

ערעור עתירה מינהלית 4614/05

ערעור עתירה מינהלית 6626/05

מדינת ישראל

נגד

1. אבנר אורן

2. אימלדה מאניבו

המשיבים בעע"ם 4614/05

א

ב

1. אנסטסיה פשנקו

2. אלכסנדר גומברג

המשיבים בעע"ם 6626/05

בבית המשפט העליון

[16.3.2006, 10.8.2005]

לפני הנשיא א' ברק והשופטים ד' ביניש, א' ריבלין

ג

ד

המשיבים הם שני זוגות אשר המשותף להם הוא כי אחד מבני הזוג הינו אזרח ישראל ואילו האחר הינו זר השוהה בארץ שלא כחוק. עת פנה כל אחד משני הזוגות למשרד הפנים לשם הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר מכוח קשרי ידועים בציבור, נמסר להם כי על בן הזוג הזר לצאת לאלתר מן הארץ ורק לאחר צאתו יוכל בן זוגו הישראלי להגיש בעבורו בקשה לאשרת כניסה כדין לישראל. בעקבות זאת, הגישו שני הזוגות עתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר פסק בשני המקרים כי אין להחיל עליהם את דרישת היציאה מן הארץ. מכאן ערעורה של המדינה.

ה

הערעורים מעמידים למבחן את מדיניותו של משרד הפנים, שלפיה נדרש אזרח זר, השוהה בישראל שלא כחוק ומבקש להסדיר מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, לצאת מן הארץ – ל-30 ימים – בטרם תיבחן בקשת בן זוגו הישראלי להסדרת כניסתו לישראל ומעמדו בה. מדיניות זו מעוגנת ב"נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" שהתקבל בשנת 2004. על פי הנוהל, כפוף להוכחת חיים משותפים וקשר אמיתי, יוענקו לבן הזוג הזר רישיונות ביקור לתקופות שונות ומדורגות. בתום שבע שנות חיים משותפים, יזכה בן הזוג הזר במעמד של תושב קבע.

ו

לטענת המדינה, דרישת היציאה מן הארץ עמדה למבחנם של בתי המשפט לעניינים מינהליים בשורה של עתירות, ובפסיקותיו מסתמנות מגמות מנוגדות. מקצת פסקי הדין – ובהם שני פסקי הדין מושא הערעורים – שללו את החלתה של דרישת היציאה מן הארץ ואילו מקצתם קבעו כי יש ליישמה. על כן מבקשת המדינה הכרעה בשאלות העקרוניות הנוגעות למדיניות משרד הפנים באשר לבני זוג שהם ידועים בציבור. המדינה סומכת את

ז

טענותיה, בין היתר, על נוסחו של סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק), שהוחלף בחוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001, ושנועד להסדיר את סוגיית גירושם של זרים השוהים בישראל שלא כדין, לנוכח הגידול הניכר בהיקף תופעת השהייה הבלתי חוקית של זרים.

בית המשפט העליון (מפי השופטת ד' ביניש) פסק:

א. (1) מי שאינו אזרח ישראלי ואף אינו עולה, כמשמעותו של הביטוי בחוק השבות, התש"י-1950, יהיו כניסתו לישראל וישיבתו בה על פי אשרה ורישיון ישיבה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל (224ב).

(2) לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על פי חוק הכניסה לישראל. זאת, בהתאם לעקרון הריבונות שמכוחו יש למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים להיכנס לתחומה או להרחיקם כאשר אינם רצויים עוד (224ב-ד).

(3) אף שהסמכות להורות על הרחקתו של זר הינה סמכות רחבה ביותר, הרי בה בעת נתונה היא לביקורתו של בית המשפט על פי כל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המינהלי (1224ו-ז).

ב. (1) כאשר בן הזוג הזר שוהה בארץ שלא בהיתר, רשאי משרד הפנים להקפיד עם בני הזוג ולדרוש מהם מידת ראייה גבוהה מן הרגיל להוכחת כנות הנישואין. באותם מקרים שבהם פיקציות-הנישואין עולה בכירור אף בלא צורך בעריכתן של בדיקות מעמיקות, רשאי משרד הפנים לדרוש מבן הזוג הזר לעזוב את הארץ בטרם נערכה בדיקה ממצה של כנות הנישואין (227ד).

(2) הנוהל נושא הערעורים מעגן את נכונותה של המדינה לאפשר לאזרח זר לרכוש מעמד של תושב קבע בישראל מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, אף אם הוא שוהה בארץ שלא כדין. הרציונל שבבסיס מדיניות ראויה זו הינו ההכרה כי גם תא משפחתי שאינו מבוסס על קשר פורמלי של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ, ובלבד שמדובר בקשר אמיתי, כן ומבוסס (231ה-ד).

(3) מדיניות זו נותנת ביטוי למחויבותה של המדינה לזכות לחיי משפחה, הכוללת את זכותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עימו משפחה. זכות זו מוכרת במשפטנו ומוגנת גם במשפט הבינלאומי (231ה-ו).

ג. (1) תופעת השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים הפכה רחבה וקשה והיא אף הולכת ומחריפה. בנסיבות אלה, אין חולק על כך כי התכלית שנועדה דרישת היציאה מן הארץ לשרת הינה תכלית ראויה של ניסיון להתמודד עם תופעה זו (231ה-ו).

(2) סעיף 13(א) לחוק בנוסחו החדש קובע כי הכלל הנורמטיבי הוא הרחקתם של שוהים שלא כדין בהקדם האפשרי. עם זאת, אין בהוראתו כדי לשלול את שיקול דעתו של שר הפנים בענייני הרחקה מן הארץ (234 – 235א).

(3) לשר הפנים שמור שיקול הדעת לקבוע כי זכות מוגנת של הפרט או אינטרס חברתי אחר גוברים על האינטרס הציבורי בהרחקתו של שוהה שלא כדין, ומצדיקים ליתן לו רישיון לשהייה בארץ חרף שהייתו הבלתי חוקית (235ג-ד).

(4) אם ימצא בית המשפט כי דרישת ההרחקה מן הארץ פוגעת באופן בלתי מידתי בבני זוג המקיימים קשר של ידועים בציבור, דינה להיפסל (235).

ד. (1) בעוד שבכל הנוגע להסדרת מעמדו של זר מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי מצויים אנו בגדר שיקול דעתו הרחב של שר הפנים מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, הרי שהסדרת מעמדו של זר הנישא לאזרח ישראלי מעוגנת בהוראות חוק חרות, הוא חוק האזרחות, התשי"ב-1952, המבקש להקל עם זרים הנשואים לאזרחים ישראלים שעה שמבקשים הם לזכות באזרחות ישראלית (236-ב, ג, ז, 237א).

(2) מוסד הידועים בציבור זוכה להכרה הולכת וגוברת במשפט הישראלי. שלושת המניעים העיקריים להיווצרו ולביסוסו הם תפישות עולם של מדיניות רווחה, חומרת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין והתנגדות חלק מהציבור לנישואין דתיים. על רקע זה, ממועד סמוך לאחר הקמת המדינה ואילך הכיר המחוקק הישראלי בידועים בציבור בשורה ארוכה של חוקים (239ב-ד).

(3) התא המשפחתי שאינו מבוסס על מוסד הנישואין זכה להכרה חברתית ומשפטית בהיבטים שונים. כפועל יוצא אימץ בית המשפט גישה עקרונית שלפיה אין נדרשת הוראה מפורשת בחקיקה כדי להכיר בידועים בציבור כבני זוג לעניין אותו דבר חקיקה (1240-1).

(4) ידועים בציבור, כיחסים דמויי-נישואין, שונים מיחסי נישואין, ראשית לכל, ביסוד הסטטי של הסטטוס. יסוד זה קובע, בדרך כלל, אמת-מידה אובייקטיבית הנסמכת על אקט פורמלי, ומשום כך יש בו חד-משמעיות לגבי מועדי היצירה והסיום. בהתאמה, קשר של ידועים בציבור אינו ניתן לזיהוי על פי אקט פורמלי מכונן, אלא על סמך מבחנים עמומים וגמישים יותר, המחייבים בחינה של מהות הקשר בין בני הזוג (242ג-ה).

(5) שני היסודות המרכזיים הטעונים הוכחה כדי להיחשב כידועים בציבור הם חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף. מעבר לשני היסודות המוסכמים, נתגלעה בעבר בפסיקה מחלוקת בנוגע לפשר "ידעת הציבור" ולשאלה אם ידועים בציבור נדרשים גם להוכיח כי הציבור חשב – מתוך טעות – כי הינם נשואים כדת וכדין. בית המשפט נמנע מלהגדיר את פרק הזמן המינימלי של קיום חיי משפחה משותפים הדרוש על מנת שבני זוג ייחשבו כידועים בציבור (242ז, 243ד, 244ז).

ה. (1) הסדרת מעמדו של זר בישראל – בין מכוח נישואיו לאזרח ישראלי ובין מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי – מתבססת על מבחן מתמשך, שבמסגרתו מתקיים הסדר מדורג, המתפרש על פני תקופה ממושכת והכרוך בבדיקה מדוקדקת של ננות הקשר בין בני הזוג. כל זאת, כדי שלא לאפשר רכישת מעמד על סמך תואנות שווא (245).

(2) במציאות הישראלית קשה להסיק כי היעדר אקט פורמלי של נישואין בין בני זוג, שאחד מהם הינו אזרח זר, מלמד כי הקשר הנבחן אינו רציני דיו. לפיכך, משקלו המוגבל של אותו אקט פורמלי המכונן את קשר הנישואין במסגרת

- ההליך המדורג מוביל למסקנה כי השוני הממשי בין בני זוג ידועים בציבור לבין בני זוג נשואים, בכל הנוגע לזיהוי מערכת היחסים, אינו שוני מהותי שיש בו כדי להצדיק מדיניות נפרדת לעניין דרישת היציאה מן הארץ. בהיעדר שוני מהותי, עמידה על דרישת היציאה מן הארץ באשר לזוגות ידועים בציבור עולה כדי הפליה פסולה בינם לבין זוגות נשואים (א-246-ב).
- א הנחת המוצא הינה כי מדיניות משרד הפנים העומדת למבחן משרתת מטרה ראויה של מאבק בתופעה ההולכת וגוברת של השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים בארץ. השאלה אינה אלא אם אף האמצעי להגשמתה של מטרה זו – הדרישה כי בן זוג זר השוהה בישראל שלא כדין יצא את הארץ עד שתיבחן הבקשה להסדרת מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי – מידתה היא (1247).
- ג (1) מבחן המידתיות עניינו בשאלה אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי, המכונה גם מבחן המידתיות במובנה היצר (247-ז).
- ג (2) על פי מבחן המשנה הראשון, האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. המטרות השונות שאותן נועדה דרישת היציאה מן הארץ לשרת נחלקות למטרה נקודתית ולכמה מטרות מערכתיות (248-ג-ד).
- ד (3) המטרה הנקודתית מתייחסת למישור של בחינת בקשה קונקרטיה המונחת לפני שר הפנים. קיומו של קשר של ידועים בציבור נלמד, כאמור, על פי היסודות של חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף. לפיכך, אין זה ברור כיצד יעלה בידי משרד הפנים לבחון יסודות אלה כאשר אחד מבני הזוג אינו נמצא בארץ ולא כל שכן כיצד תועיל צאתו של בן הזוג הזר את הארץ לבדיקה זו (248-ה).
- ה (4) אשר לטענה בדבר תרומת דרישת היציאה מן הארץ ליצירת תמריץ שלילי לניסיונות השתקעות בארץ, נפסק כי הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין מטרה זו אינו אמיץ דיו. אין הוא חזק דיו כדי להצדיק פגיעה באותם זוגות המנהלים מערכת יחסים אמיתית וכנה כידועים בציבור כתוצאה מהחלת דרישה גורפת ליציאה מן הארץ (249-ג-ד, 1).
- ו (5) התכלית הכללית של קידום ריבונות המדינה ושלטון החוק, כפועל יוצא מיישום ומאכיפת הוראת המחוקק בדבר הרחקתם של שוהים בלתי חוקיים בהקדם האפשרי, אכן מקודמת על ידי דרישת היציאה מן הארץ. עם זאת, תכלית כללית זו אינה תכליתה העיקרית של המדיניות הנבחנת (249 – א250).
- ז (6) בנסיבות דנן, בחשבון סופי נמצא כי מבחן המשנה הראשון בדבר התאמתו של האמצעי למטרה מתקיים באופן חלקי בלבד. בשים לב למשקלה של הזכות הנפגעת ולחשיבותה היחסית של התכלית המבוקשת, ספק אם ניתן לראות בדרישת היציאה מן הארץ אמצעי מותאם למטרה (א250-ב).
- ז. (1) על פי מבחן המשנה השני, האמצעי שהרשות המינהלית בוחרת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. בהנחה שהקשר בין בני הזוג הידועים בציבור הינו

- אמיתי וכן, דרישת היציאה מן הארץ פוגעת בזכותם לנהל חיי משפחה, בכפותה עליהם פרידה, ולו זמנית ומוגבלת במשכה (250-בג).
- (2) ממש כבני זוג נשואים, גם על בני זוג המקיימים קשר אמיתי וכן של ידועים בציבור נגזר לחוות את צער הפרידה כתוצאה מהחלת דרישת היציאה מן הארץ ואף הם נדרשים להתמודד עם קשיים מעשיים, כלכליים ואחרים, כתוצאה מכך. לכאורה, בנסיבות דנן, עוצמת הפגיעה היא פחותה בזכות הגבלת משך הזמן לטיפול בבקשה להסדרת כניסתו של בן הזוג הזר לארץ ל-30 יום (250-ז).
- (3) בנסיבות דנן, בשים לב לעוצמתה של הזכות הנפגעת כתוצאה מהחלתה של דרישת היציאה מן הארץ ובמידת פגיעתה של דרישה זו בזכות האמורה – אשר אכן פותחת הודות להגבלת משך הטיפול בבקשות להסדרת מעמד – ובהתחשב, מנגד, בחשיבותן של התכליות השונות שאותן מבקשת דרישה זו להשיג, המסקנה היא כי האמצעי שנבחר על ידי הרשות אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה (252-בג).
- ג. ח. (1) מבחן המשנה השלישי, מבחן האמצעי המידתי ("המבחן הצר"), עניינו הוא בבחינת התועלת הצומחת מן האמצעי הננקט על ידי הרשות אל מול הנזק שהוא מסב. בנסיבות דנן, לא עלה בידי המדינה להוכיח כי דרישת היציאה מן הארץ אכן התגלתה כאפקטיבית במאמץ למנוע נסיונות השתקעותם של זרים על בסיס טענות שווא לקשר של ידועים בציבור (252, 253א).
- (2) התועלת שבמסר העקרוני הטמון בעמידה על דרישת היציאה מן הארץ נופלת מן הנזק הנגרם לבני זוג ידועים בציבור כתוצאה מהחלתה ואין בה כדי להצדיק את מידת הפגיעה בהם. אשר על כן, דרישת היציאה מן הארץ כושלת גם במבחן המשנה השלישי, שכן נמצא כי אין מתאם הולם בין התועלת הצומחת ממנה לבין הנזק שהיא גורמת (253-בג).
- ה. ט. (1) בנסיבות דנן, מדיניות משרד הפנים, המחילה באופן גורף דרישה ליציאה מן הארץ על בני זוג זרים, השוהים בישראל שלא כדין, עד שתיבחן בקשת בני זוגם הישראליים להסדרת כניסתם לישראל ומעמדם בה, אינה עומדת במבחן המידתיות ועל כן דינה להתבטל (253ג-ד).
- (2) בעוד שהחלה גורפת של דרישת היציאה מן הארץ פסולה היא, הרי שאין לפסול את החלתה על בסיס פרטני. בעניינם של ידועים בציבור, מקום שכבר על פני הדברים וכלי שתידרש בחינה מעמיקה, מתעורר חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר או ניכר בכירור כי עומק הקשר אינו עולה כדי קשר בין ידועים בציבור, הרי שפתוחה תהיה הדרך לפני המדינה להפעיל את דרישת היציאה מן הארץ הקבועה בנוהל ידועים בציבור. זאת, ובלבד שתחילה ייערך לבני הזוג שימוע שבו תינתן להם הזדמנות הוגנת להעלות טענותיהם (253ה, 254ג-ד).
- י. (1) נטל הראיה להוכחת כנות הקשר במקרה של טענה לקשר ידועים בציבור בין אזרח ישראלי לשוהה שלא כדין יהיה אף כבד מזה המוטל על בני זוג שנישאו בעת שאחד מהם שהה בארץ שלא כדין. זאת, מן הטעם שנוהל הידועים בציבור

חשוף יותר לניצול לרעה, שכן, כאמור, קשר של ידועים בציבור אינו מבוסס על אקט משפטי מכונן, אלא מזוהה על סמך מבחנים עובדתיים עמומים וגמישים יותר (255-א-ב).

א

(2) נטל ההוכחה הכבד מהרגיל, שאותו ראוי להטיל על ידועים בציבור במקרה של שהייה בלתי חוקית, יתייחס לא רק להיבט של כנות הקשר, אלא גם להיותו קשר העולה כדי יחסי ידועים בציבור, על פי הפרמטרים המקובלים (255-ג).

ב

(3) צעד נוסף העשוי ליתן מענה לקושי הנובע מגבולותיו העמומים של מוסד הידועים בציבור הינו קביעת קריטריונים אשר יגדירו מי ייחשבו כידועים בציבור לצורך הקונקרטי של יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר זה (255-ד).

ג

יא. לנוכח חשיבותו הרבה של הנוהל והשפעתו על מעמדם של אנשים רבים, נדרש פרסום מקיף ומלא שלו, הכול כדי להבטיח נגישות סבירה לנוהל מצד אלה שיזדקקו לו. על המדינה להקפיד הקפדה יתרה על עמידה בחובתה זו (257-ז).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, סעיפים 1, 13, 13(א).
- חוק השבות, התש"י-1950.
- ט חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001.
- חוק האזרחות, התשי"ב-1952, סעיפים 7, 5(א).
- חוק השמות, התשט"ז-1956, סעיפים 3, 4.
- חוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, סעיף 1.
- ה חוק בית המשפט לעניני משפחה, התשנ"ה-1995, סעיף 1.
- חוק השמות (תיקון מס' 3), התשנ"ו-1996, סעיף 5.
- פקודת הנזיקין [נוסח חדש], סעיף 78.
- חוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963.
- חוק הירושה, התשכ"ה-1965, סעיף 55.
- ל חוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, סעיף 6.

חקיקת משנה שאוזכרה:

- תקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל"ה-1974.
- תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974.
- ז

הצעות חוק שאוזכרו:

— הצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח 2931, עמ' 108, 109.

א

אמנות שאוזכרו:

— האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 1040, עמ' 269, סעיף 23.2

ב

פסקי דין של בית המשפט העליון שאוזכרו:

- [1] בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505 (1992).
- [2] בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289 (2002).
- [3] עע"ם 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל, פ"ד נט(4) 134 (2005).
- [4] עע"ם 9018/04 סאלם נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 12.9.2005).
- [5] בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113 (1972).
- [6] בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661 (1995).
- [7] בג"ץ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים, פ"ד נז(4) 920 (2003).
- [8] בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נז(2) 21 (2003).
- [9] בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522 (1997).
- [10] בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424 (1988).
- [11] בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728 (1999).
- [12] בר"ם 173/03 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' סלאמה (לא פורסם, ניתן ביום 9.5.2005).
- [13] עע"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 29.6.2005).
- [14] בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113 (1994).
- [15] בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950 (2002).
- [16] בג"ץ 693/91 ד"ר אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749 (1993).
- [17] ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443 (1984).
- [18] ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן, פ"ד מג(1) 278 (1989).
- [19] ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529 (1983).
- [20] ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12 (1999).

ג

ד

ה

ו

ז

- [21] רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213 (2003).
- [22] ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין, פ"ד מה(2) 89 (1991).
- [23] ע"א 1717/98 בלאו נ' פוזש, פ"ד נד(4) 376 (2000).
- [24] בג"ץ 6086/94 נדרי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מט(5) 693 (1996).
- [25] רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491 (2003).
- [26] ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (2003).
- [27] ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז 102 (1962).
- [28] בג"ץ 89/83 ד"ר לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד לח(2) 488 (1984).
- [29] ד"נ 13/84 ד"ר לוי נ' יו"ר ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד מא(4) 291 (1987).
- [30] ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, פ"ד כד(1) 617 (1970).
- [31] ע"א 79/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' שוקרן, פ"ד לט(2) 690 (1985).
- [32] ע"א 6434/00 דנינו נ' מנע, פ"ד נו(3) 683 (2002).
- [33] בג"ץ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ(4) 645 (1966).
- [34] בג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33 (1972).
- [35] ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505 (1974).
- [36] ע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון, פ"ד מג(1) 431 (1989).
- [37] ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337 (1997).
- [38] בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481 (2003).
- [39] בג"ץ 2597/99 רוזריגז-טושביים נ' שר הפנים, פ"ד נט(6) 721 (2005).
- [40] בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1 (1995).
- [41] בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367 (1997).
- [42] בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178 (2000).
- [43] בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807 (2004).
- [44] בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481 (2005).
- [45] בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, עו"ד, פ"ד מו(3) 501 (1992).

- [46] בג"ץ 3930/94 ג'זמאוי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778 (1994).
- [47] בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177 (1996).
- [48] בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193 (1998).

א

פסקי דין של בתי המשפט המחוזיים שאוזכרו:

- [49] עת"מ (מחוזי ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 29.12.2004).
- [50] עת"מ (מחוזי חי') 1009/05 פוחולוק נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 28.3.2005).
- [51] עת"מ (מחוזי ת"א) 1145/05 פרי נ' שר הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 28.6.2005).
- [52] עת"מ (מחוזי ת"א) 1161/05 לשקרוב נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 4.5.2005).
- [53] עת"מ (מחוזי ת"א) 2948/04 וסקר נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 7.6.2005).
- [54] עת"מ (מחוזי ת"א) 1441/05 גרסימובה נ' משרד הפנים (לא פורסם, ניתן ביום 26.7.2005).
- [55] ת"ע (מחוזי ת"א) 1180/69 [בעניין] עזבון המנוח אויגן שטרן ז"ל (לא פורסם).

ב

ג

ד

ה

ספרים ישראליים שאוזכרו:

- [56] אמנון בן דרור הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין (מהדורה שנייה, 2000).
- [57] שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה (2005).
- [58] אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית (2004).

ו

מאמרים ישראליים שאוזכרו:

- [59] יובל מריץ "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל 663 (יורם רבין ויובל שני עורכים, 2004).

ז

- [60] מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג 484 (1973–1974).
- א [61] דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג 459 (1973–1974).
- [62] חמן פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו 119 (התשל"ה).
- [63] אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה" ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג 267 (אריאל רוזן-צבי עורך, 1994).
- ב [64] אליהו מצא "ידיעת הציבור ו'הידועה בציבור" עיוני משפט ב 230 (1972).
- [65] דליה דורנר "מידתיות" ספר ברנזון – כרך ב 281 (אהרן ברק וחיים ברנזון עורכים, 2000).

ג

שונות:

- [66] ההכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948, סעיף 16(1).

- ד ערעורים על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים בתיק עת"מ 1163/05 מיום 7.4.2005 (השופט א' טל), ובתיק עת"מ 1470/05 מיום 8.6.2005 (השופטת ש' דותן). הערעורים נדחו.

ה

יוכי גנסין, מנהלת תחום עניינים מינהליים בפרקליטות המדינה, רננה קידר, עוזרת לפרקליט המדינה – בשם המערערת; עודד פלר – בשם המשיבים בעע"ם 4614/05; ולאדימיר מיסיוק – בשם המשיבים בעע"ם 6626/05.

ו

פסק דין

השופטת ד' ביניש:

- הערעורים שלפנינו מעמידים למבחן את מדיניות משרד הפנים, שלפיה נדרש אזרח זר, השוהה בישראל שלא כחוק ומבקש להסדיר את מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, לצאת מן הארץ בטרם תיבחן בקשת בן זוגו הישראלי להסדרת כניסתו לישראל ומעמדו בה. מדיניות זו מעוגנת כיום ב"נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" מיום 4.11.2004 (להלן:

הנוהל או נוהל הידועים (בציבור). המדינה מערערת לפנינו על פסיקותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים, אשר קבע כי אין להחיל דרישה זו על המשיבים.

עיקרי העובדות ופסיקת בית המשפט קמא

1. המשיבים שלפנינו הינם שני זוגות, אשר המשותף להם הוא כי אחד מבני הזוג הינו אזרח ישראל ואילו האחר הינו זר השוהה בארץ שלא כחוק. עת פנו שני הזוגות למשרד הפנים לשם הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר מכוח קשרי ידועים בציבור, נמסר להם כי על בן הזוג הזר לצאת לאלתר מן הארץ ורק לאחר צאתו יוכל בן זוגו הישראלי להגיש בעבורו בקשה לאשרת כניסה כדין לישראל. בעקבות זאת, הגישו שני הזוגות עתירות לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר פסק בשני המקרים כי אין להחיל עליהם את דרישת היציאה מן הארץ. הגם שערעוריה של המדינה על פסקי הדין הללו הינם עקרוניים באופיים ואינם נסובים על עניינם הפרטני של המשיבים, נתייחס להלן בקצרה לענייניו של כל אחד מן הזוגות שלפנינו, אשר נבדלים זה מזה בכל הנוגע לנסיבות השחייה הבלתי חוקית של בן הזוג הזר, ולפרטי מערכת היחסים שבין בני הזוג.

ענ"מ 4614/05

2. המשיבה בע"מ 4614/05, מאניבו אימלדה (להלן: אימלדה), אזרחית הפיליפינים, נכנסה לישראל בחודש ינואר 1998 באשרת עובד זר מסוג ב/1. תוקף אשרתה פקע בחודש ינואר 2001 ומאז היא שוהה בישראל שלא כדין. אימלדה הכירה בישראל את המשיב בע"מ 4614/05, אבנר אורן (להלן: אבנר) ולדברי השניים הם חיים זה למעלה משנה וחצי כידועים בציבור ומקיימים חיי משפחה במשק בית משותף. אימלדה ואבנר מבקשים, לדבריהם, להינשא, אולם לפי שעה נבצר מהם הדבר מאחר שהם ממתנים להתרת נישואיה של אימלדה בפיליפינים. לעת עתה הסדירו השניים את יחסיהם בהסכם ממון וחיי שיתוף אשר קיבל תוקף של פסק דין. ביום 16.12.2004 התייצב אבנר בלשכת מינהל האוכלוסין על מנת לבקש את הסדרת מעמדה של אימלדה ושם נמסר לו כי על פי נהלי משרד הפנים עליה לצאת מן הארץ בטרם תופל בקשתו להסדרת מעמדה. בעקבות זאת הגישו בני הזוג, ביום 27.1.2005, עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו (עת"מ 1163/05 אורן נ' משרד הפנים (להלן: עת"מ 1163/05)) ובה

ביקשו כי בית המשפט יורה למשרד הפנים להשלים את בדיקותיו למתן אשרת שהייה בישראל לאימלדה ולהימנע מנקיטת הליכים כלשהם להרחקתה.

א

בית המשפט קמא (השופט א' טל) קיבל את העתירה. יש לציין כי בית המשפט קמא מצא כי על בני הזוג אין חל הנוהל מיום 4.11.2004 כי אם נוהל קודם מיום 16.7.2003, אשר לא התייחס במפורש לבני זוג שהינם בלתי חוקיים ואף לא כלל דרישה ליציאה מן הארץ. זאת, מכיוון שמצא כי הנוהל מיום 4.11.2004 לא פורסם כדרוש ומשום שרק במהלך בירור העתירה הוכרעה מחלוקת בשאלת מועד כניסתו לתוקף. בתוך כך, דחה בית המשפט קמא את טענת המדינה כי הגם שהנוהל הקודם אינו כולל דרישה ליציאה מן הארץ, הרי שהרחקת בן הזוג השוהה בארץ שלא כדין ממילא מתחייבת מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק). בית המשפט קמא פסק כי בהתקיים סממנים חיצוניים לקיומו של קשר זוגי, הכולל חיי משפחה ומשק בית משותף, אין לדרוש את הרחקת בן הזוג הזר בטרם תושלם בדיקת הבקשה להסדרת מעמדו. בפסק דינו הדגיש בית המשפט קמא כי על אף שההכרה במעמדם של ידועים בציבור אכן מצריכה עיגונים עובדתיים חזקים יותר לכנות הקשר מאלה הנדרשים מבני זוג נשואים, הרי שאין בכך כדי להצדיק הימנעות מבירור נסיבותיו של כל מקרה לגופו. אשר למקרה שלפניו, ציין בית המשפט קמא כי בני הזוג חיים יחדיו ומנהלים משק בית משותף מזה כשנה ואף חתמו על הסכם ממון. כן ייחס משקל לכך שבני הזוג הגישו בקשתם להסדרת מעמדה של אימלדה בטרם נעצרה זו. בית המשפט קמא מצא כי נסיבות אלה מלמדות על כנות הקשר בין בני הזוג, ופסק כי אין להחיל על אימלדה את דרישת היציאה מן הארץ.

ב

ג

ד

ה

ענ"ם 6626/05

3. המשיבה בעע"ם 6626/05, אנסטסיה פשנקו (להלן: אנסטסיה), אזרחית רוסייה, נכנסה לישראל בחודש יוני 1997, בהיותה בת 16, יחד עם אמה אשר נישאה לאזרח ישראלי. עם הגעתה לארץ קיבלה מעמד של תושבת ארעי. במהלך שנות שהותה בארץ סיימה את לימודיה בבית הספר התיכון והשתלבה במקום עבודה. בשנת 2000 נפרדה אמה של אנסטסיה מבעלה, והשתיים נדרשו לעזוב את ישראל. בשל מצבה הבריאותי של האם הוארכו אשרות שהייה של השתיים עד לחודש פברואר 2003, עת נדרשו לצאת מישראל תוך 60 ימים. החל מחודש אפריל 2003 שוהה אנסטסיה בישראל שלא כדין. אנסטסיה הכירה בישראל את המשיב בעע"ם 6626/05, אלכסנדר גומברג (להלן: אלכסנדר). לדברי בני הזוג, הם מקיימים קשר

ו

ז

זוגי רצוף מאז חודש ספטמבר 2000 והחל מחודש מארס 2005 הם מתגוררים יחדיו. אנסטסיה ואלכסנדר מבקשים, לדבריהם, להינשא, אולם נבצר מהם לעשות כן בישראל מאחר שאנסטסיה אינה יהודייה. ביום 27.10.2004 פנה בא כוחה של אנסטסיה למינהל האוכלוסין בבקשה להסדרת מעמדה בארץ מכוח זיקתה לישראל וקשריה עם אלכסנדר. בקשה זו נדחתה על ידי משרד הפנים ביום 22.11.2004. ערר שהוגש על החלטה זו נדחה אף הוא, ואנסטסיה נתבקשה לעזוב את הארץ. בעקבות זאת, הגישו בני הזוג עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו (עת"מ 1470/05 פשנקו נ' משרד הפנים (להלן: עת"מ 1470/05)), ובה ביקשו כי תיבחן בקשתם להסדרת מעמדה של אנסטסיה מכוח היותם ידועים בציבור, בלי שזו תידרש לצאת את ישראל.

בית המשפט קמא (השופטת ש' דותן) קיבל, כאמור, את העתירה. בפסק דינו קבע כי יש לבחון כל מקרה לגופו ולהכריע אם דרישת היציאה מן הארץ הינה סבירה ומידתית בנסיבות העניין. בעניינה של אנסטסיה, התחשב בית המשפט קמא בנסיבות הגיעה לארץ, בעובדת ביטול המעמד שהיה לה וכן בהתערותה בחברה הישראלית. כן ייחס משקל לכך שהבקשה להסדרת מעמדה של אנסטסיה הוגשה בטרם נעצרה. בה בעת ציין בית המשפט קמא כי הקשר בין בני הזוג אינו מעוגן בראיות מוצקות וכי השניים החלו לנהל משק בית משותף רק לפני זמן קצר. לאחר בחינת מכלול נסיבות העניין, הגיע בית המשפט קמא לידי מסקנה כי הגם שיש מקום לבדוק ביסודיות את טיב קשריהם של בני הזוג, הרי שעזיבת אנסטסיה את הארץ אינה דרושה לצורך כך ויש בהרחקתה מן הארץ לתקופה בלתי ידועה כדי לגרום לפיטוריה וכדי לשבש את אורח חייה. על כן הורה בית המשפט קמא לעכב את הרחקתה של אנסטסיה מן הארץ למשך שישה חודשים אשר במהלכם תיבחן הבקשה להסדרת מעמדה.

4. ערעוריה של המדינה מופנים נגד חיובה לבחון את הבקשות להסדרת מעמדן של המשיבות בשני הערעורים שלפנינו בלי להחיל עליהן את מדיניותו של משרד הפנים, המחייבת אזרח זר, השוהה בישראל שלא כחוק והמבקש להסדיר את מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, לצאת תחילה מן הארץ. כאמור, ערעורים אלה אינם מתמקדים בנסיבות הקונקרטיות של המשיבים, אלא נושאים אופי עקרוני. דרישת היציאה מן הארץ עמדה למבחנם של בתי המשפט לעניינים מינהליים בשורה של עתירות, ובפסיקותיו מסתמנות מגמות מנוגדות. מקצת פסקי הדין – ובהם שני פסקי הדין נושא הערעורים שלפנינו – שללו את החלטה של

דרישת היציאה מן הארץ, ואילו מקצתם קבעו כי יש ליישמה. לנוכח זאת, מבקשת המדינה כי בית משפט זה יכריע בשאלות העקרוניות הנוגעות למדיניות משרד הפנים באשר לבני זוג שהם ידועים בציבור. בטרם נעמוד על טענות הצדדים בעניין זה, נדרשים אנו לסקור את התשתית הנורמטיבית שעליה הן נבנות.

המסגרת הנורמטיבית

5. מי שאינו אזרח ישראלי ואף אינו עולה, כמשמעותו של הביטוי בחוק השבות, התש"י-1950, יהיו כניסתו לישראל וישיבתו בה על פי אשרה ורשיון ישיבה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל (סעיף 1 לחוק). על פי החוק, מוקנית הסמכות למתן אשרות ורשיונות ישיבה לשר הפנים. הלכה היא כי לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על פי חוק הכניסה לישראל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים [1], בעמ' 520 (להלן: פרשת קנדל); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים [2], בעמ' 293; ע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל [3], בפסקה 9 (להלן: פרשת חמדאן); ע"מ 9018/04 סאלם נ' משרד הפנים [4]). זאת, בהתאם לעקרון הריבונות, שמכווח ישראלי למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים להיכנס לתחומה או להרחיקם כאשר אינם רצויים עוד (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים [5], בעמ' 117; פרשת קנדל [1] הנ"ל, בעמ' 520; בג"ץ 1031/93 פטרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים [6], בעמ' 705; בג"ץ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים [7], בעמ' 930 (להלן: פרשת לפקה)). עם זאת, חזר בית משפט זה וקבע כי שיקול דעתו של שר הפנים לעניין חוק הכניסה לישראל נתון לביקורתו של בית המשפט, כשיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת (ראו, למשל: פרשת קנדל [1] הנ"ל, בעמ' 528; בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים [8], בעמ' 28; בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים [9], בעמ' 525; פרשת חמדאן [3] הנ"ל, בפסקה 9 לפסק הדין).

- חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים אף להורות על הרחקתם של זרים מן הארץ. עד לתיקונו בשנת 2001, הורה סעיף 13(א) לחוק כי "מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, רשאי שר הפנים לתת עליו צו גירוש אם נמצא בישראל בלי רשיון ישיבה". בפסיקתנו נקבע כי אף שהסמכות להורות על הרחקתו של זר הינה סמכות רחבה ביותר, הרי בה בעת נתונה היא לביקורתו של בית המשפט על פי כל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המינהלי (ראו: בג"ץ 282/88 עווד נ' יצחק שמיר, ראש הממשלה ושר הפנים [10], בעמ' 434; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים [11], בעמ' 770 (להלן: פרשת סטמקה); פרשת לפקה [7] הנ"ל, בעמ' 930-931). סעיף 13 לחוק הוחלף בחוק הכניסה לישראל

(תיקון מס' 9), התשס"א-2001 (להלן: תיקון מס' 9 לחוק), אשר נתקבל ביום 25.7.2001. תיקון מס' 9 לחוק נועד להסדיר באופן מקיף את סוגיית גירושם של זרים השוהים בישראל שלא כדין, לנוכח הגידול הניכר בהיקף תופעת השהייה הבלתי חוקית של זרים (ראו דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000). הוראות הסעיף החדש מגדירות מיהו שוהה שלא כדין ומצוות על הרחקתו מן הארץ בהקדם האפשרי:

13. (א) מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, ונמצא בישראל, בלי רשיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן.
(ב) הרחקתו מישראל של שוהה שלא כדין תהיה על פי צו הרחקה שניתן עליו בידי שר הפנים [...].

6. במסגרת שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בהפעלת סמכויותיו מכוח חוק הכניסה לישראל, נקבעה מדיניות המאפשרת לזרים, אשר הוכיחו כי הינם ידועים בציבור של אזרחים ישראלים, להסדיר את מעמדם בישראל מכוח יחסים אלה. מדיניות זו עוגנה בשנת 2000 ב"נוהל הטיפול בהענקת מעמד לבני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין" מיום 1.5.2000. נוהל זה קבע כי, כפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים של בני הזוג, יוענק לבן הזוג הזר מעמד בהתאם להליך המדורג שאותו עובר בן זוג הנשוי לתושב ישראלי.

הנוהל האמור עבר שני תיקונים, אשר התייחסו בעיקר לסוג האשרות הניתנות לבן הזוג הזר על פי ההליך המדורג ובסיומו. כך, בעקבות התיקון משנת 2002, נקבע כי כפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים, יוענק לבן הזוג הזר רישיון ישיבה מסוג ב/1 למשך 27 חודשים, ולאחר מכן יוענק לו רישיון ישיבת ארצי מסוג א/5 למשך שנה בכל פעם. על פי נוסח זה של הנוהל, נדרשו בני הזוג להגיש מידי שנה בקשה חדשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ולעבור בדיקה מחודשת להוכחת משק בית משותף. בן הזוג הזר נותר במעמד של תושב ארצי כל זמן שהקשר בין בני הזוג התקיים, והוא לא רכש מעמד של קבע בישראל. במהלך שנת 2003 תוקן הנוהל בשנית, ונקבע בו כי כפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים, יוענק לבן הזוג הזר רישיון ישיבה מסוג ב/1 לשנה, וזה יוארך מידי שנה כפוף

לבדיקת כנות הקשר. על פי נוסח זה, לא הייתה לבן הזוג הזר אפשרות לשדרג את מעמדו עם חלוף השנים והוא הוסיף להחזיק ברישיון מסוג ב/1 כל זמן שהקשר בינו לבין בן זוגו הישראלי התקיים.

א

ביום 4.11.2004 פורסם נוסח חדש של הנוהל – הוא הנוסח נושא הערעורים שלפנינו. לפי נוסח זה, כפוף להוכחת חיים משותפים וקשר אמיתי יוענק לבן הזוג הזר רישיון ביקור מסוג א/5 אשר יוארך מידי שנה במשך שש שנים בסך הכול. בתום שבע שנות חיים משותפים, יזכה בן הזוג הזר במעמד של תושב קבע. בשונה מנוסחיו הקודמים, כלל הנוהל מיום 4.11.2004 התייחסות לטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן זוג השוהה בארץ שלא כחוק. וכך נקבע בהוראות הרלוונטיות לעניין זה:

ג

2.ג. [...] במידה והזר שוהה בארץ שלא כחוק, יש לבקשו לצאת מן הארץ, לאחר מכן יגיש הישראלי עבורו בקשה לאשרת כניסה.

3.ג. כאשר הזר שהה בארץ באופן לא חוקי ונדרש לצאת מן הארץ, ניתן לאשר את כניסת הזר חזרה לארץ כנגד ערבות בנקאית אם מתעורר חשד בדבר כנות הקשר וזאת באישור מנהל הלשכה. גובהה הערבות הנדרשת יהא 15,000 ש"ח ו-5,000 ש"ח לקטין נלווה. במקרים חריגים תישקל העלאה או הורדה של סכום הערבות על פי המלצת מנהל הלשכה ובאישור מטה מנ"א.

ד

לאחר העמידה בדרישות הנוהל לא יעלה משך הטיפול בבקשה על 30 יום אלא אם כן יש נסיבות מיוחדות באישור מטה מנ"א (הדגשה במקור – ד' ב').

ה

הדרישה המעוגנת בהוראות אלה, כי בן הזוג הזר השוהה בארץ שלא כדין ייצא את הארץ בטרם תיבחן בקשת בן זוגו הישראלי לכניסתו כחוק לישראל ולהסדרת מעמדו, היא הניצבת בבסיסם של הערעורים שלפנינו.

ו

7. דרישה דומה הוחלה בעבר גם על זרים שביקשו להסדיר את מעמדם בישראל מכוח נישואיהם לאזרחים ישראלים, אשר נערכו שעה ששהו בארץ שלא כדין. על פי מדיניותו של משרד הפנים בין השנים 1996–1999, נדרש בן הזוג הזר, אשר שהה שלא כדין בארץ לעת הנישואין, לעזוב את ישראל והורשה לשוב ולהיכנס לארץ רק

לאחר שמשרד הפנים השתכנע בכנות נישואיו. יש לציין כי, על פי מדיניות זו, נדרש בן הזוג הזר לעזוב את הארץ לתקופה בלתי מוגדרת, ולא לתקופה קצובה של 30 יום, כשם שמורה הנוהל נושא הערעורים שלפנינו.

א

מדיניות זו עמדה למבחנו של בית משפט זה בפרשת סטמקה [11] הנ"ל ונפסלה על ידיו, בקובעו כדלקמן:

"מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים – כמדיניות עקרונית – כי בן הזוג הזר יעזוב את הארץ לחודשים מספר עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשוניים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח" (שם [11]).
בעמ' 795).

ב

בה בעת נפסק כי, כאשר בן הזוג הזר שוהה בארץ שלא בהיתר, רשאי משרד הפנים להקפיד עם בני הזוג ולדרוש מהם מידת ראייה גבוהה מן הרגיל להוכחת כנות הנישואין. כן קבע בית המשפט כי באותם מקרים שבהם "פיקציית-הנישואין עולה בבירור" אף בלא צורך בעריכתן של בדיקות מעמיקות, רשאי משרד הפנים לדרוש מבן הזוג הזר לעזוב את הארץ בטרם נערכה בדיקה ממצה של כנות הנישואין.

ד

השאלה הניצבת לפנינו הינה, בין היתר, אם קביעותיו של בית משפט זה בפרשת סטמקה [11] הנ"ל יפות גם לענייננו. ובמילים אחרות: אם יש מקום להחיל את הלכת סטמקה [11] גם על הדרישה המעוגנת בנוהל כי זרים השוהים בישראל שלא כדין ומבקשים להסדיר מעמדם בארץ מכוח היותם ידועים בציבור של אזרחים ישראלים, ייצאו מן הארץ בטרם תיבחן בקשת בני זוגם להסדרת כניסתם לארץ ומעמדם בה.

ה

8. כאמור, הדרישה ליציאה מן הארץ של בן הזוג הזר עמדה עד עתה למבחנם של בתי המשפט לעניינים מינהליים, שם הביעו השופטים עמדות שונות בשאלה אם יש להחילה. בין פסקי הדין הבולטים השוללים את החלתה של דרישת היציאה מן הארץ מן הראוי להזכיר את פסק הדין בעת"מ (מחוזי ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים [49] (להלן: פרשת רוזנברג), אשר ניתן ביום 29.12.2004, קודם למתן פסקי הדין שהם נושא הערעורים שלפנינו. פרשת רוזנברג [49] הנ"ל עסקה בעתירתו של אזרח ישראלי כי בקשתו להסדרת מעמדו של בן זוגו, אזרח קולומביה אשר שהה בישראל שלא כדין, תיבחן בלי שזה יידרש לצאת תחילה את הארץ. בקשה זו

ו

ז

א הוגשה, כפי שהודגש בפסק הדין, בטרם נפתחו הליכי הרחקה נגד בן הזוג הזר. לאחר ניתוח נרחב נפסק, מפי השופט ע' פוגלמן, כי הדרישה ליציאת בן הזוג הזר מן הארץ אינה עומדת, בנסיבות המקרה, במבחן המידתיות, על שלושת יסודותיו. בין פסקי הדין שפסעו בנתיב שהתווה פסק הדין בפרשת רוזנברג הנ"ל נמנים – לבד מפסקי הדין שעליהם הוגשו הערעורים שלפנינו – עת"מ (מחוזי חי') 1009/05 פוחולוק נ' משרד הפנים [50] (שם נפסק כי "מקום שבו קיימים סממנים חיצוניים המלמדים לכאורה על קיומו של קשר זוגי הכולל חיי משפחה ומשק בית משותף, אין מקום לדרוש את הרחקת בן הזוג הזר בטרם תושלם בדיקת הבקשה"); ועת"מ (מחוזי ת"א) 1145/05 פרי נ' שר הפנים [51] (שם נפסק כי בנסיבות העניין הרחקתו של בן הזוג הזר מן הארץ, ולו על מנת לבחון במהלך פרק זמן של חודש את טיב יחסיו עם בת זוגו הישראלית, אינה סבירה ואינה מידתית). מנגד, בשורה של מקרים אחרים קבעו שופטי בתי המשפט לעניינים מינהליים כי דרישת היציאה מן הארץ לפרק זמן קצוב, שבמהלכו תתברר הבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר, השווה בישראל שלא כדיון, הינה דרישה סבירה ומידתית. בין פסקי הדין שנקטו גישה זו, אף במקרים שבהם נעשתה פנייה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בטרם נפתחו נגדו הליכי הרחקה, ניתן להזכיר את עת"מ (מחוזי ת"א) 1161/05 לשקרוב נ' משרד הפנים [52] (ערעור על פסק הדין תלוי ועומד לפני בית משפט זה); עת"מ (מחוזי ת"א) 2948/04 וסקר נ' משרד הפנים [53] (ערעור שהוגש על פסק הדין לבית משפט זה נמחק בהסכמת הצדדים); וכן את עת"מ (מחוזי ת"א) 1441/05 גרטימובה נ' משרד הפנים [54].

ב כעת מבקשת המדינה כי בית משפט זה יכריע בין שתי הגישות שבאו לידי ביטוי בפסיקת בית המשפט לעניינים מינהליים, ויפסוק הלכתו. על רקע המסגרת הנורמטיבית שתוארה לעיל, נדון בטענותיהם העקרוניות של הצדדים, הנוגעות לדרישת היציאה מן הארץ שנקבעה בנוהל הידועים בציבור.

ג טענות המדינה

ד 9. המדינה מדגישה כי הנוהל נושא הערעורים הינו נוהל ליברלי וחדשני, המאפשר הקניית מעמד בישראל לזרים המבקשים לחיות עם בני זוגם הישראלים כידועים בציבור, אף אם שהו בישראל שלא כחוק. אלא שלנוכח תופעה רחבה ביותר של נסיונות השתקעות בארץ מצד שוהים שלא כדיון, מצביעה המדינה על חשש מפני ניצול הנוהל לרעה בדרך של העלאת טענות בדבר קשרי זוגיות פיקטיביים. בנסיבות אלה, טוענת המדינה כי נדרש יישום זהיר ביותר של הנוהל.

במסגרת זו, דרישת היציאה מן הארץ משרתת, לטענתה, תכלית כפולה. המדינה טוענת כי דרישה זו מקדמת את ריבונות המדינה ואת שלטון החוק. בתוך כך מדגישה היא כי דרישת היציאה מן הארץ מגשימה את מצוותו המפורשת של המחוקק בדבר הרחקת המיידית של שוהים בלתי חוקיים, אשר באה לידי ביטוי בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל בנוסחו המתוקן. כן טוענת המדינה כי יש בדרישת היציאה מן הארץ כדי לצמצם את החשש מפני ניצולו של הנוהל לרעה על בסיס טענות שווא ומניעים בלתי כשרים. זאת, לטענת המדינה, מן הטעם שיש בהפעלתה העקבית של המדיניות הבאה לידי ביטוי בנוהל כדי לפגוע באופן ממשי בתמריציהם של שוהים שלא כדין לנסות להשתקע במדינה בדרך של העלאת טענות פיקטיביות בדבר חיים משותפים כידועים בציבור. כן טוענת המדינה כי ביציאת בן הזוג הזר את הארץ יש, למעשה, כדי להועיל לבחינה הראשונית של כנות הקשר.

אל מול תכליות אלה טוענת המדינה כי דרישת היציאה מן הארץ עומדת במבחן המידתיות. המדינה מדגישה כי הוראות הנוהל מיום 4.11.2004 מגבילות את תקופת הטיפול בבקשה לאשרת כניסה לבן הזוג הזר, אשר נדרש לצאת את הארץ, ל-30 ימים בלבד, לאחר העמידה בדרישות הנוהל. כן מציינת המדינה כי במקרים חריגים יהיה משרד הפנים מוכן לחרוג מן הנוהל ולהימנע מלדרוש את יציאת בן הזוג הזר מן הארץ.

עוד טוענת המדינה בערעוריה כי אין להחיל את קביעותיו של בית משפט זה בפרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעניין בטלות הדרישה כי בן זוג זר אשר נישא לאזרח ישראלי בהיותו שוהה בלתי חוקי ייצא את הארץ עד לתום בדיקת כנות נישואיו, על דרישת היציאה מן הארץ המעוגנת בנוהל. המדינה תומכת עמדתה זו בשלושה טיעונים עיקריים. ראשית, טוענת היא כי מאז מתן פסק הדין נשתנה המצב המשפטי, בעקבות תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, שבו נקבע, לראשונה, כי שוהה שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי. המדינה טוענת כי יש לפרש את הנוהל ולהחילו באופן העולה בקנה אחד עם הוראה זו; שנית, טוענת המדינה כי קיים שוני מהותי בין בני זוג זרים שנישאו לאזרחים לבין בני זוג זרים הטוענים להיותם ידועים בציבור של אזרחים. לטענת המדינה, ההבחנה בין המסגרת הנורמטיבית המסדירה את מעמדם של בני הזוג הזרים בכל אחד מן המקרים משליכה גם על היקף שיקול דעתו של שר הפנים. בעוד שעל זרים שנישאו לאזרחים ישראליים חלה הוראת סעיף 7 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות), הרי שזכותם הנטענת של בני זוג שאינם נשואים אינה מעוגנת בחוק

החרות, אלא מצויה בגדר שיקול דעתו הרחב ביותר של שר הפנים בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל. כן טוענת המדינה כי קיימת הצדקה להפעלה שונה של שיקול הדעת מצד שר הפנים בטיפול בעניינם של זרים הטוענים להיותם ידועים בציבור של אזרחים. זאת, לדבריה, מאחר שבעוד שקשר הנישואין, על משמעותו והשלכותיו, נתפש כמעין הרמת נטל ראשונית בדבר קיומו של קשר זוגי ממשי ואמיתי, הרי שטענה בדבר יחסי ידועים בציבור אינה טעונה אישור פורמלי, והיא עלולה להיטען בעלמא כשבבסיסה קשר שטחי או אף פיקטיבי. לבסוף, טוענת המדינה כי בפרשת סטמקה [11] הנ"ל ייחס בית משפט זה משקל רב לעובדה כי תקופת הפרידה בין בני הזוג לא הייתה מוגבלת בזמן, ואילו נוהל הידועים בציבור מגביל את הטיפול בבקשה לאשרת כניסה עבור בן הזוג הזר ל-30 ימים בלבד.

טענות המשיבים

10. בתגובותיהם טוענים המשיבים (להלן נתייחס למשיבים בשני הערעורים במשותף) כי דרישת היציאה מן הארץ, המובילה לפרידה כפויה של בני זוג, פוגעת בזכותם לחיי משפחה. המשיבים מדגישים כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד, המוכרת הן במשפט החוקתי הישראלי הן במשפט הבינלאומי, ומתפרשת גם על מסגרות משפחתיות שאינן מבוססות על קשר של נישואין. לטענת המשיבים, דרישת היציאה מן הארץ המעוגנת בנוהל אינה עומדת במבחני המידתיות. המשיבים טוענים כי בהיעדר ראיות ממשיות לכך שקשר מסוים הינו פיקטיבי, אין המדינה רשאית להחיל את דרישת היציאה מן הארץ באופן גורף. בתוך כך דוחים הם את טענת המדינה כי יש להבחין בין עניין סטמקה [11] הנ"ל לבין ענייננו שלנו. ראשית, טוענים המשיבים כי אין לראות בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, בנוסחו המתוקן, שינוי במצב המשפטי המחייב את יציאת בן הזוג הזר מן הארץ בטרם תסופל הבקשה להסדרת מעמדו. זאת, מן הטעם שאל מול סמכותו הרחבה של שר הפנים לצוות על הרחקתם של שוהים שלא כדין ניצבת סמכותו ליתן להם בנסיבות המתאימות רשיונות ישיבה ובכך להכשיר את מעמדם; שנית, טוענים המשיבים כי אין שוני רלוונטי בין זוגות נשואים לבין זוגות של ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ, ועל כן סבורים הם כי מדיניותו הנבדלת של משרד הפנים בשני המקרים הינה מדיניות מפלה. לשיטתם, אין ממש בנסיונה של המדינה להצדיק את השוני במדיניותה בטענה כי תעודת נישואין מהווה מעין הרמת נטל ראשונית בדבר כנות הקשר הזוגי. המשיבים מדגישים כי גם בעניינם של בני זוג נשואים, הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ממילא אינה מתבססת על קשר הנישואין הפורמלי אלא על

קיומו דה-פקטו של תא משפחתי, הנבחן במשך השנים במסגרת ההליך המדורג. נוסף לכך, דוחים המשיבים את הטענה כי ניתן להבחין בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ על בסיס המקור הנורמטיבי השונה השולט על הסדרת המעמד בכל אחד מן המקרים. זאת, לטענתם, מן הטעם כי גם בעניינם של זרים הנשואים לאזרחים מקורה של דרישת היציאה מן הארץ הוא ממילא בחוק הכניסה לישראל ולא בחוק האזרחות. לבסוף, דוחים המשיבים את הטענה כי יש בהגבלת משך זמן הטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר כדי להפוך את הפגיעה למידתית. זאת, מאחר שלא יעלה, לטענתם, בידי משרד הפנים לבחון את הבקשה ולהכריע בה בפרק זמן כה קצר של 30 ימים, מה גם ש-30 הימים נמנים מן המועד שבו הוגשה בקשה בהתאם לנוהל ולא מן המועד שבו יצא בן הזוג הזר את הארץ. אף בהצהרת המדינה בדבר קיומם של חריגים לדרישת היציאה מן הארץ אין כדי להועיל לה, לשיטת המשיבים, שכן חריגים אלה מצומצמים ביותר, מה גם שמעולם לא זכו לפרסום.

דיון

11. הנוהל נושא הערעורים שלפנינו מעגן את נכונותה של המדינה לאפשר לאזרח זר לרכוש מעמד של תושב קבע בישראל מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, אף אם הינו שוהה בארץ שלא כדין. הרציונל שבבסיס מדיניות ראויה זו הינו ההכרה כי גם תא משפחתי שאינו מבוסס על קשר פורמלי של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ, ובלבד שמדובר בקשר אמיתי, כן ומבוסס. מדיניות זו נותנת ביטוי למחויבותה של המדינה לזכות לחיי משפחה, הכוללת את זכותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עימו משפחה. זכות זו מוכרת במשפטנו (ראו פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 782) ומוגנת גם במשפט הבינלאומי (ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948 [66]; סעיף 23.2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; על הזכות לחיי משפחה ראו יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" [59], בעמ' 663). בענייננו, אין צורך להכריע בשאלת מהותה וטיבה של הזכות לחיי משפחה ובשאלה מהן החובות הפוזיטיביות המוטלות על המדינה כדי לכבד זכות זאת. אף כי בפרשת סטמקה [11] הנ"ל נאמר כי המחויבות להגנה על התא המשפחתי מכוחן של האמנות הבינלאומיות אינה מחייבת מדיניות זו או אחרת בנושא של איחוד משפחות, הרי בהקשר זה גם נקבע כי "הכירה ישראל – הכירה ומכירה היא – בחובתה לספק הגנה

לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור – בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטרטוריה שיבחרו בה" (שם [11], בעמ' 787). בעוד שפרשת סטמקה [11] הנ"ל עסקה בזכותם של בני זוג נשואים לחיי משפחה, הרי שמדיניותו של משרד הפנים הנדונה לפנינו מכירה בצורך לספק הגנה לא רק לתאים משפחתיים המבוססים על קשר של נישואין, אלא גם לאלה המבוססים על זוגיות במתכונת של ידועים בציבור. חשיבותה של המדיניות האמורה מתחדדת לנוכח המציאות הנורמטיבית בישראל, שלפיה נשלטים דיני הנישואין על ידי הדין הדתי ובכך מוצב מחסום בפני נישואין בין בני דתות שונות.

12. עם זאת, היבט אחד של הנוהל נושא הערעורים שלפנינו – הדרישה כי בן זוג זר השוהה בארץ שלא כדין ייצא את הארץ בטרם תיבחן הבקשה להסדרת מעמדו – פוגע בזכותם של בני זוג ידועים בציבור לחיים משותפים, בכפותו עליהם פרידה, ולו זמנית ומוגבלת במשכה. טוענת לפנינו המדינה כי דרישת היציאה מן הארץ מתחייבת לנוכח תופעה רחבה ביותר של נסיונות השתקעות מצד זרים השוהים שלא כדין בישראל, בין היתר על דרך הפנייה למשרד הפנים בבקשה להסדיר את מעמדם מכוח קשרי ידועים בציבור. בנסיבות אלה, טוענת המדינה, משרתת דרישת היציאה מן הארץ תכלית כפולה: הדרישה המקדמית להרחקת בן הזוג השוהה שלא כדין יש בה כדי לתת ביטוי לריבונות המדינה ולשלטון החוק; נוסף לכך, דרישה זו מסייעת לצמצם את ניצולו של הנוהל לרעה על בסיס טענות שווא לקשר זוגי פיקטיבי. אכן, תופעת השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים הפכה רחבה וקשה (לעניין זה ראו: פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 771; בר"ם 173/03 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' סלאמה [12], בפסקה 8; ענ"ם 1644/05 פרידה נ' משרד הפנים [13], בפסקה ו(1) (להלן: פרשת פרידה)) והיא אף הולכת ומחריפה באופן מתמיד. בנסיבות אלה, אין חולק על כך כי התכלית שנועדה דרישת היציאה מן הארץ לשרת הינה תכלית ראויה של ניסיון להתמודד עם תופעה זו. לעניין זה יפים דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין בפרשת סטמקה [11] הנ"ל, בהתייחסו לתכלית שבבסיס הדרישה כי זרים שנישאו לאזרחי ישראל בהיותם שוהים בלתי חוקיים ייצאו באופן זמני את הארץ:

"הנחת-המוצא היא, כי מלחמת-החורמה שמשרד הפנים אסר על הנישואין הפיקטיביים הינה 'תכלית ראויה', וכי כוונתו של המשרד

לשרש עשב-שוטה זה עד היעלמו הינה כוונה רצויה. הכול מסכימים כי כוונתו של משרד הפנים הולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכי נועדה היא לתכלית ראויה. מדינת ישראל מנסה להתמודד – ורשאית היא להתמודד – עם הגירה בלתי חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מגבלות מגנוני-האכיפה לשהייה ולהמשך שהייה בלתי חוקית בישראל. המלחמה בנישואין הפיקטיביים אפוא מלחמה ראויה היא" (שם [11], בעמ' 778).

א

ב

אלא, שבענייננו, כמו גם בפרשת סטמקה [11] הנ"ל, השאלה העומדת על הפרק הינה אם האמצעי שנוקטת הרשות במסגרת מאבקה הראוי בתופעת השתקעות של שוהים בלתי חוקיים – הדרישה כי בן הזוג הזר השוהה בישראל שלא כדין ייצא את הארץ עד שתיבחן הבקשה להסדרת מעמדו – מידתי הוא.

ג

הקרקע שעליה פוסעים אנו בבואנו לבחון את מידתיותה של דרישת היציאה מן הארץ אינה קרקע בתולה. פרושה לפנינו הדרך שהתווה בית משפט זה בפרשת סטמקה [11], כאשר בחן ופסל מדיניות דומה – אם כי לא זהה – שהוחלה על בני זוג זרים הנשואים לאזרחים ישראלים. טוענים לפנינו המשיבים כי העקרונות שנקבעו בעניין סטמקה [11] יפים גם לענייננו ויש בהם כדי להנחותנו לפסול את מדיניות משרד הפנים. המדינה, מצידה, מבקשת להבחין בין עניין סטמקה [11] הנ"ל לבין ענייננו שלנו. בטרם נפנה לבחינת מידתיותה של דרישת היציאה מן הארץ לגופה, עלינו לבחון אם עלינו לצעוד בדרך שנסללה בפרשת סטמקה [11] או שמא יש בהבחנות שמציעה המדינה כדי להציבנו בנקודה שונה, המצריכה כבישת דרך חדשה.

ד

ה

היש להחיל את עקרונות הלכת סטמקה [11] על ענייננו?

13. המדינה, הסבורה כי אין מקום להרחיב את תחולתם של עקרונות הלכת סטמקה [11] על ענייננו שלנו, תומכת עמדתה זו בשלושה בסיסים להבחנה בין עניין סטמקה [11] הנ"ל לבין המדיניות הנדונה לפנינו: ראשית, השינוי במצב המשפטי; שנית, השוני במושאי הנוהל, הטוענים לקשר של ידועים בציבור עם אזרחים ישראלים ולא לקשר של נישואין; ולבסוף, מזעור מידת הפגיעה בבני הזוג כתוצאה מהגבלת משך הטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר. טענה אחרונה זו יורדת לשורשו של מבחן המידתיות ותיבחן במסגרתו בהמשך. בשלב זה נבחן תחילה אם יש ממש בניסיון להבחין בין עניין סטמקה [11] לבין ענייננו על סמך שני הבסיסים הראשונים.

ו

ז

שינוי המצב המשפטי מאז פסק הדין בעניין סטמקה [11]

א 14. כאמור, טענתה הראשונה של המדינה בדבר הצורך להבחין בין עניין סטמקה [11] לבין ענייננו שלנו מתייחסת לשינוי המצב המשפטי בעקבות תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, שבו הוגדר מיהו שוהה שלא כדין, ונקבע, לראשונה, כי שוהה שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי. לטענת המדינה, יש לקיים את דרישת היציאה מן הארץ של בן הזוג הזר, באשר זו מגשימה את מצוותו המפורשת של המחוקק בדבר הרחקתם של שוהים בלתי חוקיים. השאלה שלפנינו הינה, אם כן, כיצד משפיע תיקון מס' 9 לחוק על בחינת מידתיות הדרישה בדבר היציאה מן הארץ. התיקון האמור נועד להקנות למדינה כלים לצורך התמודדות עם הגידול הדרמטי בתופעת השהייה הבלתי חוקית. תכלית זו עולה בבירור מדברי המבוא להצעת החוק:

ג "בשנים האחרונות עדה מדינת ישראל לתופעה של כניסה ושהייה של זרים בתוכה בלא היתר כדין, בהיקף וממדים שבהם טרם התנסתה בעבר. תופעה זו נובעת מתמורות חברתיות פנימיות, כמו גם שינויים גלובליים, שהביאו לביקוש גדול לעובדים זרים מחד גיסא, ולחיפוש יעדי הגירה ממקומות שונים בעולם לשם שיפור רמת החיים מאידך גיסא. אוכלוסיית השוהים שלא כדין בישראל כוללת, בין השאר, עובדים זרים ותיירים שלא עזבו את ישראל עם תום תקופת האשרה שניתנה להם, וכן אנשים נוספים. לשהייה שלא כדין יש השלכות שליליות רבות, חברתיות, כלכליות ואחרות, ובהן גם פגיעה בשלטון החוק ובזכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בשעריה ומי יורשה לשהות בה" (דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8), התשס"א-2000, ה"ח 2931, בעמ' 108).

ל נוכח זאת, מבקש תיקון מס' 9 להסדיר באופן מקיף את סוגיית גירושם של זרים השוהים בישראל שלא כדין. על פי דברי ההסבר להצעת החוק, אחר מעיקרי התיקון הוא "קביעה נורמטיבית כי שוהה בישראל שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי [...]". במסגרת זו, הוחלף נוסחו של סעיף 13(א) לחוק, אשר קבע עד לתיקונו כי שר הפנים רשאי להוציא צו לגירושו של שוהה בלתי חוקי בנוסח חדש הקובע כי שוהה בלתי חוקי "יורחק מישראל בהקדם האפשרי".

ז השאלה היא אם יש בניסוחו ההחלטי של סעיף 13(א) לחוק בנוסחו החדש כדי להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים בכל הנוגע להרחקתם של זרים. אכן, סעיף

זה קובע כי כיום הכלל הנורמטיבי הוא הרחקתם של שוהים שלא כדין בהקדם האפשרי. עם זאת, בית משפט זה כבר קבע כי אין בהוראתו כדי לשלול את שיקול דעתו של שר הפנים בענייני הרחקה מן הארץ. בהקשר זה נקבע כי:

"אכן, הוראת סעיף 13(א) לחוק הכניסה (לאחר תיקון מס' 9) מנוסחת בלשון של ציווי ("יורחק מישראל" [...]) – שלא כהוראת סעיף 13(א) קודם התיקון, שקבעה כי 'רשאי שר הפנים לתת [...] צו גירוש [...] – ואולם מתוך ששר הפנים קנה סמכות ליתן בידי העותר – כהוראת סעיף 2 לחוק הכניסה – אשרה ורישיון לשהייה בארץ, ממילא יכול הוא להימנע מהרחקתו מישראל על דרך הענקתו של רישיון שהייה בארץ" (פרשת לפקה [7] הנ"ל, בעמ' 931–932).

על כן, הגם שסעיף 13(א) לחוק הכניסה מורנו כיום כי, ככלל, תוביל שהייה בלתי חוקית להרחקה מן הארץ בהקדם האפשרי, הרי שלשר הפנים שמור שיקול הדעת לקבוע כי זכות מוגנת של הפרט או אינטרס חברתי אחר גוברים על האינטרס הציבורי בהרחקתו של שוהה שלא כדין, ומצדיקים ליתן לו רישיון לשהייה בארץ חרף שהייתו הבלתי חוקית. ואכן, המשיבים מביאים בתגובתם דוגמאות שונות למצבים שבהם מתאפשרת הסדרת מעמדו של שוהה בלתי חוקי חרף הוראת סעיף 13(א) לחוק, המצווה על הרחקתו. זהו המצב, למשל, באשר לזרים שנישאו לאזרחי ישראל בהיותם שוהים בלתי חוקיים, ובעקבות פסק הדין בפרשת סטמקה [11] אינם נדרשים כיום לצאת את הארץ בטרם יוסדר מעמדם. זהו המצב גם על פי נוהל "שמיים סגורים", המאפשר השמה מחודשת של עובדים זרים, המצויים במשמורת בשל שהייה בלתי חוקית או עבודה בלתי חוקית בארץ. זאת, במטרה ליתן מענה לדרישתם של מעסיקים בעלי היתרי העסקה תקפים לעובדים זרים, בלי להכניס ארצה עובדים זרים נוספים.

15. שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים ליתן רישיון שהייה לשוהה בלתי חוקי ולהימנע מלצוות על הרחקתו – כפוף להוראתו הנורמטיבית של המחוקק, שלפיה על דרך הכלל תידרש הרחקתו של השוהה הבלתי חוקי – עודנו שיקול דעת רחב. אך בה בעת, כפוף הוא לביקורתו של בית המשפט על פי כל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המינהלי. על כן, אם נמצא כי העמידה על דרישת ההרחקה מן הארץ פוגעת באופן בלתי מידתי בבני זוג המקיימים קשר של ידועים בציבור, דינה להיפסל במצב המשפטי הנוהג כיום בעקבות תיקון מס' 9, כשם שנפסלה בפרשת סטמקה [11], עובר לתיקון.

בין הסדרת מעמד מכוח קשר של ידועים בציבור להסדרת מעמד מכוח נישואין

א 16. בסיס נוסף לצורך להבחנה בין עניין סטמקה [11] לבין עניינו נעוץ, לשיטת המדינה, בשוני המהותי בין הסדרת מעמדו של זר שהינו ידוע בציבור של אזרח ישראלי לבין הסדרת מעמדו של זר הנשוי לאזרח ישראלי. לטענת המדינה, שורש ההבחנה נעוץ במסגרת הנורמטיבית השונה החולשת על הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בכל אחד מן המקרים, המשליכה גם על הבדלים בהיקף שיקול הדעת הנתון לשר הפנים.

ב אכן, בעוד שבכל הנוגע להסדרת מעמדו של זר מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי מצויים אנו בגדר שיקול דעתו הרחב של שר הפנים מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, הרי שהסדרת מעמדו של זר הנישא לאזרח ישראלי מעוגנת בהוראות חוק תרות, הוא חוק האזרחות. בן הזוג הזר אמנם אינו זכאי "אוטומטית" לאזרחות ישראלית מכוח נישואיו לאזרח ישראלי (בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים [14], בעמ' 116 (להלן: פרשת רנקין); פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 765; בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים [15], בעמ' 955 (להלן: פרשת סלאמה)), אך העניין מסור לשיקול דעתו של שר הפנים, ומהוראות סעיף 7 לחוק האזרחות ניתן ללמוד כי למוסד הנישואין, ככזה, יש השפעה על מתן הקלה בהליכי ההתאזרחות. וכך מורה אותנו סעיף 7 הנ"ל:

ה "התאזרחות של 7. בעל ואשתו שאחד מהם אזרח ישראלי או שאחד מהם ביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א) או הפטור מהם, יכול השני לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים בסעיף 5(א)".

ו הוראות סעיף זה נועדו להקל בהליך ההתאזרחות של זר הנישא לאזרח ישראלי, בקובען כי כפוף לשיקול דעתו של שר הפנים, יוכל הוא לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, גם אם לא נתקיימו בו תנאי ההתאזרחות הקבועים בסעיף 5(א) לחוק האזרחות. התכלית שבבסיס נכונות זו להגמיש את דרישות ההתאזרחות הינה "ברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ובצורך למנוע פיצול אזרחותם של מרכיביו" (פרשת רנקין [14] הנ"ל, בעמ' 117). הוראות סעיף 7 לחוק האזרחות מנחות את שר הפנים להביא בגדר שיקול הדעת המסור לו את כוונות המחוקק להקל

עם זרים הנשואים לאזרחים ישראלים שעה שמבקשים הם לזכות באזרחות ישראלית (ראו פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 792).

17. טוענים המשיבים כי אין נפקות לשוני זה במסגרת הנורמטיבית לעניין דרישת היציאה מן הארץ. לטענתם, דרישה זו, בין שהיא מופנית לזוגות ידועים בציבור ובין שהייתה מוסיפה להיות מופנית לזוגות נשואים, ממילא הייתה יונקת כל כולה מהוראות חוק הכניסה לישראל. לטענת המשיבים, סעיף 7 לחוק האזרחות נועד להקל על הליך ההתאזרחות ולהגמיש את תנאי ההתאזרחות, אך אין בו כדי להשליך על בחינת הדרישה ליציאת בן הזוג הזר מן הארץ.

למבחנת טענה זו, נסקור בקצרה את האופן שבו מטופלת בקשת התאזרחות של זר הנישא לאזרח ישראלי. על פי נהלי משרד הפנים, אשר גובשו בעקבות פרשת סטמקה [11], מקום שבני הזוג שוהים בארץ ונישאו לפני שהוצא צו הרחקה נגד בן הזוג הזר, הם יזומנו למבחנה ראשונית של כנות הקשר ביניהם. לאחר מכן – ככל שהבקשה אינה מעוררת חשש לפיקטיביות ובהיעדר מניעה בטחונית או פלילית – יינתן לבן הזוג הזר רישיון ישיבה מסוג ב/1 למשך שישה חודשים, לפי תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 (להלן: תקנות הכניסה לישראל). בתוך תקופה זו יוחלט אם לאשר את כניסת בן הזוג הזר להסדר המדורג לקבלת אזרחות ישראלית. במקרה כזה, יינתן לבן הזוג הזר רישיון ישיבת ארעי מסוג א/5, לפי תקנות הכניסה לישראל, למשך תקופה של שנה. תוקפו של הרישיון יוארך בהיעדר מניעה למשך תקופה כוללת של ארבע שנים. בסיום תקופה זו – ובהיעדר מניעה – יזכה בן הזוג הזר באזרחות ישראלית. בית משפט זה כבר דן בשאלה מהי המסגרת הנורמטיבית החולשת על בקשת התאזרחותו של בן זוג זר הנישא לאזרח ישראלי, בשים לב לכך שבשלבי ההסדר המדורג מקור הסמכות לשהותו בישראל הוא בחוק הכניסה לישראל. וכך נקבע בעניין זה בפרשת סלאמה [15] הנ"ל (שם נדרש בית המשפט לשאלה כדי להכריע לאיזו ערכאה מסורה הסמכות לדון בעתירה בעניין דחייתה של בקשת התאזרחות):

"בבקשת ההתאזרחות של בן-זוג זר של אזרח ישראלי נשלטות ההחלטות של שר הפנים על-פי חוק האזרחות. על-פיו נקבע הסדר מדורג שהוא מיוחד לרכישת אזרחות ישראלית. הוא הקובע את תנאיו המיוחדים. הוא הקובע את השיקולים המותרים והאסורים. חוק הכניסה הוא אך צינור פורמאלי להגשמת אותה מדיניות [...] אכן, ההסדר המדורג בן ארבע השנים ושישה חודשים שנקבע לעניין רכישת

אזרחות ישראלית מכוח נישואין יונק את חיותו מחוק האזרחות, ולא מחוק הכניסה. המעברים השונים בתוך ההסדר המדורג עצמו נקבעים על-ידי שיקולים המעוגנים בחוק האזרחות. השימוש בחוק הכניסה הוא אך אמצעי להגשמת מדיניות ההתאזרחות בשל היעדר סמכות להסדר ביניים בחוק האזרחות. לא כן עניינו של ההסדר המדורג אשר נועד, בסופו של התהליך, להעניק לבן-הזוג הזר מעמד של תושב קבע. כאן נקבעו המעברים השונים בתוך ההסדר המדורג על פי שיקולים המעוגנים בחוק הכניסה. חוק זה מעגן בחובו לא רק את האמצעים להשגת המטרה, אלא גם את המטרה עצמה [...] [אשר לבן זוג זר של אזרח ישראלי – ד' ב' גם כאשר הבקשה תעסוק במעמדו של המבקש על-פי חוק הכניסה – אם בששת החודשים הראשונים שבהם זוכה המבקש להיתר ישיבה ועבודה בישראל, ואם בארבע השנים שלאחריהן שבהן זוכה המבקש לאשרה ולרישיון לישיבת ארעי (מסוג 5/א) – הרי שהשיקולים שישקול שר הפנים הם שיקולים של חוק האזרחות. שיקול-דעתו לא יהא מכוון לשאלה אם בסוף ההסדר יזכה המבקש למעמד של תושב קבע (במסגרת חוק הכניסה). שיקול דעתו יהיה מכוון לשאלה אם בסוף ההסדר יזכה המבקש לאזרחות ישראלית" (שם [15], בעמ' 957–958).

הנה כי כן, בטיפול בבקשת התאזרחותו של זר הנישא לאזרח ישראלי, על שלביו השונים – לרבות השלב הראשוני ביותר של בחינת כנותו של הקשר, אשר כיום, בעקבות פסק הדין בפרשת סטמקה [11], אינו כולל עוד דרישה ליציאה מן הארץ – נדרש שר הפנים לשקול שיקולים של חוק האזרחות. זאת, בעוד שבבחינת בקשה מקבילה להסדרת מעמדו של זר מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי יהיו שיקוליו של שר הפנים שיקולי חוק הכניסה לישראל. עם זאת, אין די בשוני זה במסגרת הנורמטיבית כדי להרחיק את העקרונות שנקבעו בפרשת סטמקה [11] הנ"ל מענייננו שלנו. בהפעילו את סמכויותיו מכוח חוק הכניסה לישראל, נתון שיקול דעתו של שר הפנים, רחב ככל שיהיה, לביקורת שיפוטית על פי כלל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המינהלי, ועליו לפעול בהגינות, בסבירות ומשיקולים ענייניים במסגרת הסמכות. על כן, אם נמצא כי פגיעתה של דרישת היציאה מן הארץ היא בלתי מידתית, דינה להיפסל באשר לבני זוג ידועים בציבור כשם שנפסלה בפרשת סטמקה [11] באשר לבני זוג נשואים.

השאלה שעודנה מצריכה ליבון הינה אם, לגופו של עניין, קיימת הצדקה להפעלה שונה של שיקול הדעת של השר בעניינם בני זוג ידועים בציבור, להבדיל מעניינם של בני זוג נשואים.

על מוסד הידועים בציבור

18. מוסד הידועים בציבור זוכה להכרה הולכת וגוברת במשפט הישראלי. שלושת המניעים העיקריים להיווצרו ולביסוסו הינם "תפיסות עולם של מדיניות רווחה [...], חומרת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין [...], והתנגדות חלק מהציבור לנישואין דתיים" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים [16], בעמ' 783-784, והאסמכתות המובאות שם (להלן: פרשת אפרת). ראו באותו עניין גם: מנשה שאוה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" [60], בעמ' 492-494 (להלן: שאוה); דניאל פרידמן "הידועה בציבור בדין הישראלי" [61], בעמ' 459, 460-461 (להלן: פרידמן); חמן פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" [62], בעמ' 130-135 (להלן: שלח)).

על רקע זה, ממועד סמוך לאחר הקמת המדינה ואילך, הכיר המחוקק הישראלי בידועים בציבור בשורה ארוכה של חוקים, בעיקר לצורך הענקת זכויות סוציאליות וטובות הנאה חומריות שונות (אך לא רק למטרות אלה, ראו לדוגמה: סעיף 3 לחוק השמות, התשט"ז-1956, המייתר את הצורך בהסכמת האב למתן שם משפחתו לילד שאמו היא הידועה בציבור שלו, וסעיף 4 לחוק זה המתייחס למתן שם לילד על ידי שני הוריו, מקום שאלה ידועים בציבור; סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, התשנ"א-1991, המגדיר את המושג "בן זוג" ככולל ידוע בציבור; סעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, התשנ"ה-1995, אשר מגדיר את המושג "בן משפחתו" ככולל בן זוג, לרבות ידוע בציבור. לסקירת החוקים המתייחסים לידועים בציבור ראו אמנון בן דרור הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין [56], בעמ' 59-71).

בפסיקתו תרם בית המשפט למלאכת עיצובו של מוסד הידועים בציבור בכל הנוגע לזכויות הנובעות ממעמדם. במסגרת מפעל הלכתי זה, הכיר בית המשפט בזכויות ידועים בציבור הן במישור היחסים שבין בני הזוג והן במישור היחסים שבין בני הזוג לצדדים שלישיים (לסקירה עדכנית בעניין זה ראו שחר ליפשיץ הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה [57], בעמ' 24-26, 89-92, ועמ' 228-230 (להלן: ליפשיץ)). צעדים עיקריים במישור הראשון היו החלת הלכת שיתוף הנכסים גם על בני זוג שלא נישאו אך חיים כידועים בציבור (ע"א

א בית המשפט לבחון אם ניתן להכיר בחובת תשלום מזונות בין ידועים בציבור מכוח הסכם משתמע (ע"א 805/82 ורטנו נ' כהן [19]); כן ראו בעניין זה: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים [20], בעמ' 34 (להלן: פרשת לינדורן); רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני [21], בעמ' 227, ואף השוואת זכויות הירושה של ידועים בציבור לזכויות הירושה של בני זוג נשואים על בסיס סעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965 (ראו: ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין [22], ופסק דינו של השופט טירקל בע"א 1717/98 בלאו נ' פוזש [23]).

ב בין הצעדים הבולטים במישור שעניינו היחסים שבין בני הזוג לצדדים שלישיים, ניתן להזכיר את פסיקת בית המשפט כי אין שר הפנים רשאי לפסול שינוי שם משפחה של אחד מהידועים בציבור לשם משפחתו של האחר בטענה כי דבר זה, כשלעצמו, יש בו כדי להטעות או כדי לפגוע בתקנת הציבור בישראל (פרשת אפרת [16] הנ"ל. עקרונות הלכת אפרת [16] עוגנו בהמשך בסעיף 5 לחוק השמות (תיקון מס' 3) התשנ"ו-1996. עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 6086/94 נזרי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין [24]). כן ראוי להזכיר את הקביעה כי בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לאשר הסכמי ממון בין ידועים בציבור (רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר [25] (להלן: פרשת זמר)). צעד חשוב נוסף הוא פרשנות המונח "בן זוג" כמשתרע גם על ידועים בציבור לעניין סעיף 78 לפקודת הנזיקין (נוסח חדש), הקובע את זכותם של תלויים לפיצויים בגין עוולה שגרמה למותו של אדם (פרשת לינדורן [20] הנ"ל); ולעניין הגדרת "קרוב" שבחוק מיסוי מקרקעין (שבח, מכירה ורכישה), התשכ"ג-1963, ובתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה), התשל"ה-1974, בכל הנוגע לפטור ממס שבח וממס רכישה (ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון [26] (להלן: פרשת לבנון)).

ג 19. בפסיקה הנזכרת, ניתן ביטוי להתפתחויות החברתיות שחלו בישראל בעשורים האחרונים והביאו לכך כי התא המשפחתי שאינו מבוסס על מוסד הנישואין זכה להכרה חברתית ומשפטית בהיבטים שונים. כפועל יוצא, אימץ בית המשפט בפרשות לינדורן [20] ולבנון [26] הנ"ל גישה עקרונית שלפיה אין נדרשת הוראה מפורשת בחקיקה כדי להכיר בידועים בציבור כבני זוג לעניין אותו דבר חקיקה. וכך קבע בעניין זה הנשיא ברק בפרשת לבנון [26]:

"[...] במישור הלשוני הדיבור 'בן-זוג' רחב דיו לכלול בחובו גם ידוע בציבור. ההכרעה בכל מקרה תיעשה על-פי התכלית המונחת ביסוד

ההסדר החקיקתי. נמצא כי אין לו לדיבור 'בן-זוג' המופיע בחוקים השונים משמעות אחת ויחידה המשותפת לכל דברי החקיקה. משמעותו של הדיבור 'בן-זוג' משתנה על-פי התכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה" (פרשת לבנון [26], בעמ' 325–326; ראו גם דברי הנשיא ברק בפרשת לינדורן [20], בעמ' 41; ודבריו בפרשת זמר [26] הנ"ל, בעמ' 504).

א

כך נפסק בפרשת לינדורן [20] הנ"ל כי במלאכת פרשנותו של ההסדר החקיקתי נדרש בית המשפט לבחור באותו פירוש המקדם את השוויון והשולל את ההפליה בין ידועים בציבור לזוגות נשואים (שם [20], בעמ' 30–31). בעניין זה הבהיר הנשיא ברק:

ב

"ודוק: איננו אומרים כלל, כי לעניין כל דבר חקיקה, טיפול שונה באישה (או אלמנה) נשואה ובאישה (או אלמנה) ידועה בציבור, יוצר הפליה בין השתיים. הכול תלוי ברלוונטיות של ההבחנה; הכול תלוי בתכלית הספציפית המונחת ביסוד ההסדר. אם על-פי תכלית זו, השוני בין אישה (או אלמנה) נשואה לבין אישה (או אלמנה) ידועה בציבור הוא רלוונטי, אין לראות בו הפליה. אם, לעומת זאת, על פי תכלית החקיקה הספציפית השוני אינו רלוונטי, תהא בכך הפליה" (שם [20], בעמ' 31; ראו גם פרשת לבנון [26] הנ"ל, בעמ' 326).

ג

ד

דברים אלה יפים גם לענייננו. עלינו לבחון אם, על פי תכליתה של מדיניות משרד הפנים, קיים שוני רלוונטי בין זוגות ידועים בציבור לבין זוגות נשואים, המצדיק להחיל על הראשונים דרישה ליציאתו של בן הזוג הזר מן הארץ עד לבחינת הבקשה להסדרת מעמדו, מקום שדרישה דומה נפסלה בהתייחס לזוגות נשואים. לדיון בשאלה זו נפנה כעת.

ה

ו

הידועים בציבור ודרישת היציאה מן הארץ

20. כאמור, המדינה מאפשרת לזרים להסדיר את מעמדם בישראל גם מכוח היותם ידועים בציבור של אזרחים ישראלים ולא רק מכוח נישואיהם לאזרחים ישראלים. בעמדתה זו מכירה, למעשה, המדינה בכך כי גם תא משפחתי, המבוסס על קשר של ידועים בציבור ולא על קשר של נישואין, ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך כדי המשך מגורים בארץ. המחלוקת שלפנינו מצטמצמת, אפוא, לשאלה אם יש מקום להפעלה שונה של שיקול הדעת של שר

ז

הפנים במסגרת הטיפול בבקשתו של בן זוג זר להסדרת מעמדו, כך שבעוד שדרישת היציאה מן הארץ נפסלה באשר לזוגות נשואים, יש בכל זאת מקום להחילה על ידועים בציבור. המדינה משיבה על שאלה זו בחיוב. לטענתה, קיים שוני מהותי בין זוגות נשואים לבין ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ, שכן קשר של נישואין מבוסס על אקט משפטי, זוכה להכרה רשמית מצד המדינה ומביא לשינוי בסטטוס של בני הזוג, בעוד שקשר בין ידועים בציבור מתבסס רק על קיומה של מציאות עובדתית מסוימת. על כן, טוענת המדינה, בקשר הנישואין, כשלעצמו, ניתן לראות מעין הרמת נטל ראשונית בדבר קיומו של קשר זוגי משמעותי ואמיתי, ואילו טענה בדבר יחסי ידועים בציבור מצריכה בדיקה קפדנית מאחר שהיא אינה טעונה אישור פורמלי, ועלולה להיטען בעלמא.

21. אכן, "קיים הבדל מהותי בין מוסד הנישואין כדת וכדין הנערך בתור 'אקט ציבור של המדינה' [...] לבין מוסד הידועים בציבור', המבוסס בעיקרו על הסכם בין הצדדים בלבד" (פרשת אפרת [16] הנ"ל, בעמ' 771). "ידועים בציבור, כיחסים דמויי-נישואין, שונים מיחסי נישואין, ראשית לכל, ביסוד הסטטי של הסטטוס. יסוד זה קובע, בדרך כלל, אמת-מידה אובייקטיבית הנסמכת על אקט פורמלי, ומשום כך יש בו חד-משמעיות לגבי מועדי היצירה והסיום" (אריאל רוזן-צבי "דיני משפחה" 99 השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג [63], בעמ' 278). לעומת זאת, קשר של ידועים בציבור נתפש כמצב עובדתי המוכר לצרכים אלה ואחרים, ואינו מוכר בפסיקה כיחס היוצר סטטוס (ראו: ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר [27], בעמ' 109, 111-112; בג"ץ 89/83 ד"ר לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת [28], בעמ' 500; ד"ן 13/84 ד"ר לוי נ' יו"ר ועדת הכספים של הכנסת [29], 296; פרשת אפרת [16] הנ"ל, בעמ' 787; פרשת לינדורן [20] הנ"ל, בעמ' 38-39; פרשת לבנון [26] הנ"ל, בעמ' 315-316 ובעמ' 322. כן ראו אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית [58], בעמ' 71). בהתאמה, קשר של ידועים בציבור אינו ניתן לזיהוי על פי אקט פורמלי מכונן, אלא על סמך מבחנים עמומים וגמישים יותר, המחייבים בחינה של מהות הקשר בין בני הזוג.

על פי הפסיקה, שני היסודות העיקריים הטעונים הוכחה כדי להיחשב כידועים בציבור הינם חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף:

"יש כאן שני יסודות: חיי אישות כבעל ואשה וניהול משק בית משותף. היסוד הראשון מורכב מחיים אינטימיים כמו בין בעל ואשתו המושתתים על אותו יחס של חיבה ואהבה, מסירות ונאמנות, המראה שהם קשרו את גורלם זה בזה [...]"

היסוד השני הוא ניהול משק בית משותף. לא סתם משק בית משותף מתוך צורך אישי, נוחות, כדאיות כספית או סידור ענייני, אלא כפועל יוצא טבעי מחיי המשפחה המשותפים, כנהוג וכמקובל בין בעל ואשה הדבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים [...]” (ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר [30], בעמ' 619 (להלן: פרשת נסיס)). ראו גם: ע"א 79/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' שוקרון [31], בעמ' 693 (להלן: פרשת שוקרון); ע"א 6434/00 דנינו נ' מנע [32], בעמ' 691.

יצוין כי הדברים נאמרו לעניין פירוש ההוראה שבסעיף 55 לחוק הירושה, התשכ"ה-1965, אשר אינה משתמשת במושג "ידועים בציבור", אלא מתייחסת לזכויות הירושה של בני זוג "החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה", אך בית המשפט הבהיר בפרשת נסיס [30] ה"ל כי אין הבדל ממשי בין הגדרה זו לבין המושג המקובל של "ידועים בציבור" (שם [30], בעמ' 621).

22. מעבר לשני היסודות המוסכמים של חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף, נתגלעה בעבר בפסיקה מחלוקת בנוגע לפשר "ידיעת הציבור" ולשאלה אם ידועים בציבור נדרשים גם להוכיח כי הציבור חשב – מתוך טעות – כי הינם נשואים כדת וכדין (ראו, למשל: שאוה במאמרו ה"ל [60], בעמ' 495; פרידמן במאמרו ה"ל [61], בעמ' 462–463; שלח במאמרו ה"ל [62], בעמ' 138–140; אליהו מצא "ידיעת הציבור" ו'הידועה בציבור" [64]). הגישה המרחיבה, שלפיה בני זוג עשויים להיחשב כידועים בציבור אף אם הציבור ידע שאין קיים קשר נישואין ביניהם, היא זו שקנתה לה, לבסוף, אחיזה בפסיקה (ראו: בג"ץ 73/66 זמולון נ' שר הפנים [33], בעמ' 671; בג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים [34], בעמ' 39; ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל [35]; השוו פרשת ורטנו [19] ה"ל, בעמ' 531). זאת ועוד, הפסיקה הוסיפה להרחיב את גבולות מוסד הידועים בציבור באמצעות הגמשתם של תנאי הסף המקובלים (ראו: פרשת אפרת [16] ה"ל, בעמ' 785; ליפשיץ בספרו ה"ל [57], בעמ' 24, 93–94; 241–243). בהקשר זה יפים הדברים שהביא הנשיא שמגר בע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון [36] (להלן: פרשת מנדלסון), בצטטו בהסכמה את דברי השופט שילה בת"ע (מחוזי ת"א) 1180/69 בעניין עזבון המנוח אויגן שטרן ז"ל [55]:

”[...] המיבחן הוא גמיש ביותר כי אין לך מתכונת אחת של 'חיי משפחה במשק בית משותף' המצויה אצל כל הזוגות הנשואים ושונים הדברים כמעט מזוג לזוג לפי השוני בגילם, השכלתם, מזגם, השקפת עולמם, ארץ מוצאם, הרגלי חייהם, מקצועם, מצבם הכספי, מצב בריאותם,

א וגורמים רבים אחרים שלא נצליח למנותם ולמצותם כאן. כך שאין לך מבחן נוקשה אובייקטיבי אלא מעין תדמית משתנית של יחסים בין בני זוג שמרכיביה שונים מזוג לזוג. המיבחן דומה באופיו למיבחן ה'אדם הסביר' בדיני נזיקין.

ב מאידך ישנם גורמים קבועים באותו מיבחן שמן הצרך לשקול את מציאותם הן מבחינת ישות והן מבחינת כמות. מקדמת דנא ובכל שיטות משפט של בני תרבות מונים שלשה יסודות בנישואין ועל המישורים של שלשת יסודות אלה מצויים הגורמים הקבועים של המיבחן בו אנו עוסקים:

ג (1) יסוד האישות ('עונתה' Tourus).

(2) היסוד הכלכלי ('שארה וכסותה' Mensa).

(3) היסוד האמוציונאלי ('אהבה, אחוה, שלום ורעות').

ד אולם יסודות אלה הם דברים שאין להם שיעור וצמצום בממדיהם ואפילו העדר טוטלי מתוך סיבה מבוררת של אחד מהם, אינם עשויים בהכרח לקלקל את השורה". (שם [36], בעמ' 437-438. דברים אלה הובאו בהסכמה גם על ידי השופט ד' לוי בפרשת שוקרן [31] הנ"ל, בעמ' 693-694).

ה על רקע תפישתו זו בדבר גמישות המבחן להכרה כידועים בציבור, קבע בית המשפט בפרשת מנדלסון [36] הנ"ל, כי "משק בית משותף" אין פירושו בהכרח שיתוף קנייני בנכסים" (שם [36], בעמ' 438), וגילה נכונות להכיר בבני זוג כידועים בציבור חרף ההפרדה בין רכושם. בהמשך למגמה מרחיבה זו, בפרשות אחרות, גילה בית המשפט נכונות להכיר בבני זוג כידועים בציבור חרף היעדרו של מקום מגורים משותף קבוע (ראו פרשת שוקרן [31] הנ"ל, שבה התגוררו בני הזוג בדירת הגבר ובדירת האישה, לסירוגין), ואף חרף קיומם של קשרים אינטימיים עם אחרים (ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי [37]). כן חשוב לציין כי בית המשפט נמנע מלהגדיר את פרק הזמן המינימלי של קיום חיי משפחה משותפים הדרוש על מנת שבני זוג ייחשבו כידועים בציבור. בית המשפט הכיר בכך כי בנסיבות המתאימות וכפוף לטיב הקשר בין הצדדים ולעומקו, די לשם כך אף בתקופה של פחות משנה אחת (ראו פרשת נטיס [30] הנ"ל, בעמ' 623-624).

23. הנה כי כן, בעוד שקשר של נישואין ניתן לזיהוי בקלות על פי אקט פורמלי מכונן, זיהויו של קשר של ידועים בציבור מחייב בחינה עובדתית של טיב הקשר ונסיבותיו, על מנת לקבוע אם מתקיימים תנאי הסף – הגמישים כשלעצמם – בדבר חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף. אלא שהשאלה הצריכה לענייננו הינה אם שוני זה בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור הינו שוני רלוונטי לעניין החלטה של דרישת היציאה מן הארץ, נושא הערעורים שלפנינו. זאת, בהתחשב בתכליתה של זו לצמצם את ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור על סמך טענות פיקטיביות לקשר של ידועים בציבור.

דומני, כי על שאלה זו עלינו להשיב בשלילה. הסדרת מעמדו של זר בישראל – בין מכוח נישואיו לאזרחי ישראל ובין מכוח היותו ידוע בציבור של אזרחי ישראל – מתבססת על מבחן מתמשך, שבמסגרתו מתקיים הסדר מדורג, המתפרש על פני תקופה ממושכת וכרוך בבדיקה מדוקדקת של כנות הקשר בין בני הזוג. כל זאת, כדי שלא לאפשר רכישת מעמד על סמך תואנות שווא. על הבחינה המתמשכת של כנות המצגים המובאים לפני משרד הפנים על ידי זר המבקש לרכוש מעמד מכוח נישואין, כבר עמד בית המשפט בבג"ץ 7139/02 עבאט-בצה נ' שר הפנים [38] (להלן: עניין עבאט-בצה):

"אכן, הליך איחוד המשפחות אינו פשוט. הוא תהליך ממושך שבו מעמדו של בן-הזוג הזר הינו זמני ולא ודאי, עם זאת המעקב המקיף הנפרס על פני שנים מספר הוא חלק בלתי נפרד מהתהליך. הוא נועד לבחון את כנות הנישואין ולוודא שאין מניעה ביטחונית או פלילית במתן מעמד הקבע. חשיבותן של הזכויות המבוקשות מחייבת את משרד הפנים לבצע בדיקה קפדנית של כל בקשה ובקשה – בייחוד נוכח העלייה המשמעותית שחלה בהיקף הבקשות לאיחוד משפחות. בנסיבות שישנו בהן גידול משמעותי בהיקף הבקשות, וכאשר עולה כי חלקן מוגשות באופן פיקטיבי, חייב תהליך אישור הבקשה להיות מבוקר ומפוקח" (שם [38], בעמ' 488; ראו גם: בג"ץ 2597/99 רודריגז-טושביים נ' שר הפנים [39], בפסקה 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה).

הליך הבדיקה המתמשך והמדוקדק, שהינו מנת חלקם של זרים המבקשים להסדיר מעמדם מכוח נישואין לאזרחים ישראלים, מלמדנו כי אף לגישת המדינה, קשר הנישואין, כשלעצמו, מהווה אך ורק נקודת מוצא ראשונית מאוד לבחינת כנות הקשר הזוגי. זאת ועוד, כשם שאין די בקשר הנישואין כדי ללמד כי הקשר הזוגי

הנטען הינו אמיתי וכן, הרי שאף לא ניתן לומר את ההיפך. במציאות הישראלית קשה להסיק כי היעדר אקט פורמלי של נישואין בין בני זוג שאחד מהם הינו אזרח זר מלמד כי הקשר הנבחן אינו רציני דיו. זאת, מאחר שדיני הנישואין בישראל נשלטים על ידי הדין הדתי, המציב מחסום בפני נישואין בין בני דתות שונות. לפיכך, משקלו המוגבל של אותו אקט פורמלי, המכונן את קשר הנישואין במסגרת ההליך המדורג, מובילנו למסקנה כי השוני הממשי בין בני זוג ידועים בציבור לבין בני זוג נשואים בכל הנוגע לזיהוי מערכת היחסים אינו שוני מהותי שיש בו כדי להצדיק מדיניות נפרדת לעניין דרישת היציאה מן הארץ. בהיעדר שוני מהותי, עמידה על דרישת היציאה מן הארץ בהתייחס לזוגות ידועים בציבור עולה כדי הפליה פסולה בינם לבין זוגות נשואים.

24. נציין כי לא נעלם מעינינו הקושי הממשי הנובע מן הצורך לטפל בפניות רבות להסדרת מעמד על בסיס טענה לקשר של ידועים בציבור, מקום שעצם זיהויו של קשר זה מתבסס, כאמור, על אמות מידה גמישות, אשר בירור התקיימותן מצריך בחינה עובדתית של טיב הקשר ונסבותיו. קושי זה מתחדד לנוכח התרחבותה של תופעת השהייה הבלתי חוקית בארץ, אשר אכן מעלה חשש מפני ניצול לרעה של המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח היותם ידועים בציבור. זאת ועוד, מובן כי המדיניות בעניין הסדרת מעמדם של ידועים בציבור חשופה לניצול לרעה הרבה יותר מן המדיניות הנוגעת לזוגות נשואים, לנוכח היעדר הצורך בעיגון פורמלי כלשהו של הקשר. אלא, שכפי שנראה בהמשך, אין אנו סבורים כי קושי זה יכול שיבוא על פתרונו באמצעות החלת דרישה גורפת ליציאה מן הארץ. את הקושי הנובע מגבולותיו העמומים והגמישים של מוסד הידועים בציבור ניתן לצמצם, לדעתנו, על ידי קביעת קריטריונים אשר יגדירו מי יחשבו כידועים בציבור לצורך הקונקרטי של יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר כזה. קריטריונים אלה עשויים לכלול, בין היתר, התייחסות למשך התקופה שבה חיים בני הזוג במשותף ולשאלה אם הפנייה להסדרת מעמד נעשתה עובר למעצרו של בן הזוג הזר. נראה, כי יהיה בכך כדי להקל על הסינון הראשוני של בקשות, שאין מאחוריהן קשר אמיתי ומבוסס די צורכו, על מנת להצדיק רכישת מעמד בארץ וכדי למזער את האפשרות לניצול לרעה של מדיניות המערערת לצורך השתקעות מצד שוהים בלתי חוקיים.

25. לסיכום, מצאנו כי לא עלה בידי המדינה להבחין באופן מהותי בין עניין סטמקה [11] לבין ענייננו שלנו. חרף השינוי במצב המשפטי בעקבות תיקון מס' 9

וחרף השוני בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור, הבא לידי ביטוי הן במישור המסגרת הנורמטיבית המסדירה את בקשתו של בן הזוג הזר למעמד בישראל והן במישור אופן הגדרת הקשר, עקרונותיה של הלכת סטמקה [11] יפים גם לענייננו והם יהיו לנו לעזר בבחינת מידתיות הדרישה בדבר היציאה מן הארץ שבבסיס הערעורים שלפנינו.

26. נציין כי שאלת מידתיותה של דרישת היציאה מן הארץ הקבועה בנוהל הידועים בציבור כבר הועלתה בבית משפט זה בפרשת פרידה [13] הנ"ל. באותו עניין, נדון ערעורו של שוהה בלתי חוקי שהוצא נגדו צו הרחקה מן הארץ, אשר טען, בין היתר, כי יש לאפשר לו להסדיר את מעמדו בישראל מכוח היותו ידוע בציבור של אזרחית ישראלית (נציין כי טענה זו הועלתה רק לאחר שהמערער נעצר). בפרשה זו התייחס השופט רובינשטיין באמרת אגב גם לדרישת היציאה מן הארץ. השופט רובינשטיין הדגיש כי התייחסותו זו היא מעבר לצורך, שכן עובדות המקרה אינן מחייבות זאת, והנוהל האמור כלל לא הובא לפני בית המשפט קמא. בפסק דינו חיווה השופט רובינשטיין דעתו כי אין דופי בדרישת היציאה מן הארץ לתקופה קצרה יחסית של 30 יום. זאת, בצינו כי דרישה זו מבטאת "איוון הולם והוגן, שאינו גורם עוול לנוגעים בדבר, ועם זאת מאפשר פיקוח ואכיפת חוקיה של המדינה" (שם [13], בפסקה ט' לפסק הדין). השופטים עדיאל ופרוקצ'יה, מצידם, ביקשו שלא לנקוט עמדה בשאלת הדרישה בדבר היציאה מן הארץ. כעולה מן האמור, באותו עניין, לא נזקק בית המשפט להכרעה בעניין, ואילו עתה הוצבה לפנינו שאלה זו ועלינו להכריע בה.

מידתיותה של דרישת היציאה מן הארץ

27. כאמור, הנחת המוצא הינה כי מדיניותו של משרד הפנים העומדת למבחן משרתת מטרה ראויה של מאבק בתופעה ההולכת וגוברת של השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים בארץ. השאלה אינה אלא אם אף האמצעי להגשמתה של מטרה זו – הדרישה כי בן זוג זר השוהה בישראל שלא כדין יצא את הארץ עד שתיבחן הבקשה להסדרת מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי – מידתי הוא. מבחן המידתיות עניינו בשאלה אם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. כפי שנקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי, המכונה גם "מבחן המידתיות במובנה הצר" (ראו, בין היתר: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך,

א התרבות והספורט [40], בעמ' 12–13; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [41], בעמ' 385 (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות); פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 777; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו [42], בעמ' 182 (להלן: פרשת יפאורה תבורי); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית טוריק נ' ממשלת ישראל [43], בעמ' 840; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל [44], בפסקה 66. מבחנים אלה מוחלים בהתחשב במשקלן הסגולי של הזכות הנפגעת ושל מידת הפגיעה – "כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (פרשת סטמקה [11], בעמ' 777) – וכן במידת החשיבות היחסית של התכלית המבוקשת (ראו: פרשת לשכת מנהלי השקעות [41], בעמ' 422–423; פרשת יפאורה תבורי [42], בעמ' 181–182; דליה דורנר "מידתיות" [65], בעמ' 288–290). נפנה כעת ליישום מבחנים אלה על דרישת היציאה מן הארץ, נושא הערעורים שלפנינו.

ב 28. על פי מבחן המשנה הראשון, הוא מבחן ההתאמה או הקשר הרציונלי, האמצעי צריך להוביל באופן רציונלי להגשמתה של המטרה. המדינה שטחה לפנינו בהרחבה את המטרות השונות שאותן נועדה דרישת היציאה מן הארץ לשרת. מטרות אלה נחלקות למטרה נקודתית ולמספר מטרות מערכתיות. המטרה הנקודתית מתייחסת למישור של בחינת בקשה קונקרטי להסדרת מעמדו של בן זוג זר המונחת לפני שר הפנים. במישור זה, טוענת המדינה כי ביציאת בן הזוג הזר את הארץ יש כדי להועיל לבחינה הראשונית של כנות הקשר. טענה זו אין בידינו לקבל. קיומו של קשר של ידועים בציבור נלמד, כאמור, על פי היסודות של חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף. לפיכך, אין זה ברור כיצד יעלה בידי משרד הפנים לבחון יסודות אלה כאשר אחד מבני הזוג אינו נמצא בארץ, ולא כל שכן כיצד תועיל צאתו של בן הזוג הזר את הארץ לבדיקה זו. טענה זו הועלתה אף בפרשת סטמקה [11] הנ"ל ונדחתה על ידי בית המשפט. דבריו של השופט (כתוארו אז) חשין בעניין זה יפים גם לענייננו:

א "כשאני לעצמי, דומני כי בדיקת קשר הזוגיות בעוד אחד מבני-הזוג שוהה בחוץ-לארץ והאחר בארץ, קשה מבדיקת הקשר בעוד השניים שוהים בארץ. לא נכחד, כי יש יתרונות מסוימים בבדיקה שעה שבני-הזוג נפרדים זה-מזה, אך קשה שלא להתרשם כי בהיות השניים בארץ יכולת הבדיקה ואמינות הבדיקה עולות כמה מונים על החלופה של אחד-כאן אחד-שם, ובוודאי עולות הן על החלופה שבה שוהים שני בני-

הזוג מחוץ למדינה. הנה-כיי-כן, אחד הסימנים המובהקים לבחינת אמיתות הנישואין – לא הסימן האחד-והיחיד – הוא בקיומו של מקום-מגורים משותף ובהחזקתו של משק-בית משותף לאורך-זמן. כיצד יבדוק משרד הפנים את הדבר אם אחד מבני-הזוג אינו כלל בארץ?" (שם [11], בעמ' 779).

א

לצד התכלית הנקודתית, מצביעה המדינה על תכליות מערכתיות, שאף הן נחלקות לשתיים. ראשית, טוענת המדינה כי דרישת היציאה מן הארץ נועדה לצמצם את החשש מפני ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור מצד שוהים בלתי חוקיים, אשר יבחרו במוצא ה"קל" של טענה לקשר זוגי פיקטיבי כדי להשתקע בארץ. לטענת המדינה, בדרישת היציאה מן הארץ, המחייבת את האזרח הישראלי להגיש בקשה להסדרת כניסתו ומעמדו של הזר לאחר שיצא מישראל, יש כדי "לצמצם את מאזן התועלות המיידיות ולסכל במידה משמעותית את ניסיונות ההשתקעות שלא כדין" (סעיף 69 להודעת הערעור בעע"ם 4614/05). טענה זו בדבר תרומתה של דרישת היציאה מן הארץ ליצירת תמריץ שלילי לנסיונות השתקעות בארץ הועלתה אף היא בפרשת סטמקה [11] הנ"ל, אך בית המשפט מצא כי הקשר הרציונלי בין האמצעי לבין מטרה זו אינו אמיץ דיו. בהקשר זה קבע השופט (כתוארו אז) חשין:

ב

ג

ד

"זר אשר ירצה להאריך את משך שהייתו בישראל על דרך של נישואין פיקטיביים, לא יירתע מתקופת-המתנה של חודשים מספר בחוץ-לארץ; מנגד, מי שנישאו – גם הזר גם הישראלי – בנישואי-אמת, ייפגעו בוודאות ובאורח קשה אם תיכפה עליהם פרידה, או אם יאלצו השניים – באהבתם זה-את-זה – לעזוב את הארץ יחדיו לחודשים מספר" (שם [11], בעמ' 778).

ה

גם בענייננו שלנו, סבורים אנו כי הקשר בין האמצעי למטרה אינו חזק דיו כדי להצדיק פגיעה באותם זוגות, המנהלים מערכת יחסים אמיתית וכנה כידועים בציבור, כתוצאה מהחלת דרישה גורפת ליציאה מן הארץ.

ו

תכלית מערכתית נוספת, שעליה מצביעה המדינה, הינה תכלית כללית יותר של קידום ריבונות המדינה ושלטון החוק, כפועל יוצא מהיישום ומהאכיפה של הוראת המחוקק בדבר הרחקתם של שוהים בלתי חוקיים בהקדם האפשרי. מוסכם עלינו כי תכלית כללית זו אכן מקודמת על ידי דרישת היציאה מן הארץ, כאשר זו מבטאת מסר שלפיו אין המדינה מוכנה להשלים עם שהייה בלתי חוקית בארץ ויש בכוונתה

ז

להקשות על שוהים בלתי חוקיים להכשיר את מעמדם. עם זאת, דומה כי תכלית כללית זו אינה תכליתה העיקרית של המדיניות הנבחנת. הנה כי כן, בחשבון סופי נמצא כי מבחן המשנה הראשון בדבר התאמתו של האמצעי למטרה מתקיים באופן חלקי בלבד. בשים לב למשקלה של הזכות הנפגעת ולחשיבותה היחסית של התכלית המבוקשת, ספק אם ניתן לראות בדרישת היציאה מן הארץ אמצעי מותאם למטרה. אלא, שמהטעמים שיפורטו להלן, אין צורך להכריע בעניין זה.

29. על פי מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, האמצעי שהרשות המינהלית בוחרת בו צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. כאמור, בהנחה שהקשר בין בני הזוג הידועים בציבור הינו אמיתי וכן, דרישת היציאה מן הארץ פוגעת בזכותם לנהל חיי משפחה, בכפותה עליהם פרידה, ולו זמנית ומוגבלת במשכה. בפרשת סטמקה [11] עמד השופט (כתוארו אז) חשין בהרחבה על חומרת הפגיעה בבני זוג לנישואי-אמת שנגזר עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת חודשים, וסיכם כי "גזרה זו של חיוב בן-זוג לנסוע לחו"ל הינה גזרה קשה-מנשוא" (שם [11], בעמ' 781). בהמשך הדגיש, כי עוצמתן של הזכות לנישואין והזכות להקמת משפחה אשר נפגעות כתוצאה מדרישת היציאה מן הארץ מחייבות כי "האמצעי שמשרד הפנים יבור לו יהיה רך ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו" (שם [11], בעמ' 782). על כן נקבע כי:

"ראוי היה להם למשיבים כי יבחרו באמצעים אחרים להגשת מטרתם – מטרה ראויה לעצמה – אמצעים שיפגעו פחות ביחיד. כך, למשל, בדרך הגברת הפיקוח על שהייה שלא-כדין בארץ, בהעמקת הביקורת על אמיתות הנישואין וכיו"ב. שימוש באמצעים אלה יחייב את הרשויות – כך יש להניח – בהוצאת משאבים רבים יותר, אך עובדה זו, כשהיא לעצמה, אין בה כדי להצדיק את האמצעי הקשה שרשויות משרד הפנים נקטו אותו כלפי היחיד" (שם [11]).

הדברים שנאמרו בעניין סטמקה [11] הנ"ל לעניין ההשלכות הקשות של הפרידה הכפויה על בני זוג לנישואי-אמת יפים גם לענייננו שלנו. ממש כבני זוג נשואים, גם על בני זוג המקיימים קשר אמיתי וכן של ידועים בציבור נגזר לחוות את צער הפרידה כתוצאה מהחלטה של דרישת היציאה מן הארץ ואף הם נדרשים להתמודד עם קשיים מעשיים, כלכליים ואחרים, כתוצאה מכך. לכאורה, בענייננו שלנו, עוצמת הפגיעה היא פחותה, בזכות הגבלת משך הזמן לטיפול בבקשה להסדרת כניסתו של בן הזוג הזר לארץ ל-30 יום. בשונה מעניין סטמקה [11] הנ"ל, הרי

אל שלפחות להלכה אין מופנית עוד לבני הזוג דרישה לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופה בלתי מוגדרת. זהו המצב להלכה, אך לא ברור אם גם למעשה. יש לזכור כי מניין 30 הימים מתחיל ממועד העמידה בדרישות הנוהל. הניסיון בטיפול בבקשות הנוגעות לזרים בישראל מלמד כי עמידה בדרישות מעין אלה כרוכה בבירוקרטיה לא-מבוטלת ובהצגת מסמכים וראיות שונות, והליך מקדמי זה הוא, בדרך כלל, ממושך. מובן, כי אין בידי משרד הפנים לפתוח בבדיקת בקשות להסדרת מעמד בטרם ייאספו הנתונים הרלוונטיים ומוכנת גם הזהירות הדרושה בבדיקת בקשות אלה. אך שלב מקדמי זה, שאינו נמנה בתקופת 30 הימים הקבועה בנוהל, גורם לכך שהשהייה מחוץ לגבולות הארץ תתמשך. מכל מקום, מקובל עלינו כי הגבלת משך הטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ללא ספק משפרת את מצבם של ידועים בציבור לעומת המצב שהיה מנת חלקם של בני זוג נשואים עובר למתן פסק הדין בעניין סטמקה [11].

ב המדינה מוסיפה וטוענת כי עוצמת הפגיעה צומצמה לאור קיומם של חריגים לדרישת היציאה מן הארץ. כך למשל, בהודעת הערעור מטעמה מציינת המדינה כי תבחן בקשות פרטניות לחריגה מן הנוהל, כאשר שהייתו הבלתי חוקית של בן הזוג הזר נבעה מטעות בתום לב או מתקלה של משרד הפנים וכן כאשר יעלה בידי המבקשים להצביע על נסיבות הומניטריות מיוחדות וחריגות. אלא שמשקלה של טענה זו מוגבל ביותר, לנוכח העובדה כי המדינה לא הציגה לפנינו כל הנחיה כתובה וברורה בעניין הקריטריונים למתן פטור מדרישת היציאה מן הארץ, וממילא מובן כי אלה לא פורסמו ברבים. דומה כי המדינה לא השכילה להפיק לקחיה מן הביקורת שנמתחה באותו עניין ממש על ידי בית משפט זה בפרשת סטמקה [11] הנ"ל. שם נטענה לפני בית המשפט טענה זהה בדבר קיומם של חריגים לדרישת היציאה מן הארץ, אשר אף גובתה בנוהל כתוב, אך זה הומצא רק לאחר תום הדיונים, בלי שניתן היה לדעת מתי נוהל זה וכיצד, אם בכלל, פורסם. הנה כי כן, אין בטענתה של המדינה – בדבר קיומם של חריגים למדיניותה – כדי להקל באופן ממשי על פגיעתה של הדרישה הגורפת ליציאה מן הארץ בבני זוג ידועים בציבור.

ג עוד נדרשים אנו להתייחס לשאלת עוצמתה של הזכות הנפגעת, המקרינה, כאמור, על בחינת האמצעי שנבחר על ידי הרשות. אכן, יש שיטענו כי עוצמת זכותם של בני זוג ידועים בציבור לחיי משפחה נופלת מעוצמת הזכות שבה אווזים בני זוג נשואים. זאת, בהתחשב במעמדו המיוחד של מוסד הנישואין, אשר השמירה עליו

נחשבת ל"ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל" (פרשת אפרת [16] הנ"ל, בעמ' 783). אלא, שגם לעניין זה יש להביא בחשבון כי כאשר אחד מבני הזוג הוא זר, פעמים רבות האפשרות להינשא בישראל חסומה בפניו, והמקרים בערעורים שלפנינו הם רק דוגמה אופיינית למצב כזה. מכל מקום, שאלה זו, במלוא רוחב היקפה, אינה טעונה הכרעה בעניין שלפנינו. די בכך שנקבע כי, לעניין הקונקרטי של המדיניות נושא הערעורים, עוצמת זכותם של בני זוג ידועים בציבור שלא תיכפה עליהם פרידה במהלך בחינת בקשתם להסדרת מעמד אינה נופלת מעוצמת זכותם של בני זוג נשואים לעניין זה, ובלבד שבקשרי אמת עסקינן.

אם כן, בשים לב לעוצמתה של הזכות הנפגעת כתוצאה מהחלטה של דרישת היציאה מן הארץ ובמידת פגיעתה של דרישה זו בזכות האמורה – אשר אכן פוחתת הודות להגבלת משך הטיפול בבקשות להסדרת מעמד – ובהתחשב, מנגד, בחשיבותן של התכליות השונות שאותן מבקשת דרישה זו להשיג, באנו לידי מסקנה כי האמצעי שנבחר על ידי הרשות אינו עומד במבחן האמצעי שפגיעתו פחותה. כמו בעניינם של בני זוג שנישאו כדת וכדין, גם כאשר לידועים בציבור ניתן להשיג את התכליות שאותן מבקשת המדינה לקדם באמצעות דרישת היציאה מן הארץ בדרכים פוגעניות פחות, דוגמת אלה הנזכרות בפסק הדין בעניין סטמקה [11] הנ"ל. קרי, בדרך של הגברת הפיקוח על שהייה שלא כדין בארץ ושל העמקת הביקורת על כנות הקשר הנטען בין ידועים בציבור, ועומקו. אמצעים אלה יש בכוחם כדי להועיל לא רק לקידום התכלית של מזעור ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור, אלא גם לקדם את התכלית הרחבה יותר של הגנה על שלטון החוק לנוכח תופעת השהייה הבלתי חוקית, שכן משמעם הוא כי שהייה בלתי חוקית לא תוכשר בנקל, אלא רק כפוף לבדיקות מדוקדקות. אכן, אמצעים אלה מכבידים את הנטל שעל כתפי המדינה ומחייבים הקצאת משאבים רבים יותר, אך לא די בכך כדי להצדיק שימוש באמצעי הפוגעני יותר של דרישה גורפת ליציאה מן הארץ.

30. לבסוף, מגיעים אנו למבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי ("המבחן הצר"). עניינו של מבחן זה הוא בבחינת התועלת הצומחת מן האמצעי הננקט על ידי הרשות אל מול הנזק שהוא מסב. כיוון שהמדינה לא עמדה, לדעתנו, במבחן המשנה השני מבין מבחני המידתיות, אין אנו נזקקים, למעשה, למבחן משנה שלישי זה. אף על פי כן, נוסף ונאמר כי אף תנאיו שלו אינם מתקיימים בענייננו. בעוד שמוסכמת עלינו טענת המדינה כי נוהל הידועים בציבור חשוף לניצול לרעה – וזאת, אף יותר מאשר הנוהל המקביל בדבר הסדרת מעמדם של בני

א זוג נשואים – הרי שלא עלה בידיה להוכיח כי דרישת היציאה מן הארץ אכן התגלתה כאפקטיבית במאמץ למנוע נסיונות להשתקעותם של זרים על בסיס טענות שווא לקשר של ידועים בציבור. לפיכך, דומה כי התועלת הנובעת מעמידה על דרישת היציאה מן הארץ במישור זה הינה ספקולטיבית בלבד, בעוד שהפגיעה בקשרי אמת בין ידועים בציבור ברורה מאליה (ראו בהקשר זה פרשת סטמקה [11] הנ"ל, בעמ' 782). נותר עוד להתייחס לתועלת הצומחת מדרישת היציאה מן הארץ ברובד המערכתית של קידום ריבונות המדינה ושלטון החוק. סבורים אנו כי התועלת שבמסר העקרוני הטמון בהקשר זה בעמידה על דרישת היציאה מן הארץ נופלת מן הנזק הנגרם לבני זוג ידועים בציבור כתוצאה מהחלטה, ואין בה כדי להצדיק את מידת הפגיעה בהם. אשר על כן, מצאנו כי דרישת היציאה מן הארץ כושלת גם במבחן המשנה השלישי, שכן נמצא כי אין מתאם הולם בין התועלת הצומחת ממנה לבין הנזק שהיא גורמת.

ב הנה כי כן, מצאנו כי מדיניות משרד הפנים, המחילה באופן גורף דרישה ליציאה מן הארץ על בני זוג זרים, השוהים בישראל שלא כדין, עד שתיבחן בקשת בני זוגם הישראלים להסדרת כניסתם לישראל ומעמדם בה, אינה עומדת במבחן המידתיות ועל כן דינה להתבטל.

ג דודקו: בעוד שהחלה גורפת של דרישת היציאה מן הארץ פסולה היא, הרי שאין אנו פוסלים את החלטה על בסיס פרטני, מקום שכבר בירור ראשוני מעלה יסוד סביר לחשש כי הקשר הזוגי הנטען הינו קשר פיקטיבי או שניכר בבירור כי עומק הקשר אינו עולה כדי יחסי ידועים בציבור. גם לעניין זה מאמצים אנו את דבריו של השופט חשין בעניין סטמקה [11] הנ"ל:

ד "האם פירוש הדבר הוא, כי בכל מקרה ובכל עניין יעשה משרד הפנים שלא-כדין אם ידרוש מן הזר השוהה בארץ שלא-כדין ואשר נישא לאזרח ישראל, כי יעזוב את הארץ לאלתר עד שבקשתו תיבדק לעומקה? התשובה, לדעתנו, היא בשלילה. יהיו מקרים, כך יש להניח, שבהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה לכול במלוא-כיעורה, גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות. כך, למשל, משמסתבר בריאיון עם בני-הזוג כי האישה מכירה בקושי את בן-זוגה – ולהפך – כל-שכן שאין כל אחד מן השניים מכיר את בני משפחתו של בן-הזוג האחר, את מקום מוצאו וכיו"ב [...] במקרים מעין אלה, ולאחר מתן הזדמנות לבני-הזוג להשמיע את דברם, לא נראה כל מניעה אם בן-הזוג הזר יתבקש לעזוב

את הארץ לאלתר עד לבדיקה נוספת של הנישואין (אם יהיה כלל צורך בבדיקה זו). ואולם, בכפוף למקרים מעין-אלה, אסור לו למשרד הפנים לדרוש מן הזר כי יעזוב את הארץ קודם בדיקת כנות הנישואין. הדברים אמורים, כמובן, בכפוף לשיקולי-על של עבר פלילי ושל סכנה לשלום הציבור. למותר לומר, שבני הזוג זכאים כי פקיד משרד הפנים ישמע את כל אשר בפיהם, וכי לא תתקבל החלטה בעניינם עד אשר תינתן הזדמנות הוגנת בידיהם להעלות את עניינם במלואו. אם לאחר בדיקה יגיע משרד הפנים לכלל מסקנה כי נישואי בני הזוג לא היו אלא נישואי פיקציה, כי אז ניתן יהיה לגרש את הזר מן הארץ, בכפוף לזכותו לטעון לפני בית-משפט נגד הליך הגירוש" (שם [11], בעמ' 783).

הנה כי כן, אף בעניינם של ידועים בציבור, מקום שכבר על פני הדברים ובלי שתירש בחינה מעמיקה, מתעורר חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר או ניכר בבירור כי עומק הקשר אינו עולה כדי קשר בין ידועים בציבור, הרי שפתוחה תהיה הדרך לפני המדינה ליישם את דרישת היציאה מן הארץ הקבועה בנוהל ידועים בציבור. זאת, ובלבד שתחילה ייערך לבני הזוג שימוע שבו תינתן להם הזדמנות הוגנת להעלות את טענותיהם.

בתוך כך, מקובל עלינו כי כאשר הטענה בדבר קשר של ידועים לציבור עולה לראשונה לאחר שננקטו נגד האזרח הזר הליכי הרחקה, הרי שיהיה בדבר כדי לעורר – בהיעדר ראיות מוצקות ביותר לסתור – אותו חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר, המצדיק את החלתה של דרישת היציאה מן הארץ. בשולי הדברים נציין כי בהודעת הערעור ביקשה המדינה להדגים את מימדיה של תופעת ניצול הנוהל לרעה באמצעות דוגמאות למקרים מובהקים שבהם נעשה ניסיון להשתקע בארץ שלא כדין על בסיס טענה לקשר של ידועים בציבור. מקרים אלה התאפיינו בכך שטענה זו הועלתה בעלמא, ללא תימוכין, כאשר טיב ההיכרות בין בני הזוג שטחי ביותר. אלא, שדווקא במקרים מובהקים אלה יקל על המדינה לזהות את פיקטיביות הקשר ולהחיל את דרישת היציאה מן הארץ. עם זאת, הדבר לא ייעשה באופן הגורף הנוהג כיום – שפגיעתו בזכותם של ידועים בציבור, המנהלים קשר אמיתי וכן, בלתי מידתית – אלא על סמך בדיקה פרטנית של נסיבותיו של כל מקרה ומקרה.

32. זאת ועוד, מקובל עלינו כי במסגרת הטיפול בבקשות להסדרת מעמדם של שוהים שלא כדין מכוח היותם ידועים בציבור, אין להתעלם ממשקלו של היבט

השהייה שלא כדין ואף לא מן החשש לניצול הנוהל לרעה במסגרת התופעה הגוברת של נסיונות השתקעות שלא כדין בארץ. בפרשת סטמקה [11] הנ"ל נקבע בהקשר זה כי כאשר בן הזוג הזר מבקש להכשיר את שהותו הבלתי חוקית בנישואין, יוטל על בני הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנות הנישואין. אם כך בעניין סטמקה [11], כך גם מדרך קל וחומר בענייננו. למעשה, נטל הראיה להוכחת כנות הקשר במקרה של טענה לקשר ידועים בציבור בין אזרח ישראלי לזרהה שלא כדין יהיה אף כבד מזה המוטל על בני זוג שנישאו בעת שאחד מהם שהה בארץ שלא כדין. זאת, מן הטעם שנוהל הידועים בציבור חשוף יותר לניצול לרעה, שכן, כאמור, קשר של ידועים בציבור אינו מבוסס על אקט משפטי מכוון, אלא מזוהה על סמך מבחנים עובדתיים עמומים וגמישים יותר.

זאת ועוד, נטל ההוכחה הכבד מהרגיל שראוי להטיל על ידועים בציבור במקרה של שהייה בלתי חוקית, יתייחס לא רק להיבט של כנות הקשר, אלא גם להיותו קשר העולה כדי יחסי ידועים בציבור, על פי הפרמטרים המקובלים של חיים משותפים כבעל ואישה וניהול משק בית משותף. בהקשר זה נשוב ונציין כי צעד נוסף העשוי ליתן מענה לקושי הנובע מגבולותיו העמומים של מוסד הידועים בציבור הינו קביעת קריטריונים אשר יגדירו מי ייחשבו כידועים בציבור לצורך הקונקרטי של יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר זה. כאמור, נראה כי בכך יהיה כדי להקל על סינון הראשוני של בקשות אשר אינן עומדות ברף המקובל על המדינה, ולצמצם את ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור.

מן הכלל אל הפרט

33. מצאנו, אם כן, כי מדיניות משרד הפנים בעניין החלתה הגורפת של דרישת היציאה מן הארץ, כפי שהיא באה לידי ביטוי בנוהל הידועים בציבור – דינה להתבטל. לצד זאת, קבענו כי מקום שבו בדיקה פרטנית ראשונית מעוררת כבר על פני הדברים חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר או שניכר ממנה בכירור כי עומק הקשר אינו עולה כדי קשר בין ידועים בציבור, אין פסול בהחלתה של דרישת היציאה מן הארץ. בעניינם של המשיבים שלפנינו לא נערכה, עובר להגשת עתירותיהם, כל בדיקה פרטנית, ולו ראשונית, של פניותיהם על ידי משרד הפנים, שממנה ניתן היה להגיע למסקנות מעין אלה. משכך, הרי שאין להתנות את בחינת בקשותיהם ביציאתה של בת הזוג השהה שלא כדין את הארץ, ובדין קבע בית המשפט קמא כי אין להחיל עליהם דרישה זו.

34. למעלה מן הצורך נעיר כי לפחות לגבי המשיבים בעע"מ 4614/05, עולה כי אין מתקיימים אותם תנאים שיש בהם כדי להוביל להחלטה של דרישת היציאה מן הארץ בטרם תיבחן בקשתם לגופה. בית המשפט קמא קבע בפסק דינו כי אלה חיים יחדיו ומנהלים משק בית משותף מזה כשנה ואף חתמו על הסכם ממון, שיש בו כדי ללמד על כנות הקשר ביניהם. כן יש להביא בחשבון כי פנייתם של השניים להסדרת מעמדה של אימלדה נעשתה בטרם ננקטו הליכים כלשהם להרחקתה. במצב זה, אין מתעורר על פני הדברים חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר ואף אין זה ניכר בבירור כי יחסיהם אינם יכולים להיחשב כיחסי ידועים בציבור. מצבם של המשיבים בעע"מ 6626/05 הוא לכאורה בעייתי יותר, בשים לב לכך שהחלו להתגורר יחדיו רק באותו חודש שבו הוגשה עתירתם ועל כן, נכון לעת ההיא, ספק אם בשלו יחסיהם כדי יחסי ידועים בציבור. מכל מקום, כאמור לעיל, שאלה זו אינה מחייבת הכרעה בענייננו, שכן עניינם הפרטני של המשיבים לא זכה לבחינה בשעתו. בשולי הדברים נציין כי לא מצאנו לנכון להתייחס לטענות בא כוח המשיבים בעע"מ 6626/05 בדבר הטעמים ההומניטריים המיוחדים המצדיקים מתן מעמד של קבע לאנסטסיה אף שלא במסגרת נוהל הידועים בציבור, שכן אלה חורגים מגדרם של הערעורים שלפנינו.

35. לסיכום, מצאנו כי המדיניות הגורפת, המתנה את בחינתה של בקשה להסדרת מעמדו של זר השוהה בארץ שלא כדין מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי בצאתו את הארץ, אינה מידתית ועל כן דינה להתבטל. עם זאת, קבענו כי מקום שבו מתעורר חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר או אם ניכר בבירור כי הקשר אינו עולה לדרגת יחסי ידועים בציבור כבר לאחר בחינה ראשונית ופרטנית של בקשה כאמור, רשאי משרד הפנים לדרוש את הרחקתו של בן הזוג הזר קודם שתושלם בדיקת בקשתו. זאת, ובלבד שניתנה לבני הזוג הזדמנות הוגנת להעלות טענותיהם לפני משרד הפנים. כן סברנו כי מקום שבו הזוג הזר שוהה בארץ שלא כדין, רשאי משרד הפנים להטיל על בני הזוג נטל ראייתי גבוה מן הרגיל להוכחת כנות הקשר ביניהם ולהיותו קשר העולה לדרגה של יחסי ידועים בציבור. עוד קבענו כי מן הראוי לקבוע קריטריונים אשר יגדירו מיהם ידועים בציבור לצורך יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר כזה.

הערה בשולי פסק הדין

36. בשולי הדברים, לאחר שגיבשנו מסקנתנו לגופם של הערעורים, אין אנו יכולים להתעלם בפסק דיננו זה מן הטענות החמורות שהעלו המשיבים בעניין אי

פרסומו המספק של נוהל הידועים בציבור, על גלגוליו השונים. בית משפט זה הרבה לעמוד על חובת פרסומן של הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכותו של הפרט (ראו, בין היתר: בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, עו"ד [45], בעמ' 513; בג"ץ 3930/94 ג'זמאי נ' שר הבריאות [46], בעמ' 787; בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל [47], בעמ' 186–187, 192–193; בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר [48], עמ' 198–200; פרשת עבאט-בצה [38] הנ"ל, בעמ' 490–491).

שאלת פרסומה של מדיניות משרד הפנים באשר לדרישת יציאתו מן הארץ של בן זוג זר התעוררה גם בפרשת סטמקה [11] הנ"ל, שם הסתפקה המדינה בפרסום חד פעמי של הנוהל הרלוונטי בהודעה מטעם משרד הפנים. על כך נמתחה ביקורת חריפה מצד בית משפט זה:

"מצב דברים זה, לא זו בלבד שאין הוא משביע רצון אלא שגובל הוא באי-חוקיות ממש [...]. מקורה של חובת פרסום זו [חובת פרסומן של הנחיות פנימיות – ד' ב'], כך פסקנו, [...] נדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרונ שלטון החוק [...] (פרשת אפרתי, בעמ' 515) [...]. ובמקום שבו מדובר בפגיעה כה-עמוקה בזכות היחיד – בזכות בת-זוגו של ישראלי להמשיך ולחיות בארץ עם מי שבחרה בו להיות לה חבר לנישואין – אין ספק בלבי כי חובה היא המוטלת על משרד הפנים לפרסם את מדיניותו ולעשותה נגישה לכל מי שיבקש לקרוא בה וללומדה" (שם [11], בעמ' 768).

והנה – על אף שבינתיים עוגנו ההלכות בעניין פרסום הנחיות מינהליות בחוק (ראו סעיף 6 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998) – דומה כי לא נעשה די לקיום חובה זו. נכון להיום, חל שיפור במצב, ומתברר כי הנוהל מתפרסם אמנם באתר האינטרנט של משרד הפנים. עם זאת, מדובר בנוסח חלקי ביותר, אשר אינו כולל את מלוא האינפורמציה החיונית, ואף אין נזכרת בו דרישת היציאה מן הארץ. לנוכח חשיבותו הרבה של הנוהל והשפעתו על מעמדם של אנשים רבים, נדרש פרסום מקיף ומלא שלו, הכולל כדי להבטיח נגישות סבירה לנוהל מצד אלה שיוזקקו לו. על המדינה להקפיד הקפדה יתרה על עמידה בחובתה זו.

מן הטעמים שפורטו לעיל, הערעורים נדחים. המערערים יישאו בשכר טרחת עורכי הדין של המשיבים בכל אחד מן הערעורים בסך 10,000 ש"ח.

הנשיא א' ברק:

א

אני מסכים.

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ב

לפיכך, הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

ניתן היום, ט"ז באדר התשס"ו (16.3.2006).

ג

ד

ה

ו

ז