



## בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מינהליים

ע"ם 4119/15

לפני: כבוד השופט ע' פוגלמן  
כבוד השופט מ' מזוז  
כבוד השופטת ע' ברון

המערערים: 1. נאיף חוסין חמדאן אלקנבר  
2. עאישה מנסור עלי אלקנבר (משהארה)  
3. זיד נאיף חוסין אלקנבר  
4. סעד נאיף חוסין אלקנבר

נגד

המשיבה: רשות האוכלוסין וההגירה – משרד הפנים

ערעור על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים  
בירושלים (כב' השופט ד' מינץ) מיום 12.5.2015 בעת"ם  
30203-01-15

תאריך הישיבה: י"א בכסלו התשע"ט (19.11.2018)

בשם המערערים: עו"ד יותם בן הלל

בשם המשיבה: עו"ד יונתן ברמן

### פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

הערעור שלפנינו נסוב על החלטת בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (כב' השופט ד' מינץ) שדחה עתירה נגד החלטת רשות האוכלוסין וההגירה (המשיבה) שלא ליתן למערערים היתרי שהייה זמניים במזרח ירושלים. כתשתית לדיון, נפרס ראשית את המסגרת הנורמטיבית הצריכה לסוגיה שלפנינו.

המסגרת הנורמטיבית

1. בתום מלחמת ששת הימים בשנת 1967, נערך מפקד אוכלוסין במזרח ירושלים. מי שהתפקד באותו מפקד הוכר כיושב ישיבת קבע כדין לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל), ניתן לו מעמד של תושב קבע והוא נרשם

במרשם האוכלוסין (בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, 431 (1988)). בשנות ה-90 של המאה הקודמת החלו להצטבר פניות של תושבי יהודה ושומרון המתגוררים שנים רבות במזרח ירושלים – שלא כדין – אשר ביקשו להסדיר את מעמדם. בשנת 1998 החליטה הממשלה שאמנם אין להעניק לפונים מעמד קבע, אך בשל הבעייתיות שבגירוש של מי שמתגורר בעיר שנים ארוכות, יינתן היתר שהייה מוגבל למי שיוכיח מגורים במזרח ירושלים ברצף משנת 1972 (ראו: בג"ץ 10219/08 שקיר נ' מדינת ישראל (12.6.2011)).

2. בהמשך, בעקבות הקמת גדר ההפרדה הסובבת את ירושלים, התקבלה החלטה 2492 של הממשלה ה-31 "היתרי שהייה זמניים לתושבי איו"ש השוהים במזרח ירושלים תקופה ממושכת ללא אשרה כדין" (28.10.2007) (להלן: הסדר 87), שבה עסקינן במקרה שלפנינו. ההחלטה נועדה לתת מענה ארעי לתושבי יהודה ושומרון המתגוררים בירושלים לפחות מאז שנת 1987, ואשר הקמת הגדר פגעה במרקם חייהם. ההסדר אינו מקנה רישיון לישיבת קבע, אינו מכיר בזכות לשבת בישראל (מעבר למה שהותר בהיתר) ואף אינו מעניק למבקש זכויות כלשהן (בג"ץ 2386/11 צאלח נ' מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין, פסקה 38 (14.12.2017) (להלן: עניין צאלח); בג"ץ 9366/10 אלטורחי נ' שר הפנים, פסקה 8 (21.1.2012)). החלקים הרלוונטיים מן ההחלטה מובאים כאן במלואם (ההדגשות שלי – ע' פ'):

א. שר הפנים לא יעניק רישיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לתושב אזור יהודה ושומרון (איו"ש) השוהה בישראל שלא כדין, אשר מבקש רישיון ישיבה בישראל על בסיס טענה כי מרכז חייו היה בירושלים המזרחית, בשטח שהוחל עליו בשנת 1967 השיפוט, המשפט והמינהל של מדינת ישראל (להלן – מזרח ירושלים), עובר לחודש יוני 1967, אף שלא התפקד במפקד 1967 כתושב מזרח ירושלים.

ב. 1) תושב איו"ש הרשום במרשם האוכלוסין באיו"ש והמתגורר, שלא כדין, במזרח ירושלים, ברציפות משנת 1987 ועד ליום הגשת בקשתו בהתאם להחלטה זו, ואשר בניית גדר הבטחון באזור ירושלים, פגעה באופן ממשי במרקם חייו, במובן של מניעה או הכבדה קשה לקיים קשר עם שטחי איו"ש, רשאי שר הפנים לאשר את המשך ישיבתו במזרח ירושלים, עפ"י היתר שהיה זמני שיינתן על ידי מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בשים לב לנסיבותיו האישיות.

2) היתר כאמור בסעיף קטן (1) יינתן לאחר ששוכנע שר הפנים, או מי שהוסמך לכך על ידו, על בסיס ראיות אובייקטיביות מהימנות, כי המבקש התגורר ברציפות

במזרח ירושלים משנת 1987 ועד ליום הגשת בקשתו, ובהיעדר מניעה פלילית או ביטחונית לאישור הבקשה. היתר זה יתחדש מעת לעת בהתקיימות תנאים אלה.

3) היתר כאמור יינתן ויחודש גם לילדו הקטין הסמוך על שולחנו של מי שבקשתו אושרה לפי החלטה זו.

[...]

ג. אין בהיתר שהיה זמני לפי החלטה זו משום הכרה כלשהי בזכותו של המחזיק בו לשבת בישראל, למעט עפ"י האמור בהיתר, ואין בו כדי להעניק לו זכויות לפי כל דין בישראל. הערה בענין זה תיכלל בהיתר.

3. כפי שניתן לראות, ההסדר קובע מספר תנאים מצטברים להענקת היתר: המבקש רשום במרשם האוכלוסין ביהודה ושומרון; המבקש מתגורר במזרח ירושלים, קרי בתוך קווי התחום העירוני של העיר; מגוריו של המבקש בירושלים התקיימו ברציפות משנת 1987 ועד ליום הגשת הבקשה (שלא יהיה מאוחר מסוף חודש אפריל 2008) – והמבקש הוכיח זאת בראיות אובייקטיביות ומהימנות (להרחבה בעניין תנאי המגורים ראו עניין צאלח, פסקאות 43-52; ובעניין הרציפות ראו ע"ס 347/15 סלימאן נ' שר הפנים, פסקאות 15-21 (19.2.2017) (להלן: עניין סלימאן)); הקמת גדר הביטחון פגעה באופן ממשי במרקם חיי המבקש, במובן הזה שהיא מונעת או יוצרת הכבדה קשה לקיים קשר עם שטחי יהודה ושומרון; אין מניעה פלילית או ביטחונית לאישור הבקשה. עוד נקבע כי ילדו הקטין של המבקש שבקשתו אושרה – יקבל אף הוא היתר כאמור. כמו כן, ההסדר מקנה לשר הפנים שיקול דעת בשאלת מתן ההיתר ומונה את נסיבותיו האישיות של המבקש כנתון אותו שר הפנים יוכל לשקול בגדר הפעלת שיקול דעתו.

רקע והליכים קודמים

4. המערער נולד בשנת 1955 בערב אלסוואחרה, כפר בדווי במזרח ירושלים שעל חלקו המערבי (ערב אלסוואחרה אלע'רביה, להבדיל מאלשרקיה) הוחל המשפט, השיפוט והמינהל של ישראל לאחר מלחמת ששת הימים. משפחת המערער התגוררה תחילה במערות ובאוהלים באזור הכפר, הנמצא על התפר שבין מזרח ירושלים לשטחי אזור יהודה והשומרון, ובהמשך הקימה בית קבע. אבי המערער התפקד למרשם האוכלוסין ביהודה ושומרון, ועל כן גם המערער – שהיה קטין באותה העת – נרשם באופן אוטומטי כתושב האזור. למצער החל משנת 1972 – נמצא בית המשפחה בתחומי העיר ירושלים.

5. בשנת 1976, נשא המערער לאישה את אבתסאם (להלן גם: האישה הראשונה), אזרחית ירדנית, ובנה את ביתו בסמוך לבית אביו. במהלך השנים לשניים נולדו 10 ילדים, האחרונה בחודש נובמבר 1995.
6. בשנת 1995, נשא לאישה המערער גם את עאישה (להלן: המערערת או האישה השנייה, לפי ההקשר). למערער ולמערערת (להלן ביחד: הזוג) נולדו שני ילדים, בשנים 1996 ו-1998 (להלן: המערערים 3-4 או הילדים), אשר קיבלו אף הם את מעמד הוריהם כתושבי הרשות הפלסטינית.
7. המערער טוען כי בטרם נשא את המערערת לאישה, עזב את אשתו הראשונה. אולם, לגירושין ניתנה גושפנקה רשמית רק בשנת 2003, בפסק הדין של בית הדין השרעי. כמו כן, אבתסאם ממשיכה מאז להתגורר בדירה נפרדת בקומה הראשונה של ביתו של המערער – בעוד הוא, המערערת וילדיהם מתגוררים בקומה השנייה.
8. המערערת, ילידת שנת 1958, גדלה בשכונת ג'בל מִכְבֵּר במזרח ירושלים (הסמוכה לערב אלסוואחרה) – למעט בתקופה בה היא ומשפחתה לא שהו בביתם במהלך המלחמה ב-1967. גם היא נרשמה במרשם האוכלוסין ביהודה ושומרון. המערערת עבדה בבית החולים של הסהר האדום במזרח ירושלים החל משנת 1977 ועד לשנת 1997, תחילה כעוזרת אחות ובהמשך כאחות. החל משנת 1977 התגוררה במעונות של בית החולים, עד לנישואיה למערער.
9. לאורך השנים, הגישו המערערים למשיבה בקשות שונות להסדרת מעמדם, שלא התקבלו. בשנת 2008, הגישו המערערים כולם בקשה להסדרת מעמדם בהתאם להסדר 87, לאחר שהופנו לכך על ידי המשיבה. למערערים נערכו שני שימועים במהלך השנים 2009-2010, ובהמשך נערכו התכתבויות בין הצדדים. ביום 19.3.2013, הודיעה המשיבה על סירוב לבקשות ההיתר. ביום 23.2.2014 נדחה ערר שהגישו המערערים. בעניין המערער קבעה המשיבה כי לפי מדיניותה אין מקום לתת לו היתר שהייה, וזאת מכיוון שהוא נשוי בנישואי ביגמיה בניגוד לחוקי מדינת ישראל. לפי המשיבה, גירושי המערער מאשתו הראשונה נעשו למראית עין בלבד, ואינם משקפים את מצב הדברים לאשורו – קיום משק בית עם שתי נשים. לגבי המערערת, בקשתה סורבה שכן הסדר 87 דורש הוכחת מרכז חיים בישראל החל משנת 1987 – נטל שלהשקפת המשיבה באותו שלב המערערת לא עמדה בו. זאת משום שהתגוררה בפועל, לטענת המשיבה, בבית

הוריה המצוי מחוץ לתחומי העיר. נוכח קביעות אלו, סירבה המשיבה גם לבקשות המערערים 3-4.

10. לשלמות התמונה יצוין כי אבתסאם וילדיה מחזיקים בהיתר שהייה מכוח הסדר 87.

פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים

11. המערערים עתרו נגד החלטת המשיבה, וכן ביקשו ליתן צו ביניים המונע את הרחקתם עד להכרעה בעתירה. בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים (כב' השופט ד' מין) דחה את העתירה ביום 12.5.2015 וקבע כי החלטות המשיבה הן סבירות בנסיבות העניין.

12. לעניין המערער – תחילה קבע בית המשפט כי הוא אינו מביע עמדה בשאלה האם למדיניות המשיבה שלא ליתן מעמד לזרים כשמדובר בנישואי ביגמיה, החלה בענייני איחוד משפחות, יש תחולה גם בעניינים אחרים, כבמקרה זה. לגוף העניין, נקבע כי המערער לא הצליח להוכיח כי הוא אינו נשוי לשתי נשים במקביל. זאת, ראשית, מכיוון שאף לשיטת המערערים המערער היה מצוי במצב של ביגמיה בין השנים 1995 ועד 2003 – והטענה לגבי פרידה קודם לכן היא בעלמא בלבד. על כך מלמדת גם העובדה, כך נקבע, שהמערער ציינה בשימוע שנערך לה כי גירושי המערער ואבתסאם היו בלתי סופיים וניתן לו פרק זמן של שלושה חודשים לבחור אם להשיבה. שנית, אף הגירושין הפורמליים בשנת 2003 אינם מעידים בהכרח על ניתוק הקשר, שכן ניתן להגיע למסקנה שמדובר בגירושין פיקטיביים למראית עין בהינתן התשתית העובדתית. בית המשפט קבע כי ממצאי המשיבה שהמערער ואבתסאם מנהלים משק בית משותף, לאור מגוריה בביתו, היא סבירה, כפי שעולה גם משיחות טלפוניות שנערכו עם אחיותיה של המערער כחלק מבירור הערר על ידי המשיבה. בית המשפט קבע עוד כי חוות הדעת של אגף הרווחה בעיריית ירושלים (להלן: חוות הדעת הסוציאלית) אינה מלמדת אחרת, שכן אמנם העובדת הסוציאלית שערכה את חוות הדעת התרשמה משתי הנשים כי אין בין משקי הבית קשר, אולם נתגלעה מחלוקת בין הנשים בשאלה האם המערער פרנס את ילדיה של אבתסאם עד הגיעם לגיל 18 אם לאו. נוכח הסתירה, נקבע כי יש ליחס משקל מצומצם לגרסאות של שתיהן. בית המשפט הסתמך גם על אינדיקציות מהשימועים שנערכו למערער (שאמרה כי האישה הראשונה גרה "עם ילדיה ולא עם בעלה") ולמערער (שאמר כי "אשתי עאישה החדשה" דואגת לצרכיו). כמו כן, בית המשפט שלל אינדיקציות אחרות בקבעו שאינן תומכות

בגרסת המערערים: העובדה שאבתסאם לא ילדה עוד ילדים לאחר שנת 1995; העובדה שהשניים לא חולקים חשבון בנק משותף, שכן הם מעולם לא חלקו חשבון. עוד נקבע שאין ממש בטענת המערערים שלפיה המשיבה הסתמכה רק על כך שהמערערים ואבתסאם חלקו שזון מים עד לשנת 2008, עובדה הנובעת לפי המערערים מכך שהותקנו בשכונתם שזון מים נפרדים רק בשנה זו.

13. באשר למערערת וילדיה, בית המשפט קבע כי לצורך התקיימות תנאי הסדר 87 נדרשים "מגורים ברציפות" במזרח ירושלים (משנת 1987), ולא בהכרח המבחן של "מרכז חיים" בירושלים, כפי שטענו המערערים. נקבע כי המערערת אינה עומדת בתנאי של "מגורים ברציפות", שכן היא התגוררה בעיר עד שנת 1995 באופן ארעי בלבד – שהרי לשיטתה מגוריה היו במעונות סטודנטים לצורך לימודים. על כל פנים, נקבע גם כי נוכח מטרת מגוריה בעיר, המערערת ממילא לא עמדה בנטל להוכיח מרכז חיים בירושלים ולא הייתה לה זיקה מהותית לעיר.

14. בבחינת למעלה מן הצורך, קבע בית המשפט כי המערערים כלל לא טענו – ומשכך לא עמדו בנטל ההוכחה – לעניין התנאי בהסדר 87 שלפיו בניית גדר הפרדה פגעה באופן ממשי במרקם חייהם וצמצמה את אפשרויותיהם לקיים קשר עם תושבי יהודה ושומרון.

15. מכאן הערעור שלפניי. להשלמת התמונה יצוין כי בית משפט זה (כב' השופט צ' זילברטל) נתן ביום 16.8.2015 צו זמני שלפיו המערערים כולם לא יורחקו מתחומי ירושלים, אשר עמד בעינו עד כה.

טענות הצדדים בערעור

16. בטרם נידרש לטענות הצדדים, יצוין כי יריעת המחלוקת הראשונית שנפרסה לפני בית משפט זה הייתה רחבה. אולם, במהלך ההתדיינויות בין הצדדים – לפנינו ומחוץ לכותלי בית המשפט – הגיעו הצדדים להסכמות שהובילו לצמצומה של המחלוקת. אשר על כן, אין לנו צורך להידרש לסוגיות שהגיעו לכלל פתרון זה מכבר, ונסתפק בתיאורן בקצרה.

17. ראשית, בית המשפט לעניינים מינהליים קבע, כאמור, כי המערערת לא הוכיחה "מגורים ברציפות" בירושלים. המערערת טענה כי הניחה תשתית ראייתית להוכחה של רציפות מגוריה, אך המשיבה סברה כי המערערת נעדרה מרכז חיים קבוע ורצוף במזרח

ירושלים. בהמשך, בעקבות החלטת בית משפט זה (כב' הנשיאה מ' נאור, והשופטים ע' פוגלמן וע' ברון), נערך למערערת שימוע נוסף, בעקבותיו הודיעה המשיבה כי לפנים משורת הדין, ונוכח בדיקות נוספות, הוחלט להעניק למערערת ולילדיה היתרי שהייה זמניים.

18. שנית, ההיתרים שניתנו למערערת וילדיה נתחמו לאזור הסובב את מקום מגוריהם. המערערת טענה כי לפי הסדר 87 ניתן לתת היתר בכל שטח מזרח ירושלים ואף מעבר לכך, והתיחום בפועל מגביל מאוד את אפשרויות ההתנהלות של המערערים. המשיבה טענה כי ההסדר הוא לפנים משורת הדין, ונועד לאפשר קיום מרכז חיים תקין בשכונת המגורים – ולא ליצור זיקות לאזורים נוספים בישראל – וכן שבשטחים שנקבעו מצויים השירותים הנצרכים. בית משפט זה (השופטים ע' פוגלמן, א' שהם וע' ברון) החליט, בהסכמת הצדדים, כי סוגיית התיחום תתברר לפני הרשויות על אף שלא נידונה בערכאה הראשונה. המשיבה הודיעה לבסוף כי לאחר עבודת מטה מקיפה הוחלט לאחד את האזורים הגיאוגרפיים, כך שהשהייה תותר בכל מזרח ירושלים. הגם שבכך נפתרה לכאורה הסוגיה, המערערים עומדים על כך שנורה למשיבה ולמינהל האזרחי להוציא הודעה המפרטת את התיחום החדש לכל מקבלי ההיתרים לפי הסדר 87.

הטענות בעניינו של המערער

19. המערער חולק על טעמיו של בית המשפט לעניינים מינהליים ומבקש כי נורה למשיבה ליתן לו היתר שהייה. ראשית, טוען המערער כי בעת שנישא למערערת הוא נפרד מאשתו הראשונה. שנית, נטען כי ריבוי הנישואין, אם בכלל התקיים, נפסק בוודאי בשנת 2003. המערער טוען כי בית המשפט שגה בקבעו שהגירושין לא היו סופיים, וזאת בשל טעות הנוגעת להבנת דין השריעה, וכי קביעה שהגירושין הם למראית עין צריכה להתבסס על תשתית ראייתית מתאימה – נטל בו המשיבה לא עמדה. שלישיית, המערער טוען כי העובדה שאשתו הראשונה מתגוררת בקומה הראשונה של הבניין בדירה נפרדת אינה מעידה על קיום תא משפחתי משותף, ומטעים כי בחברה הבדואית נשים שננטשו נמנעות מלעזוב את ביתן, וכי לא היה לה מקום אחר לפנות אליו. רביעית, המערער טוען כי שיחות הטלפון שקיימו נציגי המשיבה עם אחיות המערערת נטולות ערך הוכחתי. חמישית, נטען כי בית המשפט התעלם מעיקר חוות הדעת הסוציאלית, שקבעה כי מדובר בשני משקי בית נפרדים. אליבא דעות, נקודת המחלוקת היחידה בין גרסת אבתסאם למערערת, ואף היא איננה ניכרת, נוגעת למועד הפסקת תמיכתו של המערער בילדי הראשונה. שישיית, נטען כי בית המשפט שגה

בפרשנותו את השימועים שנערכו למערערים, שכן מדובר ברישום בו אין לייחס משקל רב לאי-דיוקים מינוריים. שביעית, המערער טוען כי למרות שסמיכות מגורים היא אינדיקציה לביגמיה, לפי צבר האינדיקציות האחרות ברי כי מדובר במשקי בית נפרדים. לבסוף, המערער טוען כי גם לו היה ביגמיסט, הדבר לא צריך להיות שיקול לאי מתן היתר שהייה, וזאת בהסתמך על ע"ם 3268/14 אלחאק נ' שר הפנים (14.3.2017) (להלן: עניין אלחאק), שפסק הדין בו ניתן במהלך ההתדיינות. המערער הטעים כי בשונה ממקרה של איחוד משפחות, למשל, שבו ביגמיה מהווה שיקול רלוונטי לאי מתן היתר שהייה או מעמד, בעניין הסדר 87 אין הדבר כך. זאת, שכן המערער מבקש מעמד מכוח זיקתו שלו למזרח ירושלים, ולא מכוח נישואיו.

20. המשיבה סומכת את ידיה על פסק הדין של בית המשפט לעניינים מינהליים. לטענתה, המערער נשוי בנישואי ביגמיה, שכן הוא ממשיך לקיים משק בית משותף גם עם אבתסאם, עובדה הנלמדת ממצבור של אינדיקציות: היות המערער נשוי לשתי נשים, למצער במישור הרישומי, במשך 8 שנים עד לשנת 2003; אמרת המערערת בשימוע כי הגירושין היו בלתי סופיים; מגוריה של אבתסאם בקומה הראשונה של בית המערער; אישור אחיות המערערת, בשיחות טלפון שנערכו עימן, שהמערער נשוי לשתי נשים; דברי המערערים בשימוע, מהם נלמד כי הביגמיה היא מציאות חיים נוכחית ולא מערכת יחסים קודמת. המשיבה טוענת כי המערער מנהל בפועל אורח חיים ביגמי, גם אם מבחינה פורמלית-רישומית אינו מוגדר כך וגם אם לא ננקט הליך פלילי בעניינו. עוד טוענת המשיבה כי ביגמיה היא נתון רלוונטי לסירוב למתן היתר שהייה זמני, נוכח האופי ההומניטארי ולשונו של הסדר 87. ההסדר אינו מקים למאן שהוא זכות קנויה להיתר גם אם תנאי הסף מתקיימים, והוא מכיר בנסיבות אישיות של המבקש כשיקול רלוונטי. כמו כן, המשיבה גורסת שהחלטת הממשלה קובעת רק תנאים הכרחיים – שאינם תנאים מספיקים – וכי שיקול הדעת הסופי נותר בידי שר הפנים. לדידה, מדובר בהסדר הומניטארי שנערך לפני משורת הדין, כך ששיקול הדעת נותר רחב ביותר. המשיבה טוענת כי מדינת ישראל רואה בריבוי נישואין תופעה פסולה הפוגעת במוסד המשפחה ובאוכלוסיית הנשים ואינה מוכנה לקבל בתחומה ריבוי נישואין, ומציינת כי בית משפט זה עמד על חומרת תופעת הביגמיה בהקשרי בקשות למעמד בישראל. נטען כי אמנם ההתייחסויות היו במצבים בהם הקשר הזוגי עמד בבסיס הבקשה למעמד, אך מכיוון שעסקינן בהסדר הומניטארי שנערך לפני משורת הדין, אין פסול בכך שניתן משקל לנתון זה. לפיכך גם אין להקיש מעניין אלחאק שעסק בהשבת רישיון לישיבת קבע שפקע ונגע למעמד הייחודי של תושבי הקבע במזרח ירושלים. נטען כי אופי המעמד השונה בין המקרים – תושבות קבע בעניין אלחאק והיתר שהייה זמני בעניינו – גוזר את ההבדל במישור שיקול הדעת.



21. לפנינו נותרה להכרעה השאלה האם ביגמיה עשויה להיות שיקול רלוונטי למתן היתר שהייה לפי הסדר 87; ואם כך הדבר, האם בנסיבות המקרה שלפנינו מוצדק לסרב ליתן היתר על בסיס ביגמיה. אדון בשאלות כסדרן.

ביגמיה כשיקול רלוונטי לעניין הסדר 87

22. בערעור שלפנינו מתבקש כי נפעיל ביקורת שיפוטית על שיקול דעתה של המשיבה לעניין היתרי שהייה מכוח הסדר 87. הסדר זה מעניק לשר את הסמכות ליתן היתרי שהייה זמניים, מכוח סמכותו הכללית להכריע בענייני הכניסה לישראל. לשר נתון שיקול דעת רחב – הנובע מריבונותה של המדינה להחליט מי יבוא בשעריה (עניין אלחאק, פסקה 18; בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (1992)). בפרט, מקום שבו מדובר במתן אשרה או רישיון מטעמים הומניטאריים (בג"ץ 1905/03 עכל נ' שר הפנים, פסקה 10 (5.12.2010) (להלן: עניין עכל); יגאל מרזל "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952" 199 ספר אדמונד לוי 249, 264-265 (אוהד גורדון עורך, 2017); השוו: בג"ץ 2629/03 איבשין נ' שר הפנים, פסקה 8 לפסק הדין של השופטת (כתוארה אז) א' חיות (28.9.2008)). בצד האמור, כלל ידוע הוא כי רוחבו של שיקול הדעת אינו מאיין את החובה לשיקול את הבקשה בהתאם לכללי המשפט המינהלי. על בית המשפט לבחון אם שיקול הדעת הופעל בתום לב, על יסוד שיקולים עניינים, בשוויון, במידתיות ובסבירות (עניין עכל, פסקה 11; בג"ץ 3057/09 מוחתב נ' שר הפנים (3.11.2009); בג"ץ 6883/06 נאסר נ' שר הפנים (8.3.2010); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ב 619 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

23. הצדדים נחלקו באשר למובנו של הסדר 87, ובייחוד לגבי הדיבור "בשים לב לנסיבותיו האישיות (של המבקש היתר – ע' פ)". המערער טוען כי משמעות תיבה זו היא כי ההיתר יותאם למבקש, קרי ייקבעו להיתר עצמו תנאים פנימיים. המשיבה סבורה אחרת, ולטענתה נסיבותיו האישיות של המבקש הן תנאי משתמע נוסף למתן היתר ובמסגרתן ניתן לשיקול שיקולים רחבים.

24. כידוע, נקודת המוצא לפרשנות הסדר היא לשונו; ואת הלשון יש לפרש בהתאם לתכלית ההסדר (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני 79-84 (1993)). ממילא, גם אם

הדיבור מצמצם כפי שטוען המערער, מוכן אני להניח לצורך הדיון כי ניתן לשקול שיקולים רחבים מאלו המנויים בסעיף ב' להסדר, מקום שבו ההסדר נוקט בלשון "רשאי" לעניין סמכותו של שר הפנים, ובהינתן אופיו של שיקול הדעת, כמפורט לעיל.

25. הפלוגתה הניצבת בפנינו מצומצמת אף יותר, ועיקרה האם ניתן לשקול את נסיבת היותו של מבקש היתר מצוי בקשר נישואין עם שתי נשים כחלק מהאיזון שעורכת המשיבה בין השיקולים העומדים להכרעתה. אין עוררין כי ריבוי נישואין (פוליגמיה) או כפל נישואין (ביגמיה) היא תופעה פסולה בחברתנו. פסול זה מגולם בעבירה הפלילית של ריבוי נישואין (סעיף 176 לחוק העונשין, התשל"ז-1977), החלה כלפי כלל האוכלוסיות במדינת ישראל, בהן גם כאלה שדתן או תרבותן מסכינות עם התופעה (ראו: הצוות הבין-משרדי להתמודדות עם השלכותיה השליליות של הפוליגמיה דו"ח מסכסם 48 (2018) (להלן: דו"ח הצוות); מיכל טמיר וגרשון גונטובניק "אתגר המציאות של הקהילה הברואית בנגב: הכרה בתורת ההכרה" משפט, חברה ותרבות: משפט, מיעוט וסכסוך לאומי 429, 474-475 (2017) (להלן: טמיר וגונטובניק); אמנון רובינשטיין "מיעוטים לא-ליברליים ואנטי-ליברליים" משפט ועסקים יט 726, 704 (2006)). זאת נוכח השלכות אפשריות קשות על נשים ועל ילדים הגדלים במסגרות משפחתיות פוליגמיות (ראו: דו"ח הצוות, עמ' 48-49, 68-72; טמיר וגונטובניק; אינסאף אבו שארב "קשר השתיקה: אלימות במשפחה נגד נשים ערביות-בדואיות בנגב" (2013) (להלן: אבו שארב); לעניין מדיניות האכיפה של התביעה בהקשר זה, ראו: "מדיניות התביעה בעבירות ריבוי נישואין" הנחיות היועץ המשפטי לממשלה 4.1112 (התשע"ח)).

26. איסור ריבוי הנישואין מגן על האישה הראשונה מפני הפגיעה במעמדה על ידי אישה אחרת (פנחס שיפמן דיני המשפחה בישראל 240 (מהדורה שנייה, 1995)). אישה זו ניצבת פעמים רבות מול שוקת שבורה, שכן הנישואין הנוספים נערכים נגד רצונה ומבלי שהסכימה לכך. עם זאת, המגבלות החברתיות ומעמדה הכלכלי הנמוך מאלצים אותה להישאר בתוך המסגרת המשפחתית המרובה (דו"ח הצוות, עמ' 56-58). על רקע זה, גובשה מדיניותה של המשיבה שלפיה בקשות למעמד מכוח נישואין ביגמיים יסורבו. בפסיקה נקבע כי מדיניות זו היא ראויה, שכן היא יוצרת הרמוניה ערכית עם הוראות הדין הפלילי ומונעת עידוד מערכתי של התופעה (ראו: עע"ם 369/07 אבו נאב נ' משרד הפנים, פסקה 9 (23.12.2009) (להלן: עניין אבו נאב); בג"ץ 5291/05 אזברגה נ' שר הפנים, פסקה 3 (26.10.2005) (להלן: עניין אזברגה); בג"ץ 1126/02 אבו עסא נ' שר הפנים (23.10.2002)). טעם זה יפה גם כאשר אורח החיים הפוליגמי אינו מעוגן ברישום פורמאלי של נישואין, מקום שבו קיימות מערכות משפחתיות מקבילות (עע"ם

6024/11 אלטעוודי נ' משרד הפנים, פסקה 15 (25.12.2012) (להלן: עניין אלטעוודי); עניין אזברגה, פסקה 3). כך הדבר בנוגע לבקשות לאיחוד משפחות, שבהן ריבוי נישואין הוא טעם סביר ומקובל לסירוב לבקשה (עניין אבו נאב), וזאת שכן:

”הרציונאל שבמתן אשרה או רישיון לתושב זר הנשוי לאזרח ישראלי, מטרתו לאפשר לבני הזוג להתאחד ולנהל חיי משפחה תקינים יחדיו. על פי עמדת המחוקק הישראלי, חיי משפחה תקינים הם חיים זוגיים וקיומה של ביגמיה שולל מיניה וביה טעם מרכזי זה” (עניין אלטעוודי, פסקה 14).

27. דא עקא, שמדיניות זו מופנית לבת הזוג המבקשת להצטרף אל בן זוג אשר מחזיק במעמד בישראל – ומכוח מעמד זה. להבדיל מקטגוריה זו, קיימות בקשות למעמד המבוססות על זיקה אישית של המבקש, להבדיל מזיקה של בן או בת הזוג. כך למשל בעניין אלחאק, שהוזכר לעיל, שם עמדה לדיון בקשה להסדרת מעמד של תושב קבע שתושבותו פקעה, קבע בית משפט זה כי ריבוי נשים אינו שיקול מכריע לצורך סירוב ליתן מעמד:

”בשים לב לכך שהמערער הוא שמבקש מעמד מכוח זיקתו שלו לישראל, בהסתמך על הנתונים שהוצגו מעלה (להבדיל ממקרה שבו מבוקש מעמד מכוח נישואים), איני סבור כי יש בעובדה זו [...] כדי להטות את הכף לדחיית בקשתו שלו לקבלת מעמד בישראל” (עניין אלחאק, פסקה 22).

קרי, בבקשות למעמד מכוח איחוד משפחות נבחן המכלול הזוגי, שכן הזיקה המצדיקה מעמד היא זוגית. במסגרתה בחינה זו ניתן לבחון גם שיקולי פוליגמיה. לעומת זאת, בבקשה לרישיון קבע מכוח זיקה אישית, השיקול אינו מצדיק סירוב או שלילה גורפים.

28. בדומה לרישיון קבע לפי חוק הכניסה לישראל, היתר שהייה זמני מכוח הסדר 87 מבוסס על זיקה אישית למקום. אין המבקש מתבסס על זיקתו של אחר למען קבלת מעמד לעצמו. בקשתו נעשית על יסוד עמידתו הוא בתנאים הקבועים בהסדר, ועיקרם המגורים הרצופים במזרח ירושלים לאורך זמן רב – גם אם שלא כדין. ההסדר אינו נוגע להגירה כמוכנה הרגיל, שכן הוא לא נועד לייצר מצב חדש; אלא נועד רק להסדיר את הקושי שהתעורר כפועל יוצא ממצאות חיים של אנשים שהתגוררו במזרח ירושלים לאורך שנים רבות, בהיעדר עיגון חוקי לשהייתם. בהינתן המורכבות בהיבטים שונים

בהתייחס לאוכלוסיה זו, החליטה הממשלה על מתכונת הסדר שיאפשר שהייתה כדין בתחומי ירושלים בתנאים אותה קבעה בהחלטתה. אכן, כפי שמציינת המשיבה, אין זהות בין האוכלוסיה האמורה לבין הקטגוריה של תושבי הקבע שתושבותם פקעה והם מבקשים את החזרתה מכוח שיקול דעתו של משרד הפנים. גם שוני זה הוא אחד ממרכיבי שיקול הדעת של הרשות.

29. כאמור, בענייננו מדובר בהסדר הומניטארי, כפי שמפורט לעיל. בהסדר מסוג זה, נוכח היקף שיקול הדעת עליו עמדנו, אין מניעה להביא בגדרי "נסיבותיו האישיות" של המבקש שיקולים רחבים, ולמבקש אין זכות קנויה להיתר – גם אם הוא עומד בתנאי הסף.

30. יחד עם זאת, יש לזכור כי החלטת המשיבה כפופה ככל החלטה מינהלית לכללי המשפט המינהלי. בעניין עכל קבענו את המסגרת לביקורת שיפוטית על החלטת שר הפנים, בנסיבות שבהן מוקנה לו שיקול דעת רחב להענקת מעמד מטעמים הומניטאריים מיוחדים. וכך נפסק:

"כידוע במסגרת הביקורת השיפוטית, נבחן, בין היתר, האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות המנהלית. שיקול-דעת מנהלי 'אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה' ייפסל בשל חוסר סבירות (בג"ץ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 437 (1980) [...]) החלטה מינהלית תוחזק, אפוא, כהחלטה סבירה 'אם היא תוצאה של איזון בין שיקולים שונים שהינם רלוונטיים לעניין, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות' (עצ"ם 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל, פסקה 30 (13.9.2010))" (עניין עכל, פסקה 17).

31. אורחות חייו של המבקש היתר שהייה הן שיקול רלוונטי למתן היתר, ומוכן אני להניח לצורך הדיון, כי גם בהינתן פסיקתנו בעניין אלחאק, אף ריבוי נישואין יכול שיהיה בנסיבות מתאימות נתון שניתן לבחון במסגרת שיקול הדעת המינהלי. אולם יש ליתן משקל הולם לשיקול זה בנסיבות העניין הקונקרטיות.

32. בעניין שלפנינו, אין חולק כי המערער עומד במרבית התנאים הנדרשים לצורך קבלת היתר שהייה זמני מכוח הסדר 87, ולא מתעוררת שאלה לגבי רציפות מגוריו במזרח ירושלים (השוו לעניין סלימאן) או מיקום ביתו (השוו לעניין צאלח). אמנם, בית משפט קמא עורר ספק לגבי התקיימותה של פגיעה ממשית במרקם חיי המערער בעקבות הקמת גדר ההפרדה; אך מכיוון שהסוגיה כלל לא הועלתה במסגרת הערעור, איני רואה צורך להידרש לה. ההיבט היחיד שדורש הכרעה בנקודת הזמן הנוכחית, בהינתן טיעוני הצדדים, הוא המשקל שיש ליתן לשאלת ריבוי הנישואין, משבית משפט קמא קבע כי המערער לא הצליח להוכיח כי הוא אינו נשוי לשתי נשים במקביל.

33. כאמור, התופעה של ריבוי נשים היא תופעה רווחת בחלקים שונים בחברה, ובייחוד בחברה הברואית, שעליה נמנה המערער. יתרה מכך, עולה כי קיים קושי לאמוד את היקפי התופעה, בשל היעדר דיווח סדור ומכשולים נוספים (דו"ח הצוות, עמ' 77; ראו גם: אבו שארב, עמ' 6). שיעור הפוליגמיה בקרב החברה המוסלמית באזור ירושלים מוערך ב-7% מן הגברים, לגביהם יש אינדיקציה כלשהי – ולו חלשה – להיותם פוליגמיים (דו"ח הצוות, עמ' 92). קיים חשש כי במקרי פוליגמיה הרישום הפורמאלי על המצב האישי אינו משקף את המצב האמיתי, באופן שמונע אכיפה פלילית והטלת סנקציות משפטיות אחרות (שם, עמ' 78).

34. נוכח כל זאת, ניתן להבין את הספק שמטילה המשיבה בגירושיו הרשמיים של המערער מאשתו הראשונה. על פני הדברים, הסברה כי המערער ואבתסאם המשיכו לקיים משק בית משותף גם לאחר שהראשון נישא למערערת ולמצער עד לגירושין בשנת 2003 אינה מופרכת. אולם, בנסיבותינו אנו, גם אם נניח לטובת המשיבה כי קיימות ראיות מנהליות לסברתה כי המערער מנהל אורח חיים ביגמי, עצמתן כורסמה בהינתן הטעמים שמציג המערער. ראשית, הצדק עם המערער כי פסק הגירושין של בית הדין השרעי משנת 2003 מעיד על הפסקת הנישואין, וכי דרושות ראיות משמעותיות לסתירת קביעה זו (ראו למשל עת"ם (י-ם) 13933-09-12 צלאח נ' משרד הפנים, פסקה 6 (23.12.2012)). שנית, טענות המערער מניחות את הדעת לפחות לגבי חלק מן האינדיקציות הראייתיות, כגון ההיבט הדתי של פרוצדורת הגירושין השרעית שמלמדת על היותם של הגירושין סופיים – כמו גם התצהיר שעליו חתמו המערערים לדרישת המשיבה; הרישומים שנערכו לשימועים אינם משקפים את הדברים כהווייתם, וגם אם ניתן לחלץ מהם עובדות, לא ניתן ללמוד מקוצו של יו"ד מסקנות מרחיקות לכת. שלישית, בית משפט קמא נתן משקל ראייתי זניח לחוות הדעת הסוציאלית, בגין סתירה מסוימת בין גרסאות הנשים העולות ממנו. חרף זאת, לדידי מחוות הדעת ניתן דווקא

ללמוד כי ההתרשמות הייתה שהמערער אינו מקיים משק בית משותף עם אבתסאם. גם אם קיימת סתירה מסוימת בין הגרסאות, אין בה כדי לרוקן מתוכן את התרשמותה של עורכת חוות הדעת. רביעית, אמנם מדובר במגורים באותו בניין, אך ישנן אינדיקציות המלמדות כי מדובר ביחידות מגורים נפרדות.

35. כאמור, כפי שציינתי לעיל, על החלטה מינהלית לאזן באופן סביר בין שיקולים רלוונטיים שונים, ולתת להם משקל הולם בנסיבות העניין (עניין עכל, פסקה 17). כפי שכבר הבהרנו בקשת המערער מבוססת על זיקתו האישית למזרח ירושלים ולא על זיקה משפחתית. ממילא שיקול הפוליגמיה אינו יכול להיות שיקול מכריע, כפי שנפסק גם בעניין אלחאק, ובפרט בהינתן עצמת הראיות בהקשר זה.

36. המערער חי את חייו במזרח ירושלים, ואין מחלוקת כאמור שלמצער משנת 1972 נמצא בית המשפחה במזרח ירושלים. הוא עומד במלוא התנאים הנמנים בהסדר 87. המערער – אשתו הנוכחית של המערער – וילדיהם, קיבלו היתר שהייה זמני מכוח ההסדר. אף אשתו הראשונה של המערער וילדיהם המשותפים מחזיקים בהיתר שהייה דומה. סירוב ליתן היתר למערער יוביל למצב בו הוא יורחק מגבולות העיר שבה העביר את כל חייו, למרות שהוא עומד במלוא תנאי הסף לקבל היתר. מצב זה אף עלול לפגוע באשתו ובילדיו השוהים במזרח ירושלים כדין, שיוותרו ללא אב המשפחה, שהוא אף המפרנס העיקרי למשפחתם. בנסיבות אלו נראה כי הזיקה לירושלים היא זו שצריכה לקבל את המשקל המכריע. משלא ניתן לנתון זה כל משקל וטענת הביגמיה היא שהכריעה את הכף, אין מנוס מקביעה כי החלטת המשיבה חורגת ממתחם הסבירות, וכי דין בקשת המערער לקבל היתר שהייה להתקבל.

37. לפני סיום, נציין כי איננו רואים הצדקה ליתן הוראה למשיבה להוציא הודעה באשר לתיחום הגיאוגרפי החדש של היתרים לפי הסדר 87 – שכן היתרים שניתנו לאחרים חורגים מגדר ההליך שלפנינו.

סוף דבר: המשיבה תעניק למערער היתר שהייה זמני מכוח הסדר 87. בנסיבות העניין אין אנו עושים צו להוצאות.

ש ו פ ט

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ע' ברון:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

אשר על כן הערעור מתקבל כאמור בפסק הדין של השופט ע' פוגלמן.

ניתן היום, א' בטבת התשע"ט (9.12.2018).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט