



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 5342/12

לפני: כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים: 1. זולי רמירס לוי
2. פרנק רמירס לוי
3. מאורו ארמנדו נברו מתיוס
4. ג'ולי מליסה מתאו איגלסיאס
5. ויקטור ראול מתאוס איגלסיאס
6. אנג'לה פריסיליה מתיוס סנצ'ז
7. פרסי אמריקו רמירס לוי

נגד

המשיב: משרד הפנים

עתירה למתן צו על-תנאי

תאריכי הישיבות: א' באדר ב' התשע"ד (3.3.2014)
ט"ז בכסלו התשע"ה (8.12.2014)

בשם העותרים: עו"ד מיכאל דקר; עו"ד שרה ויינברג

בשם המשיב: עו"ד רועי-אביחי שויקה

פסק-דין

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אנשים שנולדו וגדלו אי-שם במרחבי פרו מבקשים לעלות לישראל מכוחו של חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות). נקודת המוצא לדיון היא שסבא רבא שלהם היה יהודי שמוצאו במרוקו. עם זאת, יש מחלוקת באשר לשאלה האם סבתא רבתא שלהם הייתה יהודייה אף היא, נתון שהוא קריטי לצורך הכרעה בשאלה האם העותרים הם נכדים של יהודי או יהודייה (היינו של אחד מילדיה של הסבתא רבתא), לצורך סעיף 4 לחוק השבות. עד לשנת 2009 עלו לישראל בני משפחה אחרים, אף הם

נינים של אותה סבתא רבתא, והם הוכרו כזכאי שבות בשל היותם נכדים ליהודים. העותרים שבפנינו בקשו אף הם ללכת בעקבות קרוביהם ולעלות לישראל. אולם, הם נענו בשלילה לאחר שמשרד הפנים (להלן: המשיב) הגיע לכלל מסקנה, בעקבות בדיקה חוזרת של תולדות היהודים באזור מוצאם, כי גברים יהודיים שהיגרו לאזור בתקופת חייו של הסבא רבא נישאו לנשים מקומיות, ולכן סביר לקבוע שהסבתא רבתא לא הייתה יהודייה. משכך, הם אינם זכאים לעלות לארץ מכוח חוק השבות. האם הונחה תשתית עובדתית מספקת להחלטה זו של המשיב? זאת ועוד, האם תשתית עובדתית זו יכולה להיחשב מספקת בשים לב לכך שבמשך שנים ארוכות קודם לכן לא הוטל ספק ביהדותה של הסבתא רבתא, היינו שמדובר בשינוי של החלטה מינהלית קודמת? אלה השאלות שעמדו במרכז הדיון בפנינו. הן היו כרוכות, מטבע הדברים, בהיבטים עקרוניים הנוגעים לדרכים לבירור מוצאם של מי שמבקשים לעלות לישראל ממדינות רחוקות, שבהן היהודים וצאצאיהם לא חיו בהכרח במסגרתן של קהילות מוכרות ומסורתיות או במדינות שבהן נערכו רישומים מסודרים לגבי שיוכם הלאומי או הדתי של התושבים.

עיקרי התשתית העובדתית

2. העותרים, בני משפחה אחת, הם אזרחי פרו שלהם שורשים משפחתיים יהודיים. מר רמון לוי (להלן: רמון), יהודי שמוצאו ממרוקו, הוא הסבא רבא של העותרים כולם. רמון נישא לחמש נשים, שאחת מהן היא הגברת אורטנסיה לבית סארביה (להלן: אורטנסיה), הסבתא רבתא של העותרים. העותרים 1-2 הם נכדיו של מר קרלוס לוי (להלן: קרלוס), אחד מילדיהם של רמון ואורטנסיה. העותרים 3-6 הם נכדיה של הגברת סמירה לוי (להלן: סמירה), אחותו של קרלוס, אף היא אחת מילדיהם של רמון ואורטנסיה. העותר 7 הוא נכד נוסף של קרלוס ונין של רמון ואורטנסיה, שעלה לארץ בשנת 2007 מכוח חוק השבות, והצטרף לעתירה בשל רצונו להביע את תמיכתו בעותרים האחרים, הגם שלא ביקש כל סעד אופרטיבי.

3. בשנת 2008 נכנס לתפקידו ממונה חדש, אשר היה אמון על בדיקתן של זכאויות לפי חוק השבות באמריקה הלטינית. בשלב זה, נערכה בדיקה נוספת של תולדות הקהילה באיקיטוס, עיר מוצאה של המשפחה, ועלה חשש כי אין תשתית עובדתית מספיקה לקביעה שאורטנסיה הייתה יהודייה. קביעה זו לא התבססה על נתונים חדשים הנוגעים לאורטנסיה עצמה, אלא על ממצאים כלליים הנוגעים לתולדות הקהילה, ובעיקר לפרקטיקה של נישואין לנשים מקומיות. בהתאם לכך, בעת שהעותרים 1-6 (שיכוננו להלן: העותרים), בשים לב לכך שעתירתו של העותר 7 היא

סימבולית בלבד) היו בשלב מתקדם ביותר של הליכי העלייה לישראל, נדחתה בקשתם לעלות לפי חוק השבות. מגעים נוספים עם המשיב בנושא זה העלו חרס, ובעקבות זאת הגישו העותרים בשנת 2012 את העתירה שבפנינו.

ההליכים עד כה

4. בעתירה נטען, בעיקרו של דבר, כי קיימת תשתית עובדתית התומכת ביהדותה של אורטנסיה, וכי למעשה די בכך שהיא הוכרה כיהודייה לאורך שנים על-ידי המשיב. העותרים טוענים כי המסמכים שהגישו בתמיכה לבקשתם להיות מוכרים כזכאי שבות מבססים את טענתם, וכן מצביעים על הנזקים שנגרמו להם בעקבות "שינוי החזית" המפתיע מצד המשיב. כראיה מרכזית ליהדותה של אורטנסיה הציגו העותרים צילום של קברה, אשר על מצבתו מופיע מגן דוד. בהמשך לכך, הם טענו שבית הקברות שבו נקברה הוא בית קברות יהודי המשרת את הקהילה.

5. בתגובה המקדמית לעתירה שהוגשה מטעם המשיב הוצגו הטעמים לשינוי שחל בעמדתו בכל הנוגע למשפחתם של העותרים, תוך הדגשה שזו לא הוחלה רטרואקטיבית על מי שכבר קיבלו זכויות שבות עד לאותה עת. בתגובה הפנה המשיב למחקרים שנעשו אודות תולדות היהודים בעיר איקיטוס בפרו ואשר מהם עולה כי ראשיתה של הקהילה בקבוצה של גברים יהודים שהיגרו למקום בשלהי המאה התשע-עשרה ממרוקו. מחקרים אלה מלמדים, כך נטען, כי בשל אי-הימצאותן של נשים יהודיות במקום נישאו היהודים המהגרים, ככלל, לנשים מקומיות, ולכן ממילא צאצאיהם אינם יהודים על-פי ההלכה. המשיב טען כי רמון, שהיה כאמור ראש משפחתם של העותרים, היה אחד מאותם יהודים-מהגרים, ולכן ניתן להסיק מהמחקר כי אף הוא נישא לאשה מקומית. המשיב טען בנוסף כי בשנת 2008 נערכה בדיקה ביחס לבית הקברות של הקהילה, שבו קבורה אורטנסיה, והתברר כי בבית קברות זה קבורים גם בני משפחה של יהודים – בני זוג, בנים ונכדים. משכך, סבור המשיב כי אין כל ראייה ליהדותה של אורטנסיה. לעניין חלק מבני המשפחה שעלו ארצה אחרי שנת 2008 טען המשיב כי אלו עלו על-בסיס קשרי המשפחה שלהם לרמון בלבד, אשר לגבי יהדותו לא חולק המשיב. משכך, עמדתו העדכנית של המשיב, כאמור, היא שהעותרים הם נינים של יהודי, לכל היותר, ואינם זכאי שבות.

6. ביום 3.3.2014 קיימנו דיון בעתירה. לאחר שנשמעו טענות הצדדים החלטנו על הוצאת צו על-תנאי. בהתאם לכך, ביום 30.6.2014, הוגש תצהיר התשובה מטעם המשיב. המשיב ציין כי בחודש אפריל 2014 ערך שימועים לחלק מבני המשפחה. הוא

הוסיף והצביע על כך שסמירה, בתה של אורטנסיה, אמרה במסגרת השימוע שאינה יודעת אם הוריה של אורטנסיה היו יהודים. המשיב חזר על טענתו לפיה אין כל ראייה לכך שאורטנסיה הייתה יהודייה.

7. ביום 28.10.2014 הוגשה תגובה מטעם העותרים. בתגובתם טענו העותרים כי מבירור נוסף שערכו עלה כי אורטנסיה, אשר מכוחה הם טוענים לזכויות שבות, נולדה למעשה בספרד והיגרה עם משפחתה בגיל ינקות לפרו. לתמיכה בטענתם הציגו העותרים ראיות על כך ששמות המשפחה שנשא בני משפחתה של אורטנסיה הם שמות אשר נשאו אנוסי ספרד, כפי שמלמד מחקר השמות של צאצאי האנוסים.

8. ביום 8.12.2014 קיימנו דיון נוסף בעתירה. במסגרת הטיעון הוסיף ופירט בא-כוחו של המשיב את הטעמים שעמדו ביסוד שינוי העמדה. לדבריו, יש לנהוג בעניינם של העותרים בהתאם למידע העדכני ביחס לקהילה, ואין בכוחן של טעויות שנעשו בעבר ביחס לחלק מבני המשפחה האחרים כדי להצדיק טעויות נוספות. הוא הוסיף וטען כי במקום שבו גרו העותרים לא הייתה קהילה יהודית, וממילא אין כל מסמכי קהילה שמהם ניתן ללמוד על מוצאם היהודי. בא-כוח המשיב טען אף כי לא ניתן לייחס משקל גבוה לעובדה שעל מצבתה של אורטנסיה נחקק מגן דוד. לבסוף, טען בא-כוח המשיב שלא ניתן להיזקק לטענות החדשות שהציגו העותרים באשר למוצאה של הסבתא רבתא בספרד, טענות שלא עלו במסגרת העתירה המקורית.

9. מנגד, טען בא-כוחם של העותרים כי הראיות המקוריות שהניחו העותרים בפני המשיב היו אמורות להספיק, ראיות שבמרכזן עומדת העדות האילמת של המצבה ושל סמל מגן הדוד החקוק עליה. הוא ציין כי מלכתחילה לא סברו העותרים שהם נזקקים ליותר מכך בשים לב לכוחה של ראייה זו ולקבלתה עד כה. רק כאשר נאלצו להתמודד עם הטיעון הכללי בדבר תולדות הקהילה הם נדרשו לעריכת בדיקות נוספות לגבי מוצא המשפחה. בא-כוח העותרים הסתייג מן השימוש ב"נרטיב" הכללי אודות יהודי האזור שבו עשה המשיב שימוש במטרה לחזור מעמדתו הקודמת, ללא כל אינדיקציה ספציפית הנוגעת למשפחתם של העותרים.

10. בתום הדיון ובעקבות טענות בא-כוח המשיב, החלטנו לאפשר למשיב להגיש הודעה משלימה שתכלול התייחסות מפורטת ל"מכלול נשותיו וצאצאיו של רמון וצאצאיהם". ביקשנו כי במסגרת ההודעה יפרט המשיב כמה מצאצאיו של רמון הגיעו ארצה וקיבלו זכויות על פי חוק השבות ומתי. כמו כן, ביקשנו כי המשיב יפרט האם נותרו צאצאים כאמור בפרו או בארצות אחרות ומי מהם זכאי לעמדתו לשבות.

11. ביום 24.9.2015 הוגשה ההודעה המשלימה מטעמו של המשיב. בהודעה זו חזר המשיב על עמדתו כי הראיות המינהליות שבפניו מלמדות בעת הזו כי אורטנסיה לא הייתה יהודייה, ועל כן יש לדחות את העתירה.

12. במישור המשפטי, ההודעה המשלימה שהגיש המשיב התמקדה בטענה כי "העותרים לא הציגו ולו ראייה אחת ליהדותה הנטענת של אורטנסיה – תעודת לידה, נישואין, כתובה, פטירה, רישום במרשם אוכלוסין או כל מסמך אחר אשר מוצג בדרך כלל למשרד הפנים". בהמשך לכך, נטען כי הראייה היחידה שהציגו העותרים הייתה מקום קבורתה של אורטנסיה, ובעניין זה טען המשיב כי הודעת אי-מייל שהתקבלה אצלו מן הקהילה באיקיטוס, במענה לפניית המשיב אליה, אישרה בשנית כי בבית הקברות האמור נקברו לא רק יהודים אלא גם בני משפחה של יהודים, כך שממילא אין ללמוד אף ממקום הקבורה על יהדותה של אורטנסיה. בנוסף לכך, כללה ההודעה גם פירוט רב באשר למספרם העדכני של צאצאיו של רמון. עמדתו של המשיב בהקשר זה היא כי "אין הבחנה בין אורטנסיה לארבע נשותיו הנוספות של רמון", ועל כן החלטה חיובית בעניינם של העותרים יכולה להשליך על עלייתם הפוטנציאלית לישראל של עשרות אנשים נוספים, אף הם מצאצאיו של רמון מנשותיו האחרות.

דיון והכרעה

13. לאחר שבחנתי את הדברים אני סבורה שדין העתירה להתקבל.

14. הסוגיה המשפטית המרכזית העומדת בלב הכרעתנו נסבה על הכללים הנוגעים לשינוי החלטה קודמת של רשות מינהלית, ובעיקר לכללים, לסוג הראיות ולנטל הראייה הנדרשים לשם שינויה של החלטה קודמת שהתבססה אף היא על ראיות מינהליות. בשולי הדברים, הדיון בשאלה זו שזור בשאלה כיצד יש ליישם את דיני הראיות המינהליים, בשים לב לשונות הרבה הקיימת בין קהילות יהודיות במקומות שונים בעולם בכל הנוגע לאורחות חייהן ולשימורו של אורח החיים היהודי, וכן בשאלה מהו המשקל שיש לתת לממצאיו של מחקר היסטורי לצורך קבלת החלטות מינהליות.

שינוי החלטות, תשתית עובדתית ונטלי הוכחה

15. מן המפורסמות הוא ששינוי החלטה מינהלית אינו עניין של מה בכך. אכן, שינוי החלטה נדרש ולעתים אף מתחייב כחלק מעבודתו של המינהל הציבורי לקידום אינטרס הכללי. עם זאת, כאשר הרשות משנה את החלטתה עליה לתת את דעתה

למציאות שיצרה החלטתה הקודמת (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 385 (2010) (להלן: ברק-ארז); בג"ץ 5240/96 ג'ועמיס נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 289, 297 (1997) (להלן: עניין ג'ועמיס); בג"ץ 5273/97 מונזון נ' עיריית אשדוד – אגף החינוך, פ"ד נא(4) 757, 761 (1997)). ברגיל, רשות שכבר קיבלה החלטה על בסיס תשתית עובדתית מסוימת חיוותה בכך את דעתה שלכאורה תשתית זו הייתה ראויה ומספיקה לצורך קבלת ההחלטה. במובן זה, עליה רובץ הנטל להסביר – כאשר הטעם שניתן לשינוי הוא טעות בעובדה – מהו הבסיס לקביעה שבהחלטתה הקודמת נפלה טעות (השוו: עניין ג'ועמיס, בעמ' 303). זאת, בין השאר, משום שההחלטה המינהלית הקודמת נהנית אף היא מחזקת כשרות וכן משום ששינוי ההחלטה ללא טעם מספק עשוי להעיד על חוסר סבירותה של ההחלטה השנייה (השוו: עע"ם 823/12 קליסה נ' שמעון, פסקה ז' לפסק דינו של השופט א' רובינשטיין (8.8.2013)).

16. באופן יותר ספציפי, בהקשרים רבים שבהם נדונה השאלה של זכאות לשבות נקבע כי כאשר המדינה הכירה ביהדותו של אדם או בזיקתו המשפחתית ליהודי לצורך זכות לשבות קמה "חזקת זכאות" שהנטל לסתירתה עובר לכתפיה של המדינה. כך נקבע בפסק הדין התקדימי בבג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919 (2003), ומאז חזר בית משפט זה על ההלכה האמורה בפסקי דין רבים אחרים (ראו, למשל: בג"ץ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים (4.11.2009); בג"ץ 5493/11 ביזואיהו נ' שר הפנים (6.8.2014) (להלן: עניין ביזואיהו)).

17. בנסיבות העניין, במשך שנים רבות נהג המשיב על בסיס ההנחה שהראיות שהוצגו באשר ליהדותה של אורטנסיה הן מספיקות לצורך עמידה בתנאיו של חוק השבות. מה היה הבסיס לשינוי העמדה ביחס ליהדותה של אורטנסיה? המשיב מצביע על שני טעמים לכך – אחד שעניינו מחקר היסטורי עדכני באשר לתולדות הקהילה, והאחר שעניינו במידע חדש שהתקבל אצלו בנוגע לכללים החלים על הקבורה בבית העלמין של הקהילה. האם די בנימוקים אלה? אני סבורה שהתשובה על שאלה זו צריכה להיות שלילית, כמפורט להלן.

18. הטעם שעניינו המחקר ההיסטורי – המשיב מצביע על כך שמחקר היסטורי עדכני באשר לתולדות הקהילה, אשר המשיב סומך על מהימנותו, מעלה כי ככלל לא נישאו הגברים היהודים שהגיעו לאיקיטוס לנשים יהודיות, אלא לנשים מקומיות. אכן, ברגיל, מחקר בכלל, ומחקר היסטורי בפרט, יכול לשמש בסיס לקבלתה של החלטה מינהלית (ראו: ברק-ארז, בעמ' 442). אולם, משעה שכבר התקבלה החלטה ספציפית בעניין יהדותה של אורטנסיה, אין די במחקר כללי שעניינו תולדות הקהילה כדי לסתור

את "חזקת הזכאות" שקמה מכוחה של אותה הכרה. בשלב זה, נדרש מידע קונקרטי או מבוסס יותר לשלילתה (ראו: עניין ביזואיהו, בפסקה 38). אם כן, לא ניתן להעניק למחקר אקדמי היסטורי מעמד של ראייה "חלוטה", הגוברת על ראיות קונקרטיות שמציגים מבקשי המעמד, ועל אחת כמה וכמה כשמדובר בהסתמכות על המחקר בדיעבד, כחלק מהחלטה על שלילת זכאות שכבר הוכרה. על כך יש להוסיף כי טענת העותרים היא, כאמור, שמוצאה של אורטנסיה היה בצאצאי האנוסים, עובדה שלכאורה אינה סותרת באופן חזיתי את העמדה שהוצגה במחקר באשר לכך שככלל לא היו במקום נשים יהודיות. למעלה מכך אף ראוי לציין כי במסגרת השימוע שערך להם המשיב טענו העותרים כי גם אמו של רמון הייתה מהגרת יהודייה שהגיעה לאזור מספרד. על כן, יתכן בהחלט כי לכלל שהוצג במחקר שעליו ביסס המשיב את החלטתו העדכנית יש חריגים. המחקר הכללי אינו נוגע אפוא באופן קונקרטי דיו לזירת המחלוקת בין הצדדים.

19. הטעם שעניינו המידע באשר לכללי הקבורה בבית העלמין של הקהילה – המשיב מוסיף ומצביע על כך שלפי הודעת דואר אלקטרוני שהתקבלה אצלו נקברו בבית העלמין גם בני זוג, בנים ונכדים של יהודים. המשיב טוען כי מידע זה מעלה ספקות ביחס ליהדותה הנטענת של אורטנסיה, בשים לב לכך שהראיה היחידה שהציגו העותרים בהקשר זה, כך נטען, היא תצלום מצבתה אשר עליה מסומן מגן דוד. גם כאן חלים אותם עקרונות שפורטו לעיל, בשינויים המחויבים. אין מדובר במידע ספציפי הנוגע לאורטנסיה עצמה. המשיב לא הראה שאורטנסיה נקברה בבית הקברות הקהילתי רק כבת משפחה של יהודי. המשיב אף לא הצביע על ראייה לפיה גם קברים של בני משפחה שאינם יהודים סומנו במגן דוד. גם בכך יש כדי להעיד לכאורה שיתכן שאורטנסיה אינה קבורה שם רק כבת זוג של יהודי. הנה כי כן, המשיב לא הצביע על כל ראייה חדשה הנוגעת לאורטנסיה באופן ספציפי, וזאת על-אף שסתירת זכאות אינדיווידואלית, בשלב זה, צריכה להתבסס על בדיקה אינדיווידואלית, או למצער על ראייה חזקה ובעלת משקל ראייתי משמעותי, להבדיל מאפשרות לכאורה.

20. ניתן אפוא לסכם ולומר כי ההחלטה הראשונה בעניינה של אורטנסיה העבירה את נטל ההוכחה לכתפיו של המשיב, וזה לא הרים את הנטל.

לקראת סיום: הבדלים בין קהילות יהודיות שונות ונפקותם בהקשרו של חוק השבות

21. אני סבורה כי די בכללים הנוגעים לסתירתן של ראיות מינהליות, ובאופן ספציפי, לסתירתה של "חזקת זכאות" כדי להוביל למסקנה כי דין העתירה להתקבל. עם

זאת, מצאתי לנכון להתייחס לסוגיות נוספות שהתעוררו במסגרת הדיון בפנינו, ובעיקר לשאלה "איך נראית קהילה יהודית" לצורך חוק השבות. זאת, על רקע הטיעון שחזר והעלה המשיב בפנינו, הן במפורש והן במשתמע, כי העותרים לא חיו במסגרת קהילה יהודית מסודרת.

22. אכן, החברה שבה חיים העותרים לא עונה אחר המסורת הסלולה היטב שנשמרה במשך מאות בשנים בקרב קהילות יהודיות בגולה – של מגורים בתוככי קהילה מאורגנת, הכוללת רישומים מסודרים ואף הנהגה דתית. על כן, ומטבע הדברים, הם לא יכלו להצביע על רישומים קהילתיים או אחרים שיבססו את זהותם היהודית. בא-כוחו של המשיב חזר וטען כי בני משפחתם של העותרים לא חיו ב"קהילה" ולכן לא יכלו להציג מידע מ"קהילה". דא עקא, זה איננו מבחן הכרחי לצורך תחולתו של חוק השבות. אכן, נוח יותר להתבסס על רישום קהילתי מסודר. אולם, המורכבות של החיים היהודיים בעת החדשה יצרה דפוסים שונים של חיים – גם בקהילות רחוקות, ואף מחוץ לקהילה יהודית כלל. מטרתו של חוק השבות הייתה לאפשר קליטתם של יהודים מרחבי תבל בישראל לא רק כאשר אלו חיו במסגרת של חיים יהודיים מאורגנים, במדינה שבה התנהל רישום מסודר ביחס ליהדותם של אזרחיה. אדרבה, המטרה הייתה לקבץ, בין השאר, זכאי שבות מן הנידחים שבמקומות, בבחינת "וקרב פזורינו מבין הגויים ונפוצותינו כנס מירכתי ארץ" (ישעיהו כז, 13). אין בכך כדי לפטור מן הצורך ואף מן החובה לקיים בדיקה רצינית של טענות בדבר יהדותם של העולים או יהדותם של הקרובים שמכוחם נטענת זכאות לשבות. אולם, הבדיקה צריכה "להכיל" את הרב-גוניות של החיים היהודיים, את הרב-תרבותיות שבהם, ואף את הגורל היהודי שגלגל רבים מבני העם היהודי עד קצווי תבל. הבה לא נמיר את השאלה "מיהו יהודי" בשאלה "מהי קהילה יהודית" (מעבר לדיון הנדרש בכך בהקשר של גיור. ראו והשוו: בג"ץ 2597/99 וודריגז-טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005)). כל מקרה צריך להיבחן לגופו. אין באמור כדי להסיר מכתפיו של מבקש השבות את הנטל הראשוני להמציא ראיות מינהליות להוכחת זכאותו, ובכלל זאת גם תעודות שונות במדינות שבהן אלו נהוגות, אך יש להתאים את הדרישה הראייתית לנסיבות המקרה והקהילה המסוימת (ראו: עניין ביזואיהו, בפסקה 39; השוו גם: בר"ם 5545/15 רדה נ' משרד העלייה והקליטה הרשות לאסירי ציון, פסקה 13 (13.10.2015)). בשולי הדברים יוער כי בהחלטתו הראשונה גילה גם המשיב דעתו שתעודות אינן הכרחיות להוכחת יהדותה של אורטנסיה.

23. בנסיבות העניין, העותרים הציגו ראיות ליהדותה של הסבתא רבתא – מראה מצבתה והעובדה שנקברה בבית קברות שאינו נוצרי (גם אם אינו "יהודי" במובן

המסורת). הם אף תיארו שרידים של מנהגים יהודיים שעליהם הקפידה גם אורטנסייה, כדוגמת הדלקת נרות. מנגד, עמדה רק הטענה הכללית בדבר ההיסטוריה של הקהילה בכללותה, היסטוריה שאף העותרים אינם כופרים בה, אך סבורים שאינה שוקלת כנגד הטענות הספציפיות הנוגעות לצאצאיה של אורטנסייה.

24. למעלה מן הצורך אציין כי בהמשך הציגו העותרים ראיות נוספות להוכחת טענתם לפיה מוצאה של אורטנסייה מספרד, בדמות תדפיסים מאתרי אינטרנט שעוסקים בשמות המשפחה של אנוסי ספרד. עניין זה לא נבחן, וממילא אף לא הובא בחשבון בהכרעתי. עם זאת, יש בו כדי לחדד פעם נוספת את החשיבות הנוגעת לבדיקה קונקרטי של כל מקרה ומקרה לאחר שכבר התקבלה בו החלטה שיוצרת "חזקת זכאות".

לקראת סיום: ממהות למספרים

25. קודם שאסיים אוסיף כי תמהתי במידה מסוימת על החישובים הרבים שנכללו בהודעתו המשלימה של המשיב באשר למספרם הרב של צאצאיו של רמון מנשותיו האחרות, אשר עשויים לבקש לעלות גם הם לישראל כזכאי שבות – הן מבחינת גוף הטיעון והן מבחינת רוחו.

26. לגופם של דברים – אינני סבורה שהטענה נכונה. המשיב נחפו לטעון כי אין כל הבדל בין עניינה של אורטנסייה לעניינן של נשותיו האחרות של רמון. ולא היא. אורטנסייה הוכרה כיהודייה על-ידי המשיב, ועל כן סתירתה של "חזקת הזכאות" הנובעת מכך מחייבת הנחתה של תשתית עובדתית ממשית. לעומת זאת, באשר לנשותיו האחרות של רמון אין קביעה כזו. לכך יש להוסיף, גם אם בשולי הדברים ולא במרכזם, כי חלק מן הטענות שהעלו העותרים היו טענות שנגעו באופן ספציפי לאורטנסייה ולמוצאה הנטען מאנוסי ספרד.

27. וכעת לרוחם של דברים – השאלה שבפנינו היא האם העותרים זכאים לעלות לישראל לפי חוק השבות. אם זכאים הם – השלכותיה של החלטה זו על עניינם של צאצאים אחרים של הסבא-רבא היהודי שלהם אינן יכולות לשנות מתוצאה זו, ואינן צריכות להוות שיקול. אכן, בעקבות טענות שהעלה המשיב בפנינו באשר ל"השלכות רוחב" ביקשנו כי יאיר את עינינו לגבי הקרובים הנותרים של העותרים. אולם, לא היה מקום למסקנה המשתמעת כי המספרים "מדברים בעד עצמם", היינו תומכים כשלעצמם בדחיית העתירה. כאמור, לא כך הדבר.

28. אני סבורה אפוא שדין העתירה להתקבל. העותרים הניחו לכאורה תשתית עובדתית סבירה לטענה כי הם נכדים של יהודי או יהודייה (בהתאמה). הבסיס לתשתית עובדתית זו נמצא גם בטענותיהם שלהם וגם בהחלטות קודמות של המשיב. בנסיבות העניין, הנטל לסתור את התשתית העובדתית שהונחה רבץ על המשיב והוא לא עמד בו.

29. אשר על כן, אילו תישמע דעתי הצו על תנאי הפוך למוחלט במובן זה שהעותרים 1-6 יוכרו כזכאי שבות. המשיב יישא בהוצאות העותרים בסך 20,000 שקל.

ש ו פ ט ת

השופטת א' חיות:

1. במוקד העתירה דנן עומדת שאלת יהדותה של אורטנסיה, סבתא רבתא של העותרים. שאלה זו משפיעה במישרין על ההכרעה בשאלת זכאותם של העותרים לעלות לישראל מכוח חוק השבות, התש"י-1950 (להלן: חוק השבות) כנכדים של יהודים. כפי שפורט בחוות דעתה של חברתי השופטת ברק-ארז, עד לשנת 2009 עלו לישראל בני משפחתה של אורטנסיה ובהם גם חלק מניניה, וזאת על יסוד ההנחה שאורטנסיה הייתה יהודייה. הנחה זו התבססה על הסברה כי בית הקברות הקהילתי באיקיטוס (להלן: בית הקברות) אשר בו נקברה אורטנסיה הינו בית קברות יהודי. ואולם, במהלך שנת 2008 נערך על ידי נציג של הסוכנות היהודית בירור אל מול הנהלת בית הקברות והבירור העלה כי אין המדובר בבית קברות יהודי אלא בבית קברות אשר נקברים בו גם כאלה שאינם יהודים. זאת משום שהוא משמש את ה"קהילה" באיקיטוס כפי שזו מתוארת במחקר היסטורי משנת 2010. לפי אותו מחקר, גברים יהודים שהגיעו לאיקיטוס בסוף המאה ה-19 ממרוקו "לקחו לעצמם" נשים מקומיות שאינן יהודיות והולידו עמן ילדים שעל פי ההלכה אינם יהודים. בהסתמכו על הבירור שנערך כאמור ועל נתוני המחקר ההיסטורי, סבור משרד הפנים כי אין עוד בסיס ראייתי מספיק להוכחת יהדותה של אורטנסיה ועל כן יש לבחון את בקשות הזכאות של בני משפחתה שטרם עלו לישראל לפי זיקתם לבעלה של אורטנסיה, מר רמון לוי, אשר בנוגע ליהדותו אין מחלוקת. בנסיבות אלו נדחתה בקשת העותרים – ניניה של אורטנסיה – לעלות לישראל מכוח חוק השבות.

2. חברתי השופטת ברק-ארז סבורה כי לעותרים בענייננו קמה "חזקת זכאות" בהינתן העובדה שלאורך השנים הכיר משרד הפנים ביהדותה של אורטנסיה על יסוד

תשתית ראייתית זהה לזו שעליה מבססים העותרים את בקשת השבות שלהם (ראו פסקאות 18, 20 לחוות דעתה). עוד היא סבורה כי לא עלה בידי משרד הפנים לסתור את חזקת הזכאות שקמה לעותרים. לשיטתה אין די במידע שהתקבל לגבי אופיו של בית הקברות כמו גם במחקר ההיסטורי שעליו נסמך משרד הפנים כדי להביא לסתירת החזקה. לצורך כך נדרשות לדעתה ראיות קונקרטיות יותר הנוגעות לאורטנסיה עצמה ולמצער ראיות בעלות משקל משמעותי רב מזה שהציג משרד הפנים (ראו פסקאות 18-20 לחוות דעתה). לאחר עיון בחומר הראיות שבתיק, ולא בלי התלבטות, אני מצטרפת למסקנה אליה הגיעה חברתי השופטת ברק-ארוז וזאת בהינתן הקשר המשפחתי ההדוק בין העותרים ובין בני משפחתם שעלו ארצה והוכרו כיהודים על בסיס התשתית הראייתית שעליה מבקשים העותרים להסתמך עתה. בבג"ץ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים (4.11.2009) מציין חברי השופט מלצר כי "עוצמת הראיות המינהליות הנדרשת ממשרד הפנים עומדת ביחס ישיר לראיות שהובאו על ידי הזכאי ולעוצמת הזכות הנפגעת" (שם, בפסקה 23; כן ראו סקירת הדין עליה נסמכת מסקנה זו כמפורט שם). במקרה דנן מדובר בהוריהם של העותרים, באחיהם וכן בסבים ובסבתות שלהם שהוכרו כיהודים ועלו ארצה לפי סעיף 4ב לחוק השבות. בנסיבות ייחודיות אלה וככל שהדבר נוגע לבני משפחה בקרבה כזו, מידת הפגיעה באינטרס של העותרים בעקבות דחיית בקשתם אכן מצדיקה ראיות מנהליות בעוצמה גבוהה מזו שהביא משרד הפנים לשם סתירת חזקת הזכאות העומדת להם. על כן, כאמור, אני מצטרפת לתוצאה שאליה הגיעה חברתי השופטת ברק-ארוז.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

אני מצטרף בהסכמה לחוות דעתה של חברתי, השופטת ד' ברק-ארוז, על הניתוח האנליטי שנעשה בה וכן לתוצאה אליה הגיעה. הנני שותף עם זאת לזהירות הנדרשת בהחלת הכללים שהותוו בחוות הדעת הנ"ל, כעולה מהערות חברתי, השופטת א' חיות.

בבג"צ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לביטחון פנים (04.11.2009) עמדתי על האיזונים הנדרשים בהקשרים אלה וכן על הדרך לשקילת הראיות המנהליות השונות שבידי הצדדים. הנסיבות המיוחדות כאן וההסברים שניתנו ע"י העותרים ואשר משרד הפנים לא הצליח להרים את הנטל לסותרם – מצדיקים פה את קבלת העתירה, ואולם

לא בהכרח שזה יהיה הדין במקרים אחרים, בעתיד, כמו שהיה גם בעבר, שהרי הדברים תלויי הקשר.

ש פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ד בכסלו התשע"ו (6.12.2015).

ש פ ט

ש פ ט

ש פ ט