניה גם מתוך עמדה של פתיחות והבנה כי חלק מן הבקשות, ולו חלק קטן, צריך להתקבל. אסתפק באומרי זאת – בבחינת מועט המכיל את המרובה.

54. שנית, אבקש להתייחס לאופן ניהולו של ההליך ולתיעודו. באופן כללי, פרקי הזמן שנדרשו לקבלת ההחלטות היו במקרה זה ארוכים במיוחד, ולא אחת נפלו בהן טעויות עובדתיות, כפי שפורט לעיל. כמו כן, את הטעמים להמלצותיה של הוועדה ההומניטרית נדרשנו "לדלות" מן הפרוטוקול של הדיונים בה לאורך השנים. הדברים מובאים במתכונת של החלטות שהתקבלו זו אחר זו, כאשר החלטה אחת מפנה לקודמתה. לעתים, נוסח ההחלטות מערב בין התשתית העובדתית לבין ההנמקות. אכן, החלטות הוועדה אינן אמורות להיות פסקי דין, והאילווצים בעבודת הוועדה הם מובנים. עם זאת, מאחר שמדובר בדיני נפשות, יש מקום להקפדה רבה יותר על תיעוד עבודתה של הוועדה ועל גיבוש נימוקיה.

אחר הדברים האלה

55. לאחר השלמת כתיבתם של הדברים הגיעו אלי חוות הדעת של חבריי, הנשיאה מ' נאור והשופט ח' מלצר. לאחר שעיינתי בהן, נותרתי בדעתי כי נסיבות החיים הקשות של העותרות מצדיקות היענות לבקשתן לקבלת מעמד בישראל מטעמים הומניטאריים מכוח החריג הקבוע בסעיף 1א3 לחוק הוראת השעה.

56. ראיתי לנכון להוסיף ולהעיר כי בניגוד לחברי השופט מלצר אני סבורה כי סעיף 1א3 לחוק הוראת השעה מוסיף חריג עצמאי לאיסור הקבוע בסעיף 2 לחוק הוראת השעה, ועל כן אינו תלוי במגבלות הנובעות מסעיף 3 לחוק. מסקנה זו המתחייבת מאופיו ההומניטרי של החריג אף עולה מפורשות מדברי ההסבר לתיקון מס' 2:

"מוצע לקבוע סייג נוסף להגבלה האמורה, שייתן מענה במקרים הומניטאריים מיוחדים... הסייג יאפשר לשר הפנים, בהמלצת הוועדה המקצועית, לאשר מתן היתר שהייה בישראל לתושבי אזור שהם בני משפחה של מי ששוהה כדין בישראל, אשר אינם עומדים בתנאים לתחולת הסייגים שבסעיפים 3 ו-3א להוראת השעה ואשר מתקיימות לגביהם נסיבות הומניטאריות מיוחדות".

57. נוכח כל האמור לעיל, אני סבורה שדין העתירה להתקבל. אשר על כן, אם תישמע דעתי נהפוך את הצו על תנאי למוחלט במובן זה שהעותרות 2-3 יקבלו רישיונות א/5 לשיבה בישראל. בנסיבות העניין, תישא המדינה בהוצאותיהם של העותרים בסך של 30,000 בסך הכל.

ט ו פ ט ת

הנשיאה מ' נאור:

קראתי בעיון את חוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארז ועם כל הצער וההבנה למצבם הקשה של העותרים אין בידי להצטרף לעמדתה.

אכן, נסיבות חייהן של העותרות 2-3 היו ועודן לא קלות. בצדק החליט המשיב, לפי המלצת הוועדה שלפי סעיף 1א3 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: הוועדה ההומניטארית), לאפשר להן להמשיך לשהות בישראל מטעמים הומניטאריים מיוחדים. יש להצר על הדרך הארוכה ורצופת המכשולים שבה נאלצו העותרים לצעוד ועל ההליכים המשפטיים המרובים שהיה עליהם לנהל עד אשר הגיעה הוועדה ההומניטארית למסקנה זו, ובעקבותיה גם המשיב. לא אכחד כי התנהלות הוועדה במקרה זה רחוקה הייתה מלהיות מיטבית וחברתי השופטת ברק-ארז עמדה על הפגמים שנפלו בעבודתה עד אשר הוחלט ליתן לעותרות 3-2 היתרי שהייה. עם זאת, בשלב הזה, משניתנו להן היתרי שהייה, לאחר הוצאת צו על תנאי, מצטמצם הדיון לשאלה האם העובדה שלא ניתן להן מעמד ארעי (א/5) ולא רק ההיתרים הללו מקימה עילה לפסילת החלטות המשיב בעניינן, תוך חיוב שיינתן לעותרות דווקא מעמד ארעי של א/5.

כפי שציינה חברתי השופטת ברק-ארז, לוועדה ההומניטארית נתון שיקול דעת רחב מאד (ראו פסקה 30 לחוות דעתה וההפניות שם). חברתי אף עמדה על כך שהנטל להראות כי אין די בהיתר שהייה כדי לענות על הצורך ההומניטארי וכי נחוץ רישיון לשיבת ארעי (א/5), מוטל על כתפי העותרים (ראו פסקה 34 לחוות דעתה). בהתאם לכך, עולה מפסקי דין שונים כי עצם קיומם של הבדלים בין היתר שהייה לבין מעמד ארעי אינו מצדיק לפסול החלטה של הוועדה ההומניטארית ליתן היתר שהייה "בלבד" (ראו בג"ץ 2319/16 פלוני נ' שר הפנים (2.6.2016); ובג"ץ 2836/12 פלוני נ' מדינת

ישראל (1.12.2014)). התערבות שיפוטית כאמור תיעשה רק במקרים חריגים שבהם הוכח כי קיימת עילה משפטית לכך, נוכח פגם שנפל בהחלטה (ראו בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים (5.12.2010); בג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (30.11.2015) (להלן: בג"ץ 3840/13)).

בשלב הזה אין עוד חולק על כך שעניינן של העותרות 2-3 הוא מקרה הומניטארי המצדיק לאפשר להן להישאר בתחומי ישראל. עם זאת, אני סבורה כי לא הוצגו טעמים משכנעים לכך שאין די בהיתר שהייה שניתן להן כדי לענות על הצורך ההומניטארי וכי המשיב חייב להעניק להן מעמד ארעי (א/5) דווקא ואם לא יעשה כן יש להתערב בהחלטתו. יש לזכור כי היתר שהייה מאפשר לעבוד בישראל וכן ניתן לקבל מכוחו זכויות סוציאליות שונות (ראו, למשל, בג"ץ 3840/13, פסקה 3; בג"ץ 2836/12 פלונית נ' שר הפנים, פסקה ה (2.6.2016)). בנוסף, התקנת תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופת חולים, זכויות וחובות של מקבלי היתר שהייה לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003), התשע"ו-2016 צימצמה את ההבדלים בין מעמד ארעי לבין היתר שהייה בכל הנוגע לביטוח בריאות. אומנם עדיין קיים שוני ניכר בין השניים בכל הנוגע לאפשרות לנהוג ברכב בתחומי ישראל (ראו תקנות 175 ו-578 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961 וכן בג"ץ 5539/05 עטאללה נ' שר הביטחון (3.1.2008)). אולם, לידי, בנסיבות העניין לא הוכח כי פער זה מוביל למסקנה שהחלטת הוועדה ההומניטארית חרגה ממתחם הסבירות הרחב הנתון לה. בהקשר זה ומבלי לקבוע מסמרות, אציין כי ממילא עלול להתעורר ספק בדבר זכאותה של העותרת 2 לרישיון נהיגה, נוכח מצבה הבריאותי וזאת במנותק משאלת מעמדה בישראל. כמו כן, לא שוכנעתי כי עצם מתן מעמד ארעי, תחת היתר שהייה, יסיר את חששותיהן של העותרות 2-3 לנוכח זמניות המעמד שניתן להן, שהרי אף מעמד ארעי, כשמו כן הוא.

אשר על כן, אין בידי להיעתר לעתירה. יחד עם זאת, נוכח התנהלותה של הוועדה ההומניטארית בענייננו, כפי שתוארה על ידי חברתי השופטת ברק-ארוז, אני מצטרפת לעמדתה כי המדינה תישא בהוצאות העותרים בסך 30,000 ש"ח.

לאחר הדברים האלה, קראתי את הערתו של חברי השופט ח' מלצר בפסקה 8 לחוות דעתו ואת דבריה של חברתי השופטת ברק-ארוז בפסקה 56 לחוות דעתה. לשיטתי, כאמור, העותרות 2-3 זכאיות רק להיתר שהייה ולכן המחלוקת אינה מתעוררת. אין זה ממנהגי לחוות דעה בשאלה שאינה צריכה לעניין ועל כן אותיר סוגיה

זו בצריך עיון. מעבר לכך, הצדדים לא טענו בעניין זה ולטעמי זו סיבה טובה נוספת שלא להכריע בנושא זה.

נ ש י א ה

השופט ח' מלצר:

1. חוות דעתה המקיפה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, מקובלת עלי ברובה, ואולם נוכח עמדתה המשפטית השונה והשקולה של חברתי, הנשיאה – רואה אני להציע כי הצו-על-תנאי יהפוך למוחלט ביחס לעותרת 2, במובן זה שיוענק לה רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5, ואילו ביחס לעותרת 3 נסתפק בנכונות המשיב לאשר כי יוענק לה היתר שהייה מתחדש (להלן גם: היתר מת"ק) על-ידי מפקד האזור. כן מוסכם עלי כי בנסיבות העניין ישא המשיב בהוצאות העותרים בסך של 30,000 ש"ח.

עתי אפרט ואנמק הדברים, ואפתח בתיאור התשתית החקיקתית והפסיקתית הרלבנטית.

המסגרת הנורמטיבית, הפסיקה שפירשה אותה והקושיות שעדיין לא נפתרו

2. סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (להלן: חוק הוראת שעה, או החוק) קובע כדלקמן:

"בתקופת תוקפו של חוק זה, על אף האמור בכל דין לרבות סעיף 7 לחוק האזרחות, שר הפנים לא יעניק לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת אזרחות לפי חוק האזרחות ולא ייתן לו רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, ומפקד האזור לא ייתן לתושב אזור היתר לשהייה בישראל לפי תחיקת הביטחון באזור".

(לדיון והרחבה בהוראת החוק האמורה – ראו: בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202 (2006) להלן – עניין עדאלה); בג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.01.2012) (להלן – עניין גלאון)).

3. בצד האיסור הגורף, המגביל את שהייתם בישראל, בין השאר, של מי שנחשבים תושבי האזור ואת יכולתם לקבל בה מעמד – חוק הוראת שעה כולל גם חריגים המאפשרים לשר הפנים להעניק רישיון לישיבת ארעי, או לאשר היתר שהייה שנותן

המפקד הצבאי באזור, בהתקיים תנאים מסוימים (ראו: סעיפים 3, 3א, 1א3, 3ב ו-3ג לחוק הוראת שעה). סעיף 3 לחוק הוראת שעה עוסק בבקשות לאיחוד משפחות, כחריג לכלל הגורף, ולפיו ניתן לתת היתר שהייה לגבר שגילו מעל 35 שנה ולאשה שגילה מעל 25 שנה. סעיף 3ד לחוק הוראת שעה, שהתווסף לראשונה לחוק בתיקון משנת 2005, קובע כי מתן היתר לחריגים הקבועים בחוק, כפוף להיעדר מניעה ביטחונית.

4. במוקד העתירה שבפנינו עומד החריג הקבוע בסעיף 1א3(א) לחוק, שעניינו מתן היתר שהייה, או רישיון לישיבת ארעי במקרים הומניטריים מיוחדים, והוא קובע כדלקמן:

"1א3. (א) על אף הוראות סעיף 2, רשאי שר הפנים, מטעמים הומניטריים מיוחדים, בהמלצת ועדה מקצועית שמינה לענין זה (בסעיף זה – הוועדה) –

(1) לתת רישיון לישיבת ארעי בישראל לתושב אזור או לאזרח או לתושב של מדינה המנויה בתוספת, שבן משפחתו שוהה כדין בישראל;

(2) לאשר בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור, לתושב אזור שבן משפחתו שוהה כדין בישראל."

הנה כי כן על מי שמבקש לקבל רישיון לישיבת ארעי, או היתר לשהייה בישראל לפי סעיף 1א3 לחוק, מוטל להראות כי בעניינו מתקיימים טעמים הומניטריים מיוחדים המצדיקים את מתן המבוקש. חוק הוראת שעה איננו מגדיר מהם אותם טעמים הומניטריים, פרט לקביעה – על דרך השלילה – שלפיה:

"העובדה כי בן משפחתו של מבקש ההיתר או הרישיון, השוהה כדין בישראל, הוא בן זוגו, או כי לבני הזוג ילדים משותפים, לא תהווה כשלעצמה טעם הומניטרי מיוחד" (ראו: סעיף 1א3(ה)(1) לחוק).

5. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי שיקול דעתו של שר הפנים בהקשר למבוקש ממנו על פי סעיף 1א3 לחוק הוא רחב במיוחד (ראו למשל: בג"ץ 2629/03 איבשין נ' שר הפנים, פסקה 8 (28.09.2008); בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל – שר הפנים, פסקה 10 (05.12.2010) (להלן: עניין עכ"ל)), הגם שהוא כפוף עדיין לעילות הביקורת הרגילות במשפט המינהלי. על ההחלטה לעמוד, בין היתר, בדרישת הסבירות, שבגדרה: "על ההחלטה להתבסס על תשתית עובדתית ראויה, להישען על כלל השיקולים הרלבנטיים, ועליהם בלבד, ולהיקבע תוך איזון ראוי ביניהם במסגרת מתחם

הסבירות" (ראו: בג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים, פסקה 32 (2.02.2010); עניין עכל, פסקה 17).

6. לאור האמור לעיל – נותרו עדיין מספר קושיות "פתוחות", שהפסיקה טרם התייחסה אליהן באופן חד-משמעי וברור, והן מתעוררות במכלול שלפנינו, ופירוטן להלן:

(א) האם החלטת השר מותנית בהמלצה חיובית של הוועדה המקצועית והאם השר רשאי לחרוג מההמלצה (כאשר למשל היא שלילית, או כאשר הוא מבקש לשדרג את ההמלצה או להפחית הימנה, או כאשר בוועדה יש דעת רוב ודעת מיעוט – והשר מבקש לאמץ דווקא את דעת המיעוט).

(ב) מה הזיקה אם בכלל בין החריגים המנויים בסעיף 3, א, 3ב ו-3ג לחוק לבין האמור בהוראת סעיף 1א3 לחוק.

(ג) מתי אמור שר הפנים "להעניק" רישיון לישיבת ארעי בישראל ומתי הוא רק יאשר היתר לשהייה בישראל ע"י מפקד האזור, בהינתן שהתקיימו במבקש טעמים הומניטריים מיוחדים.

בשאלות אלה אדון בקצרה מיד בסמוך ואחר כך אחיל את התשובות על הנסיבות שבפנינו.

האם החלטת שר הפנים מותנית בהמלצת חיובית של הוועדה המקצועית והאם השר רשאי לחרוג מההמלצה

7. נוסחו המילולי של החוק ("רשאי שר הפנים מטעמים הומניטריים מיוחדים בהמלצת ועדה מקצועית שמינה לענין זה...") (ההדגשה שלי – ח"מ) – נוטה לכאורה לפרשנות מצמצמת, הכובלת כביכול את החלטתו של השר להמלצה חיובית בלבד של הוועדה המקצועית (עיינו: דפנה ברק-ארז, משפט מינהלי (כרך א') 319-320 (2010) (להלן: ברק-ארז משפט מינהלי)). יחד עם זאת חברתי טוענת בהמשך ספרה (שם, בעמ' 321) כי הבחירה בין החלופה המצמצמת לבין החלופה המרחיבה (שגורסת במקרה כמו שלנו שההמלצה איננה מחייבת, אלא דורשת התייעצות בלבד) צריכה להיעשות על בסיס דיון בתכליתה של ההוראה (כפי שמתחייב באופן כללי בשאלות של פרשנות חקיקה). חברתי מפנה בהקשר זה ל-דנג"צ 3201/96 שר החקלאות נ' המועצה האיזורית עמק לוד, פ"ד נ"א (3) 661 (1997).

הגישה הנ"ל מקובלת עלי. הנני סבור שבחקיקה שלפנינו מטרתה של הוועדה ההומניטרית (להלן גם: הוועדה) מיועדת בעיקרה רק לבצע עבור השר את הליך הבחינה הפרטני בדבר קיומם של הטעמים ההומניטריים המיוחדים הנטענים, ולכן לתפיסתי אין בדבר כדי לצמצם את סמכותו ואת שיקול דעתו של השר – לקבל את המלצת הוועדה, או לדחותה, או לאשר את דעת הרוב, או את דעת המיעוט בוועדה, או לשדרג את ההמלצות, או להפחית מהן, שהרי אחרת יהפוך השר למעין "חותמת גומי" של החלטות הוועדה. גם במשפט המשווה הובעה דעה דומה – עיינו, למשל, בקנדה: Thomson v. Canada (Deputy Minister of Agriculture), [1992] 1 SCR 385; Minc v. Quebec (Attorney General), [2005] 2 SCR 286, 2005 SCC 44. גישה זו נתקבלה אצלנו בפועל בבג"ץ 3840/13 פלוני נ' משרד הפנים (30.11.2015) (להלן: עניין פלוני), ונראה לי שיש מקום ליתן לה פה אף תוקף עיוני.

הזיקה בין החריגים המנויים בסעיף 3, 3א, 3ב ו-3ג לחוק לבין האמור בהוראת סעיף 1א3 לחוק

8. סעיף 1א3 לחוק הוראת שעה הוא סעיף-סל, שהוכנס לחוק כדי "לאזנו" חוקתית – בהתאם להצעות שהועלו בנושא בעניין עדאלה, שם המשנה לנשיאה, השופט מ' חשין התבטא מפי דעת הרוב (בפיסקה 126 לחוות דעתו) כך:

"...נבקש להוסיף ולציין כי טרדה את דעתנו היעדרה של הוראה שנועדה למקרים הומניטאריים מיוחדים. לשון אחר: חסרה בו בחוק הוראת-חריג שלפיה יותר לו לשר הפנים - משנמצא לו צורך הומניטארי מיוחד ומשהוסר כל חשד לסיכון ביטחון - לשקול מתן היתר לכניסתו של תושב האזור לישראל. חסר זה אין בו אמנם כדי להביא לביטול החוק, ברם דומה שראוי לה למדינה כי תשקול להוסיף לחוק חריג מעין זה, במתכונת זו או אחרת. וכפי שנאמר בפרשת סטמקה, שם, 794: "מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן להסיקה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות". (שם, בעמ' 455).

בעניין עדאלה, חברתי השופטת מ' נאור (כתארה אז) הוסיפה בהקשר זה כדלקמן:

"...אבקש להצטרף לקריאתו של המישנה לנשיא ... כי ראוי לה למדינה כי תשקול, אם יוארך תוקפו של החוק, להוסיף לחוק חריג שלפיו יותר לשר הפנים – משנמצא לו צורך הומניטארי מיוחד ומשהוסר כל חשד לסיכון בטחוני – לשקול מתן היתר לכניסתו של תושב האזור

לישראל. אוסיף כי ראוי לשקול גם, לטעמי, העלאה ניכרת של גילם של הקטינים עליהם לא יחול האיסור שבחוק. (שם, בעמ' 536-537).

זה המקום להוסיף כי הערות לגבי דרך יישום הסעיף הושמעו אף בעניין גלאון והובאו גם כאן ע"י חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, בפיסקה 29 לחוות דעתה.

יחד עם זאת נראה לי שסעיף-סל זה מוגבל על דרך הכלל בסעדים שניתן להעניק לחריגים האחרים בהקשרים המוסדרים בהם. כך, למשל, אם על פי סעיף 3 לחוק שר הפנים רשאי לפי שיקול דעתו להתיר איחוד בני זוג בישראל לגבי תושב אזור שגילו מעל 35 שנים ולגבי תושבת אזור שגילה מעל 25 שנים על דרך של אישור בקשה למתן היתר לשהייה בישראל בידי מפקד האזור – לא ניתן, לדעתי, באמצעות סעיף 1א3 לחוק – להעניק למבקשים כאלה, שאינם עונים מסיבה כלשהי על תנאי סעיף 3 לחוק, מעמד שהוא מעבר לזה שהיה ניתן להם על פי סעיף 3 לחוק. אם תאמר אחרת – נמצאת עוקף את תכלית הוראת סעיף 3 לחוק, ומי שנתן יד לחוטא עלול לצאת נשכר.

ענין זה מביא אותי לסוגיה הבאה.

9. לאחר שהבאתי בפיסקה 8 שלעיל דוגמא אחת להגבלה שיש לשים על כוחו של השר, שבגדרה ובנסיבותיה הוא רשאי לאשר היתר לשהייה בלבד, עדיין נשאלת השאלה מתי על שר הפנים להעניק רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5, ולא להסתפק באישור שהייה בלבד. תשובה חלקית לכך ניתנה בעניין פלוני, שם חברי השופט ע' פוגלמן, קבע, על דעת ההרכב כולו, כך:

"בית משפט זה פסק כי על מבקשי רישיון לישיבת ארעי מטעמים הומניטריים מיוחדים, לרבות אלה המחזיקים בהיתר שהייה ומבקשים כי מעמדם "ישודרג", להראות כי מתקיים בעניינם טעם מיוחד להענקת רישיון לישיבת ארעי דווקא, החורג מהטעמים שבגינם ניתן לו היתר שהייה (בג"ץ 6883/06 נאסר נ' שר הפנים פסקה 6 (08.03.2010))"

בעניין עכל צויין כי נסיבות מיוחדות ויוצאות דופן מצדיקות אף הן, כשלעצמן, לעתים רחוקות, מתן רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5 – חלף היתר מת"ק. מכאן שעל השר להשתכנע במקרה כזה כי כדי לפתור את בעיותיו הייחודיות של המבקש – אין די בהיתר מת"ק ורק מעמד של ישיבת ארעי יסייע לו.

הקבלה במשפט המשווה ניתן למצוא בפרשה הקנדית Chirwa v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) (1970) 4 I.A.C. 338, שם תוארו humanitarian and compassionate considerations כך :

"those facts, established by the evidence, which would excite in a reasonable man in a civilized community a desire to relieve the misfortunes of another — so long as these misfortunes 'warrant the granting of special relief' from the effect of the provisions of the Immigration Act".

הגדרה זו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט העליון בקנדה בפסק הדין Kanthasamy v. Canada (Citizenship and Immigration), 2015 SCC 61 [2015], שאוזכר גם בחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז. כאשר לשיקולים רפואיים רלבנטיים בהקשר זה — עיינו גם: Elaine Webster, *Medical-Related Expulsion and Interpretation of Article 3 of the European Convention of Human Rights*, 6 INTER-AM. & EUR. HUM. RTS. J. 36 (2013).

נוכח העקרונות שפורטו לעיל — השוני בין מעמדן ונסיבותיהן של העותרות 2 ו-3, אף ששתיהן אכן אומללות, מדגים את הדברים, ועל כך ארחיב את הדיבור בפרק הבא.

מן הכלל אל הפרט

10. הוועדה המקצועית הפועלת מכוח סעיף 1א3 לחוק — לאחר דיונים ותהפוכות והחלטות שונות (שניתנו חלקן בדעות רוב ומיעוט) — הגיעה בסוף הדרך למסקנה כי מתקיימים בעותרות 2 ו-3 טעמים הומניטריים מיוחדים. עם זאת היא המליצה להעניק לעותרת 2 (היא ס') רק היתר מת"ק ולשלול את בקשתה של העותרת 3 (היא ה') כיוון שהיא אשתו השנייה של בעלה הישראלי, הנשוי בנישואי ביגמיה. שר הפנים אישר המלצות אלו ועל כך נסובה העתירה, בגדרה הוצאנו צו על תנאי למשיב, שיש עתה, לדעתי, להפכו בחלקו למוחלט על פי המבואר בהמשך.

11. אני מצטרף להנמקותיה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארז, כאשר לפגמים השונים שנפלו בעבודתה של הוועדה, לרבות החוסר העובדתי שנתגלה בהחלטותיה והכשלים בהנמקתה ובשיקולים שלקחה בחשבון. כל אלה אכן הביאו לכך שתוצרי פעולתה נגועים בחוסר סבירות מהותית.

ביחס לתוצאות הפגמים – אני מסכים עם חברתי, השופטת ד' ברק-ארז כי בכל מה שנוגע לעותרת 2, יש להפוך את הצו-על-תנאי למוחלט כמובן זה שיוענק לה רישיון לישיבת ארעי מסוג א/5, ואילו ביחס לעותרת 3 – אני מצטרף לדעתה של חברתי הנשיאה ולנימוקיה כי די לנו להסתפק בנכונות המשיב להעניק לה היתר שהיה מתחדש בידי מפקד האזור (זה המקום לציין כי נכונות זו הועלתה על הכתב אחרי הדיון – בהודעה מתקנת שנמסרה לנו ע"י פרקליטות המדינה בתאריך 08.08.2016). טעמי לכך יובאו להלן.

עניינה של העותרת 2 (ס')

12. העותרת 2 (ס') נולדה בירושלים וגרה בעיר משנת 2003, היא חולה באפילפסיה קשה, אשר בגינה היא חיה בבדידות יחסית וללא זוגיות, וגרה בביתם של הוריה שבירושלים וסמוכה על שולחנם. היא קיבלה רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5 ואולם נקבע כי עם כניסתן לתוקף של תקנות ביטוח בריאות ממלכתי (רישום בקופות חולים, זכויות וחובות של מקבלי היתר שהיה לפי חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (הוראת שעה), תשע"ז-2016 (להלן: התקנות) – מעמדה זה יתבטל והיא תהיה זכאית להיתרי מת"ק מתחדשים בלבד. התקנות נכנסו לתוקף בתאריך 01.08.2016 ולכן לכאורה ממועד זה ואילך היא זכאית, לגישת המשיב, רק להיתר מת"ק. דא עקא שהתקנות תוקנו בתאריך 13.10.2016 (קת"מ תשע"ז מס' 7721 מתאריך 30.10.2016 עמ' 43) ועל פי התיקון – העותרת 3 נחשבת כבעל היתר מוחרג, כמשמעו בתיקון ולכן המועד הראשון לרישום לגביה הוא 01.06.2017, והיא אמורה להיות פטורה מתקופת המתנה לזכאות.

על אף האמור נראה לי שראוי כי הצו-על-תנאי שהוצא לגביה יהפוך למוחלט וכי היא תישאר במעמד של בעלת רישיון לישיבת ארעי בישראל מסוג א/5. מספר טעמים לדבר:

(א) רק בדרך זו (בשונה ממעמד של בעל היתר מת"ק) היא תהיה זכאית לביטוח רפואי כשל תושב (ולא בתנאים מופחתים ויקרים יותר יחסית, כפי שמובטחים על פי התקנות לבעלי היתרי מת"ק).

(ב) כך ימנע ממנה הצורך להגיע לשטחים ולבלות שם ימים ושעות במת"ק (מפקדת התיאום והקישור) לצורך קבלת ההיתר וחידושו.

(ג) מעמדה ומצבה עשוי להקנות לה זכויות סוציאליות מסוימות (כגון: קיצבת נכות), שאינן ניתנות לבעלי היתר מת"ק, ובחינת קבלתן נראית לכאורה מוצדקת ביחס אליה בנסיבותיה הקשות.

(ד) בהשגת מעמד זה – אין היא "עוקפת" כל כלל חריג אחר הקבוע בחוק.

(ה) אין לגביה ומשפחתה כל מניעה ביטחונית.

(ו) "מרכז חייה" וזיקתה העיקרית היא לירושלים (השוו: ענין עכל).

(ז) נסיבותיה חריגות ביותר והאפקט המצטבר של מצבה ותנאיהם של הוריה, הדואגים לה ולצרכיה – מצדיקים תוצאה זו (השוו: עניין פלוני).

עניינה של העותרת 3 (ה')

13. אף שגם מצבה של העותרת 3 עגום, הרי שניתן להסתפק בכך שיוצא לה רק היתר מת"ק. בדרך זו היא לא תופרד מילדיה החולים (בהם היא מטפלת) ומבעלה. יחד עם זאת לא ניתן להעניק לה מעמד משודרג של תושב ארעי מסוג א/5, שכן בכך היא תשיג, למעשה, יותר מאשר יכולה היתה לקבל על פי סעיף 3 לחוק, לו בעלה לא היה ביגמיסט. יתר על כן, במקרה שלה, היתר מת"ק מספק, בשלב זה, את המינימום שנדרש לה, כפי שהוצג לנו בעתירה ובהודעות מאוחרות יותר, שכן היא לא הצביעה על טעם מיוחד ומבורר המצדיק רישיון ישיבת ארעי דווקא. השוו: בג"צ 6883/06 נאסר נ' שר הפנים (08.03.2010); בג"צ 190/12 תמימי נ' שר הפנים (01.02.2012).

למען הסר ספק אבהיר עם זאת כי אין באמור לעיל כדי לגרוע בעתיד את האפשרות שעותרת זו תבקש את שדרוג מעמדה ל-א/5, היה ויחלוף זמן ניכר נוסף וישתנו הנסיבות החוקיות, או העובדתיות (השוו: בג"צ 2836/12 פלוני נ' מדינת ישראל (01.12.2014)).

14. הטעמים ההומניטריים המיוחדים, הנבדלים בין העותרת 2 לבין העותרת 3, הם המכתיבים פה גם את השוני בתוצאה, המוכתבת על פי חוק הוראת השעה, שנחקק על רקע המציאות המורכבת בה אנו חיים, ואשר יש לקוות כי בעתיד הצורך שבו יתייתר.

ש ו פ ט

העתירה התקבלה ברוב דעות בעניינה של העותרת 2, כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז בהסכמת השופט ח' מלצר ובניגוד לדעת הנשיאה מ' נאור, במוכן זה שיינתן לה רישיון לשיבת ארעי בישראל (א/5). העתירה נדחתה ברוב דעות בעניינה של העותרת 3, כאמור בפסק דינה של הנשיאה מ' נאור בהסכמת השופט ח' מלצר ובניגוד לדעת השופטת ד' ברק-ארז במוכן זה שלא נמצא מקום להתערב בהחלטת המשיב ליתן לה רק היתר שהייה בישראל.

ניתן היום, כ"ח באדר תשע"ז (26.3.2017).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ה נ ש י א ה