

העותרים:

1. מ' ב', ת"ז ...

2. ט' א', דרכון אריתריאה ...

3. ר' א', ת"ז ...

(קטינה, באמצעות הוריה, העותרים 1 ו-2)

כולם ע"י ב"כ עוה"ד טל חסין ו/או עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או לילה מרגלית ו/או עאוני בנא ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור ו/או תמר פלדמן ו/או נסרין עליאן ו/או קרן צפריר ו/או ראויה אבורביעה ו/או משכית בנדל ו/או רגד ג'ראיסי ו/או שרונה אליהו-חי ו/או אן סוצ'יו

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל

רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154

טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

טל' נייד: 052-7022290; דוא"ל: talh@acri.org.il

נ ג ד

המשיב:

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)

רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים

טל': 03-5419533; פקס: 02-5419581

עתירה מנהלית

בית המשפט הנכבד מתבקש להורות למשיב כדלקמן:

1. להסדיר את מעמדו בישראל של העותר 2, בן זוגה של העותרת 1, במסגרת ההליך המדורג לבני זוג נשואים לאזרחים, וזאת ללא המצאת תעודת יושר, או כל מסמך נוסף אחר, משלטונות אריתריאה.
2. לקזז מן ההליך המדורג את התקופה שהעותרים המתינו לאישור הבקשה.

מבוא

עניינה של עתירה בזכותם החוקתית של העותרים, אזרחית ישראל, מבקש מקלט מאריתריאה ובתם הפעוטה, אף היא אזרחית ישראל, לחיי משפחה. בקשתם של העותרים להסדרת מעמדו של העותר מכוח נישואיהם נדחתה, משום שהעותר לא המציא למשיב תעודת יושר משלטונות אריתריאה.

פעם אחר פעם הסבירו העותרים למשיב, כי העותר הינו עריק מצבא אריתריאה, וכי נבצר ממי שערק מצבאה של דיקטטורה טוטליטארית ונמלט ממנה, לקבל מאותה מדינה עצמה תעודת יושר. אולם פעם אחר פעם, ובניגוד לנוהל שקבע המשיב – אשר מכיר במצבים שבהם לא ניתן להשיג תעודת יושר ממדינת המוצא – נדחו פניותיהם והסבריהם של העותרים ללא כל התייחסות עניינית לטענותיהם. יו"ר ועדת ההשגה לזרים במשרד הפנים לא מצא בהחלטת המשיב פסול.

מכאן העתירה.

העובדות הצריכות לעניין

1. העותרים 1 ו-2 (להלן, בהתאמה: **העותרת והעותר**) הם בני זוג הנשואים זה לזה. השניים הם הוריה של העותרת 3, פעוטה ילידת 18.9.2011.
2. העותרת היא אזרחית ישראל. היא עלתה לארץ מאתיופיה בשנת 1997.
3. העותר הוא אזרח אריתריאה, אשר ערק מן הצבא האריתריאי ונמלט מן המדינה. בחודש יולי 2007 הגיע העותר לישראל, נכלא והוחזק במשמורת בכלא "מעשיהו". ביום 3.9.2007 קיבל מסמך מנציגות נציבות האו"ם לפליטים בישראל ולפיו הוא מבקש מקלט בישראל. ביום 5.9.2007 שוחרר ממשמורת בהחלטת המשיב. לאחר שחרורו קיבל העותר רישיון ישיבה בישראל לפי סעיף 2(א)(5) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, אשר הוחלף בהמשך ברישיון ישיבה ועבודה מסוג ב/1. רישיון הישיבה והעבודה הוארך שוב ושוב.
4. העותרים הכירו בשנת 2008 בבית הוריה של העותרת ב... הם עמדו בקשר במהלך כשנה, ולאחר מכן הפכו לבני זוג והחליטו למסד את הקשר ביניהם באמצעות נישואין. ביום 28.10.2010 חגגו את זוגיותם עם בני משפחה וחברים, וביום 9.12.2010 נערכו הנישואין במעמד העותרת בפרגוואי.
5. העותרים מתגוררים בבית הוריה של העותרת ב... משום כך, פנו לאחר נישואיהם ללשכת רשות האוכלוסין וההגירה ב... על מנת להסדיר את מעמדו של העותר בישראל כבן זוגה של העותרת. השניים נדרשו להציג שורה של מסמכים, ובהם מסמכים מאריתריאה, והחלו לפעול לשם כך. ביום 26.6.2011 מסרה העותרת ללשכה ב... מכתב המתאר את הקשר בין העותרים, וציינה כי היא בראשית החודש השביעי להריונה.

העתק המכתב שמסרה העותרת ביום 26.6.2011 מצ"ב ומסומן א'.

6. העותרים פעלו נמרצות להשגת המסמכים המבוקשים. בין היתר הצליח העותר, תמורת סכום עתק, לקבל דרכון של אריתריאה, תעודת לידה ותעודה לפיה הוא אינו רשום כנשוי באריתריאה. תעודת יושר לא הצליח העותר לקבל.

העתק תעודת הלידה של העותר מצ"ב ומסומן ב'.

העתק התעודה בדבר המצב האישי של העותר מצ"ב ומסומן ג'.

7. ביום 18.9.2011 נולדה בתם של העותרים, ... העותרת 3, בבית החולים ... ב... . אף שהעותר ליווה, כמובן, את העותרת ללידה ושהה עמה בבית החולים, וביקש להירשם כאבי התינוקת, הוטעו העותרים ונאמר להם, כי כיוון שהעותרת אינה רשומה עדיין כנשואה, אין אפשרות לרשום את שם האב בהודעת לידת חי. בהמשך לכך הונפקה עבור הבת תעודת לידה בלשכת הרשות, שגם בה לא נרשם שם האב, ובניגוד לרצון העותרים, שביקשו כי הילדה תירשם בשם משפחתו של אביה, ניתן לתינוקת שם משפחתה של אמה.

העתק תעודת הלידה של העותרת 3 מצ"ב ומסומן ד'.

8. ביום 18.12.2011 הואילה לשכת הרשות ב... לפתוח תיק להסדרת מעמדו של העותר כבן זוגה של העותרת. העותר נדרש להאריך את תוקף דרכונו ועשה כן.

העתק מכתבה של הלשכה ב... מיום 18.12.2011 מצ"ב ומסומן ה'.

9. ביום 20.12.2011 נדרשו העותרים להמציא עוד שורה של מסמכים, ובהם תעודת יושר, המאומתת על ידי שגרירות ישראל באסמרה ומתורגמת על ידי נוטריון בישראל. עוד נדרש העותר לסגור את תיק המקלט ב"יחידת המסתננים", וזאת כתנאי להמשך הטיפול בבקשת העותרים להסדיר את מעמדו כבן זוגה של העותרת.

העתק מכתבה של הלשכה ב... מיום 20.12.2011 מצ"ב ומסומן ו'.

10. כשהוא אנוס לעשות זאת, פנה העותר ביום 30.12.2011 ליחידת הטיפול במבקשי מקלט בתל-אביב (ובשמה הקודם: "יחידת תשאול וזיהוי מסתננים") על מנת לסגור את תיק המקלט. ביום 4.1.2012 ניתן לו מכתב ולפיו בשל בקשתו להסדרת מעמדו כבן זוג של אזרחית ישראל נסגר תיק המקלט שלו. עוד נכתב, שעליו לעזוב את ישראל בתוך 14 ימים. היחידה נטלה מן העותר את רישיון הישיבה והעבודה שהיה בידיו, והוא נותר ללא רישיון ישיבה.

העתק המכתב שאולץ העותר לכתוב על ידי הרשות מצ"ב ומסומן ז'.

העתק מכתבה של יחידת תשאול וזיהוי מסתננים מיום 4.1.2012 מצ"ב ומסומן ח'.

11. ביום 6.1.2012 שוב פנתה העותרת במכתב ללשכת הרשות ב... , ובו חזרה ותיארה את זוגיותה עם העותר ואת הורותם המשותפת, ושבה וביקשה להסדיר את מעמדו בישראל.

העתק מכתבה של העותרת מיום 6.1.2012 מצ"ב ומסומן ט'.

12. ככל הידוע לעותרים ממכתב מאוחר שנשלח אליהם על ידי הרשות ביום 18.7.2012 (ועל כך בהמשך), מאחר שטענו כי אין ביכולתם להמציא תעודת יושר העבירה הלשכה את הבקשה להכרעת מטה רשות האוכלוסין וההגירה ביום 16.1.2012, וביום 23.1.2012 הוחלט לשוב ולדרוש המצאת תעודת יושר.

13. העותרים שבו והבהירו ללשכה ב... כי אין באפשרותו של העותר לקבל תעודת יושר. ביום 13.2.2012 פירטה העותרת במכתב נוסף ללשכה את השתלשלות הטיפול בעניינם. העותרת הבהירה, כי במשך למעלה משנה פעלו השניים להשגת מסמכים, אך הדרישה להצגת תעודת יושר מאריתריאה הנה בלתי אפשרית מאחר שהעותר יצא את אריתריאה על רקע פוליטי. העותרת הבהירה עוד, כי הם שילמו לשגרירות אריתריאה בישראל כדי לקבל את המסמך, אך נאמר להם שהעותר לא יוכל לקבל תעודת יושר בשל סיבות עזיבתו את המדינה. עוד כתבה העותרת, כי משפחת העותר באריתריאה ניסתה בכל דרך להשיג עבורו תעודת יושר, אך הדבר לא התאפשר. העותרת שבה וביקשה לקדם את הטיפול בעניינם.

העתק מכתבה של העותרת מיום 13.2.2012 מצ"ב ומסומן י'.

14. ביום 27.2.2012 השיבה לעותרת גב' אירית לאובל, ראש דסק דרום במטה רשות האוכלוסין וההגירה, כי לא מצאה לנכון לשנות מן ההחלטה, וכי על העותרים להציג תעודת יושר מאומתת ומתורגמת בתוך 30 יום, שאחרת תראה הרשות את בקשתם כסגורה.

העתק מכתבה של גב' לאובל מיום 27.2.2012 מצ"ב ומסומן י"א.

15. ביום 11.3.2012, עם קבלת מכתבה של גב' לאובל, שבה ופנתה העותרת ללשכת הרשות ב... בבקשה נוספת לבחון את עניינם של העותרים. העותרת כתבה, כי מאז שנלקח רשיון השיבה והעבודה של העותר ונשללו זכויותיו כפליט, הם מתקשים לכלכל את עצמם ואת בתם. העותרת שבה והבהירה, כי אין דבר שהעותרים יכולים לעשות כדי לקבל תעודת יושר, וביקשה להציג את עמדתם בפני הגורם הבכיר האחראי לנושא.

העתק מכתבה של העותרת מיום 11.3.2012 מצ"ב ומסומן י"ב.

16. במקביל, פנו העותרים לעזרת האגודה לזכויות האזרח בישראל. ביום 20.3.2012 פנתה גב' אתי קני מן האגודה לגב' לאובל בעניינם של העותרים. גב' קני שבה וגוללה את קורותיהם של העותרים, ועמדה על המצב באריתריאה, שאינו מאפשר למי שערק מצבאה ונמלט ממנה לקבל תעודת יושר. גב' קני עמדה על כך שלעמידה על הצגת תעודת יושר בנסיבות העניין אין כל הצדקה: העותר הוא עריק מצבא אריתריאה, מדינה הנחשבת לאחת מהדיקטטורות המדכאות בעולם, ומקום מסוכן, שלא בכדי אין

מחזירים אליו פליטים. העותר ערק מצבא אריתריאה לאחר שנים ארוכות של שירות בכפייה, ושלטונות אריתריאה מסרבים לספק לו תעודת יושר. גם בקשתו מקרוב משפחה, השוהה באריתריאה, להמציא עבורו תעודת יושר נכשל, לאחר שבמטה המשטרה באסמרה, בירת אריתריאה, הזהירו את קרוב המשפחה לבל יעז להתקרב בשנית עם בקשות מטעמם של עריקים. גב' קני עמדה עוד על המצב הקיצוני באריתריאה, ועל גורלם האכזר של העורקים מן הצבא. בנסיבות אלה, הוסיפה גב' קני, לעריק מצבא אריתריאה אין כל יכולת לקבל תעודת יושר משלטונות המדינה. הרשות הכירה בקשיים העלולים להתעורר בעקבות הדרישה לתעודת יושר, ואף התייחסה לכך במפורש בנוהל להסדרת מעמדם של בני זוג.

העתק מכתבה של גב' קני מיום 11.3.2012 מצ"ב ומסומן י"ג.

17. למכתב צורף תצהירו של העותר, על פי הנספח לנוהל להסדרת מעמדם של בני זוג נשואים. בין היתר הצהיר העותר, כי לא עלה בידו להמציא תעודת יושר מאחר שהוא נמלט מאריתריאה לאחר שערק מצבאה.

העתק תצהירו של העותר מצ"ב ומסומן י"ד.

18. בהיעדר מענה, נשלחה ביום 30.4.2012 תזכורת לגב' לאובל.

העתק מכתב התזכורת מיום 30.4.2012 מצ"ב ומסומן ט"ו.

19. ביום 17.6.2012 כתבה גב' לאובל בתגובה לדברים, כי "מבירור עם שגרירות אסמרה בארץ עולה כי קבלת תעודת יושר הינה בסמכות המשטרה ובית המשפט באריתריאה". גב' לאובל התעלמה מטענות העותרים בדבר המצב באריתריאה כמו גם מתצהירו של העותר, והוסיפה כי הטעמים לא נתמכו במסמכים. עוד הוסיפה, כי אם לא תוצג תעודת יושר בתוך 30 ימים, "תיק האחמ"ש ייסגר".

העתק מכתבה של גב' לאובל מיום 17.6.2012 מצ"ב ומסומן ט"ז.

20. ביום 1.7.2012 פנו גב' קני ועו"ד טל חסין, הח"מ, מן האגודה לגב' מזל כהן, ממונה תחום אשרות וזרים ברשות האוכלוסין וההגירה, בערעור על החלטתה של גב' לאובל.

העתק מכתב הערעור מיום 1.7.2012 מצ"ב ומסומן י"ז.

21. בעוד העותרים ממתינים להחלטתה של גב' כהן בערעור, שלחה הלשכה ב... ביום 18.7.2012 אל העותרים מכתב, ולפיו כיוון שלא הומצאה תעודת יושר תיקם נסגר.

העתק מכתבה של הלשכה ב... מיום 18.7.2012 מצ"ב ומסומן י"ח.

22. ביום 15.10.2012 שבו ופנו גב' קני ועו"ד חסין לגב' כהן, בדרישה כי תשיב לערעור אשר הופנה אליה שלושה וחצי חודשים קודם לכן. העתק מכתבן נשלח גם אל לשכת מנכ"ל רשות האוכלוסין וההגירה.

העתק המכתב של גב' קני ועו"ד חסין מיום 15.10.2012 מצ"ב ומסומן י"ט.

23. ביום 28.10.2012 השיבה לשכת מנכ"ל הרשות, כי המכתב הועבר לבחינת הגורמים המקצועיים.

העתק מכתב לשכת מנכ"ל הרשות מיום 28.10.2012 מצ"ב ומסומן כ'.

24. למרות זאת, הערעור שהגישו העותרים לא נענה, וגב' קני מן האגודה פעלה במרץ רב כדי לשוחח עם גב' כהן. למעלה משבועיים התקשרה יום אחר יום למשרדה, אך ללא הועיל. ביום 21.1.2013 שלחה לגב' כהן מכתב נוסף, בו תיארה את ניסיונותיה החוזרים ונשנים לשוחח עימה ולקבל את תשובתה.

העתק מכתבה של גב' קני מיום 21.1.2013 מצ"ב ומסומן כ"א.

25. ביום 7.2.2013 השיבה גב' לאובל לערעור שהוגש על החלטתה שלה עצמה, והצרה על הזמן שחלף. גב' לאובל הבהירה כי החלטה בעינה עומדת, וכי באפשרות העותרים להשיג השגה בתוך 30 ימים לוועדת ההשגה לזרים בירושלים.

העתק מכתבה של גב' לאובל מיום 7.2.2013 מצ"ב ומסומן כ"ב.

26. בין לבין, ביום 13.2.2013, נרשמו נישואיהם של העותרים, ולעותרת הונפק ספח חדש לתעודת הזהות, ובו היא רשומה כנשואה.

27. ביום 10.3.2013 הוגשה השגה ליו"ר ועדת ההשגה לזרים במרחב ירושלים. בכתב ההשגה התבקש יו"ר ועדת ההשגה להורות למשיב להסדיר את מעמדו בישראל של העותר במסגרת ההליך המדורג לבני זוג נשואים, ללא המצאת תעודת יושר או כל מסמך נוסף אחר, משלטונות אריתריאה. כן התבקש סעד זמני להורות למשיב כי העותר לא ייעצר, לא יושם במשמורת ולא יורחק מישראל עד להכרעה בהשגה.

העתק כתב ההשגה מיום 10.3.2013 מצ"ב ומסומן כ"ג.

28. ביום 18.3.2013 קצב יו"ר ועדת ההשגה למשיב 14 יום לתגובתו לסעד הזמני, ו-30 יום לתגובתו לסעד העיקרי. משלא התקבלה תגובת המשיב לסעד הזמני, הורה יו"ר הוועדה ביום 14.4.2013 שלא להרחיק את העותר מישראל ושלא לנקוט נגדו בצעדי אכיפה עד למתן החלטה אחרת של הוועדה.

העתק החלטה מיום 14.4.2013 מצ"ב ומסומן כ"ד.

29. ביום 28.4.2013 התקבלה תשובת המשיב להשגה באמצעות באת כוחו, עו"ד שירן תורגימן מן הלשכה המשפטית של הרשות. המשיב עמד על דעתו שאין לשלב את העותר בהליך המדורג להסדרת מעמדם של בני זוג נשואים, וביקש לדחות את ההשגה. עם זאת, במסגרת כתב התשובה הודיע המשיב, כי אין כל מניעה לשוב ולחדש את רישיון הישיבה והעבודה מסוג ב/1 שעליו אולץ העותר לוותר כתנאי להמשך טיפולו של המשיב בבקשת העותרים לרכישת מעמד בשל נישואיהם. המשיב הוסיף, כי הרישיון יוארך בהתאם למדיניות אי ההרחקה הזמנית של נתיני אריתריאה.

העתק כתב התשובה להשגה מיום 28.4.13 מצ"ב ומסומן כ"ה.

30. ביום 6.5.2013 פנתה עו"ד חסין, הח"מ, לעו"ד תורגימן, וביקשה כי בהתאם לדברים יחודש לאלתר רישיון הישיבה והעבודה של העותר, וזאת עוד לפני התייחסות לגופן של הטענות בכתב התשובה.

העתק פניית עו"ד חסין מיום 6.5.2013 מצ"ב ומסומן כ"ו.

31. בהמשך לכך הודיעו העותרים ליו"ר ועדת ההשגה לזרים בירושלים, כי בכתב התשובה של המשיב אין כל מענה או התייחסות לטענות שעלו בכתב ההשגה (בעניין שילוב העותר בהליך המדורג לבני זוג נשואים), וכן נעדרת ממנו כל הפניה למקור רלוונטי כל שהוא התומך בעמדת המשיב. על כן התבקש יו"ר הוועדה ליתן את החלטתו בהקדם האפשרי.

העתק הודעת המשיגים מיום 6.5.2013 מצ"ב ומסומן כ"ז.

32. בינתיים, המשיכו הח"מ בנסיונות להשיב לעותר את רישיון הישיבה והעבודה בהתאם להודעת המשיב בכתב התשובה להשגה. לאחר מאמצים רבים הצליח ביום 12.5.2013 נציג האגודה לזכויות האזרח ליצור קשר עם עו"ד תורגימן, אשר הודיעה לו, כי במחשבי הרשות עודכן שהעותר זכאי לקבל חזרה רישיון ישיבה ועבודה מסוג ב/1. ואולם, בהמשך אותו יום התקשרה עו"ד תורגימן שוב על מנת לחזור בה מן הדברים. למחרת שוחחה אף עם עו"ד פלר, הח"מ, ומסרה, בניגוד לדברים שנכתבו בכתב התשובה ובניגוד לדברים שנאמרו קודם לכן, כי עד להכרעה בהשגה (או עד שהמשיגים – הם העותרים כאן – ימשכו את ההשגה) לא יונפק לעותר רישיון ישיבה.

33. ביום 13.5.2013 פנה עו"ד פלר, הח"מ, לעו"ד תורגימן, ודרש כי יחודש לאלתר רישיון הישיבה של העותר. הח"מ עמד על התנהלותה המקוממת וחסרת תום הלב של הרשות, והצביע על כך שהתנהלות זו הופכת את הדברים שנמסרו ליו"ר ועדת ההשגה בכתב התשובה למידע שאינו אמת. העתק הפנייה נשלח אל יושבי ראש ועדת ההשגה לזרים ואל היועץ המשפטי של הרשות.

העתק מכתבו של עו"ד פלר מיום 13.5.13 מצ"ב ומסומן כ"ח.

34. בעקבות זאת, ביום 10.6.2013 התקשרה עו"ד תורגימן לעו"ד פלר, והודיעה כי העותר מוזמן לסור ללשכת הרשות ב... ולקבל רישיון ישיבה ועבודה לשלושה חודשים. העותר נדרש על ידי הלשכה לקבוע

תור, וביום 24.6.2013, שנה ומחצה לאחר שאולץ לוותר על רישיון הישיבה והעבודה, הרישיון הושב לו. הוא ניתן לשלושה חודשים, עד ליום 24.9.2013.

35. ביום 12.6.2013 דחה יו"ר ועדת ההשגה לזרים, עו"ד דותן ברמן, את ההשגה. יו"ר הוועדה מצא, כי סירובו של המשיב לאפשר לעותרים להסדיר את מעמדו של העותר במסגרת ההליך המדורג לבני זוג נשואים משום שלא הצליח להשיג תעודת יושר מאריתריאה הנו סביר. יו"ר הוועדה ביסס את החלטתו על כך שאף שהמצב באריתריאה "אינו מן המשופרים", אין לגזור כי מוטל על המשיב לוותר על המצאת מסמכים מאריתריאה; על כך שהעותר הצליח להשיג מסמכים שונים משלטונות אריתריאה; על כך שהעותר ציין בהזדמנויות שונות כי הוא נמלט מארצו בגין בעיות פוליטיות ורדיפה הקשורה לדתו, וכעת הוא טוען שערק מצבא אריתריאה; וכי נוכח נכונותו של המשיב להשיב לעותר את רישיון העבודה שלו, העותר אינו עומד בפני גירוש ויכול לסייע בפרנסת משפחתו, ועל כן הפגיעה בזכותם של העותרים לחיי משפחה בשל דחיית ההשגה "מצומצמת ביותר".

העתק החלטת יו"ר ועדת ההשגה מיום 12.6.2013 מצ"ב ומסומן כ"ט.

36. להשלמת התמונה, ובטרם נפנה לניתוח המשפטי, נבקש לציין, כי העותרת מצויה כיום בהיריון, והיא עתידה ללדת בעוד כארבעה חודשים את בתם השנייה של בני הזוג. בשל התרחבות המשפחה, מתעתדים העותרים לעזוב את בית הוריה של העותרת ולעבור בקרוב לדירה משלהם ב... שב.....

המסגרת הנורמטיבית

הזכות לחיי משפחה והחובות הנובעות ממנה להסדרת מעמדם הקבוע של בני זוג והורים לילדים

37. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד בסיסית, המוכרת הן על ידי המשפט הבין-לאומי והן על ידי המשפט הישראלי החוקתי (ר' יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני, עורכים, 2004), 663). הזכות לחיי משפחה נובעת הן מזכותו החוקתית של אדם לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, והן מחשיבותו של התא המשפחתי לקיומה של חברה (ר' ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 175, 160 (1997)). בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית המשפט העליון על חשיבותו החברתית העליונה של התא המשפחתי בחברה האנושית בכלל ובחברה הישראלית בפרט (ר', בין היתר, ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 434 (1978); בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 783 (1993)).

38. כפועל יוצא של זכות היסוד לחיי משפחה, נקבעה זכותם של אזרחים ישראלים, המקיימים קשרי משפחה זוגיים עם אזרחים זרים, להקנות לבני זוגם מעמד של קבע במדינה (ר' לעניין בני זוגם של אזרחים סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות)). בית המשפט הגבוה לצדק פסק ברוב דעות, כי מזכותם החוקתית של אזרחים ישראלים לחיי משפחה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגזרת זכותם החוקתית להסדיר בישראל את מעמד בני זוגם הזרים. עוד נפסק

ברוב דעות, כי זכותם של אזרחים ישראלים לקיים תא משפחתי בישראל עם בני זוגם הזרים מתוך יחס של שוויון לבני זוג ישראלים אחרים מהווה חלק מזכותם החוקתית לכבוד, המעוגנת אף היא בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ר' בג"ץ 7052/03 **עדאלה** – **המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006) (להלן: **עניין עדאלה**); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה** (פסק דין מיום 11.1.2012)).

39. מן הזכות לחיי משפחה נגזר אף האיסור על הפרדתם הכפויה של בני זוג (ר' בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נג(2) 728 (1999), 780-783 (להלן: **עניין סטמקה**)). איסור זה חל, ביתר שאת, מקום שם לבן הזוג הזר ילד ישראלי. לצד זכויותיהם של בני הזוג, העותרים, עומדות גם זכויותיה של העותרת 3, בתם הקטינה, אזרחית ותושבת ישראל, ויש לשקול אף שיקולים הנוגעים לטובתה. השיקול של טובת הילד, נזכיר, "הוא שיקול העל, השיקול המכריע. אכן, בצידו של שיקול זה יעמדו שיקולים נוספים... אך כל אלה שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד" (דנ"א 7015/94 **היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית**, פ"ד נ(1) 48, 119 (1995)). לצידו של שיקול טובת הילד, עומדת זכותם החוקתית של ילדים לחיי משפחה, ממנה נגזרת החובה להגן על שלמות התא המשפחתי בו הם חיים:

"הזכות לחיי המשפחה היא גם זכותו של ההורה הישראלי שילדיו הקטינים יגדלו עימו בישראל וזכותו של ילד ישראלי לגדול בישראל יחד עם הוריו. המשפט הישראלי מכיר בחשיבות השוואת המעמד האזרחי של הורה לזה של ילדו. ... לכיבוד 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'** (טרם פורסם)). לילד הזכות לגדול בתא משפחתי שלם ויציב. טובתו מחייבת כי לא יופרד מהוריו וכי יגדל בחיק שניהם. אכן, קשה להפריז בחשיבות 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' (עניין **פלונית**, 331). (עניין **עדאלה**, פסקה 28 לפסק דינו של הנשיא ברק).

40. בדחותו את השגתם של העותרים קבע יו"ר ועדת ההשגה, כי משהביע המשיב את הסכמתו להשיב לעותר את רישיון הישיבה והעבודה הזמני, הרי שהוא יכול להישאר בישראל עם אשתו ובתו, ואף לסייע בפרנסתן, ועל כן הפגיעה בחיי משפחתם "מצומצמת ביותר". קביעה זו, ולפיה העותר יכול לסייע בפרנסת משפחתו כשהוא מצויד ברישיון ישיבה ועבודה, שעליו לחדש מדי כמה חודשים ללא

מתווה להסדרת מעמדו, אין לה על מה שתסמוך. מעסיקים נרתעים מלהתקשר עם עובדים נטולי אופק תעסוקתי, ולכל היותר יוכל העותר למצוא עבודות דחק, שתרומתן לכלכלת המשפחה דלה. יש לזכור עוד, כי על העסקת עובד זר מוטל היטל, שאינו מוטל על העסקת תושב ארעי (כל שכן תושב קבע או אזרח ביום מן הימים), ומשכך נפגעות גם אפשרויות התעסוקה של העותר (ר': סעיפים 44 ו-45 לחוק התכנית להבראת כלכלת ישראל (תיקוני חקיקה להשגת יעדי התקציב והמדיניות הכלכלית לשנות הכספים 2003 ו-2004), התשס"ג-2003, וסעיף 21 לחוק ההתייעלות הכלכלית (תיקוני חקיקה ליישום התוכנית הכלכלית לשנים 2009 ו-2010), התשס"ט-2009). בהעדר תושבות ארעית לפחות, אותה מקבל מי שמשתלב בהליך המדורג, העותר אינו מבוטח בביטוח בריאות ממלכתי ואינו זוכה לזכויות סוציאליות (ר': סעיף 2א(ב)(3) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995); הוא אינו יכול לקבל רישיון נהיגה קבוע; בני הזוג אינם נהנים ממלוא הזכויות במוסד לביטוח לאומי; יש קושי בקבלת משכנתא; וכו'.

41. תפיסתו של יו"ר ועדת ההשגה עושה רדוקציה לזכות החוקתית לחיי משפחה לכדי מגורים משותפים על בסיס זמני, ללא כל יציבות בהווה וביטחון בעתיד. לחוסר ודאות זה, המלווה בחשש ובמתח מתמשכים, יש השלכות קשות ביותר על התא המשפחתי, ובפרט על הקטינים בו (לעניין זכותם של ילדים לחיות בתא משפחתי שלם ויציב ר' רע"א 4575/00 פלונית נ' אלמוני, פ"ד נה(2) 321, 331 (2001)). על מנת לממש במלואה את הזכות לחיי משפחה, נדרש מתווה להסדרת המעמד באופן קבוע, כזה המצוי בהליך המדורג, שאותו מסרב המשיב להחיל על העותרים. בית המשפט העליון הזכיר בימים האחרונים למשיב בהקשר זה:

"עמדת המשיב אינה עולה בנסיבות העניין, בקנה אחד, עם גישת המשפט הישראלי, אשר חותר, באופן עקרוני ובמידת האפשר, למניעת פער בין מעמדו של ילד לבין מעמדו של הורה המחזיק בו או הזכאי להחזיק בו – וזאת מתוך הכרה בערך של שלמות התא המשפחתי ובאינטרס של שמירה על שלום הילד." (עע"ם 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 11.7.2013 (פסקה 16.ג. לפסק דינו של השופט מלצר)).

האיסור להערים קשיים במסגרת ההליך המדורג, והחובה לחרוג מן הנהלים במקרים מתאימים

42. אין חולק, כי המשיב רשאי, ככלל, לדרוש המצאתה של תעודת יושר כתנאי להשתלבות בהליך להסדרת מעמדו. ואולם, לאופן השרירותי שבו אדם מוצא עצמו מחוץ להליך, מטעמים שאינם בשליטתו, אין הצדקה. מדובר בפגיעה קשה ובלתי סבירה בזכות היסוד לחיי משפחה. שיקול הדעת המסור למשיב במסגרת הליכי הסדרת מעמד הוא רחב מאוד, ומחייב, מעצם טבעו, כי במכלול השיקולים יובאו גם מקרים חריגים, שבהם בלתי אפשרי להמציא מסמך זה או אחר. חובה זו כפולה ומכופלת במסגרת הליכי התאזרחות בני זוג, וזאת מכוח ההוראה הסטטוטורית בסעיף 7 לחוק האזרחות – להקל עם בני זוג, לשקול את נסיבותיהם לגופן, ולהביא בחשבון קיומם של מקרים חריגים:

"המחוקק ביקש שלא להקשות על בן-זוגו של אזרח ישראל, ותחת קביעתם של תנאים נוקשים ופרקי זמן קבועים מראש – אלה התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק [האזרחות] – ביקש ששר הפנים ישקול בדעתו להקל עמו, איש איש כעניינו ועל-פי מדיניות קבועה מראש... יתר על כן: גם לא שמענו

על חריגים שנקבעו למדיניות, והרי מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן להסיכה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות." (עניין **סטמקה**, בעמ' 794-793).

ועוד :

"בית משפט זה עמד לא אחת על הצורך להיזהר מהנחת חסמים כבדים מדי להוכחת זכויות, העלולים לפגוע באדם שלא לצורך... דרישות הרשות מהפרט כתנאי למימוש זכויות נבחנות במבחן הסבירות, וככל שהן בלתי-מידתיות מבחינת משאבי הזמן, הממון, המאמץ ומשאבי הנפש הנדרשים מהפרט, וככל שהן אינן חיוניות להגשמת התכלית הראויה של המעשה המינהלי, הן עלולות להיפסל". (בג"ץ 10533/04 **ויס נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 28.6.2011), פסקה 40 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

וכן :

"אין היא [הרשות המינהלית] רשאית להסתמך על ההנחיות שהותאמו למקרה הרגיל כדי להחליט במקרה המיוחד, בלי לקחת בחשבון את השיקולים המיוחדים לאותו מקרה. לכן אין היא רשאית, למשל, לדחות בקשה לרישיון על הסף רק משום שהמבקש אינו מקיים את התנאים שקבעה בהנחיות" (יצחק זמיר **הסמכות המינהלית** (1996) 785).

43. ואכן, לא בכדי תוקנו הנהלים העוסקים בהסדרת מעמדם של בני זוג, ונקבע בהם, כי במקרים בהם אין אפשרות להמציא תעודת יושר, ייבחן העניין. לנהלים צורף נוסח תצהיר מטעם המבקש שאינו יכול להמציא תעודת יושר אודות היעדר עבר פלילי, ואודות הנסיבות בגינן אין באפשרותו להמציא תעודת יושר.

העתק "נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי" מצ"ב ומסומן ל'.

44. המצב באריתריאה, והנסיבות בגינן מבקשי מקלט מאריתריאה נמלטים לישראל, מוכרים היטב למשיב. משום כך, כל אימת שחוסר יכולתם של אזרחי אריתריאה, בני זוג לאזרחים ישראלים, להשיג תיעוד משלטונות אריתריאה מגיע להתדיינות משפטית, ממהר המשיב ומוותר על הדרישה, כי בני הזוג ימציאו מסמכים משלטונות אריתריאה, ובהם תעודת יושר, כתנאי להסדרת מעמדם.

45. כך, למשל, בעקבות הגשת ההליך ב-בג"ץ 10196/04 **י' נ' שר הפנים**, שעסק בעניין זה – חוסר היכולת של אזרח אריתריאה, בן זוג לאזרחית ישראלית, להציג תעודת יושר כתנאי לשילובו בהליך המדורג – ניאות המשיב לוותר על הדרישה לתעודת יושר. בעקבות זאת העתירה נמחקה ביום 27.3.2005. כך עוד, במסגרת עת"ם (י-ם) 26512-09-10 **י' נ' משרד הפנים**, שעניינו הקשיים שהערים המשיב על הסדרת מעמדו בישראל של אזרח אריתריאה, עריק מהצבא, בן זוגה של אזרחית ישראלית, שלא הצליח להמציא מסמכים משלטונות אריתריאה, ציין בית המשפט (בהחלטתו מיום 13.2.2011), כי "המשיב הבין אל נכון שיש מסמכים אשר העותר אינו יכול להמציא". בעקבות זאת הודיע המשיב לבאת כוח העותרים ביום 20.11.2011, כי הוחלט לאפשר לבני הזוג להתחיל בהליך איחוד המשפחות ללא המצאת התיעוד.

העתק המכתב שנשלח לבאת כוח העותרים בעניין י' ביום 20.11.2011 מצ"ב ומסומן ל"א.

46. חרף דברים אלה, מתעקש המשיב פעם אחר פעם לשוב ולעצום עיניו לנסיבות בגינן אין באפשרותם של אזרחי אריתריאה לקבל תעודת יושר (ולפעמים גם תיעוד אחר), ולדחות את בקשותיהם להסדיר את מעמדם כבני זוג של אזרחים ישראלים. משום כך, אין מנוס מניהול הליכים כמו עתירה זו, ובמסגרתה לשוב ולהציג את מצב הדברים באריתריאה, המוכר למשיב עד זרא. נעמוד על הדברים בפירוט להלן.

המצב באריתריאה וגורלם של עריקים מצבאה

47. אריתריאה אינה אך מדינה שהמצב בה "אינו מן המשופרים". קביעה שכזו, בכל הכבוד, אינה אלא בורות. אף את חוסר היכולת לקשור בין עריקותו של העותר מצבא אריתריאה לבין רדיפה על רקע פוליטי, אין לייחס אלא לבורות. ואולם, בהתחשב בנתונים שעומדים בפני המשיב ושהוצגו אף בפני יו"ר ועדת ההשגה, דומה שלא בבורות מדובר, אלא בעצימת עיניים של ממש למצב הדברים באריתריאה. עצימת עיניים להפרות זכויות האדם המזעזעות המתחוללות באריתריאה עולה בחומרתה על בורות.

48. אף על פי שהמשיב מתעקש שלא להגדיר את אזרחי אריתריאה כמבקשי מקלט; ואף שעד לאחרונה הוא נמנע מבדיקה אינדיבידואלית של עמידתם בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים (ומאז החל הוא אך דוחה בקשות באופן שיטתי); ואף שהוא מקפיד לכנותם "מסתננים" או "מהגרים כלכליים"; ואף שהוא אונס אותם "לוותר" על בקשתם למקלט כאשר הם מבקשים להסדיר את מעמדם כבני זוג לאזרחים ישראלים – הרי שמדינת ישראל מכירה בכך שאין כיום אפשרות לגרש את אזרחי אריתריאה למדינת מוצאם.

49. חוסר היכולת המשפטית של ישראל לפעול להרחקתם של מבקשי המקלט האריתריאים משטחה נובע, בראש ובראשונה, מעקרון ה-*non-refoulement*, הקבוע בסעיף 33 לאמנה בדבר מעמדם של פליטים (כ"א 65) ובסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ונגד יחס ועונשים אכזריים, בלתי אנושיים או משפילים (כ"א 1039). הכלל היסודי העומד בלב אמנות אלה הוא עקרון איסור הגירוש או ההחזרה. על פי עקרון זה, שום מדינה מבעלות האמנה לא תגרש ולא תחזיר ("refouler") פליט באיזו צורה שהיא אל גבולות הארצות שבהן יהיו חייו או חירותו בסכנה מטעמי גזע, דת, אזרחות, השתייכות לקיבוץ חברתי מסוים או להשקפה מדינית מסוימת. עקרון זה אומץ בהמשך גם בסעיף 3 לאמנה נגד עינויים ביחס למי שקיים יסוד מהותי להאמין, כי הוא נתון בסכנת העמדה בפני עינויים. חשיבותו של עקרון ה-*non-refoulement* חרגה כבר מזמן מתחום אמנת הפליטים ואמנת העינויים, והוא מוכר כיום כחלק מן המשפט הבינלאומי המינהגי. עקרון זה מוכר גם כחלק מן המשפט החוקתי הישראלי, ובפסיקה נקבע כי הוא חל לא רק על מי שעומד בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים (ר' בג"ץ 4702/94 אל טאיי נגד שר הפנים, פ"ד מט(3) 846, 848 (1995)).

50. על מנת לקבל תמונה מקיפה אודות המצב באריתריאה, העומד בבסיס ההגנה שניתנת לאזרחי אריתריאה בישראל ובעולם, ראוי לעיין תחילה בהנחיות נציבות האו"ם לפליטים בעניין אריתריאה, שפורסמו בחודש אפריל 2011 (ר' **UNHCR, Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection needs of Asylum Seekers from Eritrea, 20 April 2011**). במדינות רבות מצב זכויות האדם הוא בכי רע, אך דומה שאריתריאה היא בין המובילות בהפרות זכויות האדם של אזרחיה. בשנת 2007 היתה אריתריאה השלישית בעולם במספר הנמלטים ממנה, אחרי עיראק וסומליה (עמ' 9 להנחיות).

51. באריתריאה נוהג מאז שנת 1993 משטר דכאני ומצב זכויות האדם שם מצוי בהתדרדרות מתמדת. מדובר במדינה טוטאליטרית, שבה הבחירות "נדחות" פעם אחר פעם, ומערכת המשפט כפופה לרשות המבצעת. הממשלה שולטת באופן מוחלט באמצעי התקשורת, ופעילותם של ארגוני זכויות אדם וארגונים לא ממשלתיים הופסקה. באשר לשירות בצבא האריתראי עולה מן ההנחיות, שאין מדובר בדבר הדומה באופן כלשהו לשירות החובה בישראל. נציבות האו"ם לפליטים עומדת על כך ש"גורם הסיכון" הראשון במעלה הוא שירות צבאי או שירות לאומי. גברים ונשים חייבים בגיוס חובה ובשירות לאומי כמעט כל שנות חייהם (עמ' 9 להנחיות). השירות הלאומי אמור להימשך, על פי חוק, 18 חודשים, אולם בתקופות "חירום" הוא מוארך, ומן ההנחיות עולה, כי לאמיתו של דבר הוא בלתי מוגבל בזמן (עמ' 9, הערת שוליים 51). השירות הצבאי והשירות הלאומי נושאים למעשה אופי של עבודת כפייה בלתי מוגבלת בזמן, ורבים מגדירים אותה כסוג של עבדות (ר' עמ' 12 להנחיות, הערת שוליים 82).

52. ההנחיות מפרטות את העונשים הקבועים בחוק בגין הימנעות מגיוס ובגין יציאה מן המדינה לצורך הימנעות מגיוס, ומוסיפות כי בפועל הענישה נעשית שלא באמצעות מערכת בתי המשפט, והיא כוללת הריגה בירי, מעצר לפרקי זמן ממושכים בתנאים בלתי אנושיים, עינויים ועבודות כפייה. ההנחיות עומדות על כך שאף על פי שהעמדה לדין וענישה בגין עריקות מהצבא אינן מהוות בהכרח, כשלעצמן, "רדיפה", הרי שענישה לא פרופורציונית בצורה קיצונית, כמו באריתריאה, מהווה "רדיפה" כמשמעה באמנת הפליטים (עמ' 11). ואולם בכל מקרה, אף אם לא מקבלים קביעה זו, חל איסור על גירושו של מי שצפוי למעצר או מאסר בתנאים לא אנושיים, עינויים ואולי אף עונש מוות, מכוח עקרון ה-*non-refoulement* במובנו הרחב, אף אם אינם "פליטים".

53. גם בדיקתה של מועצת זכויות האדם של האו"ם הגיעה למסקנות אלה בדבר מצב זכויות האדם באריתריאה. בחודש יולי 2012, קיבלה מועצת זכויות האדם של האו"ם החלטת גינוי חריפה נגד אריתריאה בגין הפרות זכויות האדם בה, ומינתה דווחית (rapporteur) מיוחדת, הגב' Beedwantee Keetharuth, לנושא מצב זכויות האדם באריתריאה, שתגיש את ממצאיה לנציב זכויות האדם. הדווחית הגישה את הדו"ח בחודש מאי 2013 (ר' - **UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the situation of human rights in Eritrea, 28 May 2013, A/HRC/23/53**). הדו"ח עומד על הפרות זכויות האדם החמורות באריתריאה; על אלפי העצורים, ובהם מי שהתחמקו מגיוס, ערקו או נחשדו שהם עומדים לברוח; על תנאי המעצר מסכני

החיים; על העינויים הפיזיים והנפשיים במעצר; על העינויים אליהם חשופים מתנגדים פוליטיים, עריקים ומבקשי מקלט שהוחזרו לאריתריאה; על גורלן המר של משפחות העריקים; ועוד ועוד.

54. ממצאים שכאלה פורטו גם בדו"חות של ארגוני זכויות אדם בינלאומיים. בשנים האחרונות, ובאופן עקבי, מדורגת אריתריאה במקום האחרון במדד חופש העיתונות של ארגון Reporters Without Borders, אפילו מתחת למשטרים טוטאליטריים כמו צפון קוריה ולמשטרים רודניים כמו סוריה (ר' **2013 World Press Freedom Index**, Reporters Without Borders). ארגוני זכויות אדם המתעדים את הפרות זכויות האדם באריתריאה, מגדירים אותה כאחת הממשלות הדכאניות ביותר בעולם. בדיווחים השנתיים של ארגון Human Rights Watch ושל ארגון אמנסטי אינטרנשיונל יש תיאורים עקביים של רדיפה אחר מי שנתפשים בעיני המשטר כמתנגדים פוליטיים (ר' - HRW, **World Report 2012: Eritrea**; Amnesty International, **Annual Report 2012** - **Eritrea**). בין הנרדפים: פעילים פוליטיים, אנשי ממשל, אנשים הנמלטים מגיוס כפוי, עיתונאים, אנשי דת, מנהיגי איגודי עובדים ואנשי עסקים. בראשית חודש מאי 2013 פרסם ארגון אמנסטי אינטרנשיונל דו"ח חדש (ר' **Eritrea: 20 years of independence**, Amnesty International, **but still no freedom**). על פי הדו"ח, מוחזקים אלפי אנשים בבתי-מעצר שונים באריתריאה, חלקם סודיים. המספר המדויק של העצורים אינו ידוע, שכן ממשלת אריתריאה אינה נכונה למסור כל מידע על העצורים ואף מכחישה את דבר המעצרים. על פי הדיווחים, אסירים אלו נאסרים ללא משפט לתקופות בלתי מוגבלות, כשנמנעת מהם הגישה לבתי משפט, לעורכי דין ולביקורי משפחה. בני משפחה המבררים על גורלם מסתכנים במאסר בעצמם. הדיווחים מתארים תנאי כליאה אכזריים, הכוללים כליאה בתאים תת קרקעיים או במיכלי משלוח במדבר, בטמפרטורות קיצוניות, בבידוד או לחילופין בצפיפות רבה, בתנאי היגיינה ירודים ועם קצובות מזון ומים מצומצמות. עינויים הם תופעה נפוצה ורבים מוצאים את מותם במאסר.

55. דו"חות ארגוני זכויות האדם מתארים בהרחבה את ה"שירות" הצבאי / לאומי באריתריאה. למעשה, חלק גדול מה"שירות" כלל אינו צבאי, אלא כולל עבודות ללא שכר או בתנאי עבדות של ממש בפרויקטים ממשלתיים. רוב האוכלוסייה הבורגת נמצאת ב"שירות" פעיל או ב"מילואים" ללא הגבלת זמן. הגיוס נערך בשיטות אלימות. אין מנגנון שבפניו ניתן יהיה לבקר את הגיוס השרירותי. מי שנמלט או מתחמק משירות נתפס כאויב השלטון. הפגיעה בעריקים ובבני משפחותיהם, היא, כאמור, נפוצה וקיצונית בחומרתה. אכן, לא רק עריקים מצבא אריתריאה חשופים לענישה אכזרית. כך גם בני משפחתם שנותרו מאחור, ואשר סובלים ממעצרים, מקנסות ומביטול רישיונות עסקים (ר' **Service for Life – State Repression and Indefinite Conscription in Eritrea**, April 2009, 74-5).

56. תמונה קשה זו אינה מתוארת רק על ידי סוכנויות האו"ם וארגוני זכויות האדם. תמונה זהה מצטיירת גם כאשר בוחנים דו"חות שעורכות ומפרסמות מדינות שונות. כך למשל, דו"ח זכויות האדם השנתי של מחלקת המדינה של ארה"ב מיום 19.4.2013 מאשש מידע זה ומצייר תמונה קשה אודות אריתריאה: משטר אוטוריטטיבי שבו מפלגה אחת האוחזת בשלטון. הבחירות האחרונות

במדינה נערכו בשנת 1993. הדו"ח מתאר במבוא את המצב הכללי באריתריאה, שכולל, בין היתר, מעשי הרג על ידי כוחות הביטחון, מעשי עינויים, תנאי מעצר בלתי אנושיים ומעצר incommunicado שלעיתים הסתיים במוות. הממשלה ממשיכה לכופף אנשים להשתתף בתכנית הגיוס הלאומי, לעיתים קרובות לתקופות בלתי מוגבלות בזמן. כמו כן מגבילה הממשלה באופן חמור זכויות אדם לרבות חופש הביטוי, חופש העיתונות, חופש האסיפה וההתאגדות וחופש הדת. בין הפגיעות המתוארות בדו"ח: היעלמות של אנשים על בסיס פוליטי, מעצר וכליאה שרירותיים לרבות של מי שמבקשים להתחמק מן השירות הצבאי, התערבות ממשלתית במערכת המשפט, מעצר של מתנגדים פוליטיים, העדר הליך שיפוטי ומשפטי תקינים ועוד.

57. הדו"ח של מחלקת המדינה האמריקאית מתאר מעצר ועינויים של מי שערקו מן הצבא או התחמקו מן השירות הצבאי ושל אנשים שמנסים לעזוב את המדינה ללא שיש בידם מסמכי נסיעה. העדויות של מי ששרדו את הכליאה מתארות תנאים בלתי אנושיים ובכלל זה חשיפה לחום קיצוני תוך כדי כליאה בתנאי צפיפות קשים במכולות מתכת (המשמשות ברגיל להובלת מטענים בים) או במרתפים תת-קרקעיים ללא אוורור. תנאי המעצר באריתריאה נחשבים למסכני חיים, והממשלה אינה מתירה ביקורי פקחים בבתי הכלא או המעצר (בין פקחים לאומיים או בינלאומיים). הדו"ח קובע, כי בגין סירוב לבצע שירות צבאי, התחמקות מגיוס או עריקה מוטלת ענישה לפרקי זמן ארוכים. תנאי המעצר של עצורים אלה קשים וזהים בחומרתם לאלה של אנשים שנעצרים בגין פגיעה בביטחון הלאומי. קיימים דיווחים על מקרי מוות במעצר.

58. מהדו"ח עולה תמונה מזעזעת של מדינה ששוללת את הזכויות הבסיסיות ביותר כגון חופש ביטוי, חופש דת וחופש אסיפה; בה אין תקשורת חופשית, עיתונאים נאסרים והגישה לאינטרנט נמצאת תחת פיקוח מתמיד; בה מערכת המשפט כפופה להתערבויות הממשלה ומאוישת באנשי צבא הפועלים ללא זיקה לחוק; בה המשטרה עוצרת אנשים באופן שרירותי, לא פעם במבצעי "איסוף" של אנשים לצורך שליחתם ל"שירות הלאומי", ללא הליך הוגן, ללא הגבלת זמן וללא הליך משפטי; בה אנשים נעלמים בידי השלטון מבלי שניתן לברר מה עלה בגורלם; בה מתקיימים עינויים ובה אנשים מוחזקים בתנאי כליאה קשים; בה מוגבלת יכולתם של אזרחים לנוע בין ערים או לעבור דירה ללא היתר ואיסור יציאה גורף מהארץ; בה נערכים חיפושים בבתים ללא צווים או הליך שיפוטי; בה פותחים דברי דואר לפני שליחתם ונערך פיקוח על הודעות טקסט ושיחות טלפון, בין היתר באמצעות סוכנים ממשלתיים שפוזרים בכל הארץ; ועוד ועוד.

59. העובדות הקשות באשר לאריתריאה ולמתחולל בה נבחנו גם על ידי הרשויות בבריטניה. ביום 27.5.2011, בפסק דין מקיף שניתן על ידי טריבונל ההגירה העליון בבריטניה, נבחנו לעומקם התנאים באריתריאה ונשמעו עדויות מומחים. בפסק הדין נקבע שככלל, אזרחי אריתריאה בגיל גיוס חובה, שיצאו את המדינה ללא היתר, יהיו חשופים למעצר בתנאים לא אנושיים, עינויים ואף הוצאה להורג על רקע ייחוס דעה פוליטית, ולכן יהיו זכאים להכרה בהם כפליטים (ר' **MO (illegal exit – risk on return) Eritrea CG [2011] UKUT 00190 (IAC)**). (להלן: עניין MO).

60. יצוין עוד, כי בניגוד לישראל, שעד לאחרונה מיאנה לבחון האם אזרחי אריתריאה עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים (ומאז החלה לבדוק דוחה באופן שיטתי את הבקשות כולן), מדינות מערביות אחרות מקיימות הליכים כאלה. נתוני נציבות האו"ם לפליטים לשנת 2011, שפורסמו בחודש מאי 2012, מלמדים כי שעורי ההכרה באזרחי אריתריאה כפליטים ברחבי העולם הם גבוהים ביותר. טבלה 10 לדו"ח הסטטיסטי של נציבות האו"ם לפליטים מלמדת, כי 74% ממבקשי המקלט האריתריאים ברחבי העולם הוכרו באופן אינדיבידואלי כפליטים לפי האמנה בדבר מעמדם של פליטים. מהטבלה עולה, כי כאשר מצרפים לאלה את מי שהוכרו לזכאים אינדיבידואלית ל"הגנה משלימה" אף שאינם זכאים להגנה לפי אמנת הפליטים, עומדים שיעורי ההכרה העולמיים על 84.5% (ר': www.unhcr.org/globaltrends/2011-GlobalTrends-annex-tables.zip).

61. המדיניות החלה על אזרחי אריתריאה בישראל, לעומת זאת, מכונה לעיתים "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית" ולעיתים "מדיניות אי הרחקה". לאחרונה מתעקש המשיב שלא לכנות מדיניות זו "הגנה זמנית" או "קבוצתית", לאחר שבמשך שנים גורמים בכירים במשרד הפנים ובמשרד המשפטים דווקא השתמשו במונח זה. אולם דומה ששאלת הכותרת, בה מוכתרת מדיניות זו, אינה רלוונטית לענייננו. השורה התחתונה היא כי מזה למעלה משבע שנים, מדינת ישראל אינה מגרשת לאריתריאה (לפחות לא באופן מוצהר). זאת, בין שתכנה את אזרחי מדינה זו "מבקשי מקלט", "מסתננים" או "מהגרים כלכליים", ובין שתכנה את המדיניות החלה עליהם כמדיניות "אי החזרה", "הגנה זמנית" או "הגנה קבוצתית".

62. ב-ע"ם 8908/11 **אספו נ' משרד הפנים** (פסק דין מיום 17.7.2012) עמד בית המשפט על כך, שאפילו היתה נערכת בחינה אינדיבידואלית לגבי השאלה האם אזרחי אריתריאה שבישראל עומדים בתנאי האמנה בדבר מעמדם של פליטים, ואפילו היו נדחות בקשותיהם למקלט, לא היה בכך בהכרח כדי להביא לקיומה של אפשרות משפטית לגרשם:

"חשוב לציין בהקשר זה, כי דחיית בקשה פרטנית של המערער להכרה כפליט לפי אמנת הפליטים (אם כך יוחלט), אין משמעה בהכרח שלילת ההגנה שמוענקת לו והרחקתו מישראל. ההגנה שמקנה אמנת הפליטים איננה ההגנה היחידה מפני הרחקה למדינת המוצא, שכן מכוח העיקרון הכללי של Non-Refoulement, מדינת ישראל איננה מרחיקה אדם למקום שבו נשקפת סכנה לחייו או לחירותו." (שם, פסקה 19 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

וכן:

"ברצוני להוסיף שלגבי דידי – אין בדחיית בקשה פרטנית להכרה במעמד של פליט לפי אמנת הפליטים כדי למנוע ממי שנהנה מ'מדיניות אי-ההרחקה הזמנית' להמשיך וליהנות ממדיניות זו, כל עוד היא קיימת וחלה לגביו. זאת בצד האמור בפסקה 19 לפסק דינו של חברי, השופט ע' פוגלמן ביחס לתחולתן האפשרית של הגנות משלימות נוספות מכוח העיקרון של Non-Refoulement." (שם, חוות הדעת של השופט מלצר).

63. ואכן, אף המשיב, שעה שהחל לאחרונה לדחות בקשות מקלט של מבקשי מקלט מאריתריאה, מקפיד לציין בהחלטותיו, כי מי שבקשותיהם נדחו אינם נדרשים לעזוב את הארץ, שכן מדיניות אי ההרחקה בעינה עומדת.

64. בדיון שהתקיים בוועדת העובדים הזרים בכנסת ביום 31.10.2011 הסביר סגן שר החוץ, כי מדיניות אי ההרחקה כלפי אזרחי אריתריאה נובעת מהסיכון הנשקף לזכויות האדם הבסיסיות שלהם ואף לחייהם אם יגורשו למדינת מוצאם. בלשונו של סגן שר החוץ:

"אריתריאה – כרגע אי-אפשר לעשות, כי אנחנו מוגבלים, כי באריתריאה יש שם שלטון שמוגדר על-ידי כל הקהילה הבין-לאומית כשלטון שלא שומר על זכויות אדם, ומי שחוזר לשם, נתון בסכנה, כולל סכנת מוות, ולכן אנחנו פה הרבה יותר זהירים."

ר' פרוטוקול הדיון: www.knesset.gov.il/protocols/data/rtf/zarim/2011-10-31-01.rtf

65. גם מנכ"ל משרד ראש הממשלה, הראל לוקר, הבהיר את הדברים ביחס לגירושם של אזרחי סודן ואריתריאה מישראל וזאת ביום 28.5.2012 בריאיון ברשת ב' (המראיינת היא קרן נויבך):

קרן נויבך: "שר הפנים אלי ישי שבסמכות משרדו לכאורה לקבוע מי יכנס מי לא יכנס לישראל, ותקן אותי אם אני טועה גם מי יגורש, קורא פעם אחר פעם בשבועות האחרונים לגרש את מבקשי המקלט או המסתננים מאפריקה. אם זאת אכן עמדת משרדו, למה בעצם ישראל לא מגרשת אותם?"

הראל לוקר: "מתוך 62 אלף מסתננים קודם כל מרביתם מצפון סודן ואריתריאה. למדינות האלה אי אפשר להרחיק מסתננים לגרש, מכיוון שצפויה להם שם סכנת חיים, וישראל חתומה על אמנות בינלאומיות, ושני תנאים מצטברים כדי להרחיק מסתננים, אחד שהמדינה תסכים לקלוט אותם, ושתיים שאין שם סכנת חיים. ככה שלגבי שתי המדינות האלה אנחנו לא יכולים יום בהיר אחד לנחות שם עם מטוסים ולהפר את הריבונות שלהם. צפון סודן זה גם מדינת אויב, ולהוציא מסתננים שם חזרה."

קרן נויבך: "כלומר בעצם מה שאתה אומר לנו, שכל מי שבא וקורא לגרש כולל שרים בממשלה עם ידע אני מניחה סביר לגבי החוק מאחז עיניים באיזה שהוא מקום זה לא ישים בכלל."

הראל לוקר: "אני."

קרן נויבך: "אתה לא תשתמש במילה מאחז עיניים."

הראל לוקר: "אני עובד ציבור ואני לא רוצה להתייחס לפוליטיקאים."

בהמשך הריאיון חזר מר לוקר על הדברים:

הראל לוקר: "[...] הגרעין הקשה זה צפון סודנים ואריתראים, משהו כמו יש עשרות אלפים, אבל איתם זה יותר בעיה, כי אל"ף כמו שאמרת... צריך

מדינה שתסכים לקלוט אותם, ואותה מדינה צריכה לערוב לביטחונם. זה לא המצב לצערי כיום בדרום [צ"ל: צפון] סודן שהיא מוגדרת מדינת אויב של ישראל וגם לא באריתריאה."

העתק תמליל הריאיון עם מר הראל לוקר מיום 28.5.2012 מצ"ב ומסומן ל"ב.

66. בזמן האחרון, על רקע ניסיון שעשה המשיב להוציא אזרח אריתריאה שהוחזק במשמורת מישראל "מרצון" למדינה שלישית – ניסיון אשר נגמר בגירושו בסופו של דבר לאריתריאה – הזכירה המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (ייעוץ), עו"ד דינה זילבר, למשיב את הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין:

"על מנת למנוע, חלילה, הישנות של מקרים מסוג זה, אחזור ואדגיש כי אני מצפה שרשות האוכלוסין תעמוד בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה לפיה עד להכרעה בשאלות המשפטיות העומדות על הפרק – לא תתאפשר יציאתם של אזרחי אריתריאה ממתקני המשמורת של רשות האוכלוסין אל כל יעד שהוא מחוץ לגבולות ישראל."

העתק מכתבה של עו"ד זילבר מיום 4.3.2013 מצ"ב ומסומן ל"ג.

67. על דעתה של עו"ד זילבר השיבה ביום 19.5.2013 שרת המשפטים, גב' ציפי לבני, לשאילתה של חה"כ דב חנין, כי הרחקתם של אריתריאים מישראל בכפייה –

"אינה עומדת על הפרק לעת הזו, וכל עוד לא נמצא יעד ספציפי וקונקרטי להרחקתם אליו."

העתק מכתבה של שרת המשפטים מיום 19.5.2013 מצ"ב ומסומן ל"ד.

68. זהו, אם כן, מצב הדברים במדינה, שהמשיב עומד על קבלת תעודת יושר משלטונותיה, ועל כך שהעותר, עריק מצבאה ומי שנמלט ממנה, יעשה כל מאמץ לעמוד בקשר עם רשויותיה וקבל מהן את התעודה.

מן הכלל אל הפרט

69. זכויות היסוד החוקתיות של העותרים – בני זוג ובתם הפעוטה – מטילות על המשיב חובות כבדות משקל. המשיב רשאי, אמנם, לדרוש הצגת מסמכים לצורך שילוב בהליך הסדרת המעמד, ואולם עליו להתאים את ההליך לנסיבות המיוחדות. הימנעות משילוב העותר בהליך המדורג להסדרת מעמדו בישראל אינה פוגעת בזכות לחיי משפחה באופן "מצומצם", אלא באופן חריף, וניגוד לעמדת המשפט.

70. העותר לא נמנע "מטעמיו שלו" מהצגת תעודת היושר. העותר הוא עריק משירות הכפייה בצבא אריתריאה, המבקש מקלט בישראל. הוא נמלט מן הצבא של אריתריאה ומן המדינה. כאמור,

רדיפה על רקע זה היא רדיפה על רקע פוליטי (ר'), כאמור, למשל את פסק הדין הבריטי בעניין (MO). יתרה מזו, אכן, העותר אף סבל מרדיפה על רקע דתי באריתריאה, משום השתייכותו לקהילה דתית שומרת שבת (Seventh-day Adventist Church), והוא מסר אף זאת למשיב. אמנם, יו"ר ועדת ההשגה ביקש למצוא "סתירות" בגרסתו של העותר בעניין זה, אלא שסמוך לאחר הגיעו לישראל תושאל העותר על ידי ממונה ביקורת הגבולות ועל ידי בית הדין לביקורת משמורת, ומסר לשני הגורמים כי הוא מבקש מקלט. לעותר לא ידוע מה נרשם מפיו בעברית במסמכים שערכו גורמים אלה (ויושם אל לב שלצורך תרגום דבריו בפני בית הדין לא נעשה שימוש במתרגם מקצועי, אלא בית הדין נעזר בעצור אחר). ואולם, ברור כי מסר שהוא מבקש מקלט על רקע רדיפתו. אף נציבות האו"ם לפליטים ראינה את העותר בעת מעצרו, ומסרה בידי מסמך, ולפיו הוא מבקש מקלט. גם בהמשך לכך, בפני נציגי המשיב, הקפיד העותר למסור כי הוא מבקש מקלט. הוא ציין את הרדיפה על רקע דתי, ציין את שירותו הצבאי, ומסר פרטים על שירותו בצבא אריתריאה.

71. משום שהעותר מבקש מקלט אין באפשרותו לקבל תעודת יושר משלטונות אריתריאה. העותר לא חדל להיות אדם הזכאי להגנה, רק משום שהמשיב אונס מבקשי מקלט, המבקשים להסדיר את מעמדם כבני זוג לאזרחים ישראלים, להצהיר כי הם "מוותרים" על בקשת המקלט שלהם. לשון אחר: מדיניותו של המשיב, ולפיה מי שמבקש לרכוש מעמד כבן זוג של אזרחית ישראלית יוותר על בקשתו למקלט ועל ההגנה הזמנית, אינה הופכת את העותר למי שאינו זכאי להגנה.

72. אף על פי כן, וחרף הבעייתיות הרבה שבדבר נוכח מצבו של העותר, העותרים עשו כל שביכולתם ואף שילמו ממון רב כדי להשיג כל מסמך שדרש מהם המשיב בהתאם לנוהל ואשר ניתן היה להשיגו. העותרים הציגו למשיב דרכון בר תוקף, תעודת לידה ותעודת רווקות, והסבירו כי אף ששילמו לשגרירות אריתריאה בישראל עבור תעודת היושר, נאמר להם שהעותר לא יוכל לקבלה בשל נסיבות עזיבתו את אריתריאה. כאמור, גם בקשתו מקרוב משפחה, השוהה באריתריאה, להמציא עבורו תעודת יושר נכשל, לאחר שבמטה המשטרה באסמרה, בירת אריתריאה, הזהירו את קרוב המשפחה לבל יעז להתקרב בשנית עם בקשות מטעמים של עריקים.

73. לאחר שהעותרים עשו מאמצים אלה, ושב והסבירו למשיב כי אינם מצליחים להשיג תעודת יושר, העותר אף חתם על תצהיר, על פי הנוסח שמפרסם המשיב כנספח לנוהל להסדרת מעמדם של בני זוג נשואים, בו שב והבהיר את נסיבותיו.

74. ואולם, המשיב בשלו. המשיב אינו מתייחס כלל לטענות העותרים; הוא מתעקש לגלגל עיניו ולשים עצמו כמי שאינו יודע מהו מצב הדברים באריתריאה; הוא מרהיב עוז לדרוש מסמכים המאשרים את טענות העותרים, משל במסמכים הבינלאומיים שהוצגו בפניו, שעליהם סומכת מדינת ישראל שעה שהיא אינה מחזירה אנשים לאריתריאה, אין די; הוא עומד על המצאת מסמכים דווקא משלטונות הדיקטטורה של אריתריאה – מדינה שסגן שר החוץ אמר עליה בכנסת, כי "יש שם שלטון שמוגדר על-ידי כל הקהילה הבין-לאומית כשלטון שלא שומר על זכויות אדם, ומי שחוזר לשם, נתון בסכנה, כולל סכנת מוות"; והוא מתעקש לנהוג באדם, שהוא יודע שאינו יכול לחזור לארצו מפאת הסכנה הנשקפת לו, כאילו אינו מצוי כלל בסכנה, וכל כך משום שהנוהל, שהמשיב

עצמו קבע, אונס מבקשי מקלט שהם בני זוג של אזרחים "לוותר" על בקשת המקלט כתנאי להסדרת מעמדם. החלטתו של המשיב בנסיבות אלה אינה סבירה באופן היורד לשורש החוקיות.

75. אי נכוונתו של המשיב לנהוג על פי נהליו שלו, ולוותר על מסמך שאין כל יכולת להשיגו, בעוד שאר המסמכים שדרש הוצגו לו לאחר שהושגו בעמל רב, מעלה חשש כבד כי המשיב עושה בדרישה להצגת מסמכים קרדום לחפור בו בזכותם של העותרים להסדיר את מעמדו של העותר בישראל. למקרא השתלשלות האירועים שקדמה לעתירה, קשה להשתחרר מהמחשבה כי התנהלותו של המשיב בעניינם של העותרים נועדה אך ורק לגרום להם להתייאש ולסגת מבקשתם, וזאת תוך פגיעה קשה בהם ובבתם הפעוטה: סירובו השרירותי של המשיב לרשום את העותר כאבי בתו, והסירוב שנמשך למעלה משנה לרשום את העותרת כנשואה; דרישת המשיב כי העותר יסגור את התיק ביחידת מבקשי המקלט והותרתו חשוף תקופה ארוכה ללא רישיון עבודה; התעלמות מוחלטת מטענות העותרים בפניות אל המשיב ובכתב ההשגה, וההיצמדות הביורוקרטית להצגת מסמך אשר לא ניתן להשיגו; הדרישה המפתיעה כי העותר יעזוב את ישראל תוך 14 יום, בשעה שהעותרים ממתניים להחלטה בערעורם, וכאשר אין כל אפשרות משפטית להשיבו לאריתריאה; והשיהוי הבלתי נסבל במענה לפניות העותרים. אין מנוס מן המסקנה המתבקשת שמדובר במדיניות, שכל מטרתה היא להתיש את כוחם של בני זוג ומשפחות, בהן אבי המשפחה הוא מי שהמשיב מתעקש לראותו אך ורק כ"מסתנן".

76. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב להסדיר את מעמדו של העותר בישראל במסגרת ההליך המדורג לבני זוג נשואים, וזאת ללא המצאת תעודת יושר, או כל מסמך נוסף אחר, משלטונות אריתריאה. זאת ועוד, בשל התמשכות ההליכים עד להחלת ההליך להסדרת מעמדו של העותר כבן זוגה של העותרת, וכל זאת מפאת התנהלותו של המשיב, יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על קיזוז התקופה שהמתינו העותרים לאישור בקשתם מן ההליך המדורג. בעניין זה נפסק:

"הכלל הוא, איפוא, שתקופת ההתאזרחות מתחילה לרוץ החל ממתן האישור, אלא שהמשיב רשאי בנסיבות מיוחדות ובהתחשב בטעמים מיוחדים לקצר את התקופה. בין הנסיבות המיוחדות והטעמים המיוחדים ניתן להתחשב במעבר הזמן מאז הגשת הבקשה מבלי שהיתה לכך הצדקה." (בג"ץ 5315/02 חתו נ' שר הפנים (פסק דין מיום 4.12.2012) ור' עוד: עע"ם 6407/11 דג'אני נ' מדינת ישראל – רשות האוכלוסין (פסק דין מיום 20.5.2013); עת"ם (י-ם) 139/07 כהן נ' שר הפנים (פסק דין מיום 25.7.2007, פסקה 62 לפסק הדין).

מכל הטעמים האלה מתבקש בית המשפט הנכבד להורות למשיב כמבוקש בראש העתירה.

עודד פלר, עו"ד

טל חסין, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

טל חסין, עו"ד

24 ביולי 2013

ב"כ העותרים