



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

לפני: כבוד השופטת מיכל אגמון-גונן

המעוררת:

אנה שוימר

ע"י ב"כ עו"ד פרופ' מיכאל קוריןלדי ז"ל ועו"ד קילא ליכטר

נגד

המשיבה:

רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

ע"י ב"כ עו"ד שלומית ארבל, מפרקליטות מחוז ת"א (אזרחי)

### פסק דין

הערעור שלפניי מעלה שאלה משפטית באשר לזכויותיהם של קטינים במעמד "נין של יהודי" שהם ילדי עולים חדשים זכאי שבות, אשר הוריהם התגרשו וחייהם התפצלו בין בית ההורה שעלה לישראל לבין בית ההורה השני במדינה אחרת. מדובר בשאלה עקרונית ומורכבת, הנוגעת לזכויותיהם של ילדים להורים גרושים, שאחד מהם עלה לישראל. ב"כ המערערת עו"ד פרופ' מיכאל קוריןלדי, טען בכישרון רב, והלך לעולמו מעט אחרי שטען לפניי, יהיה זכרו ברוך.

המערערת, אנה שוימר (להלן: **המעוררת**) נולדה ברוסיה בשנת 2001. כשהיתה בת 10 התגרשו הוריה. כשנתיים לאחר מכן עלה אביה לישראל כזכאי שבות בהיותו נכד של יהודי והיא נשארה לגור עם אמה, וביקרה אותו בכל שנה במהלך חופשות הקיץ. כשהיתה בת 17 ביקשה לעבור להתגורר עם אביה דרך קבע לאחר שאמה הסכימה לכך, וביקשה לעלות לישראל מכח היותה נינה של יהודי. בקשתה סורבה משום שלא התקיימו שנים מהתנאים המצטברים הנוגעים לקטין נלווה להורה זכאי שבות לפי נוהל מספר 5.2.0027 "נוהל הטיפול במתן מעמד לנין של יהודי" משנת 2013 (להלן: **הנוהל**), שהם כניסה יחד עם ההורה הזכאי לישראל, וצירוף הנין לבקשת ההורה לקבלת מעמד. אין מחלוקת שהמערערת לא עלתה יחד עם אביה, ולא התגוררה עמו לאחר גירושי ההורים גם טרם עלייתו לישראל. בנוסף, אין מחלוקת כי אבי המערערת לא ציין את שמה בטופס שאלון העליה שמילא, ולטענתו עשה זאת כי הבין את המילה "Подсвещен" שבטופס ככוללת קרובי משפחה רחוקים שנותרו ברוסיה, ולא את ילדיו.

הערעור שלפניי הוגש על פסק דינו של בית הדין לעררים מיום 23.8.20 (כב' הדיין דותן ברגמן, ערר 3086-19), שדחה את הערר שהגישה המערערת על החלטת רשות האוכלוסין וההגירה (להלן: **הרשות**) לדחות את בקשתה לקבלת מעמד בישראל מכח הנוהל.

### עיקרי העובדות וההליכים שלעניין

1. המערערת נולדה ברוסיה ביום 8.4.2001 (תעודת לידה צורפה כנספח ד' לערעור). הורי המערערת התגרשו ביום 20.7.11 (תעודת התרת נישואין צורפה כנספח ה' לערעור). אביה של המערערת עלה לישראל ביום 23.07.13 כנכד ליהודי. המערערת טוענת כי אביה היה מעוניין שהיא



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

1 תצטרף אליו, אך אמה התנגדה לכך בשל לימודיה בתיכון, ולפיכך, לפי דיני רוסיה לא יכול היה  
2 אביה להעלות אותה יחד עמו. המערערת טוענת כי שמרה על קשר רציף עם אביה, ושהתה עמו  
3 בביתו בהסכמת אמה בכל חופשות הקיץ מהלימודים בשנים 2014-2017. בהסתמך על רישומי  
4 הכניסות והיציאות של המערערת לישראל אישרה הרשות כי המערערת אכן שהתה בישראל  
5 בתקופות הנטענות בשנים אלה.

6  
7 2. המערערת הגיעה לארץ ביום 20.8.18, בהיותה בת 17, והגישה את בקשתה למתן מעמד  
8 מכח הנוהל כנינה של יהודי, בסיוע אביה, ועל יסוד הסכמתה של האם (הבקשה צורפה כנספח ו'  
9 לערעור). לטענתה, ממועד זה ואילך היא מתגוררת בקביעות עם אביה, ומפעם לפעם לצורך לימודיה  
10 באולפן התארח בבית דודתה בבית שמש ואביה הגיע לבקרה בסופי שבוע.

11  
12 3. המערערת שהתה בישראל כתיירת באשרה שהוארכה מעת לעת, עד שהתקבלה החלטת  
13 הרשות לדחות את הבקשה, בנימוק שהיא אינה עומדת בשניים מהתנאים המצטברים לצורך קבלת  
14 מעמד בישראל מכח הנוהל (יש אי התאמה בין גרסאות הצדדים לגבי מועד קבלת ההחלטה  
15 והמצאתה למערערת, אך עניין זה אינו מהותי לצורך פסק הדין). לטענת הרשות, המערערת אינה  
16 זכאית למעמד מכוח הנוהל, משום שלא התגוררה עם אביה מאז גירושי הוריה (הן לפני עלייתו  
17 ארצה, הן לאחריה), לא עלתה יחד עמו ולא נכללה בבקשתו לקבלת מעמד.

### ההליכים עד כה

18  
19  
20 4. ביום 21.5.19 הוגש ערר פנימי על החלטת הרשות (הערר צורף כנספח ח' לערעור), שם נטען  
21 כי המערערת לא התגוררה עם אביה משום שהייתה במשמורת אמה מאז גירושי ההורים, אך שמרה  
22 עמו על קשר הדוק, והגיעה לביקורים ממושכים בחופשות; וכי רק ביום 11.09.18 התקבלה הסכמת  
23 האם, ורק אז יכלה לבקש לקבל מעמד בישראל.

24  
25 5. ביום 29.5.19 נדחה הערר הפנימי, ונקבע כי המערערת אינה עומדת בשני תנאים מצטברים  
26 הנדרשים לצורך קבלת מעמד בישראל: כניסת הנין הקטין יחד עם ההורה הזכאי לישראל וצירוף  
27 הנין הקטין לבקשת ההורה לקבלת מעמד (ההחלטה צורפה כנספח ב' לערעור). ביום 19.6.19 הוגש  
28 ערר בבית הדין לעררים בתל אביב, וניתן סעד זמני המונע צעדי אכיפה נגד המערערת. ביום 29.7.20  
29 לאחר שהוגשו כתבי הטענות התקיים דיון בערר, ולאחריו הותר למערערת להגיש השלמת טיעון.

30  
31 6. ביום 23.8.20 ניתן פסק הדין של בית הדין לעררים, שדחה את הערר. הדיין הנכבד דותן  
32 ברגמן פסק כי אין מקום להתערב בשיקול דעת הרשות, משלא הוכח כי נפל בהחלטתה פגם של  
33 סמכות או סבירות; ואין גם מקום להורות לרשות לסטות מהנהלים, משלא הוכח כי קמו נסיבות  
34 חריגות המצדיקות לעשות כן. בית הדין פירט בפסקאות 15-16 לפסק הדין כי:

35 "15. טענת העוררת נסמכת על הוראות הנוהל. דא עקא, הנוהל נועד לצורך מתן מעמד  
36 בישראל לקטין המגיע לישראל יחד עם הורה העולה לישראל מכוח חוק השבות,  
37 ומטרתו המוצהרת הינה למנוע הפרדת משפחות, כאשר מובן שמתן האפשרות לנכד



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

של יהודי לעלות לישראל היתה מסוכלת (או למצער - נדחית), במידה ונגזר היה על העולה להותיר בארצו את ילדיו הקטינים. משכך, מובהר כבר בפתח הנוהל כי: "ככל שנכד ליהודי עולה לישראל מכוח חוק השבות ומגיע ארצה עם ילדו הקטין (שהנו נין של יהודי), תתאפשר הסדרת מעמדו של הקטין בכפוף לעמידתו בתנאי נוהל זה, וזאת על מנת לאפשר את שמירת התא המשפחתי הקיים ערב עלייתם ארצה" (הדגש לא במקור).

16. והנה, כאשר עלה מר שוימר לישראל וקיבל מעמד, לא הגיע ארצה עם ביתו הקטינה (העוררת), ולא ביקש לשמור על התא המשפחתי הקיים טרם עלייתו לישראל (אף אם ניתן היה להשקיף על המצב שהיה קיים רוסייה אחרי גירושי מר שוימר מרעייתו - כאשר העוררת התגוררה עם אמה ופגשה את העורר מדי שבוע - משום 'תא משפחתי', והדבר אינו נקי מספקות). חלף זאת עלה מר שוימר לישראל, והעוררת נותרה לשהות בארצה, יחד עם אמה. משכך, העוררת אינה עומדת בתנאי הנוהל, ומתן מעמד לעוררת כעת גם לא יגשים את התכלית העומדת בבסיסו (השווה - עמ"נ (י-ם) 16-12-22613 זקוטשוילי נ' שר הפנים, פורסם בנבו, 2017.04.26: "מקום בו אפוא, לנין תא משפחתי אחר משלו, נשמטת הקרקע מתחת לתכלית העומדת בבסיס הנוהל". כן ראה עת"מ (ת"א) 06/1161 סטרוגי נ' משרד הפנים, פורסם בנבו, 2006.05.25, במסגרתו נדון עניין דומה של נכד של יהודי אשר עלה לישראל תוך הותרת ביתו הקטינה עם אמה, אשר ממנה התגרש. בית המשפט לא מצא להתערב בהחלטת המשיב שלא לאפשר מתן מעמד בישראל לביתו של האזרח העותר, מספר שנים אחרי עלייתו לישראל: "העותרת איננה עומדת בקריטריונים. העותר עלה לישראל בשנת 1999 עם בתו האחת, בעוד בתו השניה, העותרת, נשארה עם אמה והגיעה בכל התקופה לשני ביקורים קצרים בקיץ לפני הגעתה לישראל, ופעם נוספת כשהגיעה לאחרונה לישראל בשנת 2005. משום כך אין העותרת עומדת בקריטריון לפיו על נינו של יהודי להגיע לארץ עם הוריו (או עם אביה) שנרשמו כעולים".

בית הדין הורה למבקשת לעזוב את הארץ תוך 45 יום, או לפנות לרשות בעניין זה (לאור מגפת הקורונה).

7. ביום 22.9.20 הוגש הערעור ועמו גם בקשה לסעד זמני. ביום 05.11.20 נעתרתי לבקשה וקבעתי כי לאור מאזן הנוחות ומשום שהשאלה כיצד יש לפרש את הנוהל במקרה של הורים גרושים אינה נקיייה מספקות וכי בטיעוני שני הצדדים יש ממש ויש חשיבות לדון בסוגיה וללבנה, יש לאפשר למערער לשהות בישראל עד להכרעה בערעור ולא לשנות מהמצב הקיים, גם אם ימצא לבסוף כי יש לדחותו.

8. ביום 22.04.21 ביקשה המערערת לצרף כראיה בערעור חוות דעת מומחה בנוגע למצבה הפסיכולוגי. בהתאם להחלטתי הועברה חוות הדעת לעיון הרשות, שהגיבה ביום 04.05.21 כי אין באמור בה כדי לשנות את העובדה שהמערערת אינה עומדת בתנאי הנוהל שעל בסיסו נבחנה ונדחתה בקשתה, וכי ככל שהמבקשת מעוניינת לטעון כי מצבה הנפשי מצדיק מתן מעמד בישראל, הרי שעליה לעשות זאת בהתאם לנוהל הרלוונטי במסלול ההומניטארי, כפי שהנחה אותה בית הדין לעררים בפסק דינו מושא הערעור דכאן. פסק הדין ניתן לאחר שהצדדים טענו לפניי.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

### תמצית טיעוני הצדדים

9. העובדות בעיקרן מוסכמות על הצדדים, והמחלוקת העיקרית ביניהם היא משפטית ונוגעת לפרשנות הנוהל במקרים של הורים גרושים לילדים קטינים, הנותרים לגור במדינת המוצא בהעדר הסכמת ההורה השנייה לעלייתם לישראל יחד עם ההורה העולה כזכאי שבות של יהודי.

### טיעוני המערער

10. המערער טוענת כי הנימוק לדחיית בקשתה, שלפיו מאז גירושי הוריה היא התגוררה עם אמה ולא עם אביה, עוד לפני שעלה לישראל וגם לאחר מכן, סותר את כוונת הנוהל במצב של גירושין. זאת, משום שהאב עלה לבדו כשהקטינה נותרה עם אמה ברוסיה, ולפי החוק הרוסי עלייתה לישראל כפופה להסכמת אמה שלא ניתנה באותו מועד. לטענתה, הנוהל לא צופה מצב של גירושין בין הורי הנין הקטין, ואין מקום לפרשנות השוללת ממנו את האפשרות להצטרף לאב שעלה כזכאי שבות, משעה שהוסרה המניעה החוקית על פי החוק הזר להצטרפות אליו, כפי המקרה של המערער.

11. המערער מוסיפה וטוענת כי יש לפרש את המונח "הורים" בנוהל גם בלשון יחיד, שאחרת מי שאתרע מזלו והוריו התגרשו לא יוכל לקבל מעמד בישראל. לטענתה, לפי דיני רוסיה, כשההורים גרושים וגרים בבתי נפרדים, כל אחד מהם מהווה תמיד את התא המשפחתי של הילדים, בכפילות. המערער ביקשה לצרף חוות דעת של עו"ד קיילא ליכטר מומחית לדיני רוסיה, כדי לתמוך בטענתה כי המניעה המשפטית לעלית המערער עם אביה בשל התנגדות אמה, אינה סותרת את העובדה שהתא המשפחתי שלה עם אביה המשיך להתקיים. המערער טוענת כי בית הדין לעררים שגה כשסרב להתיר את צירוף חוות הדעת.

12. המערער טוענת עוד, כי היא ואביה עשו כל שניתן כדי לשמור על התא המשפחתי לאחר שהאב עלה לישראל, באותו אופן שבו התגוררה איתו ברוסיה בכפוף להסכמת אמה, והגיעה לבקרו בכל קיץ. בנוסף, בהזדמנות הראשונה שהתאפשר הדבר עם הסרת החסם של התנגדות האם, פנו לאשר את הצטרפותה אליו ועלייתה לישראל. לטענתה, שלילת זכותה לקבל מעמד בישראל היא הפליה לא מוצדקת בין ילדים שמתגוררים עם הוריהם לבין ילדים שהוריהם נפרדו, אשר בנוסף לסבל הנובע מעצם הפירוד, סובלים גם מהמגבלות שמדינה זרה יוצרת תוך הגבלת זכויותיהם.

13. המערער טוענת כי במצב זה, שבו הילדים הקטינים החלשים מתאמצים להישאר קשורים לשני ההורים ולשמור על התא המשפחתי הכפול, אל למדינת ישראל לשים מולה מכשולים נוספים כך שתהיה כלואה ברוסיה ללא אפשרות לצאת ולהצטרף לאביה, ובמיוחד שעשתה כל שניתן כדי לשמור על התא המשפחתי שלהם למרות התנגדות האם. לטענתה "אין לפרש נסיבות פרידה זמנית של בני המשפחה כמבטלות את קיום התא המשפחתי רק בגלל שאין בידי הנוגעים בדבר למנוע את הנסיבות, למשל שירות בצבא בזמן המלחמה או מחלה או אפילו תקופת לימודים בתיכון עם אפשרויות ביקורים מצומצמות ביותר – נסיבות שכאלה כשלעצמן אינן מבטלות את קיום התא



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

המשפחה. אדרבא בני הזוג או ילדים והורים מצפים לרגע שישתלקו המכשולים לאיחוד המשפחה" (סעיף 27 לערעור). משכך, טוענת המערערת כי במצב של גירושין מספיק שיתקיים התנאי כי האב עלה לישראל והמערערת קיימה את שאר התנאים הטכניים המפורטים בנוהל, כדי שתזכה במעמד המבוקש כנינה קטינה של יהודי.

14. המערערת מוסיפה וטוענת, כי אביה לא ציין את שמה בטופס שאלון העליה שמילא, כי הטופס מורכב מאד וקל להיכשל במילוי, ואביה הבין את המילה "Родственник" שבטופס בתרגום המקובל ברוסית המדוברת, ככוללת קרובי משפחה רחוקים שנותרו ברוסיה ולא את ילדיו.

15. לבסוף טוענת המערערת כי לימודים בבית הספר הוכרו בפסיקה כעילה שיש להתחשב בה לעניין שמירת זכות נין של יהודי להצטרף לבני המשפחה שרצו להעלות עמם את ילדיהם אך נאלצו להמתין לסיום לימודיהם.

### טיעוני הרשות

16. הרשות מפרטת את המסגרת הנורמטיבית הרלוונטית לגבי הכניסה לישראל של נין של יהודי, ומפרשת את הרציונל העומד מאחוריה לשיטתה. לטענתה, בית הדין לעררים שקל את כל השיקולים הרלוונטיים ועיין בכל הטענות והראיות, ופסק הדין מנומק ומבוסס על הדין החל ועל ההלכה הפסוקה ולא נפל בו כל פגם, וודאי שלא כזה המצדיק התערבות של בית המשפט בערעור. הרשות טוענת כי המערערת אינה עומדת בתנאי הנוהל, ובהתאם להלכה הפסוקה בית המשפט אינו מחליף את שיקול דעת הרשות המוסמכת בשיקול דעתו, ובמיוחד כשהוא יושב כערכאה שניה ומתחם התערבותו בהחלטות בית הדין מצומצם.

17. הרשות טוענת כי הסמכות להעניק מעמד בישראל מכח חוק השבות תש"י – 1950 (להלן: **חוק השבות**) נתונה לשר הפנים, ומדגישה כי "**כמשקל הזכות, כך משקל הסמכות והאחריות וכן כובד שיקול הדעת והזהירות המתחייבים בעת בחינת בקשה להענקת מעמד מכח חוק השבות**" (סעיף 22 לתגובה לערעור). הרשות מצטטת את ההגדרות של "יהודי" ושל "זכאי שבות" בחוק השבות, ומפרטת את המסקנה מהן, שלפיה "**לנין ליהודי לא נתונה זכות הכניסה לישראל או לשהייה בה מכח חוק השבות, ואף לא מכח חוק האזרחות**" (סעיף 27 לתגובה לערעור). לטענתה, הוראת החוק הרלוונטית היא הוראת סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב – 1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), המקנה לשר הפנים סמכות רחבה ליתן רשיונות ישיבה בישראל בהתאם לשיקול דעתו, בהתאם לעקרון הריבונות שמכוחו יש למדינה שיקול דעת רחב להחליט מי ייכנס בשעריה, למנוע מזרים להיכנס לתחומה או להרחיקם כאשר אינם רצויים עוד.

18. הרשות מצטטת מהנוהל, המעגן את אופן הטיפול בבקשות לקבלת מעמד בישראל המוגשות על-ידי נינים ליהודים, ומפרטת את תנאי הסף לתחולתו אשר רלוונטיים לענייננו: הראשון, כי בעת הגשת הבקשה על המבקש להיות קטין עד גיל 18; והשני, כי בעת הגשת הבקשה יעלה לישראל הנכד



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

1 הזכאי למעמד מכח חוק השבות ביחד עם המבקש (ילדו הקטין שהינו נין של יהודי), וזאת מתוך  
2 תפיסה שמאפשרת את שמירת התא הקיים ערב העלייה ארצה.

3  
4 הרשות מדגישה, כי האפשרות לקבל מעמד בדרך זו היא חריג לכלל שלפיו לנין של יהודי לא מוקנית  
5 כל זכות לקבלת אזרחות ישראלית, כמו גם אשרת עולה כשל הוריו, אלא בכפוף לתנאים המופיעים  
6 בנוהל ובהתאם לשיקול הדעת הרחב של הרשות בנושא. בנוסף מדגישה הרשות כי אף כשנין של  
7 יהודי עומד בתנאים, לא מוטלת חובה על המדינה להעניק לו אזרחות ישראלית או אשרת עולה,  
8 אלא לפי שיקול דעתה של הרשות ולא כסמכות חובה.

9  
10 19. לטענת הרשות, הנוהל הומניטרי בבסיסו, והותקן מכח שיקול דעתו הרחב של שר הפנים  
11 לצורך שימור התא המשפחתי של זכאי השבות, אף שאין לנין של יהודי זכאות קנויה לקבל מעמד  
12 מכח הדין. לטענתה, המערכת אינה עומדת בתנאי הסף שבנוהל משום שאביה עלה לישראל בגפו  
13 שנים רבות טרם הגשת בקשתה למעמד לפי הנוהל, והיא אף כלל לא צוינה בטופס הבקשה שלו טרם  
14 עלייתו. הרשות מוסיפה וטוענת כי מטרת הנוהל היא שימור המצב הקיים של העולה בשעת העלייה  
15 לישראל, ובמקרה של המערכת לא נעשה דבר כדי להעלותה לישראל יחד עמו. הרשות מציינת כי  
16 חפצו של אבי המערכת כי תעלה עמו לא משנה את העובדה שלא קיימה את תנאי הנוהל, ובהקשר  
17 זה טענת המערכת להפליה היא חסרת בסיס, כי בהתאם למטרתו המוצהרת, הנוהל מתייחס לנכד  
18 של יהודי המגיע ארצה עם ילדו כדי לשמר מצב משפחתי קיים של זכאי השבות, בין אם הוא פרוד  
19 מבת זוגו ובין אם לאו. הרשות טוענת כי הנוהל מפורש וברור כי **"ההכרה באפשרותו של נין ליהודי**  
20 **בקבלת מעמד היא פועל יוצא של זכאות הוריו, לצורך שמירת תא משפחתי קיים והגשמת זכותם**  
21 **לחיי משפחה בישראל של ההורים הזכאים לשבות, ועל כן הקטין הוא ש"הולך" אחרי הוריו ולא**  
22 **ההיפך, ולצורך הסדרת מעמדו עליו לעמוד בתנאי הסף הקבועים בנוהל"**. הרשות מבהירה כי אין  
23 בנוהל זכות אוטומטית **"לשדרוג מעמד קבע בישראל"** (סעיף 49 לתגובה לערעור) אלא על המבקש  
24 מכח הנוהל לעמוד ראשית בתנאי הסף המצטברים בו לצורך בחינת בקשתו. לטענת הרשות, משום  
25 שאין חולק כי המערכת לא התגוררה עם אביה במועד עלייתו לישראל וגם במשך חמש שנים לאחר  
26 מכן, הרי שלא עמדה בתנאי הסף המצטברים לפי הנוהל.

27  
28 20. הרשות מוסיפה וטוענת כי בית הדין לערים צדק בהחלטתו לא להתיר את הגשת חוות  
29 הדעת לדין הזר אשר לא היה טעם להגישה, משום שאין מחלוקת על הסיבה לאי הגעת המערכת  
30 ארצה יחד עם אביה, ובהקשר זה לא משנה אם הדבר נעשה בשל סכסוך/היפרדות או גירושין בין  
31 ההורים, כי ממילא כפי שקבע בית הדין: **"סיבה זו אינה יכולה להוות סיבה חריגה אשר תצדיק**  
32 **סטייה מהנוהל"**. הרשות שבה וטוענת גם בהקשר זה, כי אבי המערכת לא עלה עמה ולא ביקש  
33 לשמור על התא המשפחתי שלו ואף לא הזכיר אותה בטופס העליה כקרובת משפחתו.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

### דין והכרעה

21. בשל חשיבות הנושא, אעמוד בפתח הדברים על הפרשנות הראויה והסבירה של הנוהל במקרים של עולים שהם נכדים ליהודי שעלו לישראל והותירו בחו"ל בתזקת ההורה הגרוש השני את ילדיהם הקטנים. לאחר מכן אסיק מהכלל אל הפרט בנוגע למקרה הנוכחי, לרבות לגבי אי הכללת המערערת בשאלון העליה של אביה.

### המסגרת הנורמטיבית

22. סעיף 4א(א) לחוק השבות מקנה זכויות לבני משפחה מסוימים של יהודים, אף אם אינם יהודים בעצמם:

**הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.**

בהתאם לכך, קבעה כב' השופטת, כיום הנשיאה, אסתר חיות בפסקה 2 לפסק דינה בבגץ 11678/04 אללה ורסקיין נ' שר הפנים (נבו, 08.02.05) כי:

**"הנה כי כן, מכוח חוק השבות זכאים ילד ונכד של יהודי וכן בן זוגו של יהודי ושל ילד ונכד של יהודי לקבלת מעמד בישראל מכוח חוק השבות. לא כן נינו של יהודי. הנין אינו נמנה עם שרשרת בני המשפחה של יהודי הזכאים לקבלת מעמד בישראל מכוח חוק השבות."**  
(ההדגשה שלי מ' א' ג').

23. על הבעייתיות שנוצרה כתוצאה מכך, הנוגעת לעניינינו, עמד אשר מעוז במאמרו "הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת" 367 הפרקליט, לח (תשמ"ח-תשמ"ט):

**"סיטואציה אחת נעלמה מעיני המחוקק. אפשר ומשפחה תבקש לעלות לישראל כאשר חלק מבניה יוכלו לחסות בצילו של סעיף 4א ואלו חלקם האחר ולא יימצאו כשירים לכך. טול מקרה של מי שסבו היה יהודי העולה לישראל ועמו אשתו הנכריה ובנו. מנקודת השקפתה של ההלכה אין כל מקום להבחין בין השלושה: שלושתם אינם יהודים. המחוקק החליט, כאמור, להעניק זכויות של יהודי למי שאיננו יהודי בעיני ההלכה. אולם בדוגמא האחרונה נוצרה הבחנה מלאכותית בין ההורים מצד אחד לבין הבן מצד שני. הראשונים יעלו כעולים מכוח חוק השבות וירכשו אזרחות מכוח שבות. מבנם תישלל, לעומת זאת, הזכות לשבות ולאזרחות אוטומטית. תוצאה זו עומדת בסתירה, כך נראה לנו, למניע העיקרי לחקיקתו של סעיף 4א. תוצאה זו צורמת במיוחד נוכח רוחב הלב שגילה המחוקק כלפי בני המשפחה המנויים באותו סעיף, בהעניקו להם את הזכויות של יהודי אפילו עלו ארצה בלעדי שארם, היהודי, שמכוחו מואצלות להם זכויותיהם. אלמלא ליברליות זו לא היתה הבעיה מתעוררת, בדרך-כלל, שכן נדירים המקרים בהם יעלו ארבעה דורות לישראל כאחת."**

על אף ביקורת אפשרית מסוג זה, אין מחלוקת, גם לא בערעור שלפניי, כי נינים של יהודים (אשר אינם יהודים בעצמם) אינם זכאי שבות, וכי כניסתם לישראל כפופה להוראות חוק הכניסה לישראל, החל על זרים.





## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

24. סעיף 1 לחוק הכניסה לישראל קובע:
- (א) מי שאיננו אזרח ישראלי, תהיה כניסתו לישראל על פי אשרת עולה או על פי אשרה לפי חוק זה.
- (ב) מי שאיננו אזרח ישראלי או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה."
- סעיף 2 לחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לתת אשרות ורשיונות מכוחו. תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 קבעו סוגי אשרות ורשיונות מסוימים למעבר, לביקור ולארעי. בחוק ובתקנות לא נקבעו קריטריונים למתן אשרות ורשיונות לישיבת קבע. ההלכה היא, כי שיקול דעתו של השר במסגרת סמכותו בסוגיה זו הוא רחב ביותר, אם ובאילו תנאים להתיר לזרים להתישב בישראל בהעדר זכות קנויה לכך, כפי שקבע בית המשפט העליון, למשל, בדנגץ 8916/02 מריו דימיטרוב נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין בפסקה 7 (נבו, 06.07.03, להלן: עניין דימיטרוב):
- "הנחת המוצא שהוכרה בפסיקה היא, כי בשאלה אם להעניק לזר מעמד של תושב קבע בישראל - שהכרעה נגזרת, בין היתר, ממדיניות ההגירה של המדינה - נתון לשר הפנים שיקול-דעת רחב; וההתערבות השיפוטית בהחלטות שר הפנים בנושא זה היא בהכרח מצומצמת."
25. עם זאת השר נתון לביקורת שיפוטית ככל רשות, ועליו לקבוע כללים וקריטריונים להפעלת שיקול הדעת כראוי וכמתחייב מסדרי מנהל תקין, כפי שאף עשה בנהלים שונים. בבגץ 8093/03 סרגיי ארטמייב נ' משרד הפנים בפסקה 11 (נבו, 15.12.04, להלן: עניין ארטמייב), נקבע לעניין זה:
- "אכן, שר הפנים הוא "שומר הסף" של המדינה. נמסרה לו הסמכות להעניק אשרות ורשיונות לישיבה בישראל. זו סמכות שבשיקול דעת. עליו להפעילה בסבירות, ככל סמכות שלטונית אחרת. טוב עשה כשקבע קריטריונים ברורים ואחידים לשם כך (ראו פרשת הררי). טוב עשה כשהותיר פתח להפעלת שיקול דעת חורג, במקרים המצדיקים זאת. אף הקריטריון הרלוונטי גופו – סביר הוא."
- וראו עוד, בין רבים: בג"ץ 1689-94 ג'ולי הררי נ' שר הפנים (נבו, 25.12.94, להלן: עניין הררי) ובג"ץ 3403/97 אנקין ורה ואח' נ' משרד הפנים (נבו, 29.09.97, להלן: עניין אנקין); עע"מ 812/13 ג'ינאלין באוטיסטה נ' שר הפנים, פסקה 8 לפסק דינו של כב' השופט עוזי פוגלמן (נבו, 21.01.14); עע"מ 5417/13 אנגיזה דג'יטנו נ' שר הפנים, פסקה 22 לפסק דינו של כב' השופט נעם סולברג (נבו, 11.09.14, להלן: עניין דג'יטנו).
26. בתוך כך, המדיניות המתמשכת לא להתיר לזרים להתישב בישראל אלא במקרים חריגים ומטעמים הומניטאריים מיוחדים, עמדה לביקורת שיפוטית בשורה ארוכה של מקרים שבהם סורבו בקשות שלא עמדו בקריטריונים בנסיבות מגוונות, ובית המשפט נמנע מהתערבות בשיקול דעתו של השר ובמדיניות (ראו בין רבים: עניין דימיטרוב; עניין ארטמייב; עניין אנקין; עניין הררי; בג"ץ 2355/98 ישראל סטמקה נ' שר הפנים (נבו, 04.05.99, להלן: עניין סטמקה); בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים (נבו, 16.01.03); בגץ 9211/04 צביון איבורה נ' משרד הפנים (נבו, 18.07.05, להלן: עניין איבורה; עע"מ 11538/05 זינאיזה נטיוסוב נ' שר הפנים (נבו, 25.11.07);





## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

עמ"מ 7422/07 לודמילה אלכסנדרובה נ' משרד הפנים - מנהל האוכלוסין (נבו, 02.07.08) ועמ"מ 6147/11 טטיאנה גורובץ נ' משרד הפנים - מינהל האוכלוסין (נבו 03.03.13, להלן: ענין גורובץ)).

27. כחריג לכלל שלפיו נין של יהודי אינו זכאי שבות, קבע שר הפנים את הנוהל המאפשר מתן מעמד לנין של יהודי, על אף שאינו זכאי למעמד עולה ואף לא לאזרחות ישראלית מכח חוק האזרחות. הנוהל פותח בפרק הכללי, ומסביר כי:

"נין של יהודי אינו זכאי למעמד עולה מכוח חוק השבות ואף לא לאזרחות ישראלית מכוח חוק האזרחות, תשי"ב – 1950 (להלן: "חוק האזרחות"). יחד עם זאת, ככל שנכד ליהודי עולה לישראל מכוח חוק השבות ומגיע ארצה עם ילדו הקטין (שהנו נין של יהודי), תתאפשר הסדרת מעמדו של הקטין בכפוף לעמידתו בתנאי נוהל זה, וזאת על מנת לאפשר את שמירת התא המשפחתי הקיים ערב עלייתם ארצה.

מטרת הנוהל מוגדרת בהמשך:

"לקבוע את אופן הטיפול בבקשות למתן מעמד לנין קטין של יהודי אשר הגיע ארצה עם הוריו, ובבקשות להארכת תוקף רישיון ישיבה שאושר מכוח נוהל זה."

התנאים והדרישות של הנוהל מנויים בו כך:

1. ג.1. המבקש הוא קטין (עד גיל 18) נין ליהודי שהוריו הוכרו כזכאי שבות ע"י הסוכנות היהודית/לשכת הקשר.
  2. ג.2. דרכון זר תקף לשנתיים לפחות.
  3. ג.3. תעודת לידה של המבקש מקורית ומאומתת (מתורגמת במידת הנדרש).
  4. ג.4. מילוי טופס בקשה להארכת רישיון ישיבה/החלפת סוג אשרה (אש/3).
  5. ג.5. עד גיל 16 – תמונה עדכנית. מעל גיל 16 – 3 תמונות עדכניות.
  6. ג.6. אגרת שירות – השירות כרוך בתשלום אגרה כמפורט בלוח אגרות."
- (ההדגשות שלי מ' א' ג').

מבקש שעומד בקריטריונים יקבל רשיון ארעי למשך שנה שיוארך בהעדר מניעה בכל שנה עד לתקופה מצטברת של 3 שנים, שבסיומן, אם עמד בקריטריונים הקבועים בהמשך הנוהל (אשר אינם רלוונטיים לענייננו ולכן לא אפרט), ישודרג מעמדו לאזרחות או לרשיון קבע לפי העניין, בנסיבות ובתנאים הקבועים בנוהל.

28. לטענת המערערת יש לפרש את המונח "הורים" בנוהל גם בלשון יחיד "הורה" כדי לא להפלות נינים של יהודים ממשפחות שבהן ההורים גרושים ביחס לנינים שמשפחתם אינה מפוצלת בין מדינות ובתים. טענה זו ממקדת את הדיון בפרשנות הנוהל וסבירות הפגיעה של הקריטריונים הקבועים בו בזכות למשפחה. אדון בכך תחילה.

### הזכות לחיי משפחה

29. לטענת המערערת, הרשות מפלה נינים של יהודים שהם ילדים להורים גרושים, ביחס לנינים של יהודים שהם ילדים של הורים שאינם גרושים. על כן יש לבחון את מגבלות התכלית ומידת הפגיעה הסבירה בזכות למשפחה, של נכד ליהודי שעולה לארץ ומותיר מאחור ילדה שאינה יהודיה שנמנע ממנה להצטרף אליו בשל התנגדות אמה הגרושה ממנו, ובזכויות של ילדים כמותה.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

**עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים**

30. הזכות לזוגיות ולחיי משפחה הוכרה באמנות בינלאומיות רבות (סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966) ועמדתי עליה בהרחבה בפסק דיני **בעניין איזנברג** ובפסק דיני בעמ"נ (ת"א) 9613-08-20 **פלוני נ' רשות האוכלוסין וההגירה** (נבו 13.4.21, להלן: **עניין פלוני**).

31. הזכות למשפחה הוכרה בפסיקה כזכות יסוד חוקתית הקשורה בטבורה לכבוד האדם, כחלק מזכויות היסוד של הפרט (עמ"מ 1038/08 **מדינת ישראל נ' חסין געאביץ**, פסקה י"ז לפסק דינו של כב' השופט, לימים המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (נבו 11.8.2009)) ואף כחלק מתקנת הציבור בישראל (ראו: ע"א 2266-93 פלוני, קטין, נ' פלוני בפסקה 6 לפסק דינו של כב' הנשיא שמגר (נבו, 22.02.95); בג"ץ 693/91 **ד"ר מיכל אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין**, פסקה 49 לפסק דינו של כב' השופט, לימים הנשיא אהרן ברק, פ"ד מז(1), 749; בג"ץ 466/07 **ח"כ זהבה גלאון מר"צ-יחד נ' היועץ המשפטי לממשלה** פ"ד סה(2) 44 (2012); עמ"מ 9102/12 **טטיאנה קוזמינה נ' משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה ומעברי הגבול**, פסקה 23 לפסק דינו של כב' השופט עוזי פוגלמן (נבו 26.8.2014); בג"ץ 9261/16 **פלונית נ' בית הדין הרבני הגדול לערעורים בירושלים**, פסקה נ' לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה אליקים רובינשטיין (נבו 30.3.2017)).

32. מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה הכרוכה בזכות לכבוד האדם, הוכר פה אחד גם ע"י כלל שופטי ההרכב המורחב בבג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים** (נבו, 14.05.06 להלן: **עניין עדאלה**). כב' הנשיא אהרן ברק עמד על חשיבות השמירה על התא המשפחתי המוכרת במשפט הישראלי, והסביר כי "**למשפחה תפקיד חיוני ומרכזי בחייו של היחיד ובחייה של החברה. הקשרים המשפחתיים, עליהם מגן המשפט ואותם הוא מבקש לפתח, הם מהחזקים ומהמשמעותיים ביותר בחייו של אדם**" (שם, פסקה 25). בנוסף נקבע **בעניין עדאלה**, כי הזכות למשפחה מקפלת בתוכה גם את הזכות של אזרח ישראלי לאיחוד משפחות עם ילדיו הקטנים. כב' הנשיא ברק הדגיש כי: "**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**". בסוף הדברים סיכם כב' הנשיא את שני ההיבטים המשלימים של הזכות למשפחה – זו של ההורה וזו של הילדה:

**"לכבוד התא המשפחתי יש, איפוא, שני היבטים. ההיבט האחד הוא זכותו של ההורה הישראלי לגדל את ילדו במדינתו. זוהי זכותו של ההורה הישראלי לממש את הורותו בשלמות, הזכות להינות מהקשר עם ילדו ולא להינתק ממנו. זוהי זכותו לגדל את ילדו בביתו, במדינתו. זוהי זכותו של ההורה שלא תיכפה עליו הגירה מישראל, כתנאי למימוש הורותו. היא מבוססת על האוטונומיה והפרטיות של התא המשפחתי. זכות זו נפגעת אם אין מאפשרים לילדו הקטין של ההורה ישראלי לחיות עימו בישראל. ההיבט השני הוא הזכות של הילד לחיי משפחה. הוא מתבסס על ההכרה העצמאית בזכויות האדם של ילדים. זכויות אלה מוענקות בעיקרן לכל אדם באשר הוא אדם, לאדם הבגיר ולאדם הקטין. הילד "הוא בן אנוש בעל זכויות וצרכים משלו" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגים ואח' ([פורסם בנבו])). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות**



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

הקשר בין הילד לבין כל אחד מהוריו. ההמשכיות וההתמדה בקשר עם הוריו הם יסוד חשוב בהתפתחותם התקינה של ילדים. מנקודת ראותו של הילד, ניתוקו מאחד מהוריו אף עלול להיתפס כנטישה ולהשליך על התפתחותו הרגשית. אכן, "טובת הילדים מחייבת, כי יגדלו במחיצת אביהם ואמם במסגרת תא משפחתי יציב ואוהב, ואילו בפרידה של הורים כרוכה מידה של ניתוק בין אחד ההורים לילדיו" (רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331). (שם, פסקה 28. ההדגשות שלי מ' א' ג').

33. עניין עדאלה עסק בחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003, האוסר מתן היתרי שהייה, רישיונות ישיבה ואזרחות בישראל לפלסטינים תושבי השטחים בכפוף לחריגים מעטים, וברוב של ששה מול חמישה שופטים נקבע כי שיקולים בטחוניים מצדיקים את מידת הפגיעה הנגרמת בזכות למשפחה. בעניין איזנברג עמדתי בהרחבה על הנסיבות המורכבות של עניין עדאלה, ועל שנלמד ונכתב בעקבותיו לגבי האיזון בין הזכות למשפחה לבין אינטרסים אחרים. בעניין שלפניי, כמו גם בעניין איזנברג, הנסיבות שונות, ואני סבורה כי יש לפרש את הנהלים, ואת מדיניות ההגירה הבאה לידי ביטוי דרכם, באופן שיתאים יותר למציאות החיים המורכבת בישראל, הקשורה בהגירה שאינה כרוכה בסיכון בטחוני. קל וחומר, בנסיבות הקשורות לעליה מכח שבות של נכד ליהודי שהותיר מאחור ילדה, שאינה יכולים להצטרף אליו בשל התנגדות אימה המחזיקה בה כחוק באותה מדינה. לכן אדון להלן בזכות למשפחה בנסיבות אלה, ובפרשנות הנוהל הנגזרת ממנה.

### הזכות לחיי משפחה וחוק השבות

34. בית המשפט העליון דן בהשפעת הזכות למשפחה על היקף זכות השבות והזכויות הנובעות ממנה בבג"ץ 5517/16 אנטון יעקובוב נ' שר הפנים (נבו, 18.04.24, להלן: עניין יעקובוב), והתעמק ביחסי הורים וילדים (שם בנסיבות אימוץ שנקבע כי כנותו לא הוכחה). מפאת חשיבות העניין אביא את הדברים בהרחבה (פסקאות 5-23 לפסק דינו של כב' השופט דוד מינץ):

"סעיף 4 לחוק השבות, העומד במוקד העתירה, חורג מההגדרה האובייקטיבית והממעטת שבסעיף 4ב. הוא מרחיב את היקף גבולותיה של זכות השבות כך שתחול גם על בני משפחה של יהודי, על אף שאינם יהודים בעצמם. כך קובע סעיף 4(א): "4א(א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, ולבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון."

בית משפט זה עמד לא אחת על פירושו ה"לשוני דינמי" והתכליתי של סעיף 4א האמור, ועל יחסי הגומלין בינו לבין סעיף 4ב (בג"ץ 8030/03 סמילוב נ' שר הפנים, פ"ד נח(6) 115, פסקה 10 (2004) (להלן: עניין סמילוב); עניין סטמקה, עמ' 749). בעוד שהגדרת יהודי על פי סעיף 4ב עוסקת בהגדרת יהודי לפי ההלכה היהודית, סעיף 4א(א) לחוק השבות מרחיב כאמור את מעגל הזכאים לשבות. ביסוד חקיקתו עמד החשש כי יהודי התפוצות, אשר יצרו קשרי משפחה עם מי שאינם יהודים, יימנעו מלעלות לישראל ככל שהדבר יהא כרוך בפירוק התא המשפחתי שלהם. על כן, באמצעות סעיף 4א(א) ביקש המחוקק לנטרל את התמריץ השלילי לעלייתם של אלה ארצה, אגב הקניית מעמד של עולים לבני משפחתם שאינם יהודים .... שילובם של שני סעיפים משלימים אלה מסייע בהגשמת התכלית העיקרית שבבסיס חוק השבות, שהיא עידוד יהודים החיים מחוץ לישראל לעלות ארצה תוך שמירה על אחדות משפחותיהם.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

הזכות המוקנית אפוא מכוח סעיף 4א(א) לחוק השבות לבן המשפחה הלא יהודי, אינה עומדת כשלעצמה, אלא היא זכות הנגזרת מזכותו של בן משפחתו היהודי. לפיכך, ולנוכח התכלית שביסוד הסעיף כאמור, הרי שקשר משפחתי שנוצר עם יהודי אינו מקים מיניה וביה מעמד של עולה מכוח חוק השבות. זכות השבות תינתן רק לבני משפחה המקיימים תא משפחתי ממשי ומהותי עם יהודי, ולעניין זה אין די בסטטוס רשמי של היותם בני משפחה. לאמור: בחינת קשר גורל, ולא בחינה פורמלית ..... גישה זו, לדוגמה, הנחתה את בית משפט זה בקבעו כי איש הנשוי באופן פורמלי לאישה יהודייה לא ייחשב בגדר "בן זוג" של יהודייה אם יתברר כי מדובר בנישואין פיקטיביים ....." (הדגשות שלי מ' א' ג')

בהמשך פסק הדין מסכם כב' השופט מינץ כי:

"כאמור תכליתו של סעיף 4א לחוק השבות, המרחיב את מעגל הזכאות לשבות ובתוך כך מעודד יהודים לעלות לישראל מבלי לוותר על אחדות משפחתם, מושגת אם מדובר בקשרי משפחה כנים ואמיתיים במובנם המהותי. בהתאם לכך, רק ההתחקות אחר טיבם ואופיים של קשרי המשפחה שמכוחם מתבקש המעמד, תיעשה בהתאם למכלול הנסיבות, ולעניין זה אין כל טעם מהותי בהבחנה מלאכותית על ציר הזמן בין התקופה שקדמה להליך האימוץ לבין התקופה שלאחר מכן." (ראו שם, פסקה 38. ההדגשה שלי מ' א' ג').

35. בבג"ץ 8030/03 סמוילוב נ' משרד הפנים פ"ד נח(6) 115 (2004, להלן: עניין סמוילוב), נדון מקרה שבו יהודי שעלה לישראל בגפו, הודיע לרשויות שאשתו שאינה יהודייה "נשארת ברוסיה", ולאחר מכן התגרש ממנה והגיש בקשה בחו"ל לבטל הליך שהחל שם לאימוץ בנה מנישואין קודמים. האישה ובנה הגיעו לישראל כשנה וחצי לאחר האיש, וביקשו לקבל מעמד של עולים כאשתו ובנו של יהודי, אך סורבו לנוכח פירוק התא המשפחתי עוד ברוסיה. פסק הדין מפי כב' השופט, לימים המשנה לנשיא, מישאל חשין, דן לעומקה בפרשנות סעיף 4א לחוק השבות (פס' 8-9):

"הוראת-חוק זו – מה טיבה? עמדנו על כך בעבר והסברנו כי הוראה זו נועדה לאפשר ליהודים שנישאו בנישואי-תערובת לעלות לישראל עם בני-משפחתם שאינם יהודים, שאחרת אפשר לא היו אותם יהודים עולים ארצה כלל. נישואי-תערובת הינם תופעה רווחת בקרב יהודי התפוצות, והחשש היה כי שלילת זכויות מבן-משפחה שאינו יהודי עלולה להניא יהודים מעלות ארצה ..... סעיף 4א שלחוק השבות נועד לפתור בעיה זו של נישואי-תערובת: "...להקל על עלייתן של משפחות מעורבות אלה בשלמותן..." (בג"ץ 265/87 ברספורד נ' משרד הפנים (פרשת ברספורד [2]), בעמ' 834) "במגמה שלא להביא לפיצול [של משפחת נישואי תערובת – מ' ח'] ובמטרה לעודד את עלייתה ארצה" (פרשת סטמקה [1], שם). .....

9. הוראת סעיף 4א שלחוק השבות נועדה אפוא להוות כלי-עזר להגשמת תכליתו העיקרית של חוק השבות; לא אך שכל יהודי באשר הוא יהא זכאי לעלות לישראל, אלא שיהודים אכן יעלו לישראל; לעודד יהודים חיים מחוץ לישראל ולאפשר להם ככל הניתן לעלות לישראל. והגם שהחוק ביקש להרחיב את מעגל הזכאים לשבות אף למי שאינם יהודים, לא באה הרחבה זו לעולם אלא כדי לאפשר ליהודים לעלות ארצה. אכן כן: סעיף 4א מייחס חשיבות גם לקשר שקשרו אותם בני משפחה עם העם היהודי – לא אך עם אותו יהודי המבקש לעלות." (ההדגשות שלי מ' א' ג').

36. בהמשך (עניין סמוילוב, פסקה 10), התייחס כב' השופט חשין במפורש לפרשנות המונחים "בן זוג" של יהודי ו"ילד" של יהודי בחוק השבות:

"תירגום העיקרון לדרכי פירושה – ולקביעת תחומי התפרשותה – של הוראת סעיף 4א לחוק השבות ישמיענו כי המונחים "בני משפחה", "בן זוג" או "ילד" של יהודי



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

שבאותה הוראת-חוק יש ונכון לפרשם "פירוש לשוני דינמי", פירוש העולה בקנה אחד עם תכליתו העקרונית של חוק השבות כפי שזו באה לידי ביטוי בסעיף 1 בו (פרשת סטמקה [1], בעמ' 749-750). "פירוש לשוני דינמי", קרא: שבות כהוראת סעיף 4 שלחוק תוענק אך ורק לבני-זוג ובני-משפחה לא יהודים שקשרו גורלם בגורלו של יהודי שחוק השבות חל עליו – וממילא קשרו גורלם בגורלו של העם היהודי – ובה-בעת לא תינתן זכות לשבות למי שלא קשרו אותו קשר-גורל, אף אם מחזיקים הם בסטטוס פורמאלי של היותם בני משפחה. הבחינה לזכות השבות בחינה מהותית היא – בחינת קשר הגורל, ולא אך בחינה פורמאלית – בחינת קשר הנישואין או קשר ההורות כבענייננו."  
(. ההדגשה שלי מ' א' ג').

37. כב' השופט חשין הוסיף וקבע (בעניין סמוילוב, פסקה 12), נקבע כי: "קשרי המשפחה האמורים בסעיף 4 שלחוק השבות מייסדים עצמם על קיומו של תא משפחתי אמיתי, ותכליתם היא לסלול דרך לפני יהודי המבקש לעלות ארצה עם בני משפחתו. כך – ולא מעבר לכך" (ההדגשה שלי מ' א' ג'), ולגבי בני המשפחה שאינם יהודים נקבע (שם בפסקה 13):

"בני משפחה לא-יהודים של יהודי זכותם לשבות תולה עצמה בהיותם נמנים על התא המשפחתי של היהודי, ובהתפרק התא המשפחתי ניתק ממילא הקשר, ובני המשפחה – גם אם בני משפחה הם באורח פורמאלי – אין הם עוד בני משפחה במובנו של חוק השבות. *Cessante ratione legis – cessat ipsa lex*: בהיבטל הגיונו של החוק – ייבטל החוק עצמו."  
(ההדגשה שלי מ' א' ג').

לבסוף (בפסקה 14), התייחס בית המשפט העליון לנסיבות שבהן פרידה ממושכת של העולה מבני משפחתו אינה מלמדת על פירוק התא המשפחתי, כחריג לכלל:

"להבהרת דברינו נוסיף ונאמר עוד זאת: לא היה בכוונתנו לומר – אף אין אנו אומרים – כי יהודי שעלה ארצה בגפו בהותירו את אשתו ואת ילדיו הלא-יהודים בארץ שממנה עלה, נתפוגגה ונעלמה זכותם של בני המשפחה הלא-יהודים לעלות ארצה ולהצטרף לבעל ולאב שעלה תחילה. נסיבות מנסיבות שונות עשויות לעכב את עלייתם המשותפת של בני-הזוג וילדיהם – למשל טיפול בבן-משפחה חולה, קשיי-כלכלה ועוד – ולא נאמר כי במצב דברים זה אין עוד בני המשפחה הלא-יהודים זכאים ליהנות מטובו של חוק השבות. אלא שפרדה ממושכת עשויה להצביע על פירוק התא המשפחתי, והשאלה אם אמנם נתפרק התא המשפחתי או אם הפרדה נעשתה בכורח נסיבות חיצוניות, שאלה של ראיות היא בכל עניין ועניין."  
(עניין סמוילוב פסקה 14. ההדגשה שלי מ' א' ג').

38. במסגרת משפטית זו יש לפרש את הוראות הנוהל והקריטריונים שבו, כך שהזכות למשפחה של זכאי השבות שהם נכדים ליהודים והורים של נינים ליהודים (שאינם זכאי שבות) תיפגע בצורה סבירה ומידתית, לאור תכלית חוק השבות והנוהל לעודד עליה שלהם בלי שיאלצו לוותר על הקשר עם ילדיהם הקטינים. בתוך כך יש לשמור על השוויון בין זכאי שבות כאלה שנישואים להורה השני של ילדם, לבין אלה שגרושים מההורה השני, כמו אביה של המערערת בענייננו. לאלה גם לאלה מגיעה זכות שווה לעלות לישראל ולממש את זכותם לשבות מבלי להיפרד ממשפחתם – ובמובן זה – מילדיהם.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

### הזכות של ילדים לחיי משפחה וחוק השבות

39. טרם שאפנה ליישום האמור לעיל לנסיבות העניין שלפניי, אדרש גם להיבט השני, המשלים, של הזכות למשפחה של ההורה – היא זכותם של הילדים למשפחה. זכות זו עומדת בבסיס טענת המערערת להפליית נינים של יהודים שהוריהם גרושים, ושמיסבה זו בלבד נמנעה עלייתם יחד עם ההורה זכאי השבות.

40. זכויות הילדים למשפחה נזכרות במבוא לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, שעליה חתומה מדינת ישראל יחד עם מדינות העולם רובן ככולן:

**"בהיותן משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה, בהכירן כי הילד, לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית, באווירה של אושר, הבנה ואהבה..."**

סעיפים שונים באמנה מדגישים את חשיבות השמירה על קשר ישיר של הילדים עם הוריהם, לרבות בקשר לכיבוד אחריותם, זכויותיהם וחובותיהם של הורים (ס' 5); הזכות לשם, לאזרחות, להכרות עם ההורים ולטיפול על-ידם (ס' 7-8); זכות לא להיות בהפרדה מההורים, למעט אם נקבע כדין כי הדבר נדרש לטובת הילד, והוראות לגבי השמירה ככלל על יחסים אישיים ומגע ישיר עם שני ההורים על בסיס סדיר, וקבלת מידע על מקומם, זולת אם הדבר מנוגד לאינטרסים של הילד (ס' 9); זכות שהכניסה והיציאה של הילדים והוריהם ממדינות לצורך איחוד משפחות תטופל בצורה חיובית, אנושית ומזורזת, וכי גם במקרה שבו הילד והוריו מתגוררים במדינות שונות, תישמר לילד הזכות לקשרים אישיים ומגעים ישירים עם שני הוריו גם יחד (ס' 10) ועוד (האמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 221 (1989)).

41. בהתאם לכך, גם התייחסות בית המשפט העליון לזכות של ילדים למשפחה, מדגישה את זכותם לקשר עם הוריהם בנסיבות מגוונות. למשל, בע"מ 377/05 **פלונית ופלונת ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים** (נבו, 21.04.05) קבע כב' השופט, לימים המשנה לנשיא, מישאל חשין:

**"הכול מסכימים – כתחנת מוצא למסע הבירור והתהייה – שאינטרס נעלה של ילד הוא כי יימצא בהחזקת אביו ואמו. אינטרס ההורים להחזיק בילדם ואינטרס הילד כי יהיה בהחזקת הוריו, שני אינטרסים אלה עולים בקנה אחד, מתיישבים הם זה-עם-זה, לא עוד אלא שמשלימים הם זה-את-זה..."**

ובע"א 6106/92 **פלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה** (נבו, 28.11.94) קבע כב' השופט חשין, גם שם בנסיבות הקשורות לאימוץ:

**"משפט הטבע הוא, שילד יגדל בבית אביו ואמו: הם שיאהבו אותו, הם שיאכילו אותו וישקו אותו, הם שיחנכו אותו, והם שיעמידו אותו על רגליו עד אם היה לאיש. זו זכותם של אב ואם וזו זכותו של בנם....[כל אם – באשר היא אם – זכאית להחזיק בבנה הקטון, לאהוב אותו, ללטף אותו, להאכילו, להשקותו, להחזיקו בזרועותיה ולהלך עמו יד ביד. ואולם זכויות אלו לא רק אם קנתה אלא בנה הקטון אף הוא, וזכותו של זה הקטן נעלה היא מזכותה של אמו..."**





## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

42. אמנם, שני פסקי הדין לעיל עסקו במקרי אימוץ, אך לעניין הקשר שבין ילדים להוריהם חזר בית המשפט העליון על הרציונל שמאחורי הזכות של ילדים לקשר ישיר ורציף עם הוריהם גם בעניינים אחרים, כמו למשל בשאלת כניסה לישראל של תושבי האיזור (ראו למשל בפסקי הדין של כב' הנשיא ברק בעניין עדאלה (פסקה 28) ושל כב' השופט ג'ובראן באותו עניין (פסקאות 11-12)); בנסיבות השוקלות הוצאת ילדים מהבית למשמורת מוסדית (ראו למשל, רע"א 3009/02 פלונית נ' פלוני (נבו, 20.06.02); רע"א 1672/12 פלונית נ' מחלקה לשירותים חברתיים יקנעם עילית (נבו, 24.09.12)) ועוד).

43. מושג "התא המשפחתי" שב וחוזר בדיונים על הזכות למשפחה, ובדיונים על הזכות לשבות בהקשר זה, ומופיע גם בנוהל כרציונל העומד מאחורי התרת עליית נין של יהודי המגיע ארצה עם הוריו זכאי השבות: "על מנת לאפשר את שמירת התא המשפחתי הקיים ערב עלייתם ארצה". בהקשר זה נדרש לדון בשאלת מהות ותפקוד התא המשפחתי של ילדים שהוריהם גרושים, ובהשפעתם על מעמדם בישראל של מי מהם שהם נינים של יהודים.

44. כמתואר לעיל, הפסיקה קבעה בעניין סמוילוב ובעניינים נוספים, כי בהתפרק התא המשפחתי ניתק הקשר בין בני המשפחה במובן חוק השבות. אלא, שבניגוד למבוגרים שגירושיהם גורמים לפירוק התא המשפחתי ביניהם והם מפסיקים להיות בני משפחה במובן חוק השבות ורשאים וזכאים להקים לעצמם תא משפחתי חדש, התא המשפחתי של הורים עם ילדיהם אינו מתפרק לאחר הגירושין, ואף לא במקרה שאחד ההורים מהגר למדינה אחרת, אלא הוא מתפצל ומשנה את טיבו ואת שגרתו.

45. מציאות של משפחות שבהן ההורים גרושים והילדים נמצאים בחזקת הורה אחד ומבקרים את ההורה השני הפך עם השנים לשכיח יותר, הן בישראל, הן במדינות אחרות. מציאות זו, המורכבת לכשעצמה, הופכת מורכבת יותר כשהיא מערבת משפחות מרובות עירובים המתפצלות בין מדינות ויבשות (למאפייני משפחות מרובות עירובים ראו: דפנה הקר ורוני ליברזון, "משפחות חוצות גבולות בישראל: בין האתנוס לאינדיבידואליזם ולגלובליזציה", המשפט טו(2) 509 (תשע"א)).

46. בעניין קוזמינה, שעסק בתנאים להתאזרחות קטין שהוריו גרושים אשר מגיע לישראל יחד עם אחד ההורים שנישא לישראלית ופותח בהליך מדורג לשם התאזרחות, נקבע כי לא נדרש שההורה השני שנותר בחו"ל יסכים במפורש להתאזרחות הקטין, אלא די בכך שלא הביע התנגדות לכך לאחר קבלת הודעה על קיום ההליך. בפסקה 23 התייחס בית המשפט העליון, מפי כב' השופט פוגלמן, לחשיבות ההגנה על הזכות למשפחה במקרים אלה:

כאשר ילד להורים גרושים מבקש להצטרף כקטין נלווה להליך המדורג של אחד מהוריו, המתחיל בהליך התאזרחות לאחר שנישא מחדש לאזרח ישראלי, עשוי הדבר לפגוע, על פני הדברים, בזכותו של ההורה האחר לקיום הקשר ההורי עם ילדו. פגיעה זו עלולה לעלות כדי פגיעה בערכים מוגנים הנובעים מהזכות לחיי משפחה, שהוכרה





## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

בשיטתנו כזכות יסוד חוקתית הקשורה בטבורה למושג כבוד האדם ..... אף מבלי להידרש לשאלות בדבר טיבה של הזכות לחיי משפחה והחובות הפוזיטיביות המוטלות על המדינה כנגזרת ממנה, ברי כי הקשר שבין הורה לבין ילדו הקטין ערך ראוי להגנה הוא, שהרי "הקשר בין ילד לבין הוריו-מולידיו הוא מן היסודות עליהם בנויה החברה האנושית" (בע"מ 377/05 פלונית ופלוני ההורים המיועדים לאימוץ הקטין נ' ההורים הביולוגיים, פ"ד ס(1) 124, 156 (2006); ..... במסגרת הזכות לחיי משפחה מוכרת אפוא זכות כללית למימוש הקשר ההורי שנועדה לאפשר להורה לגדל ולחנך את ילדו ..... על רקע זה, התגבשו במשפט הישראלי ובמשפט הבינלאומי שורה של כללים שנועדו להגן על הקשר ההורי ולמנוע מצב שבו ילד יעתיק את מקום מגוריו למדינה אחרת יחד עם הורה אחד ללא הסכמת ההורה האחר (.....).  
(ההדגשות שלי מ' א' ג').

47. בעמ"מ 348/21 שר הפנים נ' קלודין (אבו טהא) חמדון (נבו, 04.07.22 להלן: עניין קלודין), קבע המשנה לנשיאה, כב' השופט ניל הנדל, כי התנגדותו של הורה זר שאינו אזרח ישראלי אשר אינו ההורה המשמורן של הקטין (בנפרד משאלת האפטרופסות) לא יוכל למנוע את התאזרחות קטין בישראל, ואין חובה אף ליידיע את ההורה הלא משמורן כדי לקבל את עמדתו. בענייננו, ברור כי ההורה המשמורן של המערערת היתה אמה שנתרה בחו"ל, ולכן להתנגדותה יש משמעות בהקשר זה, והיא יכולה היתה למנוע את עליית המערערת לישראל, כפי שאף עשתה משך כל ילדותה של המערערת. אשוב ואתייחס לכך בהמשך.

48. ניתן ללמוד על החשיבות ועל הקושי של שמירת הקשר בין הורה גרוש לבין ילדיו במשפחות כאלה, גם מפסיקת בית המשפט העליון בתיקי הגירה מישראל לחו"ל. למשל, במקרה שעסק בהגירת אם גרושה ובתה מישראל הדגיש בית המשפט העליון את הקושי הנלווה לתיקי הגירה מסוג זה, בשל הניתוק הכפוי, וחשיבותו של עקרון טובת הילד בתיקים מסוג זה (בע"מ 1273/21 פלוני נ' פלונית (נבו, 07.04.21) פסקה 5):

"תיקי הגירה, דוגמת התיק שלפניי, הם מן הקשים שלפני בית המשפט, שכן כוללים הם ניתוק משמעותי של ילדים מאח[ד] מהוריהם" (בע"מ 4028/12 פלוני נ' פלונית, [פורסם בנבו] פסקה יב (10.7.2012); ..... ההכרעה בתיקים מעין אלה תיעשה בהתאם לעיקרון טובת הילד (סעיף 25 לחוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות, התשכ"ב-1962; .....)

בהמשך פסק הדין, התייחס כב' השופט פוגלמן לקושי המובנה הנוגע לפגיעה בקשר שבין ההורה וילדו שנפרדים: "אכן, כפי שמשקף גם מפסקי הדין, קיים קושי מובנה בהכרעה בבקשות מהסוג דנן, והוא בראש ובראשונה הפגיעה בקשר של הקטין עם ההורה שלא מהגר" (שם, פסקה 7).

49. תיקי הגירה של הורים גרושים, עם וללא ילדיהם, מדגימים ביתר שאת את הקונפליקט בין זכויות ההורים לפרק את הקשר המשפחתי ביניהם ולהמשיך בחייהם ואף להקים לעצמם תא משפחתי חדש, לבין זכויות הילדים וטובתם, אשר נבחנות בשיקלול כמכלול. בית המשפט העליון התייחס לשיקולים של טובת הילדים, בהקשר זכויות ההורים מזה וזכויות הילדים מזה לגבי הגירת



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

האם מישראל יחד עם הילדים, במקרה של סכסוך בין הורים גרושים (בע"מ 27/06 פלוני נ' פלוני  
פסקה 22 (נבו, 01.05.06):

"יחד עם זאת, גם אם הקושי העיקרי שישווה בית המשפט לנגד עיניו הוא זה  
שייגרם לקטין אם תותר הגירתו אם לאו, גם אם השיקול הבלעדי שעל בית המשפט  
לבחון הוא זה של טובת הילד, דומה כי בחינת טובתו של הילד אינה יכולה להיעשות  
במנותק מן המכלול המשפחתי אליו הוא משתייך ומבחינת השפעת ההחלטה על כל  
אחד מהוריו (ד' גוטליב "העתקת מגורים לאחר גירושין: הגדרת טובת הילד" רפואה  
ומשפט גליון 22 (2000) 105, 106). במסגרת זו אין מנוס לטעמי מהבאה בחשבון  
ושקול של שיקולים שונים דוגמת זכותו של ההורה המשמורן להמשיך בחייו,  
לקבוע את מהלך חייו, להקים תא משפחתי חדש או לפתוח בדרך חדשה, זכותו של  
ההורה שאינו משמורן לקשר רציף עם ילדו, כמו גם לכך שהקטין נמצא חלק ניכר  
של זמנו במחיצת ההורה המשמורן מזה ולכך שהוא זכאי לקשר מלא עם ההורה השני  
מזה (ראו השיקולים שמנה השופט (כתארו אז) מצא, ע"א 2784/95 טריף נ' טריף  
(לא פורסם, ניתן ביום 27.7.95)). אלא, שאת אלה יש להביא בחשבון מתוך מטרה  
לקבוע מהי טובת הילד באותו מקרה ולא כשיקול עצמאי (ע"א 4575/00 הנ"ל, בעמ'  
333); בע"מ 9358/04 הנ"ל).  
(ההדגשות שלי מ' א' ג').

50. כב' השופטת ארבל עמדה במסגרת פסק הדין הנ"ל, על השינויים שחלו בשיקולים הנבחנים  
במסגרת טובת הילד הקונקרטי שיש לבחון בתיקים מסוג זה, אשר בעבר נכרכו בטובת העם  
והמולדת, ועם הזמן נוטים יותר ויותר להתייחס לזיקה שבין הקטין לבין העם והארץ על רקע  
הנתונים האישיים והקשר שלו עם הוריו (שם, בפס' 20):

"שיקולים חינוכיים, לאומיים וערכיים הובאו לא אחת בפסיקתו של בית משפט זה  
במקרים בהם התבקש להכריע בטובת הילד .... יחד עם זאת, בעוד בראשית ימי  
המדינה ניכר היה כי בית המשפט רואה את טובת הילד שבפניו כשלובה וכרוכה  
בטובת עמו ומולדתו, הרי שבחלוף השנים גברה הנטייה לבחון את טובתו של הילד  
שעניינו נדון על רקע קשריו עם הוריו ונתוניו האישיים. ודוק: אין משמעם של דברים  
כי אין לייחס חשיבות לזיקתו של קטין לארצו ולעמו, אלא שדומה כי החשיבות שיש  
ליתן לשיקולים אלה נגזרת מעמדות ההורים ומן החשיבות שהם מייחסים לסוגיה  
זו שהיא ערכית במהותה. אשר להכרעה השיפוטית, זו אינה מנותקת אמנם  
משיקולים ערכיים, אולם ראוי לה שתתמקד בבחינת הנתונים העובדתיים הצריכים  
להכרעה בעניינו של הקטין ובהערכת הגורמים המקצועיים ותיתן לשיקולים ערכיים  
את משקלם הראוי במכלול השיקולים שצריכים להילקח בבחינת טובתו של הילד  
המסוים שעניינו נדון."

51. כאמור לעיל, תכליתו העיקרית של הנוהל היא להבטיח כי העולה כנכד של יהודי יוכל  
להביא עמו את משפחתו וילדיו כדי לשמר את התא המשפחתי שהיה לו ערב העליה ארצה. בתוך כך  
הפסיקה לעיל מבהירה, כי המטרה הנוספת היא למנוע הענקת מעמד קבע לפי הנוהל למי שקשרי  
המשפחה שלו עם העולה אינם אמיתיים, אלא נועדו לנצל את הפירצה בשער לישראל ששמורה  
לנינים של יהודים במצבים המנויים בו. בדרך זו מאפשר הנוהל את הפעלת שיקול הדעת הנרחב של  
שר הפנים הלכה למעשה, למנוע כניסה לישראל מזרים שאין להם קשר משפחתי אמיתי עם זכאי  
שבית, בכפוף ליכות החוקתית למשפחה ולכללי המשפט המנהלי. בנוסף, בית המשפט העליון קיבל  
טענות שלפיהן הנוהל לא צפה את כל הנסיבות האפשריות, והכיר במקרים חריגים באילוצים שמנעו  
מבני משפחה של נכדי יהודים להצטרף אליהם למגורי קבע עם עלייתם, כמקרים שהצדיקו חריגה  
מהכלל, לטובת פרשנות לשונית דינאמית ותכליתית של הוראות הנוהל. בעיני, מהסיבות המפורטות



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

1 כאן, קטינים הנותרים בחזקת ההורה השני בחו"ל נמצאים במצב של אילוץ שאף אותו לא צפה  
2 הנוהל, אשר נכתב לאורו של התא המשפחתי המסורתי.

3  
4 52. מהאמור לעיל עולה, כי למרות שחוק השבות והנוהל מתמקדים בזכויות הנכד ליהודי ולא  
5 בזכויות הנין הנגזרות ממנו, ואף כי הנינים נחשבים ככלל כזרים לצורך בחינת כניסתם לישראל,  
6 ראוי גם במקרים אלה לבחון את זכויות ההורים (הנכד של יהודי), בשקלול עם טובת הנינים  
7 הקטינים כמכלול, ובהתחשב בכך שהמציאות של משפחות המתפצלות בין מדינות שונות היא  
8 שכיחה יותר ויותר. לפיכך צודקת המעוררת בטענתה כי פרשנות הנוהל צריכה להיעשות  
9 בהתאמה למציאות המכירה במשפחות גרושות, והכל לצורך שמירה על הרציונל העומד מאחורי  
10 הנוהל בקשר ל"שמירת התא המשפחתי הקיים" ערב העליה ארצה, ולמניעת הפליה.

11  
12 53. במובן זה, לשון הנוהל הנוקט במילים "ערב עלייתם ארצה" ברורה, ומחייבת לראות את  
13 התא המשפחתי של ילדים להורים גרושים במועד העלייה בהשוואה לתא המשפחתי ערב העליה,  
14 ולא בהשוואה לתא המשפחתי שטרם הגירושין. מכאן, שילדה להורים גרושים הנמצאת בחזקת  
15 האם ומגיעה לביקורים אצל האב בארץ המוצא, אשר ממשיכים באופן דומה לאחר שהאב עולה  
16 לישראל – מתקיים לגביהם הרציונל של הקריטריון לגבי שמירת התא המשפחתי ערב העלייה.

17  
18 זאת ועוד, פירושו ה"לשוני דינמי" של סעיף 4 לחוק השבות, ובמיוחד ההתייחסות לתכלית החוק  
19 לעודד צאצאי יהודים לעלות לישראל תוך שמירה על קשרי המשפחה שלהם, מצדיקים גם הם  
20 להכיר במקרים שבהם הילדים נותרים בחו"ל בחזקת ההורה השני בהתאם לדיני אותה מדינה,  
21 בגדר האילוצים שהוכרו בפסיקה המונעים עלייה יחד עם ההורה זכאי השבות, עד להסרת  
22 ההתנגדות לעלייה. והרי, ודאי כי לנכד העולה ולילדו או ילדתו, אשר אין ספק לגבי אמינות הקשר  
23 ביניהם, אין שליטה על המצב ואין להם דרך לחייב את ההורה השני להסכים לעליה ביחד. תוצאה  
24 אחרת עלולה להפלות עולה זכאי שבות שהוא הורה גרוש, ביחס לעולה כמותו שהוא הורה שאינו  
25 גרוש (על הדמיון שבין ניתוק ילדים מהוריהם בנסיבות של גירושין לבין ניתוקם בנסיבות של הורים  
26 מהגרי עבודה ראו גם: Daphna Hacker, *Legalized Families in the Era of Bordered*  
27 *Globalization*, 209-10 (2017).

28  
29 54. במובן זה, הפלית ההורים הגרושים גוררת אחריה הפליה נגזרת של הילדים – נינים של  
30 יהודים – אשר עלייתם יחד עם הוריהם נמנעת בשל אילוץ כל עוד לא ניתנת להם הסכמת ההורה  
31 שבחזקתו הם נמצאים, ומונעת מהם לקבל מעמד מכח הנוהל אשר מתאפשרת לילדי עולים שאינם  
32 גרושים. ואדגיש – זכותם של הילדים – נינים של יהודים – אינה עומדת בפני עצמה אלא נגזרת  
33 מזכות השבות של הוריהם נכדי היהודים, אך יחד עם זאת הפלייתם נגזרת אף היא באותה דרך  
34 מהפלית הוריהם העולים הגרושים.

35  
36 55. בדומה לעניין פלוני ולעניין איזנברג, גם בהקשר טענות המעוררת כאן רלוונטי הדיון  
37 שעורך יגאל מרזל במאמרו "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל,



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

התשי"ב-1952 "ספר אדמונד לוי (אוהד גורדון עורך, 2017), בהצדקות העיקריות לשיקול הדעת הרחב של שר הפנים בסוגיות הכניסה לישראל ומעמד בישראל, אשר במרכזן ריבונות המדינה והתפיסה שלפיה אין זכות למעמד ל"זר" (מבקש המעמד) ככזה. יחד עם ההסבר שלפיו כלפי זרים שאין להם זכות להיכנס לישראל או לשהות בה שלא כדין, לא קיימת למדינה חובה וניתן לה שיקול דעת רחב לגבי הענקת רשיונות שהייה ולגבי מניעת כניסתם לשטחה, עומד המחבר על כך שבאופן עקרוני ניתן לטעון בהקשרים שונים כי גם לזר יש זכויות, חוקתיות ואחרות, אשר כנגדן עומדת חובת המדינה כלפיו. כך לדוגמא גם אם אין קנויה זכות להיכנס לישראל ולהישאר בה, מקפידים בתי המשפט על קיומו של הליך הוגן (מהלך שניתן לבסס, בין היתר, על חובת הרשות המנהלית עצמה לנהוג בסבירות ובמידתיות, כחובה עצמאית שאינה עומדת בהכרח כנגד זכות יסוד של הפרט) (שם, עמ' 258). כמו כן עומד המחבר על כך שטיעון נגד נוסף לטיעון היעדר הזכות נוגע לקשר עם אזרח או אזרחית ישראלים (עמ' 259):

"קיים קושי בהתבוננות על שאלת מעמדו של ה"זר" רק במשקפי זכותו שלו או היעדר זכותו. כך הדבר שכן לא פעם מעמדו של ה"זר" ושאלת זכותו לאשרת כניסה או לרישיון ישיבה לפי חוק הכניסה הם נגזרת של מעמדו של אחר (הוא ה"מזמין"). הכוונה היא לאותם מקרים שבהם קיים קשר – או קיימת זיקה-בין ה"זר" לבין בעל מעמד בישראל (אזרח, תושב או בעל מעמד אחר בדין). אז מתעוררת לעיתים השאלה לא מהי זכותו של הזר להיות בישראל אלא מהי זכותו של בעל המעמד בישראל לכך שהזר יקבל מעמד בישראל. כך למשל מכוח יחסי הורים וילדים או מכוח קשרי נישואין וכיו"ב. ראייה זו את מעמד ה"זר" אינה יכולה במקרים להותיר את שיקול דעתו של שר הפנים כ"רחב" ביחס ל"זר", כשהוא מנותק כביכול משיקול דעתו של השר כלפי בעל המעמד בישראל. כל זאת אפילו אם אין "זכות" לבעל המעמד בישראל ליצור מעמד עבור ה"זר", ואפילו אם אין די ברצונו של ה"זר" להיות בקירבה לאזרח ישראל או תושב ישראל כדי ליצור לו מעמד וממילא, בסופו של דבר, אם היעדר הזכות של ה"זר" היא ההצדקה לשיקול דעתו הרחב של שר הפנים, יש מלכתחילה קטגוריות של מצבים וזיקות שבהן הצדקה זו חלשה יותר בגלל זכותו של בעל מעמד מקומי שהוא ה"מזמין".  
(ההדגשות במקור – מ' א' ג').

כלומר – זכותה של המערערת אמנם אינה עומדת בפני עצמה, אך היא נגזרת מזכויותיו של אביה, ולמדינה יש כלפיה חובות מכח זאת, לרבות, למשל, החובה לנהוג בשוויון לעומת ילדים אחרים נינים של יהודים אשר הוריהם אינם גרושים. מובן, כי הזכות לשוויון מתחייבת גם מכח סעיף 2 לאמנה הבינלאומית.

56. **סיכום ביניים** - הצדק עם המערערת לגבי פרשנות שוויונית ותכליתית של הנוהל, כך שנכדים של יהודים אשר הם גרושים ועולים לישראל מכח זכות השבות שלהם אך מותירים מאחור ילדיה בחזקת ההורה השני, ייבחן התא המשפחתי שלהם לצורך מתן מעמד לנינים הקטינים, כתא מפוצל השכיח במשפחות שבהן ההורים גרושים, ולא בהשוואה למשפחות שבהן התא המשפחתי כולל הורים הנשואים זו לזה. במקרים כאלה המילים **"שמירת התא המשפחתי הקיים ערב עלייתם ארצה"** שבנוהל, יפורשו באופן תכליתי כדי לאפשר שימור התא המשפחתי הקיים, ולא תא משפחתי שממילא לא התקיים בארץ המוצא עובר לעליה כמו גם בארץ לאחריה.



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

### התנאי הפורמלי – הגשת בקשה מתאימה

57. עד כה עסקתי בתנאי המהותי – קיום תא משפחתי קודם לעלייה ארצה. התנאי השני הנזכר בנוהל, אשר לטענת הרשות, וכפי שקבע בית הדין, לא התקיים בעניינה של המערערת, הוא הגשת בקשה בשמה עם הגעתה לישראל יחד עם ההורה העולה כזכאי שבות. בנסיבות המקרה, לא הוגשה בקשה כנדרש, ואביה של המערערת אף לא הזכיר אותה בטפסים. אדון במשמעות עובדה זו להלן, בנסיבות המיוחדות של המקרה שלפניי.

58. כלל ידוע במשפט המנהלי הוא, כי בית המשפט לא יחליף את שיקול דעת הרשות בשיקול דעתו ולא יתערב בו, אלא בנסיבות יוצאות דופן. עיקר ביקורתו של בית המשפט תהא בבחינת סבירות המעשה המנהלי בגדר סמכות הרשות, קרי - האם נפלו פגמים משמעותיים בהפעלת שיקול הדעת או בתקינות ההליך: האם הרשות פעלה בהגינות, בתום לב, ביושר, בשוויון, ללא שרירות והאם השיקולים שנשקלו היו ענייניים ורלוונטיים בלבד (ראו בין רבים: **עניין גורובץ**, שם; **עניין דג'יטנו**, שם; עע"מ 1086/09 **רבי אליעזר קרוז נ' שר הפנים**, פסקה 8 לפסק הדין (נבו, 07.07.09) ועע"מ 471/12 **מדינת ישראל נ' אנג'י בוטנא**, פסקה 5 לפסק דינו של כב' השופט ניל הנדל (נבו, 08.07.12).

59. אכן, אביה של המערערת לא ציין את קיומה בשאלון העליה שלו ולא ביקש עבורה מעמד במועד עלייתו בגפו. בנסיבות אלו לא מתקיים הקריטריון הקבוע בנוהל. אלא, שבמקרה שלפניי אני סבורה כי יש לייחס משקל משמעותי להתנגדותה של אמה של המערערת שנותרה עמה בחו"ל כהורה המשמורן היחיד. רק כאשר שהגיעה המערערת סמוך לגיל 18, התקבלה הסכמת אמה והוסרה המניעה לעלייתה. בנסיבות אלה יש לאבחן את המקרה שלפניי מהמקרה שנדון, למשל, **בעניין קלודין**, שם קבע המשנה לנשיאה כב' השופט הנדל, כי יש לאזן בין דיני ההגירה לבין דיני המשפחה, בבחינה משולבת. בית המשפט העליון הבחין בין מצבים שונים של משפחות שבהן נדרש לקבוע את מעמד הילדים בהתאם למעמד ההורים, וביניהם מצבים שבהם ההורים גרושים ורק אחד מהם מתאזרח בישראל. במסגרת איזון זה קבע פסק הדין, כי כאשר להורים משמורת משותפת על הקטין, ורק אחד מהם התאזרח בישראל "הדין מקנה לקטין אזרחות אך מעניק לכל אחד מההורים זכות וטו, בכפוף לכך שלקטין אזרחות חוץ", והסביר כי (פס' 17):

"במצב זה הקשר של ההורים, כקבוצה, למדינה ולאזרחות הישראלית נחלש, שכן רק אחד מהם אזרח. ברם, שניהם בעלי משמורת. בעניין זה, כאשר הקטין הוא אזרח חוץ, מתעצם השיקול של דיני המשפחה, ולכן תינתן לו אזרחות רק בהעדר התנגדות מטעם שני הוריו המשמורנים. אולם, אם אחד ההורים מתנגד, אין מקום כי שר הפנים יעסוק בקביעות פרטניות של דיני משפחה, ויחליט עמדתו של איזה הורה תזכה לעדיפות. לכן המחוקק סגר במקרים אלה בפני הקטין את מסלול ההתאזרחות המקל לפי סעיף 8(א)..... [לעומת זאת] כשרק אחד מההורים התאזרח, אך הוא ההורה המשמורן הבלעדי: במקרה זה, אין להורה הזר, הלא משמורן, זכות למנוע את התאזרחות הקטין במסגרת דיני ההגירה".

60. אני סבורה כי יש לאבחן את המקרים עליהם עמד בית המשפט העליון **בעניין קלודין** מהמקרה שלפניי, שבו לאמה של המערערת היה את הכח למנוע את התאזרחותה יחד עם אביה,



## בית משפט לעניינים מנהליים בתל אביב - יפו

עמ"נ 50187-09-20 אנה שוימר נ' רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים

בהיותה ההורה המשמורן בחו"ל. במקרה זה לא ניתן היה לאפשר את עלייתה ארצה לצד אביה, כל עוד האם התנגדה לכך, ואף אילו היתה מוגשת בקשה בשמה, דינה היה דחייה לאור התנגדות האם, ובית המשפט היה נמנע מהתערבות במסגרת האזון בין דיני ההגירה לבין דיני המשפחה כאמור בפסק הדין בעניין קלודין. במקרה זה אני סבורה כי ניתן לראות בעמדת האם אילוץ חיצוני כפוי שמנע את עליית המערערת יחד עם אביה.

61. בנסיבות אלה, אני סבורה כי הפעלת שיקול דעתה של הרשות ושל בית הדין לעררים, בהגיונות, ביושר, בשוויון ובאופן ענייני, אינם יכולים להיתלות באי הכללת שמה של המערערת בטופס ובאי הגשת בקשה במקרה זה. אף אילו היה אביה ממלא את הטופס כנדרש, לא היה בכך כדי לשנות את תוצאת העניין ובתו לא היתה רשאית לעלות יחד עמו ולא היתה יכולה להתאזרח יחד עמו, לאור התנגדות אמה שהיתה ההורה המשמורן. בנסיבות אלה אני סבורה כי התלות בנימוק טכני של מילוי טופס, ובמיוחד לאור ההחלטה שקיבלה המערערת עת בגרה לקשור את חייה עם מדינת ישראל מרגע שהוסר האילוץ שמנע זאת ממנה קודם לכן, אינה מצדיקה את דחיית הבקשה. תוצאה קשה כזו תהיה בלתי מידתית ובבחינת שרירות לב הרשות שאין לה מקום בשאלות הקשורות בזכות לשבות של קטינה שאילו יכולה היתה עולה עם אביה כאשר עלה לישראל בעצמו.

### סוף דבר

לאור האמור לעיל, הערעור מתקבל. המערערת תקבל מעמד כנינה של יהודי, עם האשרה המתאימה, לא יאוחר מיום 1.9.23. התקופות המנויות בנוהל ימנו מיום 20.8.18.

המשיבה תישא בהוצאות העותרת בסכום כולל של 10,000 שקלים.

ניתן היום, כ"ז אב תשפ"ג, 14 אוגוסט 2023, בהעדר הצדדים.

מיכל אגמון-גונן, שופטת