



בג"ץ 1188/10

לפני: כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' עמית

העותרים: 1. ילנה פוזרסקי (האם)
2. פבל מקסימנקו
3. ילנה פוזרסקי (הבת)

נגד

המשיב: משרד הפנים

עתירה למתן צו על תנאי

תאריך הישיבה: ג' בסיון התשע"ג (12.05.13)

בשם העותרים: עו"ד תומר ורשה

בשם המשיב: עו"ד ערין ספדי

פסק-דין

המשנה לנשיא מ' נאור:

פלוני, שהוא יהודי, עלה לישראל וקיבל אזרחות מכוח שבות. לאחר מכן החליט לשוב לארץ שממנה עלה, ולבקשתו בוטלה אזרחותו הישראלית. בהמשך ביקש לעלות לישראל בשנית יחד עם בני משפחתו החדשה, שאינם יהודים. האם בנסיבות אלה זכאים בני משפחתו של פלוני למעמד בישראל מכוח סעיף 4א(א) לחוק השבות, התשי"א-1950 (להלן – חוק השבות)? זו השאלה, בתמצית, העומדת במוקד העתירה שלפנינו.

העובדות

1. העותרת 1 היא אזרחית אוקראינה, ולה שני ילדים מנישואין קודמים – העותרים 2-3 (להלן יחד – העותרים). ביום 14.12.1996 נישאה העותרת 1 באוקראינה ליהודי אזרח ישראל בשם אפנסי מקסימנקו (להלן – מקסימנקו).

2. לפני נישואיו לעותרת 1, בשנת 1990, עלה מקסימנקו לבדו מאוקראינה לישראל, וקיבל אזרחות ישראלית מכוח שבות. אותה עת, היה נשוי מקסימנקו לאישה בשם לריסה, אשר נשארה באוקראינה יחד עם שני ילדיהם של בני-הזוג. שנה אחת בלבד לאחר עלייתו ארצה, עזב מקסימנקו את ישראל, שב לאוקראינה והתגרש מלריסה.

3. לאחר שובו לאוקראינה, בחודש ספטמבר 1996, הגיש מקסימנקו בקשה לויתור על אזרחותו הישראלית בשל רצונו לחיות באוקראינה (נספח 2 לכתב התשובה, להלן – הבקשה). בטרם אושרה בקשתו לויתור על האזרחות, בחודש דצמבר 1996, נישא כאמור מקסימנקו לעותרת 1. במועד נישואיו לעותרת 1 היה מקסימנקו עדיין אזרח ישראלי.

4. בחודש פברואר 1998 אושרה בקשתו של מקסימנקו לויתור על אזרחותו הישראלית, והודע לו כי אזרחותו מתבטלת החל מיום 1.3.1998 (נספח 3 לכתב התשובה). לאחר ביטול האזרחות, אימץ מקסימנקו בשנת 2000 את ילדיה הקטינים של העותרת 1, הם העותרים 2-3, ילידי שנת 1986 ו-1985 בהתאמה. אין מחלוקת כי האימוץ נעשה כחוק.

5. בעתירה, נטען כי נוכח התקרבותו של מקסימנקו מחדש ליהדות, הוא החליט לעלות יחד עם משפחתו החדשה – העותרים – לישראל. בחודש מאי 2002 הגיש מקסימנקו בקשה בשגרירות ישראל בקיבב לאשר את ביקורם של העותרים בישראל. לטענת העותרים, הובהר למקסימנקו כי עליו להגיש בקשה זו מישראל (נספחים ב1-ב2 לעתירה). המשיב לא כפר בכך. בחודש יוני 2002 נכנס מקסימנקו לישראל כתייר, וכחצי שנה לאחר מכן ביקש אשרת כניסה עבור העותרים. ואולם, במשך מספר חודשים לא ניתנה האשרה המבוקשת. משנקפו החודשים, וטרם ניתנה האשרה המבוקשת, שלח מקסימנקו מכתב למשרד הפנים בו הוא ביקש כי יתאפשר למשפחתו להיכנס לישראל ולחיות יחד עימו, וכלשונו "בשגרירות של מדינת ישראל נאמר לי כי עלי להגיע לישראל בתור תייר ולפנות אל משרד הפנים בבקשה החזר לי אזרחות ישראלית, אך לאחר הגשת כל המסמכים לשגרירות רק אני קיבלתי את אשרת כניסה לישראל ללא בני משפחתי. אני עזבתי את בני משפחתי ונסעתי לישראל לבד בתקווה שבקרוב אני אתאחד אתם בישראל [...] אז למה אני, יהודי לא יכול להיות עם משפחתי כאן? [...]

אני מבקש רק אשרת כניסה עבורם. אנו לא זקוקים לשום סל הקליטה [כך במקור – מ"נ]!" (נספח ד לעתירה). יצוין כבר עתה, כי בענייננו שאלת הזכויות הכלכליות של העותרים אכן אינה מתעוררת (השוו: ע"א 3207/93 פדר נ' מנהל מס שבח מקרקעין, פ"ד נב(3) 385 (1997) (להלן – עניין פדר)).

6. בהמשך, בחודש יוני 2003 הגיש מקסימנקו בקשה לקבלת מעמד עולה בישראל מכוח שבות, וכלל בבקשה גם את העותרים – אשתו וילדיו המאומצים (נספח 4 לכתב התשובה). יצוין כי מסמך זה הוגש רק במסגרת כתב התשובה ולא נכלל בתגובה המקדמית. ביום 22.6.2003 אושרה הבקשה למתן מעמד למקסימנקו עצמו, ובחודש ספטמבר 2003 אושרה כניסתם של העותרים לישראל. בקשתם של העותרים למתן מעמד מכוח שבות הועברה ל"נתיב – לשכת הקשר" (להלן – לשכת הקשר). לטענת העותרים, הבקשה שהועברה ללשכת הקשר הייתה בקשתו של מקסימנקו מחודש יוני 2003, ואילו לטענת המשיב, הבקשה שהועברה הייתה בקשה חדשה שהגישו העותרים בחודש נובמבר 2003 (נספח 5 לכתב התשובה). בין כך ובין כך, אין מחלוקת כי לשכת הקשר העירה בכתב לגבי העותרים כי העותרת 1 נישאה למקסימנקו כאשר היה עוד אזרח ישראלי; כי העותרים 2-3 אומצו על ידי מקסימנקו; וכי העותרת 3 ביקשה בעבר לקבל דרכון אוקראיני על שם משפחתה הקודם (של אביה הביולוגי) ולא על שם משפחתו של אביה המאמץ. אין חולק גם כי המלצת לשכת הקשר הייתה להעביר את בקשתם של העותרים למתן מעמד מכוח שבות להחלטתו של משרד הפנים.

7. אין בנמצא החלטה כתובה של משרד הפנים בעניינם של העותרים, אך עובדה היא כי לא ניתן לעותרים מעמד מכוח שבות, אלא הם הופנו בתחילת שנת 2004 להליך התאזרחות מכוח סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן – חוק האזרחות) בהתאם לנוהל המשיב מס' 5.2.0008 מיום 20.1.2010 "נוהל הטיפול במתן מעמד לבן זוג זר הנשוי לאזרח ישראלי" (להלן – ההליך המדורג). יצוין כי העותרים 2-3 הופנו להליך המדורג מכוח היותם "קטינים נלווים" לאימם, העותרת 1, ולא כבנים מאומצים של אביהם. באותו מועד, לא הלינו העותרים על כך שלא ניתן להם מעמד מכוח שבות. במבט לאחור, וכפי שנראה, הפנייתם של העותרים להליך המדורג, ולזכויות של קטין נלווה, היה מהלך שגוי. בהמשך הדברים אראה כי העותרים כולם היו זכאים באותו שלב לזכויות מכוח חוק השבות אך הם הופנו למסלול לא נכון.

8. ביום 10.4.2005 ניתנו לעותרים אשרות מסוג א/5 אשר הוארכו מעת לעת, בכפוף לבדיקת מרכז חיים בישראל ולבדיקת כנות הקשר בין העותרת 1 למקסימנקו.

ביום 5.4.2009, בעקבות מכתב אנונימי, ועוד בטרם הסתיים ההליך המדורג, ערך המשיב לעותרת 1 ולמקסימנקו שימוע בו נבדקה שאלת כנות הקשר. במהלך השימוע הודו השניים כי מאז חודש מרץ 2008 הם מתגוררים בנפרד, וכי הם לא התכוונו להודיע על כך למשיב מחשש שלא תוארכנה אשרות השהייה של העותרים. בעקבות השימוע הוחלט על הפסקת ההליך המדורג לעותרים והם נתבקשו לעזוב את ישראל תוך 14 ימים. עררים כנגד החלטתו של המשיב להפסיק את ההליך המדורג – נדחו.

כנגד סירובו של המשיב ליתן לעותרים מעמד בישראל הוגשה העתירה שלפנינו.

עיקרי טענות הצדדים

טענות העותרים

9. לטענת העותרים, עומדות להם מספר עילות חלופיות אשר בגינן היה על המשיב ליתן להם אזרחות ישראלית. ראשית, לטענת העותרים היה על המשיב ליתן להם מעמד מכוח שבות. לפי סעיף 1 לחוק השבות כל יהודי זכאי לעלות ארצה. סעיף 4א(א) לחוק השבות מעניק זכויות של עולה מכוח חוק השבות גם לבני משפחתו של יהודי. על כן, כפי הנטען, מכיוון שהעותרת 1 הייתה בת זוגו של מקסימנקו מכוח נישואין (אשר אין חולק על כנותם עד לחודש מרץ 2008), ואילו העותרים 2-3 אומצו על ידי מקסימנקו כדין בטרם העלייה ארצה, היו העותרים זכאים למעמד מכוח שבות. לפיכך, נטען כי יסודה של הפנייתם של העותרים להליך המדורג – בטעות.

10. לחלופין, טענו העותרים כי נוכח הזמן שחלף מאז הגשת בקשתם להתאזרחות ועד למועד בו החליט המשיב על הפסקת ההליך המדורג, למעשה כבר הושלם בעניינם ההליך המדורג. כן נטען כי העותרים 2-3, בהיותם ילדיו המאומצים של מקסימנקו, זכאים להשלמת ההליך המדורג בעניינם במנותק משאלת כנות הקשר בין העותרת 1 למקסימנקו. מכל מקום, כך טענו העותרים, הפסקת ההליך המדורג בוצעה שלא כדין, בניגוד לנהליו של המשיב לפיהם היה על המשיב להעביר את עניינם של העותרים לבחינתה של הוועדה הבינמשרדית לעניינים הומניטאריים. נוכח האמור לעיל, התבקש בית המשפט להורות למשיב ליתן לעותרים אזרחות ולחלופין תושבות קבע.

11. המשיב, מצידו, טען כי יש להבחין בין זכאותו של יהודי לממש את זכותו לעלות לישראל ולשוב ולבקש זכות זו פעם נוספת לאחר שוויתר על אזרחותו, לבין זכויותיהם של בני משפחתו שאינם יהודים למעמד מכוח שבות. לטענת המשיב, יהודי זכאי לממש את זכות השבות ללא הגבלה, ואולם אין הדבר כך לגבי בני משפחתו. מקום בו היהודי כבר מימש את זכות העלייה ארצה וקיבל אזרחות ישראלית, מוצתה למעשה זכותו להקנות את זכות העלייה לבני משפחתו. המשיב הסתמך בטענותיו על בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999) (להלן – עניין סטמקה); בקשה לדיון נוסף נדחתה – דנג"ץ 3063/99 רביניקוב נ' שר הפנים (החלטה מיום 22.8.2000) (להלן – דיון נוסף סטמקה)), בו נפסק כי בן זוג לא-יהודי של יהודי שעלה ארצה והפך אזרח ישראלי, אינו זכאי שבות. המשיב הזהיר כי אם בנסיבות שבפנינו ייקבע שקיימת לבני משפחתו של יהודי זכאות לשבות, יפתח מסלול העוקף את ההליך המדורג. כפי הנטען, המועד בו נישא מקסימנקו לעותרת 1 ואימץ את ילדיה, היה לאחר שמקסימנקו מימש את זכותו לעלות ארצה, ומשכך הוא מיצה את האפשרות להקנות לבני משפחתו העותרים מעמד מכוח חוק השבות.

12. המשיב הוסיף וטען כי העותרת 1 אינה זכאית שבות משום שבמועד נישואיה למקסימנקו – הוא המועד שלטענת המשיב הוא המועד הקובע לצורך בחינת זכאות לשבות – היה מקסימנקו אזרח ישראלי, ובהתאם לנקבע בעניין סטמקה, בת זוגו הלא-יהודייה של אזרח ישראלי איננה זכאית שבות. אשר לעותרים 2-3, טען המשיב כי אימוצם על ידי מקסימנקו לא היה כן, ולכן הם אינם זכאים למעמד מכוח שבות. לטענת המשיב, הספק בדבר כנות האימוץ מתבטא בהערה של לשכת הקשר לגבי העותרת 3, לפיה העותרת 3 ביקשה לקבל דרכון אוקראיני על שם אביה הביולוגי ולא על שם מקסימנקו. בהמשך, נטען בפנינו כי למעשה כנות האימוץ לא נבחנה בשעתו, שכן המשיב הניח שהמסלול המתאים עבור העותרים 2-3 הוא מסלול ההליך המדורג. לטענת המשיב, קיים קושי ממשי לבחון כעת, מספר שנים לאחר הגעתם של העותרים לישראל, את כנות הקשר בין העותרים 2-3 לאביהם המאמץ. לפיכך, טען המשיב כי יש לדחות את עתירתם של העותרים 2-3 גם מחמת השיהוי שדבק בה. לבסוף, טען המשיב כי ויתורו של מקסימנקו על אזרחותו מן הטעם שברצונו לחיות באוקראינה, אינו מתיישב עם עלייתו זמן לא רב לאחר מכן לישראל. בכך, לטענת המשיב, יש כדי להטיל ספק בכנות הוויתור על האזרחות. נוכח הטעמים האמורים לעיל, נטען כי החלטת המשיב להפנות את העותרים להליך המדורג הינה החלטה סבירה אשר אין מקום להתערבות בה.

13. אשר לטענת העותרים לזכאות למעמד מכוח ההליך המדורג, טען המשיב כי דין הטענה להידחות על הסף בשל קיומו של סעד חלופי בדמות פנייה לבית המשפט לעניינים מנהליים. המשיב הוסיף וטען לגופו כי החלטתו להפסיק את ההליך המדורג בעניינם של העותרים הייתה כדין, בהתחשב בכך שהמשכו של ההליך המדורג מותנה, בין השאר, בכנות הקשר בין מבקש המעמד לבין האזרח הישראלי. לכן, משנמצא כי העותרת 1 ומקסימנקו נפרדו כבר בשנת 2008, ואף לא התכוונו להביא עובדה זו לידיעתו של המשיב, לא היה מנוס מהפסקת ההליך המדורג.

תשובת העותרים

14. העותרים, בתשובה, טענו כי לטענות המשיב בכל הנוגע לזכאותם למעמד מכוח שבות אין אחיזה בלשון חוק השבות או בתכליתו. לדידם, כפי שחוק השבות אינו מגביל את זכותו של יהודי לעלות ארצה פעם אחר פעם, כך גם אינו מגביל את זכויותיהם של בני משפחתו. בהקשר זה, נטען כי אין ממש בחשש שהעלה המשיב מפני ניצול לרעה של האפשרות לויתור על אזרחות ולעלייה נוספת ארצה, לשם "עקיפת" ההליך המדורג. כפי הנטען, בידי המשיב כלים להתמודד עם ניסיונות לניצול לרעה של חוק השבות, כדוגמת סמכותו של המשיב לסרב ליתן מעמד או סמכותו לבטל מעמד אם הבקשה הושתתה על פרטים כוזבים. כמו כן, נטען כי יש לדחות את טענותיו הפרטניות של המשיב לגבי העותרת 1 וילדיה, העותרים 2-3. ראשית, נטען כי המשיב לא הציג שום מסמך הדוחה באופן רשמי את בקשת המעמד של העותרים מכוח שבות, וממילא לא הציג כל נימוק מזמן אמת לדחייתה. מקום שהחלטה המנהלית אינה מנומקת, כך נטען, לא ניתן לנמקה לראשונה בפני בית המשפט. אשר לעותרת 1, נטען כי המועד הקובע לצורך קביעת זכאות לשבות אינו מועד הנישואין אלא מועד הגשת הבקשה לעלות ארצה. מכיוון שבמועד הגשת הבקשה לעלייה לא היה מקסימנקו אזרח ישראלי, זכאית העותרת 1 למעמד מכוח שבות. מכל מקום, נטען כי מקסימנקו הגיש את הבקשה לויתור על אזרחותו עוד בטרם נישא לעותרת 1, וממילא, לו היה המשיב מבטל את אזרחותו הישראלית מייד, לא היה מקסימנקו אזרח ישראלי לעת הנישואין. אשר לעותרים 2-3, נטען כי המשיב מעולם לא כפר בכך שהאימוץ נעשה כדין וכן לא הטיל ספק בכנותו. על כן, נטען כי זכאותם של העותרים למעמד מכוח שבות שרירה וקיימת.

15. לאחר דיון על-פה בעתירה קיבל המשיב את המלצתנו להעביר את עניינם של העותרים לבחינתה של הוועדה הבינמשרדית לעניינים הומניטאריים (להלן – הוועדה). עניינם של העותרים נידון בפני הוועדה, אשר החליטה כי בהעדר טעמים הומניטאריים או טעמים חריגים, יש לדחות את בקשתם של העותרים למתן מעמד בישראל. בתגובה, הגישו העותרים השלמת טיעון מטעמם במסגרתה טענו, בין היתר, כי הוועדה התעלמה מטענותיהם כי הם זכאים למעמד בישראל מכוח שבות, ואף לא התייחסה כלל לטענה כי העותרים 2-3 אומצו כדין על ידי מקסימקו. המשיב, מצידו, טען כי החלטת הוועדה סבירה ואינה מצדיקה התערבות שיפוטית בה.

16. בשלב זה החלטנו להוציא צו על-תנאי המורה למשיב להתייצב וליתן טעם מדוע לא ייתן לעותרים כולם או חלקם אזרחות ישראלית מכוח שבות. אשר לעילות האחרות להן טענו העותרים, קבענו כי מקומן להתברר בבית המשפט לעניינים מנהליים.

17. ביום 29.3.2012 הגיש המשיב כתב תשובה, וביום 7.11.2012 קיימנו דיון בהתנגדות לצו על-תנאי. בהמלצתנו, הסכים המשיב כי עניינם של העותרים ידון פעם נוספת בפני הוועדה. לאחר דיון נוסף בעניינם של העותרים, החליטה הוועדה, נוכח נסיבותיו החריגות של המקרה, להמליץ בפני מנכ"ל רשות האוכלוסין לאשר לעותרים רישיון ישיבה מסוג א/5 למשך שנה, וכן להמליץ כי בתום תקופה זו תיבחן שאלת מעמדם של העותרים פעם נוספת. מנכ"ל רשות האוכלוסין אימץ את המלצות הוועדה. ואולם, מכיוון שעל פי החלטת מנכ"ל רשות האוכלוסין לא יינתן לעותרים לעת הזו מעמד קבע, הודיעו העותרים לבית משפט זה כי הם עומדים על עתירתם ועל הסעד המבוקש בה, קרי, מתן אזרחות מכוח שבות. קשה להימנע מלהעיר: ראוי היה שב"כ העותרים יודיע מראש במועד הדיון כי לא יסתפק בפחות מהכרה בזכויות העותרים מכוח שבות, וכך יש לנהוג בעתיד במקרים דומים.

18. ביום 12.5.2013 קיימנו דיון על-פה נוסף בעתירה.

19. לאחר הדיון על-פה, הגישו הצדדים את עמדתם בשאלה שעלתה בדיון והיא האם סעיף 2(ג)2(2) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן – חוק האזרחות) – הקובע כי

קניית אזרחות מכוח שבות אינה חלה על עולה שהצהיר בסמוך לקבלת תעודת העולה כי אינו רוצה באזרחות ישראלית – משליך על העתירה שבפנינו. לטענת שני הצדדים, סעיף זה אינו רלוונטי לענייננו, שכן תכליתו היא להיטיב עם עולים חדשים בכך שהוא מאפשר להם לעלות ארצה ולחיות בישראל מבלי לוותר על אזרחותם הזרה, ואין מכוחו להקנות שיקול דעת למשיב בשאלה האם להיעתר או האם לא להיעתר לבקשה של עולה בשנית או של בני משפחתו לקבל אזרחות מכוח שבות. אקדים ואומר כי הגעתי לכלל מסקנה שלעניין זה אכן אין רלבנטיות לענייננו.

המסגרת הנורמטיבית

20. חוק השבות הוא אחד מחוקיה היסודיים של מדינת ישראל, המהווה ביטוי מרכזי להיותה של מדינת ישראל מדינה יהודית, בנוסף להיותה מדינה דמוקרטית. אכן, "חוק השבות הוא אחד מהחשובים שבחוקיה של ישראל, אם לא החשוב שבהם" (בג"ץ 2597/99 טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נח(5) 412, פסקה 18 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (החלטה מיום 31.5.2004) (להלן – עניין טושביים א)). חוק השבות מושתת על העלייה לישראל. סעיף 1 לחוק השבות קובע כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה". סעיף 2 לחוק השבות קובע כי העלייה תהיה על פי אשרת עולה, וכי אשרת עולה תינתן לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל למעט אם נוכח שר הפנים שהמבקש פועל נגד העם היהודי, עלול לסכן את בריאות הציבור או ביטחונו או אם המבקש בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור. להסדר הקבוע בחוק השבות מצטרף סעיף 2(א) לחוק האזרחות, הקובע כי "כל עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות [...]". תכליתה של הזכות לשבות – ומכוחה גם לאזרחות מכוח שבות – היא קיבוץ גלויות ועידוד בני ובנות העם היהודי לשוב ארצה (ראו למשל: בג"ץ 6247/04 גורודצקי נ' שר הפנים, פסקה 15 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (23.3.2010) (להלן – עניין גורודצקי)). יפים לעניין זה דבריו של בית משפט זה בפרשת ברטפורד:

"תכלית זו [של חוק השבות – מ"נ] היתה להשיב בנים לגבולם ולהפוך את מדינת ישראל למדינתו של העם היהודי. זהו פירוש 'אשר לא יתכחש לרקע ולרעיון של הקמת מדינת ישראל, אלא יביא לידי הגשמת חזונה ומטרותיה' [...] 'חוק השבות הוא חוק לאומי שבא להגשים את הייעוד המרכזי של מדינת ישראל, הייעוד של כינוס פזורי ישראל'" (בג"ץ 265/87 ברטפורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג(4) 793, 845 (1989) (להלן – עניין ברטפורד)).

21. בשנת 1970 תוקן חוק השבות (להלן – התיקון לחוק). התיקון לחוק נחקק בעקבות פסק דינו של בית משפט זה ב-בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477 (1970) (להלן – עניין שליט), בו נקבע כי יש לרשום במרשם האוכלוסין ילד לאב יהודי ולאם שאינה יהודייה – כיהודי – על אף שאינו יהודי על פי ההלכה. במסגרת התיקון לחוק, הוספה הגדרה ל"מיהו יהודי". לצד הגדרה זו, הוספה הוראת סעיף 4א(א), היא מושא העתירה שלפנינו, המקנה זכות לעלות ארצה גם למי שאינו יהודי, אם הוא בן משפחה של יהודי:

<p>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, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.</p> <p>(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.</p> <p>(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).</p>	<p>זכויות בני משפחה</p>
--	-------------------------

22. סעיף 4א(א) הרחיב אפוא את היקף הזכאים לזכויות מכוח חוק השבות, כך שזכויות השבות שהיו נתונות ליהודים בלבד, ניתנו גם לבני משפחתם, אף אם אלה אינם יהודים (כן ראו: חיים כהן "חוק השבות" חיים כהן – מבחר כתבים 312, 336 (אהרון ברק ורות גביוון עורכים, 1991)). בהתאם לכך, זכאים בני משפחתו של יהודי לכל הזכויות להם זכאי יהודי העולה ארצה, לרבות הזכות לאזרחות (עניין סטמקה, בעמ' 748). זכותו של בן משפחתו של יהודי אינה מותנית בכך שהיהודי עלה ארצה, ואף לא בכך שהיהודי עודנו בחיים (סעיף 4א(ב) לחוק השבות).

"בן משפחה" של יהודי הוא, בין היתר, בן זוגו של יהודי וילדו. לפי נוהל המשיב מס' 5.2.0007, מיום 1.8.2005 "נוהל הטיפול במתן מעמד לקטין שאומץ ע"י זכאי שבות בטרם העלייה" (נספח ט לעתירה; להלן – נוהל האימוץ), רואים בילד שאומץ על ידי יהודי כ"ילד" של יהודי, בכפוף לכך שמדובר באימוץ כן, אשר ביסודו כוונה אמיתית ליחסי הורות בין המאמץ למאומץ (סעיף 4.ב לנוהל האימוץ). אם האימוץ בוצע בסמוך להגשת הבקשה למתן מעמד למאומץ או בעת שהגיע המאומץ לבגרות, הנוהל מנחה כי "יש לבדוק לעומק את כנות האימוץ ע"מ לוודא כי האימוץ לא

נעשה לשם הקניית זכאות לקטין למעמד בישראל [...]” (סעיף ג.3 לנוהל האימוץ). לדבריה של באת-כוח המשיב בדיון שהתקיים בפנינו ביום 12.5.2013, כנות האימוץ נבחנת לעומק אם האימוץ בוצע עד שנה לפני העלייה ארצה.

23. מקריאה של סעיף 4א(א) לחוק השבות כפשוטו עולה כי זכאותם של בני משפחתו של יהודי לשבות אינה מותנית בכך שהיהודי לא עלה ארצה פעם נוספת בעבר. ואולם, כאמור לעיל, לטענת המשיב יש לפרש את סעיף 4א(א) בצמצום, כך שהוא מתיר עלייה ארצה רק לבני משפחה של יהודי שלא עלה ארצה בעבר תוך מימוש זכות השבות המוקנית לו ולבני משפחתו. השאלה הדרושה הכרעה אפוא היא האם “בן משפחה של יהודי” משמעו גם בן משפחה של יהודי שכבר עלה לישראל בעבר, ויתר על אזרחותו וכעת מבקש לעלות ארצה בשנית. מדובר בשאלה פרשנית, אשר ההכרעה בה צריך שתעשה לאורם של כללי הפרשנות הנהוגים ביחס לדברי חקיקה.

גבולותיו של סעיף 4א(א) לחוק השבות – לשון ותכלית

לשון החוק

24. נקודת המוצא לדיוננו היא לשונו של סעיף 4א(א) לחוק השבות. לשון הסעיף אינה מסייגת ואינה מתנה כאמור את זכאותו של בן משפחה של יהודי לשבות. כל שנדרש, לכאורה, הוא עמידה בתנאי הקרבה המשפחתית ליהודי על מנת שתתגבש זכאות לשבות. ואולם, כפי ששב ופסק בית משפט זה “הדיבור שבחיקוק הוא יצור החי בסביבתו” (עניין שליט, בעמ' 513). הוראת סעיף 4א(א) אינה יכולה להתפרש בחלל ריק, אלא בהקשר המתאים ובשים לב למארג החקיקתי בו היא משתלבת. כפי שנפסק בעניין סטמקה: “[...] לא נוציא את סעיף 4א [לחוק השבות – מ”נ] מהקשרו – זו הפעם במובנה הנכון והאמיתי של הוצאת דברים מהקשרם; כי נקרא את סעיף 4א בהקשר הוראות חוק השבות כולן; כי נפרש את חוק השבות – ובו את סעיף 4א אף-הוא – כהמשך אחד, בזרימה [...]” (בעמ' 749). על רקע הקשרן של הוראות חוק השבות, נקבע כי סעיף 4א(א) משלים את ההוראה בחוק השבות לפיה לכל יהודי זכות לעלות ארצה, במובן זה שהזכות הניתנת ליהודי לשוב לישראל ניתנת אף לבן משפחתו, לעת עלייתו של היהודי ארצה (עניין סטמקה, בעמ' 750; ראו גם: בג”ץ 8030/03 סמוילוב נ' משרד הפנים, פ”ד נח(6) 115, 120-121 (2004) (להלן – עניין סמוילוב)). כפועל יוצא מכך, רק יהודי שהינו בגדר “עולה” בכוחו להקנות זכויות שבות לבני משפחתו (ראו: עניין סטמקה, בעמ' 757; ראו גם: דיון נוסף סטמקה, בפסקה 1). בענייננו, קיבל

מקסימנקו מעמד של "עולה בשנית", וזכה לאזרחות פעם נוספת מכוח שבות. לכן, מבחינת לשון סעיף 4א(א) לחוק השבות והקשרו, זכאי היה מקסימנקו לכאורה, בהיותו "עולה", לספח אליו את בני משפחתו, גם כאשר עלה לישראל בפעם השנייה.

תכלית החוק

25. סעיף 4א(א) לחוק השבות בא לעולם במטרה להקל על עלייתן של משפחות מעורבות, בתקווה כי בני המשפחה הלא-יהודים יצטרפו לבסוף לעם היהודי (עניין ברטפורד, בעמ' 834). תכליתו העיקרית של סעיף 4א(א) היא להבטיח כי יהודים שנישאו בנישואי תערובת לא יימנעו מלעלות ארצה, משום שיחששו לגורל בני-משפחתם הלא-יהודים ולמעמדם בישראל. בכך מוגשמת למעשה תכליתו הכללית של חוק השבות – עידוד יהודים לעלות ארצה (ע"פ 3363/98 קניאז'ינסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(2) 479, 489-488 (1999) (להלן – עניין קניאז'ינסקי); עניין סמולוב, בעמ' 120; עניין סטמקה, בעמ' 755; דבריו של חבר הכנסת י' צדוק בד"כ 56, 766 (תש"ל)). מתכלית זו נגזרת תכלית משנה והיא למנוע מיהודים שנישאו בנישואים מעורבים להיטמע בארצות זרות (ראו: דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ י' ש' בן-מאיר בד"כ 57, 1119-1118 (תש"ל)). נוסף על כך, סעיף 4א(א) לחוק השבות מבטא את הרצון לאפשר לכל מי שמקיים זיקה מהותית לעם היהודי, המתבטאת בקשר משפחתי ליהודי, לעלות לישראל (ראו: עניין גורודצקי, בפסקה 29). אותם בני משפחה של יהודי "רואים אותם, במובנים מסוימים, כמי שסיפחו עצמם לעם היהודי, ועל-כן מקנה להם החוק זכויות עצמאיות משלהם; זכאים הם לזכויות עולה גם אם עולים הם ארצה, בלא היהודי (מקור הזכויות) – בין שאותו יהודי עלה ארצה בין שלא – וגם אם אותו יהודי אינו עוד בין החיים" (עניין סטמקה, בעמ' 756; דיון נוסף סטמקה, בפסקה 2; ראו גם: דבריו של יו"ר ועדת החוקה, חוק ומשפט ח"כ י' ש' בן-מאיר בד"כ 57, 1120-1119 (תש"ל)). סעיף 4א(א) נועד גם למנוע פיצול סטאטוס בין יהודי הזכאי לאזרחות אוטומאטית מכוח שבות לבין בן משפחתו הלא-יהודי (ראו: עניין גורודצקי, בפסקה 37; דבריו של חבר הכנסת ר' ארזי בד"כ 57, 1131 (תש"ל)).

נוכח תכליותיו של סעיף 4א(א) לחוק השבות, נדרש בית משפט זה לתחימת גבולותיו. כך, נקבע כי בין היהודי לבין בן משפחתו צריכה להתקיים זיקה משפחתית אמיתית, ולא זיקה פיקטיבית אשר מטרתה להקנות מעמד לבן המשפחה הזר. וזאת, מכיוון שתכליתו המרכזית של סעיף 4א(א) לחוק השבות הינה לאפשר למשפחות מעורבות לעלות יחד ארצה, ואינה מתן אפשרות של התאזרחות אוטומאטית למי

שנעדר זיקה לעם היהודי (עניין קניאז'ינסקי, בעמ' 488-489; 517). על אותו משקל, נקבע כי אם בטרם העלייה ארצה או מייד בסמוך לאחריה נפרדו בני-הזוג, לא יהא זכאי בן הזוג הזר לשבות, אף אם באופן פורמאלי היה עדיין נשוי ליהודי או ליהודייה:

“הוראת החוק [סעיף 4 לחוק השבות – מ”נ] תפורש בדרך שתבטיח כי יהודים שנישאו בנישואי תערובת לא יירתעו מהגשמת זכותם לעלות לישראל; כך – אך לא מעבר לכך [...] 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”. (עניין סמוילוב, בעמ' 120, 123; כן ראו: בג”ץ 3287/05 צ’ורני נ’ שר הפנים, פסקה ג(1) לפסק דינו של השופט א’ רובינשטיין (19.7.2005)).

בהקשר זה נקבע, כי עלייתו של יהודי לבדו ארצה בהותירו את בני-משפחתו מאחור, אינה שוללת כשלעצמה את זכויותיהם של בני-משפחתו לשבות. אלא, תידרש בחינה האם פרידה זו מעידה על פירוק התא המשפחתי ערב העלייה או שנעשתה עקב נסיבות שאינן בשליטת בני-הזוג:

“[...] 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, בעמ' 124).

כן נקבע כי אם אימוצו של ילד על ידי יהודי בוטל בטרם העלייה ארצה, לא יהא זכאי המאומץ לשבות (עניין סמוילוב, בעמ' 123). כמו כן, כאמור, על פי סעיף 4א(ב) לחוק השבות זכאי בן משפחה של יהודי לעלות ארצה, אף אם היהודי אינו בין החיים. ואולם, נקבע כי כאשר אלמנתו של יהודי נישאה מחדש לאדם שאינו יהודי, ניתקת זיקתה לעם היהודי ומשכך היא אינה זכאית עוד לשבות (עניין גורודצקי, בפסקאות 34-41). בעניין סמוילוב הנזכר לעיל, נידונה השאלה האם בכוחו של יהודי שכבר עלה ארצה והפך אזרח

ישראלי להקנות זכות של שבות לבן או לבת זוגו. נקבע, כי נוכח לשון סעיף 4א(א) לחוק ונוכח תכליתו, שעיקרה כאמור עידוד יהודים לעלות ארצה, רק ליהודי שהינו בגדר "עולה" יש כוח להקנות זכויות שבות לבני משפחתו:

"אכן, אנשים שהיו משפחה קודם עלייתם ארצה, לא זו בלבד שלא נעשה להפרדה ביניהם, אלא שנעודד אותם לעלות ארצה כאיש אחד. זו תכליתו של סעיף 4א לחוק ותכלית זו נגשים במלואה. לא כן הוא דין במקרים מעין-אלה שלפנינו, שבהם יהודי ישראלי נושא לו לאישה לא-ישראלית לא-יהודייה. יהודי זה – בין שנולד בארץ בין שעלה ארצה בזמן-מזמן-הזמנים – זכותו לשבות מיצתה את עצמה, וממילא אין לא-יהודי שיוכל לספח עצמו לזכות שאינה עוד בנמצא" (עניין סטמקה, בעמ' 757; לדעה שונה ראו: נעמה כרמי "דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה': המבוי הסתום של פרשת סטמקה, תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות לאזרחות" משפט וממשל י 151, 163-172 (תשס"ז)).

עוד הסתמך בית המשפט בעניין סטמקה על עיקרון השוויון, וקבע כי אם תינתן ליהודי אזרח ישראל האפשרות להקנות את זכות השבות לבן או לבת זוגו, יהווה הדבר אפליה פסולה בינו לבין אזרח ישראלי שאינו יהודי, אשר ממילא אין בכוחו להקנות זכות של שבות לבני משפחתו (עניין סטמקה, בעמ' 749-760; לדעה אחרת ראו: מיכאל קורינאלדי חידת הזכות היהודית: חוק השבות – הלכה למעשה 102-105 (2001)).

נוכח לשונו ותכליתו של סעיף 4א(א) לחוק השבות, מהו הדין לגבי בן משפחתו של יהודי שהוא "עולה בשנית"? תחילה יידון מעמדו של ה"עולה בשנית" עצמו ולאחר מכן נדון בזכויותיהם של בני משפחתו.

26. חוק השבות לפי לשונו אינו קובע כי זכאות של יהודי לעלות ארצה היא חד-פעמית. המשיב אינו חולק על כך. בהתאם לעמדה זו של המשיב, בקשתו של מקסימנקו לקבל בשנית אזרחות מכוח שבות נענתה כאמור בחיוב. עמדה זו של המשיב באה לידי ביטוי גם בנוהל המשיב מס' 5.2.0002 מיום 1.8.2005 "נוהל אישור בקשה לאשרת עולה בשנית בארץ ובנציגויות בחו"ל" (הוגש בדיון שהתקיים ביום 12.5.2013; להלן – נוהל עלייה בשנית). על פי נוהל עלייה בשנית, לשם קבלת מעמד מכוח שבות, על העולה להגיש טופס בקשה לעולה, להמציא אישור על כך שוויתר על אזרחותו הישראלית בעבר ולהציג דרכון זר. ככלל, הליך הטיפול אמור להתבצע בהתאם להליך הטיפול בבקשה לעולה ובנוסף לכך יזומן מגיש הבקשה ללשכת המשיב (סעיף ג לנוהל

עלייה בשנית). המשיב אינו מונע אפוא עלייה ארצה ומתן אזרחות מכוח שבות גם למי שהינו "עולה בשנית", בדרך פרוצדוראלית דומה לדרך בה מטופלת בקשה ראשונה לעלייה ארצה. עולה בשנית אף אינו נדרש לתנאים המוצבים בפני אדם המבקש להתאזרח שלא מכוח שבות כדוגמת שהייה בישראל שלוש מתוך חמש השנים שקדמו לבקשת ההתאזרחות, ויתור על אזרחות זרה וידיעת השפה העברית (כן ראו: נעמה כרמי חוק השבות: זכויות הגירה וגבולותיהן 26-27 (2003)).

27. ואכן, ככלל, דומה כי לעניין הזכות לעלות ארצה ולרכוש אזרחות מכוח שבות אין מקום להפלות בין יהודי זכאי שבות העולה לישראל לראשונה לבין יהודי המבקש להתיישב בישראל פעם נוספת (ראו והשוו: עניין טושביים א, בפסקאות 19-23 (הנשיא א' ברק)). הן הראשון הן האחרון הם יהודים העולים לישראל המבקשים לקבוע את מושבם במדינת ישראל. "עלייה" איננה בהכרח השהייה הראשונה בארץ ישראל. שהייה ראשונית זו אין בה צורך, אך גם אין בה די. אין צורך כי יהודי ישהה בארץ לפרק זמן כלשהו טרם שיעלה ארצה, ואין מניעה כי יעלה ארצה אפילו שהה בארץ קודם לכן [...] 'עלייה' ארצה היא עצם ההחלטה שמקבל יהודי לחיות חיי קבע בישראל (שם, בפסקה 4 (השופט א' ריבלין) (ההדגשה הוספה – מ"נ)). כפי שנקבע גם בעניין קניאז'ינסקי: "תכלית חקיקתו של סעיף 4 לחוק השבות ברורה וחד-משמעית, והיא עולה בקנה אחד עם תכליתו של החוק כולו, שהוא, כאמור, לעודד כל יהודי באשר הוא לעלות לישראל" (בעמ' 489, ההדגשה הוספה – מ"נ). כן יפים לעניין זה דבריו של בית המשפט בעניין סטמקה: "זכות השבות מוענקת ליהודי – באשר יהודי הוא – והמאפיין העיקרי של הזכות הוא הנחרצות שבה, זכות שהיא כמעט זכות אבסולוטית. כל יהודי, באשר הוא שם, יכול וזכאי – לרצונו בלבד – לממש את זכות השבות" (בעמ' 751, ההדגשה הוספה – מ"נ).

עולה בשנית אינו אדם שעזב את הארץ, אך בחר לשמור על זיקה לה באמצעות אזרחותו. אף לא מדובר באדם שוויתר על אזרחותו הישראלית, אך החליט להמשיך ולהתגורר במדינת ישראל. אלא, מדובר בדרך כלל במי שלא הצליח להסתגל לחיים בישראל ובחר לנתק את זיקתו אליה לחלוטין באמצעות עזיבת הארץ, קביעת מושבו בארץ זרה וויתור על אזרחותו הישראלית. בעשותו כן, אדם זה חוזר להיות חלק מיהדות התפוצות, על כל המשתמע מכך. בכך, הוא מאבד הן את אזרחותו הן את מעמד העולה שרכש בעבר (ראו והשוו: בג"ץ 81/62 גולן נ' שר הפנים, פ"ד טז 1969, 1972 (1962); כן ראו: אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל: רשויות השלטון ואזרחות 1089 (2005) (להלן – רובינשטיין ומדינה)). ואולם, משהוא בוחר שוב להשתקע בישראל, עלייתו ארצה מקיימת את התכלית של "כינוס פזורי

ישראל" (בג"ץ 72/62 רופאייזן נ' שר הפנים, פ"ד ט"ז 2428, 2451 (1962)). בהקשר זה יפים דבריו של השופט מ' חשין בעניין טושביים א, אשר תיאר את ירידתו של אברהם מצריימה מפני הרעב בישראל, ואת עלייתו ארצה, וכן את הגירתו של יעקב ובניו מישראל למצרים שהייתה, למעשה, "ירידה צורך עליה" (עניין טושביים א, בפסקה 4). הנה כי כן, החלת חוק השבות על "יורד" הבוחר "לעלות" לישראל, אף אם מדובר בעלייה בשנית, תואמת את לשונו ותכליתו של חוק השבות כחוק של קיבוץ גלויות (ראו גם: M.D Goldman ISRAEL NATIONALITY LAW 96-97 (1970) (להלן – Goldman); השו: בג"ץ 10226/08 זבידובסקי נ' שר הפנים, פסקאות 7-3 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (2.8.2010); כן השוו להשבת אזרחות למי שאינו יהודי, המתאפשרת בנסיבות בהן הוויתור על האזרחות הישראלית נעשה בכפייה: בג"ץ 2271/98 עאבד נ' שר הפנים, פ"ד נה(5) 778 (2001); בג"ץ 2025/07 נאש נ' שר הפנים (7.12.2009)). כמו כן, לא מיותר להעיר כי ייתכנו השלכות לניצול לרעה של האפשרות לוותר על אזרחות ולאחר מכן לשוב ארצה כ"עולה בשנית". למשל, כאשר הרצון לוותר על האזרחות אינו כן ותכליתו היא אך ורק לשוב לישראל במעמד של "עולה" על מנת לזכות בהטבות הנובעות מכך (ראו גם: Goldman, בעמ' 97). על הסוגיה של ניצול לרעה של זכות בהקשר בו עסקינן כאן ארחיב בהמשך הדברים.

נוסף על כך, מקובלת עליי כאמור עמדתם של שני הצדדים לפיה אין בכוחו של סעיף 2(ג) (2) לחוק האזרחות לגרוע מזכותו של יהודי שהוא "עולה" לקבל אזרחות מכוח שבות. תכליתו של סעיף 2(ג) (2) לחוק האזרחות הינה להקל עם עולים ארצה אשר ברצונם להשתקע בישראל, אך יחד עם זאת לשמור על אזרחותם הזרה, ומכיוון שישנן מדינות זרות שאינן מאפשרות כפל אזרחות מעדיפים שלא לרכוש אזרחות ישראלית. אין מדובר במתן שיקול דעת למשיב להגביל את זכאותם של מי שהם בגדר "עולים בשנית" לאזרחות מכוח שבות.

28. האם אותו דין חל גם לגבי משפחתו של "עולה בשנית"? כעקרון יש להשיב על שאלה זו בחיוב. ראשית, כאמור לעיל, לעניין הזכות לעלות ארצה ולרכוש אזרחות מכוח שבות עולה בשנית הוא בגדר "עולה" לישראל. על כן, בכוחו להקנות זכויות שבות גם לבני משפחתו (ראו: עניין סטמקה). שנית, בשונה מנסיבות עניין סטמקה, אין הדבר יוצר אפליה בין יהודי אזרח ישראל לבין אזרח ישראלי שאינו יהודי, שכן "עולה בשנית" המבקש להעלות את בני משפחתו לישראל אינו אזרח ישראלי, אלא "עולה". שלישית, משמצינו כי לגבי "עולה בשנית" מתקיימות תכליותיו של חוק השבות, אין הצדקה לשלול את זכויות השבות מכוח סעיף 4א(א) לחוק השבות מבני משפחתו.

כאמור, תכליתו העיקרית של סעיף 4א(א) לחוק השבות היא לעודד את יהדות התפוצות לעלות ארצה, בדרך של הרחבת היקף זכויות השבות גם לבני משפחתם. משתכלית חוק השבות מתקיימת גם לגבי יהודי ש"ירד" מישראל וכעת מבקש הוא לשוב ולהשתקע בה, מתקיימת גם תכלית סעיף 4א(א) לגבי בני משפחתו של אותו יהודי "עולה בשנית" (השוו לתכלית מתן זכויות כלכליות ל"עולה" – עניין פד, בעמ' 397).

29. זאת ועוד: אף המשיב לא טען בפה מלא כי מתן זכויות שבות לבני משפחתו של עולה בשנית נוגד את תכליותיו של סעיף 4א(א) לחוק השבות. עיקר דאגתו של המשיב, למעשה, היא מפני ניצול לרעה של תחולת חוק השבות בנסיבות אלה ופתיחת מסלול עוקף להליך המדורג. אכן, אין לאפשר ניצול לרעה של האפשרות לעזוב את הארץ ולוותר על האזרחות הישראלית לשם הכשרת כניסתו של בן-זוג זר ארצה באמצעות חוק השבות. עמדנו בעבר על כך שלמדינה יש זכות למנוע את כניסתם של אנשים המבקשים לנצל לרעה את תחולתם של ההסדרים הקבועים בחוק השבות (ראו למשל: עמדתו ב-בג"ץ 2859/99 מקרינה נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721, 747 (2005) (להלן – עניין טושביים ב); כן ראו: בג"ץ 6428/11 ולנסיה נ' מדינת ישראל, פסקה 3 לפסק דיני (2013.4.24); ראו גם: עמדתו של הנשיא א' ברק בעניין טושביים ב, בעמ' 736-739). יהודי ישראלי המוותר על אזרחותו באופן פיקטיבי, ממילא אין בכונתו לעזוב את ישראל לצמיתות, ולכן אין צורך לעודדו לשוב ארצה בדרך של מתן זכויות שבות לבני משפחתו. המדינה אינה חייבת "למסור את המפתחות" למי שאינו עומד בקריטריונים אותם קבעה, ובענייננו – למי שאינו מקיים את תכליותיו של סעיף 4א(א) לחוק השבות (ראו והשוו: עניין טושביים ב, בעמ' 747; השוו גם: עמדתו ב-בג"ץ 7052/03 עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 244-246 (2006)). יחד עם זאת, בהינתן שזכות השבות נתונה לכל יהודי היא זכות יסודית (אותה משלימה זכות השבות לבני משפחתו), אין לתת לה פירוש מצמצם רק בשל החשש לניצול לרעה (ראו והשוו: עניין טושביים א, בפסקה 24 (הנשיא א' ברק); ובפסקה 5 (השופט א' דיבלין)). "עם הניצול לרעה יש להתמודד במסגרתו של חוק השבות ולא במניעת תחולתו" (שס, בפסקה 24 (הנשיא א' ברק); כן ראו: עניין טושביים ב, בעמ' 739). בידי המשיב יש כלים להתמודד עם חשש לעקיפת ההליך המדורג בדרך של בדיקת כנות הבקשה לוותר על האזרחות, ובדיקה מדוקדקת של כנות הקשר בין היהודי ה"עולה בשנית" לבין בני משפחתו לעת העלייה לישראל. כאמור לעיל, מקובל עליו כי המשיב רשאי שלא ליתן תעודת עולה לבני משפחה של יהודי, אם מתגלה כי הקשר המשפחתי נועד אך ורק לצרכי קבלת מעמד בישראל או אם כבר לא מתקיים קשר אמיתי בין היהודי לבני משפחתו (ראו: עניין קניאז'ינסקי; עניין סמוילוב;

כן ראו: סעיף 11 לחוק האזרחות, המתיר את ביטולה של אזרחות אם נרכשה על יסוד פרטים כוזבים). הדרישה כי השימוש באפשרות הוויתור על אזרחות או בזכות השבות ייעשה בהגינות ומבלי שיהיה נגוע בניצול לרעה מהווה שלוחה של הרעיון כי לעיקרון תום הלב תחולה כללית על כל ענפי המשפט. בתחומי משפט שונים קיימים כלים על מנת להתמודד עם מצבים של חוסר תום לב או ניצול לרעה של זכות (וראו למשל: הכלים הקיימים בדיני מסים לצורך התמודדות עם ניצול לרעה של "פרצות" בחוקי המס – ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח-תקווה (21.6.2011) והאסמכתאות שם; חיוב בעלי מניות בחובות החברה, כאמצעי להתמודדות עם בעלי מניות המנצלים לרעה את "מסך ההתאגדות" החוצץ בינם לבין החברה – סעיף 6 לחוק החברות, התשנ"ט-1999; החלת דוקטרינת השיהוי בהליכים אזרחיים ככלי למניעת ניצול לרעה של זכות הגישה לערכאות; ריכוך דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין באמצעות עיקרון תום הלב, ובעניין זה ראו לאחרונה ע"א 6766/11 ת"אזי נ' חגאזי, פסקאות 13-15 לפסק דינו של השופט צ' זילברטל (23.6.2013) והאסמכתאות שם; ועוד). גם בענייני שבות וכניסה לישראל ניתן למנוע ניצול לרעה של זכות. זאת ועוד, מעבר לכלים הנתונים בידי המשיב הנזכרים לעיל למנוע ניצול לרעה של זכות, ספק רב בעיני אם ויתור על אזרחות אכן יכול לשמש אמצעי אפקטיבי לעקיפת ההליך המדורג. אבהיר.

30. לפי סעיפים 10 ו-10א לחוק האזרחות, ניתנת אזרחות ישראלית לביטול לבקשת האזרח:

<p>10. (א) אזרח ישראלי בגיר שאינו תושב ישראל רשאי להצהיר בכתב שהוא מוותר על אזרחותו.</p> <p>(ב) אזרח ישראלי בגיר המודיע שרצונו לחדול להיות תושב ישראל, רשאי להצהיר בכתב שהוא מוותר על אזרחותו.</p> <p>[...]</p> <p>(ה) ויתור על אזרחות לפי סעיף זה טעון הסכמת שר הפנים, ואם הסכים השר לויתור - האזרחות מתבטלת מהיום שקבע השר.</p>	<p>ויתור על אזרחות</p>
---	----------------------------

<p>10א. שר הפנים רשאי, בנסיבות מיוחדות, להסכים להצהרת ויתור של בגיר תושב ישראל על אזרחות ישראלית שהוקנתה לו לפי סעיף 2(ב)(2) או (4), ובלבד שהויתור נועד לשמור על אזרחות אחרת שלו; הסכים השר לויתור כאמור, תבוטל האזרחות מהיום שקבע השר ורשאי הוא</p>	<p>ויתור לשם שמירה על אזרחות אחרת</p>
--	---

אף לקבוע שהביטול הוא למפרע.

31. ככלל, ויתור על אזרחות הינו אפשרי רק אם המבקש חדל, או מתכוון לחדול, להיות תושב ישראל (סעיפים 10(א), (ב) לחוק האזרחות), למעט בנסיבות מיוחדות וכאשר הויתור נועד לשמור על אזרחות אחרת (סעיף 10א לחוק האזרחות). בנוסף, ויתור על אזרחות מותנה בהסכמת שר הפנים (למעט לפי סעיף 2(ג)(2) לחוק האזרחות, המתיר ויתור על אזרחות מכוח שבות בתוך שלושה חודשים מיום העלייה ארצה). כן ראו: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 1106-1113.

32. בקשה לויתור על אזרחות מכוח סעיף 10(א) לחוק האזרחות, שהיא בקשה של אזרח ישראלי שחדל להיות תושב ישראל, מוגשת לפי נוהל המשיב מס' 4.7.0001 מיום 22.2.2012 "נוהל הטיפול בהצהרת ויתור על אזרחות ישראלית לאזרח תושב חוץ (לפי סעיף 10(א) לחוק)". לפי נוהל זה, בין היתר, על מנת לעמוד בתנאי לפיו על המבקש לחדול מלהיות תושב ישראל, על המבקש לשהות מחוץ לגבולות המדינה תקופה מינימאלית של שלוש מתוך חמש השנים שקדמו לבקשת הויתור (ראו: בג"ץ 6885/12 פלוני נ' משרד הפנים (21.11.2012); כן ראו: בג"ץ 11071/02 כהן נ' משרד הפנים (26.11.2003), בו סורבה בקשה לויתור על אזרחות משום שהמבקש לוותר על אזרחותו הישראלית לא חדל להיות תושב ישראל). בקשה לויתור על אזרחות מכוח סעיף 10(ב) לחוק האזרחות, תתקבל אם יראה המבקש כי בכוונתו לחדול מלהיות תושב ישראל (ראו גם: נוהל המשיב מס' 4.7.0002 מיום 6.11.2012 "נוהל הטיפול בויתור על אזרחות ישראלית לתושב המהגר לפי סעיף 10(ב)", הנזכר ב-בג"ץ 5674/11 פיטרמן נ' משרד הפנים (13.2.2012)).

33. הנה כי כן, ויתור על אזרחות אינו מהלך פשוט. הוא מותנה בעזיבת הארץ והעתקת מרכז החיים, למשך שנים, לארץ זרה. הוא דורש הבאת ראיות להשתקעות בחו"ל או כוונה לכך. בהקשר זה, קיים קושי גם להתיר ויתור על אזרחות בנסיבות בהן המבקש יוותר חסר כל אזרחות, וזאת בהתחשב במגמה הבינלאומית לצמצום היקפו של חוסר האזרחות (רובינשטיין ומדינה, בעמ' 1074 ליד הערת שוליים 12 ובעמ' 1108; כן ראו Goldman, בעמ' 93-94; סעיף 8 לאמנת האו"ם בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות, 1961, עליה חתמה ישראל, אם כי טרם אשררה אותה; סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, המאפשר ביטול אזרחות של אדם שעשה מעשה של הפרת אמונים למדינת ישראל, ובלבד שעקב ביטול האזרחות הישראלית הוא לא יוותר ללא כל אזרחות). ההיתר לויתור על אזרחות תלוי גם בחובותיו של האזרח לצה"ל (ראו והשוו: בג"ץ

296/80 בוקבזה נ' מדינת ישראל, פ"ד לה (1) 492 (1980); בג"ץ 1532/00 דה ברמקר נ' שר הביטחון, פ"ד נד (2) 297 (2000)). ספק בעיני אם אזרחים ישראליים, אשר מרכז חייהם נמצא בישראל, ימצאו "מסלול" זה עדיף על מסלול ההליך המדורג, בפרט נוכח החסמים האפשריים בהם הם עשויים להיתקל כדוגמת בדיקת כנות הוויתור על האזרחות ובדיקת כנות הקשר בינם לבני משפחתם הזרה.

מכל מקום, בנסיבות המקרה שבפנינו לא נראה שקיים חשש קונקרטי, להבדיל מתיאורטי, לניצול לרעה, שכן אין אינדיקציה לכך שוויתורו של מקסימנקו על האזרחות נעשה במטרה "לעקוף" את ההליך המדורג. כמפורט לעיל, שנה אחת בלבד לאחר עלייתו הראשונה לישראל, שב מקסימנקו לאוקראינה. עזיבתו המהירה מעידה לכאורה על כך שמקסימנקו התקשה להסתגל לחיים בישראל, ועל אי-הצלחתו להשתקע בארץ. כמו כן, שהייתו הארוכה של מקסימנקו באוקראינה עד לעלייתו בשנית ארצה (כאחת עשרה שנים(!)), מעידה על כך שבשעתו אכן רצה מקסימנקו לחיות באוקראינה. בנסיבות אלה, נראה כי עזיבתו של מקסימנקו את ישראל וכוונתו להשתקע באוקראינה היו כנים. אשר לויתור על האזרחות: מקסימנקו עלה בשנית ארצה כשש שנים לאחר שהגיש את הבקשה לויתור על אזרחותו הישראלית (אשר הוגשה לפי סעיף 10(א) לחוק האזרחות, ראו נספח 3 לכתב התשובה), וכארבע שנים לאחר שבקשתו התקבלה ואזרחותו בוטלה. מדובר בפרק זמן ארוך, התומך גם הוא בכך שהוויתור על האזרחות היה כן. המשיב לא הציג תשתית ראייתית המראה אחרת, וממילא לא טען כי הספק בדבר כנות הוויתור על האזרחות הוא שמנע בשעתו מתן מעמד לעותרים מכוח שבות.

34. מהאמור עד עתה עולה כי באופן עקרוני זכאים העותרים למעמד מכוח שבות. ואולם, לטענת המשיב, אף אם נניח כי קיימת זכאות לשבות לבן משפחה של עולה בשנית, לא כך הוא בנסיבות המקרה דנן. אשר לעותרת 1, טען המשיב כי די בעובדה שהעותרת 1 נישאה למקסימנקו בעת שמקסימנקו היה אזרח ישראלי, כדי לשלול את זכאותה לשבות, בהתאם למה שנקבע בעניין סטמקה. אשר לעותרים 2-3, נטען כי עתירתם לוקה בשיהוי שאינו מאפשר את קבלתה, שכן בעת שהגיעו העותרים 2-3 ארצה, לא נבחנה כנות אימוצם וכעת, שנים רבות לאחר הגעתם ארצה, כבר אין ביכולתו של המשיב לבחון זאת. אדון בטענות כסדרן.

"המועד הקובע" לקביעת זכאותו של בן-זוג לא יהודי לשבות

35. בשלב זה של הדיון ברור כי אם העותרת 1 הייתה נישאת למקסימנקו בעת

שמקסימנקו לא היה אזרח ישראלי, הייתה העותרת זכאית לשבות. אין חולק גם כי אם במועד הגעתו של מקסימנקו ארצה היה מקסימנקו אזרח ישראלי – לא היה בכוחו להקנות זכויות שבות לעותרת 1. שאלה היא מהו הדין כאשר בעת הנישואין היה מקסימנקו עדיין אזרח ישראלי, אך מספר שנים לאחר מכן – בעת הגשת הבקשה לעלייה בשנית ובעת העלייה בשנית עצמה – כבר לא היה אזרח ישראלי. המשיב, כאמור, טען כי המועד הקובע לצורך קביעת זכאות מכוח שבות הוא מועד הנישואין. הוא הסתמך בטענתו זו על עניין סטמקה. בעניין סטמקה, כפי שפורט לעיל, קבע בית משפט זה כי אין בכוחו של אזרח ישראלי להקנות מעמד לבן זוגו הלא-יהודי. קביעה זו נומקה כזכור בשני טעמים עיקריים. הטעם האחד היה כי תכליתו של חוק השבות היא עידוד יהודים לעלות ארצה. אזרח ישראלי, היושב בישראל ואינו עוד בגדר "עולה", אינו מקיים תכלית זו – ולכן – נקבע כי אין בכוחו להקנות זכויות שבות לבן-זוגו. הטעם האחר היה טעם השוויון. בית המשפט קבע כי אין הצדקה להפלות בין אזרח ישראלי יהודי לבין אזרח ישראלי שאינו יהודי: "[...] לא ימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי – שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל [...] סעיף 4א לחוק ממצה עצמו בגבולותיו – בגבול המשפחה העולה ארצה – ולא אל-מעבר לכך" (עניין סטמקה, בעמ' 758-759).

36. ואולם, בעניין סטמקה לא נידונו נסיבות יוצאות דופן בהן בעת הנישואין היה היהודי אזרח ישראלי, אך בעת הגשת הבקשה לעלות ארצה כבר חדל להיות אזרח ישראלי, וממילא, לא נקבעו שם מסמרות לעניין זה. לשון הוראת סעיף 4א(א) לחוק השבות אינה קובעת במפורש מהו המועד בו מתגבשות זכויות שבות לבן משפחתו של יהודי, אך ניתן להסיק מסקנות מתכליתה ומהפסיקה הקיימת. תחילה, אזכיר כי בפסיקה שאוזכרה לעיל, בה נידונה הוראת סעיף 4א(א) לחוק השבות, הוכרעה שאלת זכאותם של בני-זוג לשבות בעת הגשת הבקשה לעלייה ארצה, בהתאם לעובדות הקיימות בעת העלייה ובסמוך לאחריה. כך, כאמור לעיל, נקבע בעניין סמוילוב כי אם בני-הזוג היהודי והלא-יהודי נפרדו בטרם העלייה ארצה או מייד בסמוך לאחריה, לא מתקיימות תכליותיו של סעיף 4א(א) לחוק השבות וזכאות בן הזוג שאינו יהודי לשבות נשללת. כלומר, גם תחת ההנחה שבני-זוג, יהודי ולא-יהודי, ניהלו קשר נישואין יציב במשך שנים רבות, הרי שאם בעת העלייה ארצה לא מתקיים עוד קשר זוגי ביניהם – לא יוקנו לבן-הזוג שאינו יהודי זכויות שבות. על אותו משקל, אם בני הזוג נפרדו בעבר, אך בעת העלייה ארצה שבו לחיות יחד כזוג נשוי, יהיה זכאי בן הזוג שאינו יהודי לשבות. מטעם דומה, נקבע בעניין גורודצקי כי נישואיה של אלמנת יהודי לאדם שאינו יהודי, בטרם עלייתה ארצה, שוללת את זכותה לשבות. מקרים אלה מגלים כי הזכויות המוקנות מכוח סעיף 4א(א) לחוק השבות מתגבשות דווקא במועד העלייה, ולא במועד

יצירת הקשר בין היהודי לבין בן משפחתו שאינו יהודי. כך, "זכויות שבות של בני משפחה של יהודים מוחלות עליהם עם עלייתם" (עניין טושביים א, בפסקה 5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (ההדגשה במקור – מ"נ)). למסקנה דומה הגיע בית משפט זה ב-בג"ץ 11406/03 פרוסקורוב נ' שר הפנים (6.12.2004) (להלן – עניין פרוסקורוב): "[...] נקודת הזמן הרלבנטית לבחינת זכאותו של בן זוג על פי חוק השבות הינה עם הגיעו לישראל, ולצורך כך יש לבחון לא רק את כנות אקט הנישואין שערך עם בת זוגו, זכאית השבות, אלא גם באיזו מידה נתקיים קשר משפחתי אמיתי בין השניים עובר לבואם לישראל" (פסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה).

37. זאת ועוד: קביעה כי הזכאות לשבות תוכרע על פי השאלה האם במועד הנישואין היה היהודי אזרח ישראלי, אף שבמועד העלייה השתנו הנסיבות, אינה מתיישבת עם הגיונה של הלכת סטמקה. הלכה זו מבוססת על ההבנה שתכלית חוק השבות אינה מתקיימת לגבי יהודי אזרח ישראלי, שכן אותו יהודי כבר עלה ארצה ואין עוד צורך לעודדו לעשות כן באמצעות מתן היתר עלייה לבן-זוגו. ואולם, בהתאם לאמור לעיל, העובדה שיהודי "עולה בשנית" היה אזרח ישראלי בעבר אינה מאיינת את הרצון לעודדו לשוב ולעלות ארצה פעם נוספת. לכן, היותו אזרח ישראלי בעת הנישואין אינה מצדיקה את שלילת זכאותו של בן זוגו שאינו יהודי. אם תאמר אחרת, ייתכן שיהודי שוויתר על אזרחותו בעבר, אך כעת יש ברצונו לשוב ולהשתקע בישראל, יירתע מלעלות ארצה אם מעמדו של בן או בת זוגו יהיה שונה משלו. כמו כן, מתן זכויות שבות לבן-זוגו של יהודי בנסיבות אלה אינו מפר כאמור את עיקרון השוויון בין יהודים אזרחי ישראלי לבין אזרחים ישראליים שאינם יהודים. שכן, לא ניתן בידי אזרח ישראלי כוח להקנות זכויות שבות, אלא רק למי שהינו בגדר "עולה".

נוסף על האמור עד עתה, מתן זכאות לשבות בנסיבות אלה ימנע הכרעות שרירותיות: ישנה שרירות בהבחנה בין יהודי "עולה בשנית" שנישא ללא-יהודייה בעת שהיה אזרח ישראלי, לבין יהודי "עולה בשנית" שנישא ללא-יהודייה לאחר שאזרחותו בוטלה. שניהם הגישו בקשה לוותר על אזרחותם בטרם נישאו, אך הראשון אזרחותו מתבטלת לפני נישואיו, ואילו האחרון אזרחותו מתבטלת זמן קצר לאחר שנישאו. הן הראשון הן האחרון זכאים לשוב ארצה מכוח זכותם ההיסטורית, ולגבי שניהם מתקיימת התכלית של "ושבו בנים לגבולם". מדוע האחד יהיה זכאי להביא עימו את בת או בן זוגו והאחר לא? על בית המשפט להימנע מלקבוע כללים שיד המקרה שולטת בהם, ולא לאפשר לגורם בלתי רלבנטי או ספקולטיבי להיות לשון המאזניים בהכרעה (עניין טושביים א, בפסקאות 7-8 (השופט מ' חשין), והאסמכתאות שם). המקריות

המתוארת באה לידי ביטוי בענייננו, שכן כמפורט לעיל, מקסימנקו הגיש את הבקשה לוותר על אזרחותו מספר חודשים בטרם נישא לעותרת 1. לו היה המשיב מאשר את בקשתו לוותר על האזרחות קודם לכן, לא היה מקסימנקו אזרח ישראלי בעת נישואיו, והשאלה שלפנינו כלל לא הייתה מתעוררת.

38. ומן הכלל אל הפרט: בענייננו, אין מחלוקת כי נישואיהם של מקסימנקו ושל העותרת 1 היו כנים וכי הם ניהלו חיי זוגיות ממשיים – הן מספר שנים בטרם העלייה ארצה הן מספר שנים לאחריה. בני-הזוג לא הגיעו יחד לישראל, אך לטענת העותרים (בה לא כפר כאמור המשיב) היה זה עקב אילוך, נוכח ההנחיות שניתנו למקסימנקו לפיהן את ההיתר לכניסתם של העותרים ארצה עליו לבקש מישראל. המשיב אף אינו טוען כי פרידתם של בני-הזוג בחודש מרץ 2008 מעידה על כך כי הקשר מלכתחילה היה פיקטיבי, או כי ערב העלייה ארצה לא ניהלו בני הזוג חיי שיתוף זוגיים, אלא מודה בכך שנישואי הזוג היו כנים ואמיתיים עד לאותו מועד. משכך, במועד העלייה ובמשך שנים לאחריה קיימו בני הזוג קשר נישואין אמיתי, המקנה זכאות לשבות לעותרת 1. העותרת 1 הייתה זכאית אפוא לשבות מכוח היותה בת זוגו של מקסימנקו, שהיה "עולה בשנית", ואילו העובדה כי נישאה למקסימנקו עת היה אזרח ישראלי אינה מאיינת זכות זו.

39. פרידתם של העותרת 1 ומקסימנקו אינה מאיינת את זכותה לשבות. מסקנה זו מושתתת על ההבדל בין ההליך המדורג לבין מתן מעמד לבן זוג של יהודי מכוח שבות. אבהיר.

40. רכישת אזרחות ישראלית בשל נישואין הינה אפשרית מכוח שבות או בדרך של התאזרחות. בן-זוג של יהודי העולה עימו ארצה רוכש אזרחות מכוח שבות (סעיף 4א(א) לחוק השבות; סעיף 2(א) לחוק האזרחות), בעוד שבן-זוג של אזרח ישראלי רוכש אזרחות מכוח התאזרחות (סעיפים 5 ו-7 לחוק האזרחות). רכישת אזרחות מכוח התאזרחות נתונה לשיקול דעתו של שר הפנים. במסגרת שיקול דעת זה, החליט שר הפנים על נוהל ההליך המדורג בדבר התאזרחות בן-זוג זר של ישראלי. ההליך המדורג הוא הליך רב-שלבי ומשכו, ככלל, 4.5 שנים. בתחילת ההליך המדורג, ניתן לבן-הזוג הזר רישיון ישיבה ארעי בישראל מכוח חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. רישיון זה יש להאריך מדי שנה, בכפוף לכך שהנישואין תקפים ולא מתעוררת מניעה ביטחונית או פלילית להארכתו. בסופו של ההליך, בכפוף לעמידה בתנאי הנוהל, יכול בן הזוג להתאזרח על פי סעיף 7 לחוק האזרחות (ראו: בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' שר הפנים, פ"ד

נח(1) 139, 144 (2003); בג"ץ 7139/02 עבאט-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481 (2003)). כפי שקבע בית משפט זה, פירוק או פקיעתו של הקשר הזוגי במהלך ההליך המדורג עשוי להביא להפסקתו של ההליך (ראו: בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002); בקשה לדיון נוסף נדחתה ב-דנג"ץ 8916/02 דימיטרוב נ' משרד הפנים (החלטה מיום 6.7.2003); כן ראו בג"ץ 2391/06 ארוטיוניאן נ' משרד הפנים, פסקאות 3-5 לפסק דיני (31.5.2006); בג"ץ 4711/02 הלל נ' שר הפנים, פסקאות 4-7 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין (12.10.2008)). יסודה של הקביעה האמורה בהנחה שההימצאות בתהליך של התאזרחות מכוח נישואין, במסגרת ההליך המדורג, אינה מקנה כשלעצמה מעמד (ראו: עניין סטמקה, בעמ' 764-766).

לעומת זאת, כאשר מדובר בקבלת זכויות שבות מכוח נישואין ליהודי העולה ארצה, מכלול השיקולים שונה הוא. כמפורט לעיל, סעיף 4א(א) לחוק השבות מקנה זכות לבן משפחה של יהודי לעלות ארצה ולקבל אזרחות ישראלית באופן אוטומאטי. מרחב שיקול הדעת של המשיב בשאלה אם ליתן מעמד של עולה – ומכוחו אזרחות – לבן-זוג של עולה אם לאו הוא מצומצם. ניתן לסרב ליתן זכות זו רק אם מתקיימים הסייגים הקבועים בחוק השבות עצמו, קרי, כאשר בן-הזוג הזר פועל נגד העם היהודי או שהוא מהווה סכנה לציבור. אחרת, ניתן לסרב לבקשת מעמד מכוח שבות רק אם – הלכה למעשה – סעיף 4א(א) לחוק השבות לא חל על בן-הזוג הזר. כך, אם ערב העלייה ארצה בן-הזוג הזר חדל לקיים יחסי זוגיות ושיתוף עם היהודי, לא תעמוד לו זכות לשבות מכיוון שהוא כבר אינו "בן-זוג" של יהודי. בחינת השאלה אם נתקיים קשר משפחתי אמיתי בין בני-הזוג עובר לעלייתם לישראל, תעשה על סמך נסיבות חייהם של בני-הזוג קודם לעלייתם ארצה, ולעיתים גם בסמוך לאחר עלייתם ארצה. ואולם, בשונה מההליך המדורג, אין מדובר בהכפפת זכות השבות לפרק זמן מינימאלי של חיים משותפים בישראל, כי אם בבדיקה האם חייהם של בני הזוג לאחר עלייתם, "מקרינים" לאחור על יחסיהם בעבר – ערב עלייתם ארצה. וזאת, כאשר מתעורר חשד שהקשר בין בני הזוג התפרק כבר בעת העלייה ארצה או עובר לה (עניין פרוסקורוב, בפסקה 6 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה; עניין סמוילוב, בפסקה 15 לפסק דינו של השופט מ' חשין). על כן, בהינתן שקיים קשר זוגי של ממש בין בן-הזוג הזר לבין היהודי עובר לבואם לישראל, קמה לבן-הזוג הזר זכות לשבות, וכפועל יוצא מכך – זכות אוטומאטית ומיידית לאזרחות.

מהאמור לעיל עולה כי לא הרי מתן אזרחות מכוח התאזרחות כהרי מתן אזרחות מכוח שבות. השלמתו של ההליך המדורג מותנה בבחינת תקופתיות של עמידה בתנאי הנוהל. כמו כן, במסגרת ההליך המדורג בן הזוג הזר הוא מבחינה מעשית

”שבו” של בן-הזוג הישראלי עד לשלב מסוים – אם ירצה הישראלי בהמשך הקשר הזוגי עם בן-הזוג הזר עד לסוף ההליך המדורג, יקבל בן-הזוג הזר אזרחות ישראלית. אם לא ירצה – עשויה להישלל מבן-הזוג הזר האפשרות לזכות באזרחות. על מנת שבן-זוג זר של אזרח ישראלי יזכה באזרחות לא די בקיומו של קשר זוגי, אלא נדרשים תנאים נוספים וביניהם חיים משותפים של בני-הזוג לאורך ההליך המדורג, שמשכו כאמור מספר שנים. שונים פני הדברים לגבי בן-זוג זר של יהודי העולה ארצה. זכות השבות המוקנית לבן-הזוג הזר אינה מותנית בפרק זמן של חיים משותפים בישראל עם בן-הזוג היהודי או בעמידה בבחינה תקופתית אחרת כלשהי למשך פרק זמן מוגדר מראש, אלא רק בכך שבעת העלייה קיימו בני-הזוג יחסי זוגיות ממשיים. כפועל יוצא מכך, בשונה מההליך המדורג, פרידה מאוחרת של בני-הזוג, לאחר שנים של חיים משותפים בישראל, אינה מבטלת כשלעצמה את הזכות לשבות.

41. בעניינו, ביסודו של סירוב המשיב ליתן מעמד מכוח שבות לעותרת 1 לא עמדה כאמור הטענה כי לא התקיים קשר זוגי כן ואמיתי בין העותרת 1 למקסימנקו בעת עלייתם לישראל או בסמוך לכך. גם כיום המשיב אינו טוען לכך. הטעם לסירוב, לטענת המשיב בפנינו, היה עמדת המשיב לפיה נישואיה של העותרת 1 למקסימנקו בעת שהיה אזרח ישראלי מאיינים את זכותה לשבות. אולם, עמדתו של המשיב אותה אין לקבל כמבואר – היא שגרמה להפניית העותרת 1 להליך התאזרחות שאיננו ההליך הנכון. העותרת 1, למעשה, הייתה זכאית לאזרחות מכוח שבות, וכאמור לעיל, הזכות לקבלת המעמד מכוח שבות אינה נשללת אך משום שלאחר שנים של זוגיות משותפת בני-הזוג נפרדו. פרידתם המאוחרת של העותרת 1 ומקסימנקו אינה מעידה על כך שנישואיהם מלכתחילה היו פיקטיביים או כי הקשר הזוגי התפרק ערב העלייה ארצה, ואין בפרידה כדי לשלול את הזכות שהייתה לעותרת 1 לשבות. אגב דיון בעניינם של העותרים 2-3 אזכיר עוד טענת שיהוי אותה העלו המשיבים אותה יש לדחות גם לגבי העותרת 1.

כנות האימוץ של העותרים 2-3

42. אין מחלוקת, כך הובהר, על כך שילד שאומץ על-ידי יהודי לפני העלייה ארצה, יראו בו כ”ילד” של יהודי לצורך סעיף 4א(א) לחוק השבות. יחד עם זאת, על פי נוהל האימוץ הנזכר לעיל, גם אם האימוץ היה כחוק, אך נעשה רק למטרת הקניית מעמד בישראל – תישלל זכאותו של המאומץ לשבות. זהו הרעיון עליו עמדתנו לפיו אין לאפשר ניצול לרעה של זכות השבות. בעניינו, הציג המשיב שני טעמים לדחיית

עתירתם של העותרים 2-3. בתחילה עמד המשיב על כך שאימוצם של העותרים 2-3 לא היה כן, זאת נוכח הערת לשכת הקשר לפיה העותרת 3 ביקשה דרכון אוקראיני על שם אביה הביולוגי ולא על שם אביה המאמץ (סעיף 24 לתגובה המקדמית לעתירה; סעיפים 18, 42 לכתב התשובה). בהמשך, בדיונים על-פה שהתקיימו בפנינו בימים 16.1.2012 ו-12.5.2013, טען המשיב כי למעשה כנות האימוץ לא נבדקה וכי לאור השתהותם של העותרים 2-3 בהגשת עתירתם, לא ניתן כיום, מספר שנים לאחר שהעותרים 2-3 הגיעו ארצה, לבחון זאת.

43. על דרך העיקרון, בית המשפט עשוי לדחות עתירה על הסף אם נוכח לדעת, כי הוגשה באיחור (ראו: בג"ץ 1262/06 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' סיעת ש"ס, פ"ד סא(1) 185, פסקה 11 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (2006)). כידוע, חלוף הזמן כשלעצמו אינו מחייב את דחייתה של עתירה מחמת שיהוי. הדבר תלוי בשאלה האם התנהלותו של העותר היא שגרמה לעיכוב בהגשת העתירה (שיהוי סובייקטיבי) וכן בשאלה האם עבור הזמן גרם לשינוי או לפגיעה באינטרסים ראויים להגנה של יחידים או של הציבור בכללותו (שיהוי אובייקטיבי; לעניין זה ראו למשל: בג"ץ 453/84 איתורית שירותי תקשורת בע"מ נ' שר התקשורת, פ"ד לח(4) 617, 621 (1985)). דיני השיהוי מבוססים על כך שביקורת שיפוטית צריכה להיעשות בסמוך למועד ההחלטה, בין היתר על מנת להימנע ממצב של שינוי בתשתית הראייתית הדרושה להכרעה בין מועד קבלת ההחלטה המנהלית לבין מועד הביקורת השיפוטית (ראו למשל: בג"ץ 8571/04 סעיד נ' שר הפנים, פסקה 5 לפסק דינה של השופטת א' פרוקצ'יה (16.2.2005); בג"ץ 7149/04 מסרי נ' שר הפנים, פסקה 3 לפסק דינה של השופטת ע' ארבל (26.6.2006)).

44. חרף קיומם של שיהוי סובייקטיבי ואובייקטיבי, טענת שיהוי עשויה להידחות כאשר בהחלטה הנתקפת טמונה פגיעה חמורה בשלטון החוק (ראו: בג"ץ 170/87 אסולין נ' ראש עיריית קריית גת, פ"ד מב(1) 678 (1988) (להלן – עניין אסולין)). חומרת הפגיעה בשלטון החוק תבחן, בין היתר, על סמך תוצאות ההפרה, השלכותיה על הציבור הרחב וכן על השאלה האם ניתן לקבוע כי הייתה הפרה ללא היזקקות למסמכים אשר ייתכן שאבדו בשל עבור הזמן (שס, בעמ' 694-695; כן ראו: בג"ץ 7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג(1) 193, 202-203 (1999)). הלכה זו נקבעה על רקע הגישה כי הגיעה העת [...] לקחת את הזכות המינהלית [זכותו של הפרט מול השלטון – מ"נ] 'ברצינות' [...] זו יצאה כבר מתקופת 'הילדות', והריהי זכאית למעמד שווה ערך כמו כל זכות משפטית אחרת" (עניין אסולין, בעמ' 692).

45. העתירה שלפנינו הוגשה כשבע שנים לאחר שהוגשה הבקשה למתן מעמד לעותרים בישראל מכוח שבות. כאמור לעיל, אין בנמצא החלטה כתובה של המשיב הדוחה בקשה זו. ואולם, מנסיבות העניין אנו למדים כי מספר חודשים לאחר הגשת הבקשה למתן מעמד מכוח שבות, החליט המשיב כי מקומה של העותרת בהליך המדורג, והיא החלה בו בתחילת שנת 2004. העותרים 2-3 נחשבו כקטינים נלווים. כלומר, העותרים 2-3 ידעו על כך שלא ניתן להם מעמד כבר בשנת 2004, אז החלו בהליך המדורג. הם לא הלינו על כך בפני המשיב ולא פנו לבית המשפט. עתירתם הוגשה כשש שנים לאחר שהופנו להליך המדורג.

העותרים 2-3 הסבירו את השיהוי בכך שבעת שהופנו להליך המדורג הם לא היו מיוצגים, ולא הבינו את המצב המשפטי לאשורו. ככלל, הימנעות מלברר את המצב המשפטי אינה מצדיקה שיהוי (ראו: בג"ץ 4140/95 טורפארם (ישראל) בע"מ נ' מנהל המכס ומע"מ, פ"ד נד(1) 49, 70-71 (1999); בג"ץ 321/69 קרם נ' הוועדה הרפואית לערעורים, פ"ד כג(2) 449, 450 (1969)). יחד עם זאת, גם אם קיים שיהוי סובייקטיבי בענייננו, משקלו זניח. שכן, מהנסיבות עולה כי העותרים, לרבות העותרים 2-3, לא ויתרו על זכותם לקבלת מעמד בישראל ואף לא פעלו בחוסר תום לב (ראו והשוו: עע"ם 2408/05 הושעיה ישוב קהילתי כפרי של אגוד המושבים של הפועל המזרחי נ' מדינת ישראל – משרד הביטחון, פסקה ה(30) לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (4.2.2007)). הטעמים לכך הם אלה: ראשית, ככל הידוע, והמשיב לא טען אחרת, לא נמסרה לעותרים 2-3 החלטה כתובה ומנומקת, לפיה בקשתם לקבלת מעמד מכוח שבות נדחתה. אומנם, ככל הנראה העותרים התבקשו להגיש בקשה חדשה למתן מעמד לפי ההליך המדורג, אך אין ראיות לכך שמשמעות המעבר להליך המדורג הובהרה להם. נוכח האמור, ובהינתן כי העותרים לא היו מיוצגים, לא ברור אם הבינו כי בקשתם לקבלת מעמד מכוח שבות נדחתה. לכן, השיהוי בהגשת העתירה ולמצער בחלקו, לא נגרם עקב מחדלם של העותרים, כי אם עקב מחדלו של המשיב שככל הידוע לא נתן החלטה בכתב. שנית, כל עוד העותרים ומקסימנקו היו בקשר זוגי המשמעות של ההפניה להליך המדובר הייתה בעלת משמעות מוגבלת. העותרים סברו כי בסופו של יום יזכו באזרחות ישראלית, ולכן יש קושי בקביעה כי בכך שלא הלינו על הפנייתם להליך המדורג הם ויתרו על זכותם לקבל מעמד בישראל. שלישית, העותרים לא הרוויחו דבר מהשתהותם בהגשת העתירה (ראו והשוו: בג"ץ 3975/95 קניאל נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג(5) 459, 481 (1999)). זאת משום שאם בקשתם של העותרים למתן מעמד מכוח שבות הייתה מתקבלת, הם לא היו נדרשים לעבור הליך התאזרחות שהינו ארוך ומורכב יותר. העותרים לא זנחו את טענתם לקבלת מעמד בישראל, ואף לא הפיקו

רווח מהשתהותם. משכך משקלו של השיהוי הסובייקטיבי פוחת.

כאמור לעיל, גם בהעדר שיהוי סובייקטיבי בעל משקל, עשויה עתירה להידחות אם היא לוקה בשיהוי אובייקטיבי. בענייננו אין חשש לאינטרסים של צדדים שלישיים אם העתירה תתקבל. אשר לאינטרסים של המשיב, נטען כי השתהותם של העותרים 2-3 גרמה לנזק ראייתי: על מנת לעמוד על כנות האימוץ, נדרשה בדיקה ראייתית מעמיקה יותר, אך בדיקה כזו לא בוצעה מכיוון שהעותרים 2-3 הופנו ממילא להליך המדורג. אילו העותרים 2-3 היו מלינים מייד על הפנייתם להליך המדורג, כך נטען, ניתן היה מבחינה ראייתית לברר את כנות אימוצם, בעוד שכיום בירור זה אינו מעשי. לדעתי, בנסיבות העניין אין די בטענה זו על מנת לדחות את העתירה. כאמור לעיל, המחדל שנפל באי בדיקת טענותיהם של העותרים 2-3 במועד רובץ דווקא לפתחו של המשיב. המשיב לא בדק את זכאותם של העותרים 2-3 למעמד מכוח שבות, אף שהדבר התבקש על-ידם. למשיב אין הסבר טוב לכך, ודומה כי שאלת זכותם העצמאית של העותרים 2-3 למעמד בישראל, כמי שאומצו על ידי יהודי, במנותק מאימם, "נפלה בין הכיסאות", ולמעשה כלל לא נשקלה. אין מדובר בנסיבות בהן בידי המשיב היו ההוכחות הדרושות לכך שהאימוץ לא היה כן, אך חלוף הזמן עקב השיהוי הוא שאחראי לכך שהן לא נשתמרו. מדובר בעמימות ראייתית שנגרמה עקב התעלמותו של המשיב מן האפשרות כי העותרים 2-3 זכאים לזכויות שבות באופן עצמאי ואי בדיקת העניין. מכך אין המשיב רשאי להיבנות. בנוסף, אימוצם של העותרים 2-3 על ידי מקסימנקו בוצע כשנתיים לפני עלייתו של מקסימנקו ארצה. בהתאם לדברי באת כוח המשיב בדיון בפנינו, בנסיבות אלה – בהן האימוץ בוצע למעלה משנה לפני העלייה – ממילא לא נדרשה בחינה לעומק של כנות האימוץ. גם מטעם זה אין לקבל את טענת המשיב לשיהוי. במאמר מוסגר אציין, כי המשיב לא טען בפנינו כי גם דינה של עתירתה של העותרת 1 להידחות מחמת שיהוי. עם זאת, הטעמים שהוזכרו לעיל באשר למשקלו של השיהוי הסובייקטיבי ביחס לעותרים 2-3, יפים גם לעניינה של העותרת 1. נוסף על כך, אין מקום לקבוע כי העיכוב בהגשת עתירתה של העותרת 1 גרם לנזק לאינטרס זה או אחר, המצדיק את דחיית העתירה מחמת שיהוי. כאמור, הזכות לשבות היא כה כבדת משקל, שאין לייחס למי מהעותרים כוונה לזנוח אותה בנסיבות העניין. גם טענת שיהוי כבדת משקל לא תעמוד מול זכות מוכחת לשבות.

46. אחזור אפוא לשאלת האימוץ: לא הוצגה על ידי המשיב תשתית ראייתית המוכיחה כי אימוצם של העותרים 2-3 לא היה כן. העותרים 2-3 הציגו את מסמכי האימוץ מאוקראינה, לרבות החלטת בית המשפט המאשרת את האימוץ (נספחים א1-5 לעתירה). בנסיבות אלה, בהן הוצגו המסמכים הרלוונטיים ואף אין מחלוקת כי

האימוץ נעשה כחוק, הערת לשכת הקשר לפיה העותרת 3 ביקשה לקבל דרכון אוקראיני על שם אביה הביולוגי – לא די בה כדי לעורר חשש של ממש כי האימוץ אינו כן וכפועל יוצא מכך לשלול את זכאותם של העותרים 2-3 לשבות (ליחס בין עצמת הראיות המנהליות הנדרשת לבין עצמת הזכות הנפגעת ראו והשוו: בג"ץ 4504/04 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים, פסקאות 15-16 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר (4.11.2009), והאסמכתאות שם). לא הובאה כל ראיה אחרת שיש בה כדי לשלול את כנות האימוץ. בנוסף, לאחר שהוצא צו על תנאי גם אין הצדקה להחזיר את עניינם של העותרים 2-3 למשיב כדי שיחפש ראיות לאי כנות באימוץ. ככל שיש ראיות נוספות צריך היה להציגן במסגרת התשובה לצו על תנאי. על כן, ובלא קשר למעמדה של האם, דין עתירתם של העותרים 2-3 – להתקבל.

נושאים נוספים

47. בהתנהלותו של המשיב נפלו פגמים נוספים. כך, החלטתו של המשיב שלא ליתן לעותרים מעמד מכוח שבות נעדרת הנמקה. חובת ההנמקה נגזרת מחובת ההגינות של הרשות המנהלית כלפי הפרט, ותכליתה למנוע קבלת החלטות שרירותיות או שגויות. בפרט מוטלת על הרשות המנהלית חובה לנמק את החלטתה כאשר מדובר בהחלטה הדוחה את בקשתו של הפונה (ראו והשוו: ע"מ 9135/03 המועצה להשכלה גבוהה נ' הוצאת עיתון הארץ, פ"ד ס(4) 217, 250 (2006); סעיף 2א לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958). בענייננו, כאמור, אין בנמצא החלטה כתובה הדוחה את בקשת העותרים למתן מעמד מכוח שבות, וממילא גם לא נימוקים התומכים בה. נוסף על כך, לטענת המשיב נערך לעותרים שימוע טרם הפנייתם להליך המדורג. ואולם, לא ברור האם בשימוע זה נידונה זכאותם של העותרים למעמד מכוח שבות; האם ניתנה לעותרים הזדמנות להעלות את טענותיהם בנידון; האם הוסברו לעותרים הטעמים בגינם הם אינם זכאים לפי טענתם למעמד מכוח שבות; והאם התבקשה העותרת 3 להסביר את עניין בקשת הדרכון על שמו של אביה הביולוגי. אין לכחד: העובדה שהוסתרה מהמשיב פרידתם של העותרת 1 ומקסימנקו אינה מעוררת אהדה, ויש בה כדי ליצור תחושה שהיה לעותרת מה להסתיר. במסגרת המסלול המדורג אכן היה להם מה להסתיר ולכן, ובלא הצדקה, הסתירו את עובדת הפרידה. עם זאת, משהגעתי למסקנה משפטית כי העותרים כולם זכאים למעמד מכוח שבות, כך יש להורות וכך אציע לחבריי לעשות. זכות מוכחת לשבות גוברת לדעתי גם על ההתנהגות חסרת תום הלב.

48. הגעתי אפוא לכלל מסקנה כי יש לקבל את העתירה לגבי כל העותרים ולהפוך את הצו על-תנאי למוחלט. העותרים 1-3 יקבלו אזרחות ישראלית מכוח שבות. המשיב ישלם לעותרים שכ"ט עו"ד בסך 30,000 ש"ח.

המשנה לנשיא

השופט י' עמית:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לפסק דינה המקיף והחשוב של חברתי, המשנה לנשיא, מ' נאור.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של המשנה לנשיא מ' נאור.

ניתן היום, כ"ד באב התשע"ג (31.7.2013).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא