

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 3648/97
בג"ץ 8016/96
בג"ץ 343/97
בג"ץ 604/97
בג"ץ 924/97
בג"ץ 2147/97
בג"ץ 2180/97
בג"ץ 3533/97
בג"ץ 4514/97
בג"ץ 4696/97
בג"ץ 7187/97
בג"ץ 7218/97
בג"ץ 7346/97
בג"ץ 7353/97
בג"ץ 7604/97
בג"ץ 19/98
בג"ץ 92/98
בג"ץ 151/98
בג"ץ 468/98
בג"ץ 588/98
בג"ץ 2125/98
בג"ץ 2355/98
בג"ץ 2567/98
בג"ץ 3533/98
בג"ץ 4019/98
בג"ץ 4110/98
בג"ץ 4623/98
בג"ץ 5188/98

כבוד השופט מ' חשין
כבוד השופטת ד' דורנר
כבוד השופטת ד' ביניש

בפני:

העותרים
בבג"ץ: 3648/97

1. ישראל סטמקה
2. ביג'להן פטל
3. מרים גורודצקי
4. פיטר פובי
5. זהר יפעת

6. סטיבן וואלי אדניג'י

חורחה ארנולף	העותר בבג"ץ 8016/96:
אניטה רנצר	העותרת בבג"ץ 343/97:
1. עידו עידן 2. טטיאנה וודנסקי	העותרים בבג"ץ 604/97:
1. יצחק פרידמן 2. דוינה דרגומיר	העותרים בבג"ץ 924/97:
1. ברוך סמו 2. ציון אזב טספזג	העותרים בבג"ץ 2147/97:
1. אבדולה יילדיס 2. נטליה קדושביץ	העותרים בבג"ץ 2180/97:
1. טטיאנה איבנובנה ולצ'וק 2. בוריס ספוז'ניקוב	העותרים בבג"ץ 3533/97:
1. וובטו וורקו אימר 2. סמלויט וולדיאס	העותרים בבג"ץ 4514/97:
1. אלכסנדר דיאצ'נקו 2. אלכסנדרה גורלוב	העותרים בבג"ץ 4696/97:
1. בוריס סרברניק 2. אלסיה וסיליאדי 3. יורי וסיליאדי	העותרים בבג"ץ 7187/97:
1. סקוב רנטה 2. אגפוניקוב איגור	העותרים בבג"ץ 7218/97:
1. סימונה ווילף 2. יוגן הוסאנו 3. עינת פרימו 4. פרינס הייס אמללו	העותרים בבג"ץ 7346/97:
1. יבגני סטרמובסקי 2. לריסה שבץ	העותרים בבג"ץ 7353/97:
1. חנה ישראלי	העותרים בבג"ץ 7604/97:

2. פרדריק קואמינה וילסון	
1. אשמי איצ'להום טספאי 2. אבבה פיסהה	העותרים בבג"ץ: 19/98
מספין מתיוס בקלה	העותר בבג"ץ: 92/98
מזלח פרץ	העותר בבג"ץ: 151/98
1. גרדה גמליאל 2. GODWIN IHEANACHO UGWU	העותרים בבג"ץ: 468/98
1. מובשיץ איגור 2. קוזאייב אוקסנה	העותרים בבג"ץ: 588/98
1. קוזנצוב מקסים 2. וסילייב אירינה	העותרים בבג"ץ: 2125/98
1. מרים ינאי 2. JOSEPH UCHENNA DIKE	העותרים בבג"ץ: 2355/98
1. יגודייב אינסה 2. בובריניוב ויאצ'סלב	העותרים בבג"ץ: 2567/98
1. דמיטרי סנדקוב 2. נינה לוקאוט	העותרים בבג"ץ: 3533/98
1. דב הולצברג 2. רוזליה צ'יפאי	העותרים בבג"ץ: 4019/98
1. גנאדי ליפשיץ 2. ולנטינה אובצ'נקובה 3. לאה חזין	העותרים בבג"ץ: 4110/98
1. אלה אליזבת שוניה 2. ADE JUWON AJIFOLAWO OJOMO	העותרים בבג"ץ: 4623/98
1. סמיון רביניקוב 2. אירינה רביניקוב (רסטבורצב)	העותרים בבג"ץ: 5188/98
נ ג ד	
1. שר הפנים 2. מנהל מחלקת אשרות וזרים במשרד הפנים 3. מנהל מינהל האוכלוסין	המשיבים:

משיב בבג"ץ: 604/97	4. מנהל האגף הקונסולרי - משרד החוץ
תאריכי הישיבות:	ה' בכסלו תשנ"ח (4.12.1997) ט"ו באייר תשנ"ח (11.5.1998) ד' בכסלו תשנ"ט (23.11.1998)
בשם העותרים בבג"ץ 3648/97:	עו"ד ענת שקולניקוב, עו"ד ענת בן-דור ועו"ד ניקול מאור (סנטר)
בשם העותר בבג"ץ 8016/97:	עו"ד רמי אמיר, עו"ד ניר אמודאי ועו"ד איל אקוניס
בשם העותרים בבג"ץ 343/97 ובג"ץ 604/97:	עו"ד שמואל מינצר
בשם העותרים בבג"ץ 924/97, בג"ץ 2147/97, בג"ץ 2180/97, בג"ץ 4514/97, בג"ץ 19/98, בג"ץ 3533/98 ובג"ץ 4019/98: עו"ד יוסף בן-מנשה	
בשם העותרים בבג"ץ 3533/97:	עו"ד ארנון שוטלנד
בשם העותרים בבג"ץ 4696/97:	עו"ד גיימן גריגורי
בשם העותרים בבג"ץ 7187/97:	עו"ד איליה וייסברג
בשם העותרים בבג"ץ 7218/97:	עו"ד רמי משינסקי
בשם העותרים בבג"ץ 7346/97, בג"ץ 7604/97, בג"ץ 468/98, בג"ץ 2355/98, בג"ץ 4110/98, ובג"ץ 4623/98:	עו"ד ד"ר תיאודור שוורצברג
בשם העותר בבג"ץ 92/98:	עו"ד אבינועם אשכנזי
בשם העותרים בבג"ץ 2125/98:	עו"ד וודים סטרוביחובסקי
בשם העותרים בבג"ץ 2567/98:	עו"ד לורה מקסיק
בשם העותרים בבג"ץ 5188/98:	עו"ד דיינה הר-אבן
בשם המשיבים:	עו"ד יוכי גנסין (ממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות המדינה), עו"ד דנה בריסקמן, עו"ד ענר הלמן, עו"ד אודית קורינלדי-סירקיס ועו"ד אורית קורן

פסק-דין

השופט מ' חשין:

עשרים ושמונה עתירות הן המונחות לפנינו, ועניין בשלושים ואחד זוגות לנישואין. כשם שאין שני בני-אדם הדומים לחלוטין איש לרעהו, כן אין עניינו של כל אחד מאותם שלושים ואחד זוגות זהה לעניינם של הזוגות האחרים. ואולם, כל העתירות כולן (למעט אחת) מעוררות - כל אחת מהן בדרכה-שלה - אותן שאלות-משפט הצורכות פיתרון. משנמצא לנו כך, אמרנו נדון בכל העתירות בצוותא-חדא, ואף פסק-הדין שניתן בכולן יהיה אחד. פסק-הדין שלפנינו הוא אותו פסק-דין אחד.

2. פלוני, יהודי ואזרח ישראל, נושא לו לאשה בנישואי-חוץ - בין בנישואי-התכתבות, "נישואי פאראגוואי", ובין בנישואין-בין-נוכחים במדינת-חוץ - את פלונית, ופלונית אינה יהודיה ואינה אזרחית ישראל. כיוצא בזוג זה, פלמונית, יהודיה ואזרחית ישראל, נושאת לה לאיש, בנישואי-חוץ, את פלמוני, ופלמוני אינו יהודי ואינו אזרח ישראל. גם אלה וגם אלה, "נישואי תערובת" הם. שלושים ואחד זוגות עותרים לפנינו, וכולם, למעט אחד (בג"ץ 604/97 עידו עידן נ' שר הפנים) הינם זוגות מעורבים על-פי הדגם שהיצבנו: זוג שבו הגבר הוא יהודי אזרח ישראל והאשה היא לא-יהודיה זרה, או זוג שבו האשה היא יהודיה אזרחית ישראל והגבר הוא לא-יהודי זר. בפרשת עידו עידן (בג"ץ 604/97) שני בני-הזוג אינם יהודים - הגבר הוא אזרח ישראל והאשה אזרחית אוזבקיסטן - ועל-כן מעוררת עתירה זו אך מיקצת מן השאלות שנדון בהן. לנוחות הדיון נדון להלן בדגם של זוג שבו הגבר הוא יהודי אזרח ישראל והאשה היא לא-יהודיה זרה, ולמותר לומר כי פיתרונות שנציע יחולו גם על זוגות שבהם האשה היא יהודיה אזרחית ישראל והגבר הוא לא יהודי זר. אשר לזוגות שבהם בן-הזוג האחד הוא ישראלי (לא-יהודי) ובן-הזוג האחר הוא לא ישראלי (ולא יהודי), גם על אלה יחול אותו דין, למעט בנושאי חוק השבות החל אך על יהודים ועל בני-משפחה של יהודים (כפי שנוסיף ונפרט עוד להלן).

3. ארבע שאלות עיקריות הועמדו לפנינו להכרעה, ואלו הן:

- (1) האם זכאי הוא בן-הזוג הזר הלא-יהודי לזכויות אותן מקנים חוק השבות, תשי"ז-1950, וחוק האזרחות, תשי"ב-1952, ליהודי שעלה ארצה? האם זכאי הוא אותו בן-זוג לקבל את אזרחות ישראל משל היה יהודי שעלה ארצה?

(2) במרבית העתירות מתבקש בן-הזוג הזר הלא-יהודי לעזוב את הארץ לתקופת-חודשים, עד שיהא סיפק בידי משרד הפנים לבדוק את עניינם של הנשואין לגופם, ובעיקר: האם נישואי-אמת הם אם נישואים פיקטיביים. האם מוצדקת היא מדיניות זו, והאם ראוי כי יינתן למשרד הפנים להמשיך בה כדרכו עתה?

(3) בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בשלילה - לאמור: אותו לא-יהודי אינו זכאי בזכויותיו של יהודי על-פי חוק השבות, תש"י1950 - מה הוא מעמדו על-פי חוק האזרחות, תשי"ב1952? האם זכאי הוא לזכויות-יתר על-פי חוק זה או שמא דינו כדין מהגר?

(4) רוב העותרים מוסיפים ומבקשים כי מעמדם כנשואים יירשם במירשם האוכלוסין, והשאלה היא אם צודק משרד הפנים בסרבו להיעתר לבקשה זו.

בהמשך דברינו נדון בשאלות אלו, אחת לאחת, כסדרן.

זכותו של בן-זוג לא-יהודי לשבות -

פירוש שהמינהל נותן לחוק שנים רבות

4. כאמור בראש דברינו, זה הוא הדגם שסביבו בונים אנו את חוות דעתנו: יהודי, אזרח הארץ, נושא לו לאשה - בנישואי-חוץ - מי שאינה יהודיה ואינה אזרחית הארץ. מרבית הזוגות שלפנינו נישאו ב"נישואי פאראגוואי", אלה הם נישואים-בהתכתבות עם הרשות המוסמכת בפאראגוואי: בני הזוג - כל אחד מהם - מְמַנָּה מיופה-כוח הנמצא בפאראגוואי, ואותם מיופי-כוח עורכים את הנישואים בשמם של בני-הזוג בלא שהנישואים עוזבים כלל את גבולות המדינה. מיקצת מן הזוגות נישאו במדינת חוץ בטקס נישואין רגיל.

5. משך שנים רבות ועד לפני זמן לא-רוב, פירש משרד הפנים את חוק השבות על דרך זה, שבן-הזוג הלא-יהודי של יהודי אשר היה אזרח ישראל לעת הנישואין, זכה - עם נישואיו - במעמד של יהודי לפי חוק השבות ובמעמד של עולה לפי חוק האזרחות משל היה יהודי. לשון אחר: בן-הזוג הלא-יהודי זכה בשבות כמוהו כיהודי מן-המניין. ראו והשוו, למשל: בג"ץ 1850/93 צ'ימה אדוארס אוניולו נ' משרד הפנים (לא פורסם); בג"ץ 3680/95 דוד טבריה נ' משרד הפנים (לא פורסם). בשנת 1995 שינה משרד הפנים את טעמו והחל מפרש את החוק אחרת. לפי הפירוש החדש, אותו בן-זוג שאינו-יהודי לא יבוא בגידרי חוק השבות, וממילא לא יזכה

בזכויותיו של יהודי, לרבות לא בזכותו לקבל את אזרחות ישראל אך לרצונו בלבד. פירוש אחרון זה הוא הפירוש שהמשיבים טוענים לו לפנינו.

על רקע זה של חילופי גירסאות טוענים העותרים כי רשויות משרד הפנים מנועות הן - לאחר שנות-דור - להעיר ולעורר את החוק בדרך פרשנות שונה משנהגו בה כל השנים. לשון אחר: משהגיד משרד הפנים בעבר כפי שהגיד שוב לא יותר לו כי יחזור-בו ויגיד אחרת. פירוש החוק שנהג בעבר כמו נטע עצמו בתוככי החוק: הפירוש והחוק היו לאחדים ואין להפריד בין הדברים. ומשידענו כך, מוסיפים הם העותרים וטוענים, ממילא זכאים אנו - כדרך פירוש קמא - לבוא אל-שלנו ולקבל את אזרחות ישראל לרצוננו בלבד. טענה זו מעלה בכל חומרתה שאלה כבדה מתחום דיני הפרשנות, והיא: משבא חוק לפני בית-משפט, לפירושו ולקביעת תחומי התפרשותו, האם ראוי הוא בית-המשפט להביא במנין שיקוליו - כשיקול תקף - דרכי פרשנות שהרשות המינהלית נהגה לפיהם, לעיתים משך שנים רבות? הנה היא רשות מוסמכת המדריכה עצמה כך-וכך בפירושו של חוק. לעת בואו של בית-משפט לפרש אותו חוק ולקבוע את תחומיו, הראוי הוא פירושה של הרשות המוסמכת, כשהוא לעצמו, כי ישפיע על שיקול דעתו של בית-המשפט במישקל זה או אחר? שאלה זו אינה חדשה עימנו, ונאמר בה דברים אחדים.

6. על טענת המניעות - טענה אשר הועלתה אך בשפה רפה ובחצי-פה - לא נרחיב דברים. רשות שפירשה את סמכותה בדרך מסויימת - ולו לאורך-זמן - ולימים מגיעה היא לכלל מסקנה כי שגתה בפירוש וכי סמכותה היא אחרת משפירשה אותה בעבר, לא זו בלבד שרשאית היא לחזור בה מנוהגה הלוקה אלא שחייבת היא לעשות כן. על-פי המחוקק יקום דבר, והחוק נשאר על עומדו - לא נשתנה - אך באשר הרשות טעתה בפירושו. למותר לומר כי מדברים אנו במעשי-רשות ובהחלטות-רשות הצופים פני עתיד. אשר למעשים ולהחלטות שלעבר - מעשים והחלטות שנעשו לעת הפירוש השגוי - אשר לאלה אפשר שהדין יהא, לעתים, שונה ולו משום שיחידים קנו אינטרסים וזכויות ולא יהא זה לא ראוי ולא נכון לשנות את מצבם לרעה.

7. נפרדת ושונה משאלת המניעות היא השאלה באשר למישקל שראוי כי ניתן לנוהגה של הרשות - בפירושה לחוק - לעת בואו של בית-משפט לפרש אותו חוק. בבוא בית-המשפט לפרש הוראת-חוק, מה מישקל ייוודע לנוהגה של הרשות המוסמכת לפרש אותה הוראה בדרך מסויימת? או אחרת: בהימצא לבית-המשפט כי פירוש-שלו לחוק שונה מפירושה של הרשות המוסמכת - פירוש שאותה רשות ניהגה עצמה לפיו שנים רבות - היעניק בית-המשפט מישקל לפירוש הרשות אך באשר כך פירשה את החוק עת ארוכה? למותר לומר כי שאלה זו תעלה במקרים בהם החוק הוא דו-משמעי - או אף רב-משמעי - ואלה מקרים שאינם שכיחים. בשאלה זו דן המחבר אהרן ברק בסיפרו פרשנות במשפט (נבו הוצאה לאור, 1994, כרך ב') 791 ואילך, ומתאר הוא לפנינו

שלוש אסכולות של פרשנות: "גישת ההתעלמות", "גישת מיתחם החוקיות" ו"גישת שיקול הדעת השיפוטי". הדברים כתובים ואנו לא נחזור עליהם.

8. כשאני לעצמי, דומני כי המישקל הנודע לפירושה של הרשות - באשר הוא - הינו מישקל קל כנוצה: קל כנוצה ובה-בעת אף כבד כנוצה. בראש ובראשונה, נאמר, כי לא נוכל להתעלם מההשפעה הפסיכולוגית הנודעת לפירוש הרשות. פירוש הרשות המוסמכת היה לפני העלות השאלה לפני בית-המשפט, ובית-המשפט לא יוכל להתעלם - ולו בתת-מודע - מן הפירוש שקנה לו אחיזה שנים רבות, פירוש ששלח שורשים ונאחז בחוזקה במציאות. אשר-על-כן, תהא הריטוריקה אשר תהא, דומה עלי כי ככל שינסה להתנער מפירושה של הרשות לחוק, למיצער בתת-מודע יושפע בית-המשפט מאותו פירוש שיחלחל בתודעתו. ואולם, בכפוף להערת-הקדמה זו, דעתי היא כי פירושה של הרשות לחוק - באשר הוא - ראוי שייודע לו מישקל מועט ביותר. מכל מקום, נוכל להבחין בין סוגי חוקים שונים, ואותו מישקל מועט אפשר שישתנה מחוק לחוק. נפתח בראשון ראשון.

כלל ראשון - ראש וראשון - הוא, שהסמכות לפירושו של חוק לבית-המשפט ניתנה. ועם הסמכות מונחת לפיתחו של בית-המשפט האחריות לפירושו של החוק. הנה-הוא עקרון הפרדת הרשויות - שמא נאמר: עקרון ביזור הכוחות בין הרשויות - וחלוקת העבודה ביניהן: המחוקק יחוקק; המבצע יבצע; והשופט ישפוט: יפרש ויקבע את תחומי התפרשותו של החוק. וכך, משעה שהוציא המחוקק חוק מתחת ידו, הסמכות לפירושו היא סמכותו של בית-המשפט, וסמכותו-שלו בלבד. אמרנו על-כך ברע"פ 1127/93 מדינת ישראל נ' יוסי קליין פ"ד מח(3) 485, 500-501, ונחזור על הדברים:

"סמכות חקיקת חוקים לרשות המחוקקת ניתנה - לה, ולה בלבד. וכלשוננו הפיוטית של השופט זילברג בע"פ 53/54 אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי [5] בעמ' 819: 'אין מחוקק מבלעדי המחוקק, ולו בלבד נתכנו עלילות החקיקה'. ואולם, משראה הילד אוויר עולם, ניתק טבורו מאמו, המחוקק הוא בבחינת מי שסיים מלאכתו (לאותה עת) - מעין *functus officio* - ומעתה בעל הסמכות הוא בית המשפט, לפירושו של החוק ולקביעת תוקפו, תחום התפרסותו ותוכנו. זו - על רגל אחת - תורת הפרדת הרשויות בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת, ואידך - פירושא, זיל גמור...."

לאחר השלמתו של מעשה חקיקה, יצא החוק מחצרה של הרשות המחוקקת. חי הוא כמו לעצמו, ופירושו- במובנו הרחב של המושג - ניתן הוא, בסופו של תהליך, לבתי המשפט, ולהם בלבד."

ראו עוד: בג"ץ 4031/94 ארגון "בצדק" ואח' נ' ראש הממשלה פ"ד מח(5) 1. כך הוא אף באשר לפירושם של חקיקת מישנה ושל מעשי-מינהל נורמטיביים. במקום אחד קבע שר מיבחי-תמיכה במוסדות ציבור, ובית-

המשפט נדרש לפירושם של אותם מיבחינים. אמרנו על-כך, כי פירושם של המיבחינים הוא בידי בית-המשפט - בידיו ולא בידי השר שקבעם, וכך אמרנו:

"חובה הוטלה על השר לקבוע מיבחינים ... המיבחינים, רק על-פיהם יישק דבר: הם-הם הקובעים זכויות והם-הם הנוטלים זכויות. כוונתו של השר אמורה לקבל ביטוי במיבחינים שפורסמו, והמיבחינים שפורסמו הם-הם כוונתו של השר. משעת פירסומם ועד להיבטלם, או עד לשינויים, אין עוד לשר שליטה על המיבחינים. חיים הם לעצמם ואין הם תלויים עוד בשר. השר הורה אותם, אמנם, אך משעת לידתם - היא שעת פירסומם - ניתק הטבור ואמורים הם לחיות את חייהם ולדבר בעד עצמם. הנחתום לא יעיד על עיסתו, וכמותו לא המחוקק יפרש דברי-חקיקה (אלא בדרך שעשה אותם דברי-חקיקה). זה שלטון החוק, זו הפרדת הרשויות, זה ההליך הדימוקרטי."

(בג"ץ 5290/97 עזרא ואח' נ' השר לענייני דתות ואח'; טרם פורסם). מידי בית המשפט נבקש חוק, ובית-משפט לא יותר לו להתנצל מחובתו - ומסמכותו - לפירוש חוק על דרך הידרשותו למומחים ולפירושה של הרשות המוסמכת. בית-המשפט הוא-הוא ה"מומחה" לפירוש חוק - לכך הוכשר וזו משימתו - וממילא אין הוא רשאי לתלות עצמו באחרים זולתו. כך סברתי בעבר וכך סובר אני אף כיום בנושא התערבותו בהכרעותיו של בית הדין לעבודה, ובייחוד באשר לתיזה הגורפת כי "מומחיותו" של בית הדין לעבודה עשויה לשמש מחסום מפני התערבותו בהכרעותיו. כך, למשל, אמרתי בבג"צ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(5), 502, 519:

"שיקול זה של 'מומחיות' ושל 'התמחות' כטעם לאי-התערבותו של בית המשפט הגבוה לצדק בפסיקתו של בית הדין לעבודה - נפלא ממני. כך, למשל, חוק הגמלאות הוא ממשפט העבודה, אך לא ידעתי ולא אבין מדוע בית הדין לעבודה 'מומחה' מבית המשפט הגבוה לצדק לפרשו ולקבוע מה מטרה נתון המחוקק להשיג בו במקרה זה או אחר. כך בחוק זה וכך בכל משפט העבודה, והרי מדברים אנו בקורפוס נורמות שהוא אבר במשפט הארץ ככל ענף משפטי אחר. שופט תעבורה, דרך משל, 'מומחיותו' ו'בקיאותו' במשפט התעבורה רבה מ'מומחיותם' של רוב שופטי בית משפט זה, אך לא יעלה על הדעת לומר כי 'מומחיות' זו נודע לה, כשהיא לעצמה, משקל בפירושו של דבר חוק שהוא בן למשפחת משפט התעבורה."

והוספתי על-כך בבג"ץ 3679/94 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האיזורי לעבודה בתל-אביב יפו, פ"ד מט(1) 573, 592:

"הנה כי כן, בהידרשו לעניין מסוים שוקל בית המשפט פירושו של חוק פלוני, ולסוף מגיע הוא לכלל מסקנה כי השיקולים המהותיים והרלוואנטיים המושכים לצדדים מוליכים אל פירוש פלמוני לחוק. בית המשפט כמו מניח הוא על כפות המאזניים, מזה ומזה, כל פירושים המעמידים עצמם בתחרות הפירוש הנכון וסופו של תהליך שהוא מגיע

אל פתחו של פירוש צלמוני כפירוש המכריע את כולם. עתה, שהגענו אל 'הפירוש הנכון' האם נשנה מדעתנו אך משום שבית הדין לעבודה - כ'מומחה' וכמי ש'התמחה' במשפט העבודה - סבור אחרת? התשובה, לדעתי, היא בשלילה".

ובהמשך (שם, 593):

"... הכרעתו של בית הדין לעבודה, באשר היא - להבדילה מהטעמים שביסודה - אסור לה שתשמש שיקול לעצמו בפירוש של חוק. זיקתנו שלנו אל החוק היא זיקת מישרין, והידברותנו איתו היא ללא מתווכים. שופט, כל שופט לעצמו, הוא פרש בודד בערבות החוק והמשפט. אכן, לעולם יהא לבו של שופט פתוח לשמוע את דעת הזולת, להאזין לקולות מקרוב ומרחוק, ואולם העובדה שזולתו סובר כך ולא אחרת, באשר היא, אסור לה שתשפיע על שיקול-דעתו, ויהא אותו זולת מורם ונישא ככל שיהיה (הכול, בכפוף להוראות דין מפורשות כהוראת התקדים המחייב). האחריות לפירושם של דין והלכה לפתחנו היא רובצת, ולא נוכל להתנצל מעלינו".

אם אלה דברים אמורים בבית הדין לעבודה - שיושבים בו שופטים כמוני וכחבריי בבית-המשפט - בפירושה של רשות מינהלית לחוק לא ייאמרו דברים בדומה, ואף על דרך של קל-וחומר? השאלה שאלה והתשובה בה.

9. עד כאן - עקרון היסוד: סמכותו הבלעדית של בית-משפט לפירוש חוקים, סמכותו ועימה אחריותו לפירוש החוק. נסיף ונדע עם זאת, שלא הרי חוק כהרי חוק. הנה-כי-כן, חוק שנושאו הוא נושא מקצועי או טכני, נוהג של הרשות המוסמכת - רשות בעלת ידע מקצועי וטכני או רשות הנעזרת בבעלי-ידע מקצועי או טכני - ראוי הוא שיזכה במישקל לעת הידרשותו של בית-המשפט לפירוש החוק. שונה הדין בנושא נורמטיבי, קרא: בנושא בו אומר המחוקק לקבוע נורמות התנהגות, להכווין את התנהגות הכלל והתנהגות היחיד. ה"מומחה" בנושא הנורמטיבי הוא בית-המשפט בלבד - והוא שיקבע מהו הדין ומה תחום התפרשותו. יתר-על-כן: ככל שנטפס במעלה הפירמידה הנורמטיבית, כן תגבר ותלך אחריותו של בית-המשפט לפירוש של החוק ובה-במידה ישאף לאפס המישקל שיינתן לפירושה של הרשות המוסמכת לחוק.

ולענייננו שלנו נאמר ונכריז: מדברים אנו בפירושה של הוראה מהוראות חוק השבות, בשאלת תחום תחולתו של אחד מחוקי-התשתית של המדינה. לא זו בלבד שאין נדרשת כל "מומחיות" לפירוש, אלא שביתתנו דעתנו למקומו הנעלה של החוק במידרג הנורמטיבי במשפט הארץ, אין ספק קל בדעתי כי פירושה של הרשות לחוק - ולו במשך שנים רבות - אין נודע לו כל מישקל שהוא. אם כך ככלל, לא-כל-שכן שהרשות חזרה בה מדרכה וטוענת היא לפנינו לפירוש הנראה בעינינו כי טוב הוא.

10. נסיים ונוסיף: כל דברים שאמרנו - באשר לפירוש בית-משפט המִכָּה פירושה של רשות-מינהל - טובים ויפים הם ככל שיהיו, אין פניהם - לעניינינו-שלנו - אלא לאירועים שלעתידי-לבוא בלבד; והעיתירות המונחות לפנינו להכרעה בהן, בכלל העתיד הן. אכן, לא נוכל להעלים עין מן ההשלכות שהיו לפרקטיקה שנהגה משך שנים רבות, ולא יהא זה נכון אם נפגע - ולו בעקיפין - בזכויות שקנו יחידים על-פי פירושה הקודם של הרשות לחוק השבות. פירושנו לחוק אינו צופה פני-עבר, ומציאות שנוצרה לא נבחש בה. שְׁבָשָׁתָא, כיוון דְּעַל - עַל. ראו עוד והשוו: פרשת קליין, לעיל, שם, 504, והאסמכתאות בו; אהרן ברק, פרשנות במשפט (נבו, תשנ"ד-1994, כרך שלישי) 740.

11. עתה, שנמצא לנו כי פירושנו של משרד הפנים לחוק השבות אין נודעת לו כל השפעה שהיא - לדעת אחדים: השפעה מיזערית בלבד - הבה נפנה עצמנו לפירושנו של החוק בדרכם של בתי-המשפט. הדגם הוא, מזכור: יהודי אזרח הארץ נושא לאשה זרה לא-יהודיה. והשאלה: האם מזכה חוק השבות את בן-הזוג הלא-יהודי באותן זכויות שמקנה הוא ליהודי?

זכותו של בן-זוג לא-יהודי לשבות

12. את חוק השבות היכרנו כולנו - אותו ואת התיקונים בו - אך לא יהא זה מן המותר אם נרענן את זיכרוננו בלשונו. הוראת-היסוד קוראת אלינו מסעיף 1 לחוק השבות, ולפיה:

"כל יהודי זכאי לעלות ארצה".

יהודי "עולה" ארצה על-פי "אשרת עולה" או על-פי "תעודת עולה" (סעיף 2(א) ו-3(א) לחוק, כסידרם), וניתן לשלול את זכות העליה רק על-פי טעמים מיוחדים המפורשים בסעיף 2(ב) לחוק (העולה פועל נגד העם היהודי; העולה עלול לסכן את בריאות הציבור או את בטחון המדינה; העולה בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור).

בשנת תש"ל-1970, הושם חוק השבות על שולחן הניתוחים והכנסת עשתה שינוי בצופן הגנטי המכוון את דרכו. מדברים אנו בחוק השבות (תיקון מס' 2), תש"ל-1970, אשר הוסיף לחוק השבות סעיפים 4א ו-4ב. וכך מורות אותנו הוראות-חוק אלו:

"זכויותבני משפחה

4א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, התשי"ב1952-, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים אם לאו ואם עלה ארצה או לאו.

(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א)."

"הגדרה

4ב. לענין חוק זה, 'יהודי' - מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת."

לשתי הוראות-חוק אלו נצרף את הוראת סעיף 2(א) לחוק האזרחות, ולפיה:

"אזרחות מכוח שבות

2. (א) כל עולה לפי חוק השבות, התשי"ב1950-, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות ..."

(בהמשכו מוסיף סעיף 2 לחוק האזרחות ומפרט ומסייג ומרחיב, אך עיקר לענייננו הוא ברישה שהבאנו). עיקר לענייננו יימצא בהוראת הסעיפים 4א ו4ב לחוק השבות, וכנגזרת מהם - בהוראת סעיף 2(א) לחוק האזרחות.

13. הוראת סעיף 4א לחוק השבות, כלשונה, אומרת להרחיב את גְּדִיכַת הזכאים על-פי חוק השבות. מאז תחילתה של הוראת סעיף 4א, חוק השבות אינו מייחד עצמו אך ליהודים. מוסיף ופורש הוא עצמו על בני-משפחה של יהודי הזכאי לעלות ארצה. גם אותם בני משפחה - הגם שאין הם יהודים - זכאים הם מכוחו של חוק השבות לזכויותיו של יהודי עולה. ראו עוד והשוו: חיים כהן, המשפט, (מוסד ביאליק, ירושלים, תשנ"ב1991-), 497-498; ד"ר אשר מעוז, "הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת", הפרקליט לח, 637, 641-642.

ומכאן טענת העותרים: סעיף 4א(א) לחוק השבות מורה אותנו כי הזכויות של יהודי לפיו (והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות) "מוקנות גם ... לבן זוג של יהודי", והמסקנה נדרשת כמו-מאליה: יהודי זכאי לעלות

ארצה ולהיות לאזרח ישראל; בן זוג של יהודי זכאי באותן זכויות של יהודי; שמע מינה: בן-זוג של יהודי זכאי לעלות ארצה ולהיות לאזרח ישראל. יתר-על-כן: החוק בגופו אינו מבדיל בין יהודי ליהודי: בין יהודי שטרם עלה ארצה ואין הוא אזרח ישראל לבין יהודי אזרח ישראל. דין היהודים כולם דין אחד הוא. וכשם שדין היהודים כולם אחד הוא, כן יהא דין בני-זוגם (הלא-יהודים) של היהודים, ואין נפקא מינה אם בן-הזוג (הלא-יהודי) היה לבן-זוג קודם עלייתו של יהודי ארצה - שאז לכל הדיעות זכאי הוא לשבות - או אם היה לבן-זוג למי שהוא יהודי אזרח ישראל. מסקנה זו, כך מוסיפים העותרים וטוענים, מתחזקת בהוראת סעיף 4 לחוק, ולפיה מושווה מעמדו של יהודי שעלה לאחר חוק השבות ליהודי שנולד בארץ או שעלה לפני חוק השבות. וכלשון החוק:

"תושבים וילידים"
 4. כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תקפו של חוק זה, וכל יהודי שנולד בארץ בין לפני תחילת תקפו של חוק זה ובין לאחריה, דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה."

מכאן: כל יהודי הוא יהודי, וכל בן-זוג של יהודי - באשר בן-זוג של יהודי הוא - זכאי מכוח סעיף 4א לזכויות של יהודי, וזאת גם אם היהודי אזרח ישראל הוא לעת הנישואין.

משיבים המשיבים ועונים: לא-כי. "בן זוג", כהוראתו של צירוף-תיבות זה בסעיף 4א לחוק השבות, אין עניינו אלא במי שהיה בן-זוגו של יהודי לעת שאותו יהודי לא היה (או טרם היה) אזרח ישראל. ואילו אם היהודי אזרח ישראל הוא, הוראת סעיף 4א אינה תופשת בו כלל ובן-זוגו לא יזכה לא בזכויות של יהודי לפי חוק השבות ולא באזרחות מכוח שבות (כהוראת חוק האזרחות).

ומכאן השאלה: אותו "בן זוג של יהודי" האמור בסעיף 4א(א) לחוק השבות: האם כל בן-זוג של יהודי זכאי לשבות ולאזרחות (וזו גירסת העותרים), או שמא נ'אמר הכתוב מדבר אך-ורק בבן-זוג של יהודי טרם היותו אזרח ישראל, כגירסת המשיבים. בסוגיה זו נעסיק עצמנו בשורות הקרובות.

בחינה לשונית

14. כדרכנו, כדרכו של בית-משפט, נפתח בבחינתו הלשונית של סעיף 4א לחוק השבות. נתבונן מקרוב בהוראת סעיף 4א וידענו, כי הבחינה הלשונית - אפילו היא - אינה עשויה חומר אחד. מסתבר כי בבחינה הלשונית תימצאנה לנו למיצער שתי רמות של פירוש, ולא עוד אלא שהשתיים אין השלום שורה ביניהן.

קריאת סעיף 4א(א) כפשוטו - וכערכו על פניו - יש ב' ה', לכאורה, כדי לתמוך בעמדת העותרים. הנה-כי-כן, המחוקק מורה אותנו כי הזכויות של יהודי ושל עולה מוקנות גם לבן-זוגו של יהודי, ואין בו בחוק לא סייג ולא הגבלה מכל סוג שהוא באשר למעמדו של היהודי לעת הנישואין, אם אזרח המדינה הוא, אם לאו. לכאורה, איפוא, גם יהודי אזרח הארץ הנושא לאשה - בארץ אחרת, למותר לומר - אשה שאינה יהודיה, ואותה אשה מבקשת להנות עצמה מחוק השבות ומחוק האזרחות, שני חוקים אלה פורשים את זרועותיהם לקראתה ומזכים הם אותה בזכויותיהם. כך הוא פירושו של החוק כפשוטו. נכנה פירוש זה "הפירוש הלשוני הסטטי".

בצידו של הפירוש הלשוני הסטטי ימצא לנו "פירוש לשוני דינמי", והוא: פירוש שאינו מבודד את הוראת סעיף 4 לעצמה, כאותו פירוש לשוני סטטי. הפירוש הלשוני הדינמי יורה אותנו כי לא נוציא את סעיף 4 מהקשרו - זו הפעם במובנה הנכון והאמיתי של הוצאת דברים מהקשרם; כי נקרא את סעיף 4 בהקשר הוראות חוק השבות כולן; כי נפרש את חוק השבות - ובו את סעיף 4 אף-הוא - כהמשך אחד, בזרימה; כרעיון אחד שפיצל עצמו לסעיפים ולסעיפי-מישנה אך בשל קוצר ידנו, מפאת דלות התקשורת בינינו, בשל כך שאין לנו מסוגלים להביע רעיון מורכב אלא על דרך פיצולו למילים, לצירופי-מילים, לפסוקים, לסעיפים. וכך, אם נקרא את סעיף 4 את תוך זרימתו בחוק השבות, נוכל לומר כך: הוראת-התשתית בחוק השבות באה בסעיף 1 בו, ולפיה כל יהודי זכאי לעלות ארצה. סעיף 4 אינו אלא המשכו של סעיף 1 - סעיף 1 זורם אל סעיף 4 וסעיף 4 מצטרף אל סעיף 1 בזרימתו - ופירושו אינו אלא זה, שהזכות הניתנת ליהודי לעלות ארצה ניתנת אף לבני משפחתו לעת עלייתו של היהודי. אכן, האמירה "לעת עלייתו של היהודי" אינה באה בסעיף 4 במפורש; אך אם במפורש לא מצאנו מילים אלו בחוק, הנה מובלעות הן בכתוב. סעיף 4 אינו מעין-המשך לסעיף 1, ובני המשפחה האמורים בסעיף 4 הם בני המשפחה של אותו עולה שסעיף 1 מדבר בו. מסקנה נדרשת היא, שהמושג בן-זוג בסעיף 4 פירושו הוא, בן-זוג (לא יהודי) לעת העליה ארצה של בן-זוגו (היהודי). פירוש זה שלחוק מוציא, כמובן, מגדריו - כטענת המדינה - לא-יהודי שהפך בן-זוג ליהודי שהוא אזרח המדינה לעת הנישואין. יהודי זה האחרון אינו עולה ארצה, וממילא אין לבן-הזוג הלא יהודי במי לתלות את זכותו.

השאלה המכרעת בכל מקרה ומקרה היא, אם בני-הזוג היו בני-זוג קודם העלייה ארצה. שאם אכן היו בני-זוג, כי-אז קונה בן-הזוג הלא-יהודי זכויות לפי חוק השבות ולפי חוק האזרחות; ואם לאו - לאו. נוסף ונזכיר את הוראת סעיף 4א(ב) לחוק השבות, ולפיה שמורה לו לבן-הזוג הלא-יהודי זכותו על-פי סעיף 4א(א) - במקום שקנה זכות - בין אם בן-הזוג היהודי עודו בחיים, בין אם לאו, ובין אם עלה ארצה, בין אם לאו.

15. כשאני לעצמי, דעתי היא כי הפירוש הלשוני הדינמי עוצמתו רבה מן הפירוש הלשוני הסטטי. הוראת סעיף 4א, לא יהא זה נכון וראוי אם ייאמר עליה כי לבדד תשכון וכי בהוראות-חוק אחרות לא תתחשב. בחפירות

ארכיאולוגיה, לו מצאנו חרס עתיק ועליו חרות סעיף 4א - והחרס לבדד, בלי ראשית בלי אחרית, בלא הקשר להוראות שלפניו ושל אחריו, כמו חי הוא הנושא-את-עצמו - אפשר פירשנוהו כך ואפשר פירשנוהו אחרת. ואולם לא כך הם פני הדברים. סעיף 4א נשתל בגוף חוק השבות בכוונת-מכוון להופכו אבר חי בגוף. חוק השבות זורם בו והוא זורם בחוק השבות. לרקע זה, לא יהא זה לא נכון ולא ראוי אם ננתקו ממקומו, נחזיק אותו בין אצבעותינו, ונקרב אותו אל האור לבוחנו לעצמו, לבדד. אם אמת ביקשנו למצוא, שומה עלינו לבוחנו במקומו הטבעי, בהקשר חוק השבות, ואם כך נעשה נובל מעצמנו אל בני-זוג - אחד יהודי ואחד שאינו-יהודי - אשר היו בני-זוג בטרם באו ארצה.

16. לא נספק עצמנו, כמובן, בפירושו של החוק מתוכו-ובו. נמשיך במסענו הפרשני אל-מחוץ לחוק - לידע ולהיוודע מנין בא, כיצד נולד, מי ילדו ומי נפח בו רוח-חיים - נלמד חוכמה ונשכיל, ולאחר מכן נחזור אל החוק ונפרשו כחוכמתו.

אודות חוק השבות

17. חוק השבות, מעטים כדוגמתו בעולם, והוא הצידוק - לא הצידוק היחיד - לקיומה של המדינה היהודית. "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", כך מכריז סעיף 1 לחוק, ולשוננו היא לשון-של-הימנון: יהודי - נפש יהודי הומיה; "לעלות": אל ארץ-ישראל עולים, והעוזבים את הארץ לצמיתות "יורדים" הם; "ארצה" - שם המדינה הוא "ישראל", אך אין עולים לישראל - עולים "ארצה". אין אלו מילות חוק-מן-המנין. מילות שיר הן. ונזכור את דבריו המרוממים והמרגשים של ראש הממשלה, דוד בן-גוריון, בפתח הדיון בהצעת חוק השבות (דה"כ כרך 6, 2035, 2036-2037):

"חוק השבות הוא מחוקי-השתייה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות. חוק זה קובע, שלא המדינה מקנה ליהודי חוץ-לארץ זכות להתיישב במדינה, אלא זכות זו טבועה בו באשר הוא יהודי, אם רק יש ברצונו להצטרף ליישובה של הארץ ... חוק השבות אין לו דבר עם חוקי הגירה, זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית, חוק זה קובע את העקרון הממלכתי, אשר בכוחו הוקמה מדינת ישראל. זכותו ההסטורית של כל יהודי באשר הוא לשוב ולהתיישב בישראל..."

היו שסברו כי זכות השבות זכות אבסולוטית היא, זכות שלא תתפוש בה כל הגבלה. לבסוף נתקבלה הצעה כי גם זכות נשגבה זו יתפשו בה חריגים, ואולם יהיו אלה חריגים מצומצמים בהיקפם כהוראת סעיף 2(ב) לחוק

(שר הפנים מוסמך שלא ליתן אשרת עולה ליהודי הפועל נגד העם היהודי; ליהודי העלול לסכן את בריאות הציבור או את בטחון המדינה; וליהודי בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור).

זכות השבות מוענקת ליהודי - באשר יהודי הוא - והמאפיין העיקרי של הזכות הוא הנחרצות שבה, זכות שהיא כמעט זכות אבסולוטית. כל יהודי, באשר הוא שם, יכול וזכאי - לרצונו בלבד - לממש את זכות השבות, הזכות של "ושבו בנים לגבולם". לבד מאותם חריגים - מצומצמים בהיקפם - אין להתנות על הזכות ואין לרשות שיקול-דעת אם תעניק, ואם לא תעניק זכות של שבות ליהודי המבקש לעלות ארצה. נחרצות זו של הזכות מקורה בייחודיות שבה, בהיותה הביטוי המוחשי לקשר בין היהודי - באשר הוא - לבין ארץ-ישראל. יהודי מן ה"גולה" המבקש להשתקע בארץ, אין הוא מהגר; "עולה" הוא ארצה, "שב" הוא ארצה, בבחינת ושבנו בנים לגבולם. אכן, חוק השבות הינו המשכה הישיר של ההכרזה על הקמת המדינה, ולהצהרתה כי "המדינה היהודית בארץ-ישראל ... תפתח את שערי המולדת לכל יהודי" וכי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקבוצת גלויות". אין פלא בדבר, איפוא, כי חוק השבות אופיין כאחד "מחוקי-השתייה של מדינת ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות" (ראש הממשלה דוד בן-גוריון, "דברי הכנסת", כרך 6, תשי"ז, 2037). ובדברי בית המשפט: "אין לשכוח, כי חוק השבות הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה": בג"צ 265/87 גרי לי ברספורד ואח' נ' משרד הפנים פ"ד מג(4) 793, 845, מפי השופט ברק.

18. נגזרת מזכותו של היהודי לעלות ארצה היא זכותו המיידית והבלתי-מעורערת להפוך אזרח המדינה. וכלשון סעיף 2(א) לחוק האזרחות: "כל עולה לפי חוק השבות, תשי"ז 1950-, יהיה לאזרח ישראל מכוח שבות ...". עד שחוקק חוק האזרחות - בשנת תשי"ב 1952 - לא ידענו אם עולה מכוח שבות רוכש אזרחות "מהרגע שרגלו דורכת על אדמת המולדת" (בג"צ 26/51 סלם מנשה נ' יו"ר וחברי בית דין הרבנות בירושלים ואח' פ"ד ה(2) 714, 721), ואולם מאז חוק האזרחות ידענו כי אין תקופת המתנה על-פי דין: יהודי העולה ארצה וחוק השבות חל עליו, הופך אזרח המדינה, ומיידית, לכל דבר ועניין. ראו עוד: רובינשטיין ומדינה, המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל, (הוצאת שוקן, 1996, מהדורה חמישית, כרך ב') 881. אכן, שר הפנים סמכותו בידו להשהות הענקתה של תעודת עולה לבירור עובדות הצורכות בירור (ראו, למשל: בג"צ 125/80 אנגל נ' שר הפנים פ"ד לד(4) 329), או לעכב החלטתו בעניינו של עולה המסרב לעבור בדיקות רפואיות (אלו בדיקות המנויות בתקנה 6 לתקנות השבות, התשט"ז 1956-); ואולם בהסתיים הבדיקות ובהימצא כי אין הוא בא בגידרי אחד החריגים המנויים בסעיף 2(ב) לחוק, זכאי הוא העולה לתעודת עולה, לאזרחות ולכל שאר הזכויות הנגזרות מכך.

בשולי הדברים נזכיר - מבחינתם של העולים אין המדובר בדברים שבשוליים - כי עולים זכאים להטבות חומריות, הן על-פי חוק והן מכוחה של חקיקת-מישנה והנחיות משרדי הממשלה השונים. ראוי, למשל: תקנה 2 לתקנות הסדרים במשק המדינה (הנחה מארנונה), התשנ"ג-1993; סעיף 8 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; סעיף 351(יא)(2) לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] התשנ"ה-1995; סעיף 12 לחוק ערי ואזורי פיתוח, התשמ"ח-1988; ועוד פטורים והקלות במכס ובשאר מיני מיסים. אמר על-כך בית-המשפט:

"מדינת ישראל מקדמת בלב פתוח וברוחב לב כל יהודי המבקש לעלות לישראל ולהתערות בה. הברכה המלווה את העולה אינה לתפארת המליצה בלבד אלא כרוכה ומלווה היא בהטבות של ממש שתינתנה לעולה עם עלייתו לארץ..". (בג"צ 825/89 ליאון קלף נ' מדינת ישראל פ"ד מד(4) 772, 775).

19. שלא קְעוּלָה הוא הבא בשערי-הארץ וחוק השבות אינו חל עליו. מי-שאינם-עולים, כניסתם לארץ ושהייתם בארץ שלט עליהן חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, והתקנות שהותקנו מכוחו. הכניסה והשהייה הן על-פי רשיונות, ולשר הפנים - ולשלוחיו - שיקול-דעת רחב אם יעניקו לפלוני רשיון כניסה ושהייה ואם יסרבו לו. ההחלטה לסרב לבקשה אף פטורה מהנמקה, כהוראת סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סידרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1959. אכן, פטור מחובת הנמקה אינו אוצל, כשהוא לעצמו, על חובתו של השר לשקול בדעתו כהלכה (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים פ"ד מו(4) 505, 525-526, ואולם למותר לומר כי בהיעדר הנמקה נפגעת יכולתו של בית-המשפט לבקר החלטה שנעשתה (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים פ"ד כז(1) 113, 116-117). אם כך בכניסה לישראל ובשהייה בה, לא-כל-שכן אין לו לזר השווה בישראל וחוק הכניסה לישראל חל עליו, זכות לקבלת אזרחות ישראל. הוא הדין, כמובן, בהטבות הניתנות לעולים ואין ניתנות למי-שאינם-עולים.

אם היפלגנו בשיח אודות זכויותיו של העולה, עשינו זאת לא אך כדי להסביר ולפרש את מעמדו הנעלה על-פי משפט ישראל, אלא - ובעיקר - כדי לעמוד על השוני שבינו לבין זכויותיו של הבא לישראל ועולה אין הוא. הבדל עמוק ועקרוני זה שבין העולה לבין הבא-לארץ-ואינו-עולה, נידרש לו בהמשך דברינו, ועתה אך נשמור את הדבר.

הוראת סעיף 4 לחוק השבות -

מנין היא באה ולאן מועדות פניה?

20. הוראת סעיף 4 לחוק השבות - וכמותה הוראת סעיף 4ב לחוק - השתיים נולדו בשנת תש"ל 1970-, בתיקון מס' 2 לחוק השבות. סעיף 4ב מגדיר מי הוא יהודי לעניין חוק השבות וסעיף 4א קובע זכויות של שבות - אם תרצו: זכויות של מעין-שבות - לבני משפחתו של יהודי. תחילת הדברים לענייננו עתה היתה בפרשת שליט (בג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג(2) 477). בפרשה זו דובר בבני-הזוג שליט - הוא יהודי, היא לא-יהודיה - וביתר דיוק: בילדיהם, שעל-פי מיבחן הדת היהודית לא היו יהודים. שליט וילדיו ביקשו כי הילדים - כל אחד מהם - יירשמו כ"יהודים" במשבצת הלאום שבמירשם האוכלוסין, ופקיד המירשם סירב לבקשתם. עתירתה של משפחת שליט נענתה, ובית-המשפט העליון החליט - ברוב של חמישה נגד ארבעה - לחייב את פקיד מירשם האוכלוסין לרשום את הילדים במירשם כבקשתם, אף שלא היו "יהודים" כהילכת הדת היהודית. הכרעה הרוב ייסדה עצמה על טיב הרישום שלפי חוק מירשם האוכלוסין, ועל היקף סמכותו המוגבלת של פקיד המירשם לסרב לרשום במירשם נתונים שאין לו טעם סביר להניח כי אין הם נכונים. בפרשה זו לא הוכרעה השאלה "מיהו יהודי", אלא מה הוא היקף חובתו של פקיד המירשם לרשום פרטי מירשם הנמסרים לו בתום-לב, וביניהם - פרט הלאום.

מחשש שמא ילך חוק השבות בעקבות חוק מירשם האוכלוסין, והמושג "יהודי" בחוק השבות יפורש כהילכת שליט - בחוות הדעת של הרוב היו כמה אמירות כי פירושו של חוק השבות יהא כפירושו של חוק מירשם האוכלוסין - נזדעק המחוקק וחקק את תיקון מס' 2 לחוק השבות ובו הסעיפים 4א ו-4ב (כן תוקן גם חוק מירשם האוכלוסין, על דרך הוספת סעיף 3א בו). סעיף 1 לחוק השבות קובע, כידוע, כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", ועתה הוסף סעיף 4ב לחוק, ובו נקבע כי לעניין חוק השבות "יהודי" הוא "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת." בצידו של סעיף 4ב, ובה-בעת, נחקק סעיף 4א, ותכליתו הענקת זכויות של עולה גם לבני משפחתו הקרובים של יהודי, הכל כאמור באותו מקום. ובלשון החוק:

"זכויותבני משפחה
4א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה לפי חוק האזרחות, התשי"ב 1952-, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן-זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים אם לאו ואם עלה ארצה או לאו.

(ג) הסייגים והתנאים הקבועים לגבי יהודי או עולה בחוק זה או על פיו או בחיקוקים כאמור בסעיף קטן (א), יחולו גם על מי שתובע זכות לפי סעיף קטן (א).

21. קשה שלא לחוש בשתי מגמות המושכות לצדדים בתיקון זה שלחוק השבות. מעבר מזה, המגמה הברורה לתחום את הגדרת ה"יהודי" במיסגרת אובייקטיבית - תוך זניחת היסוד הסובייקטיבי - ומעבר מזה, הקניית זכויות של יהודים גם למי שבעליל אין הם יהודים. הן לעניינו של חוק השבות הן לעניינו של חוק מירשם האוכלוסין, "יהודי" הוא - בדרכה של ההלכה היהודית - רק מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת. בה-בעת, ובמגמה נוגדת לכאורה, קונים זכויות של "יהודים" - לעניין שבות - גם בני-משפחתו הקרובים של יהודי, אף שאין הם יהודים (ראו עוד דברי חבר הכנסת משה סנה בדיוני הכנסת: "דברי הכנסת" כרך 57, תש"ל, 1133-1134).

שתי מגמות אלו - מגמות סותרות-לכאורה, ואפשר לא רק לכאורה - נועדו, כל אחת מהן, לתכליתה, ובסופם-של-דברים אמורות הן להשלים זו-את-זו. הגדרת ה"יהודי" נועדה לשמור על אחדות הלאום היהודי על-פי המסורת המקובלת, והרחבת זכות השבות לבני משפחה כוונה לשמור על אחדות המשפחה אשר אחד מבניה הוא יהודי. נישואי-תערובת הינם תופעה רווחת בקרב יהודי התפוצות, והחשש היה כי שלילת זכויות מבן-משפחה שאינו יהודי עלולה להניא יהודים מְעֻלֹת ארצה: שיהודים לא יסכימו לעלות ומשפחתם אינה עימם. אכן, הוראת סעיף 4 נועדה בעליל למשפחה של נישואי-תערובת, במגמה שלא להביא לפיצולה ובמטרה לעודד את עלייתה ארצה. מגמה זו האחרונה ביקש המחוקק להגשים על דרך הקניית זכויות שבות לבן משפחתו של יהודי, גם בלא להכיר בו כיהודי. עמד על כך חבר-הכנסת חיים צדוק בדיון שהיה בכנסת, וכה היו דבריו ("דברי הכנסת", כרך 56, תש"ל, 766):

"כאשר היה הבעל יהודי, הוא עלה לפי חוק השבות, ואשתו וילדיו - לפי חוק הכניסה לישראל. הוא קבל את האזרחות באופן אוטומאטי ואילו אשתו וילדיו צריכים היו לחכות תקופה עד להתאזרחותם בישראל. מצב זה לא יכול היה שלא להתפרש אצל אנשים, במערב ובמזרח, שאולי אין משפחות כאלה רצויות בישראל. הדבר יצר מצב חמור לגבי עולים פוטנציאליים מן המערב, וזה עלול ליצור מצב חמור לגבי עלייה בהיקף גדול, שאנו מצפים לה מברית - המועצות.

השינוי החשוב הנקבע עכשיו הוא, שמעתה ואילך כאשר אחד משני ראשי המשפחה הוא יהודי, הרי שני ראשי המשפחה, ילדיהם ונכדיהם, בין שהם עולים ביחד ובין שהם עולים בנפרד, זכאים לבוא לארץ מכו חוק השבות ולקבל את האזרחות אוטומאטית. זהו שינוי בעל חשיבות ראשונה-במעלה בשבילנו כארץ עלייה."

כן היו דברי המישנה לנשיא אלון בפרשת ברספורד (לעיל, שם, 834):

"כל עיקרו של סעיף 4 לחוק השבות בא לעולם למטרה ... והיא - פתרון בעית עלייתם ארצה של משפחות נישואי תערובת, בין יהודים ושאינם יהודים, לעניין בני הזוג והצאצאים אשר אינם עונים להגדרת יהודי

שבחוק השבות. הענקת הזכות לפי סעיף 4א באה להקל על עלייתן של משפחות מעורבות אלה בשלמותן, בתקווה שכל בני המשפחה יצטרפו לעם היהודי."

ראו עוד: ע"פ 3157/98, 3339, 3363, 4066 קניאז'נסקי ואח' נ' מדינת ישראל (טרם פורסם; בייחוד סעיפים 2 ו-3 לפסק-דין של השופטת ביניש). כן ראו את דברי ראש הממשלה, הגב' גולדה מאיר, ב"דברי הכנסת", כרך 56, תש"ל, 773. והוא כמעשה רות המואביה אשר דבקה לאהבה בחמותה, בנעמי:

"ותאמר רות אל-תפגע-בי לעזבך לשוב מאחריך, כי אל-אשר תלכי אלך ובאשר תליני אליו עמך עמי ואלהיך אלהי". (מגילת רות, א, טז-יז)

כך היה בימים ההם וכן הוא בימינו, אלא שהקרובים הלא-יהודים של היהודי - שלא קרוי המואביה - יזכו בשבות גם אם לא נתגיירו.

בהקשר זה של הקניית זכויות יהודים גם ללא-יהודים ניתן את דעתנו להוראת סעיף 4א(ב) לחוק השבות, ולפיו:

"זכויותבני משפחה
4א. (א)
(ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עודו בחיים אם לאו ואם עלה ארצה או לאו."

בני-משפחה לא-יהודים של יהודי, רואים אותם, במובנים מסוימים, כמי שסיפחו עצמם לעם היהודי, ועל-כן מקנה להם החוק זכויות עצמאיות משלהם; זכאים הם לזכויות עולה גם אם עולים הם ארצה, בלא היהודי (מקור הזכויות) - בין שאותו יהודי עלה ארצה בין אם לאו - וגם אם אותו יהודי אינו עוד בין החיים.

22. על רקע דברים אלה כולם, הבה נחזור אל השאלה הטורדת אותנו, והיא, בעניינו של פלוני, יהודי ואזרח ישראל, הנושא לו לאשה מי שאינה יהודיה ואינה אזרחית ישראל. האם יעמוד חוק השבות לעזרם של אותם לא-יהודים ויזכה אותם בזכויות של עולים לפי חוק השבות? האם סעיף 4א לחוק השבות יפרוש את כנפיו על האשה ויעניק לה מאותו טוב השמור לעולים חדשים? האם תזכה אותה אשה, לרצונה בלבד, באזרחות ישראל ובשאר הטבות שחוק השבות ודין המדינה בכלל מעניק לעולים חדשים?

בחינה סינפוטית של הנושא תיתן בידינו תשובה שלילית נחרצת. והטעם לדבר: פירוש מעין-זה כי ניתן לחוק, לא יוליך אותנו אותו פירוש אל תכלית העולה מתוך חוק השבות, לא אל תכליתו העיקרית ולא אל תכליות נילוות אל התכלית העיקרית.

23. אשר לתכליתו העיקרית של חוק השבות: עמדנו על המיוחדות שבחוק השבות, וידענו כי ליבתו היא במשאת-הנפש של "ושבו בנים לגבולם". "לך-לך מארצך וממולדתך ומבית אביך אל הארץ אשר אראך" (בראשית, יב, א). כך ציווה האלוהים את אברהם, ומולדתו של העברי - היהודי - מאז היא ארץ-ישראל. יהודי, כל יהודי באשר הוא שם, מולדתו ההיסטורית היא ארץ-ישראל, ואם אך יבקש לקיים את ציוויו של האל לאברהם, נקבל אותו בלב פתוח כְּקִבְלָנוּ בן אובד. כל דברים אלה - לא כולם ואף לא מיקצתם - לא יתפשו באותו בן-זוג לא יהודי. אכן, נִכְבַּד את הזר הבא אלינו, ואולם לא נוכל בשום-פנים ואופן לומר עליו כי שב הוא אל ארץ אבותיו וכי חוק השבות יחול עליו ממילא.

ואשר לתיקון שהיה בחוק השבות, הוא התיקון שבסעיפים 4א ו-4ב לחוק: עמדנו על האירוע ההיסטורי שהביא לתיקון זה, ועל התכלית-הכפולה של התיקון, תכלית של הצרה וצימצום ובה-בעת תכלית של הרחבה ופרישת-יתר. תכליתה העיקרית של ההרחבה היתה לעודד עלייתם של בני-זוג בנשואי-תערובת, עלייתם שלהם ושל משפחתם הקרובה; מניעת פיצול משפחות ומניעת פיצול סטטוס בין בני משפחה המבקשים לעלות ארצה. כל מטרות אלו כולן - ומטרות נעלות הן - אין ולא כלום ביניהן לבין הקניית שבות ללא-יהודי אך בשל כך שנישא ליהודי אזרח ישראל. הפירוש המוצע על-ידי העותרים אינו משרת - לא מעיקרו ולא בכלל - לא את תכלית חוק השבות ולא את תכלית התיקון בחוק השבות, וממילא נדחה אותו מעל פנינו כטיעון בלתי-קביל. אכן, אנשים שהיו משפחה קודם עלייתם ארצה, לא זו בלבד שלא נעשה להפרדה ביניהם, אלא שנעודד אותם לעלות ארצה כאיש אחד. זו תכליתו של סעיף 4א לחוק ותכלית זו נגשים במלואה. לא כן הוא דין במקרים מעין-אלה שלפנינו, שבהם יהודי ישראלי נושא לו לאשה לא-ישראלית לא-יהודיה. יהודי זה - בין אם נולד בארץ בין אם עלה ארצה בזמן-מן-הזמנים - זכותו לשבות מיצתה עצמה, וממילא אין לא-יהודי שיוכל לספח עצמו לזכות שאינה עוד בנמצא.

24. יתר-על-כן: לא יהא זה נכון ולא יהא זה ראוי אם נפרש את הוראות הסעיפים 4א ו-4ב לחוק השבות במנותק מחוק השבות המקורי. הוראות חוק השבות במקורן, ועימם הוראות הסעיפים 4א ו-4ב, אין לפרשן ולבארן במנותק אלו-מאלו: משלימות הן אלו-את-אלו להיותן לאחדים: גוף אחד הן שאבריו מתאמים עצמם אלה-אל-אלה. בתקנו את חוק השבות נדמה המחוקק בעינינו כמי ששתל פרחים ועצי-פרי נוספים בגן שנבנה מזמן והוא פורח ומעלה פרי. הוראת סעיף 4א לחוק השבות הפכה להיותה חלק בלתי-נפרד ב"תכלית הגדולה" של

חוק השבות: קיבוץ גלויות העם היהודי אל מדינת היהודים, שיבת הבנים אל ביתם. חוק השבות, כשמו-כן הוא מְפָנָה הוא פניו אל היהודים באשר-הם-שם. מזמין הוא את היהודים לשוב אל ביתם, לחזור ארצה. כל יהודי באשר-הוא, מחזיק כל-העת במעין-אופציה-למניה הניתנת למימוש לרצונו בלבד. "חוק השבות בא לקבוע עיקרון, שכל עם ישראל בעולם כולו יש לו חלק ונחלה בישראל, וכאשר אדם מישראל רוצה לחזור למולדתו, לישראל, הוא איננו בבחינת מהגר, אלא בבחינת שב למולדתו" (דברי חבר-הכנסת זרח ורהפטיג בישיבת הכנסת מיום 2.2.1954; דברי הכנסת, כרך 15, 823). וגם אם נעלה כי מעט-שם מעט-שם תימצא לנו תכלית-מישנה זו או אחרת, הנה העיקר הוא אותו עיקר והוראת סעיף 4 תפורש על-פי אותו עיקר (ראו עוד: פרשת ברספורד, לעיל, שם, 844).

לא נכחד: אפשר יימצאו מקרים "קשים" שניאלץ להתמודד עימם. מה הוא, למשל, דינם של איש ואשה - היא, יהודיה והוא לא-יהודי - אשר עמדו להינשא במקום מושבם ולעלות ארצה. לו נישאו במקום מושבם, כי-אז היה בן-הזוג הלא-יהודי זוכה בזכות שבות והכל אתי שפיר. אירע המקרה והשניים לא נישאו במקום מושבם אלא מיד בסמוך לאחר עלייתם ארצה (בנישואי-חוץ, כמובן). זו דוגמה ותימצאנה עוד כמותה. בבוא העת נתמודד עם מקרים אלה; נתמודד ונוכל להם.

25. דבר אחרון. חוק השבות, כפי שראינו, חוק יחיד-ומיוחד הוא, ובעיקרו נועד הוא ליהודים. שורשיו ארוכים-הם-מכל-ארוכים ומשורגים הם בזכותו הטבעית וההיסטורית של כל יהודי לעלות ארצה ולהסתפח אל עמו בארצו. עד כאן נסכים כולנו, ולא נרחיב בוויכוחים המרים שנתגלעו באשר להצדקים שניתן להעלות לעצם קיומו. ראו, למשל: חיים ה' כהן, המשפט, שם, 486 ואילך: "Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return", Israel Yearbook on Human Rights vol. 15 101 (1985);

חיים גנז, "חוק השבות והפליה מתקנת", עיוני משפט יט (תשנ"ה-1995) 683; פרופ' חיים גנז, "לאומיות והגירה", רב תרבותיות במדינה דמוקרטית ויהודית, ספר הזיכרון לאריאל רזן-צבי ז"ל, (הוצאת רמות, התשנ"ח-1988), 341. אלה דברים אמורים ביהודי השב לארצו - הוא ומשפחתו - אך לא יימצא לנו כל הצדק להעדיף יהודי היושב לבטח בארצו על-פני מי שאינו יהודי - שהראשון יוכל להקנות שבות לבן-זוג לא-יהודי ואילו אחרון לא יוכל. אם היסכמנו - ובכל-לב - לזכות שקנה כל יהודי - באשר-הוא-שם - לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות-יתר כי תינתן ליהודי, אזרח הארץ - לו, אך לא לאזרח הארץ שאינו-יהודי - לזכות בשבות לא-יהודי שהפך בן-זוגו בעוד הוא אזרח הארץ. כי נכיר בזכותו של יהודי אזרח ישראל לזכות את בן-זוגו הלא-יהודי בזכות-של-שבות, ובה-בעת נשלול זכות זו מאזרח ישראל לא-יהודי, נעשה מעשה חמור של הפליה

ותכלית ראויה למעשה לא מצאנו. אמר בהקשר זה שר הפנים, משה חיים שפירא, בדיוני הכנסת אודות הצעת חוק האזרחות ("דברי הכנסת" כרך 6, תש"י, 2039):

"חוק השבות מגדיר את זכות היהודים לעלות ארצה, וחוק האזרחות מגדיר את זכותם להיות לאזרחי הארץ. אך עם קבלת האזרחות הישראלית לא קמו עוד זכויות יתר ומעמד בכורה של היהודים. לא יהיה הבדל כל-שהוא ולא תהיה הפליה כל-שהיא בין אלה שקיבלו את האזרחות בתור עולים ובין אלה שקיבלו אותה על-פי אחת ההוראות האחרות של חוק האזרחות. דין אחד יהיה לכל האזרחים, בלי הבדל מוצא...."

כזה יהיה הרכב האזרחים של מדינת-ישראל. האזרחים יהיו ברובם הגדול בני העם היהודי, אך גם התושבים הקודמים שנצטרפו למדינה החדשה בראשיתה, וכל אלה שיצטרפו אליה בעתיד, יהיו אזרחים שווים-זכויות וחובות."

יהודי שעלה ארצה - משעלה - ויהודי שנולד בארץ, גם זה וגם זה אין השניים זכאים לגרור אחריהם זכות של שבות ולזכות לא-יהודים בזכות זו שאין להם. בזכות של שבות. סעיף 4 לחוק ממצה עצמו בגבולותיו - בגבול המשפחה העולה ארצה - ולא אל-מעבר לכך.

26. אלא שהעותרים אינם מרפים. בצר להם קוראים הם לעזרה את סעיף 4 לחוק השבות, ועל הוראתו של זה מבקשים הם לתלות זכויות. סעיף 4 לחוק השבות מלמדנו כך:

"תושבים וילידים" 4. כל יהודי שעלה לארץ לפני תחילת תקפו של חוק זה, וכל יהודי שנולד בארץ בין לפני תחילת תקפו של חוק זה ובין לאחריו, דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה."

טוענים העותרים, וזה הילוך טענתם: הוראת-חוק זו תלמדנו כי כל היהודים בארץ כ"עולים חדשים" דמי, ומכאן נדע כי אין להבחין בין זכאי-עליה שטרם מימשו את זכותם לבין זכאי עליה שמימשו את זכותם או שנולדו בארץ. מסקנה: זכותו של יהודי אזרח-הארץ - בין אם זכה באזרחות עם היוולדו בארץ בין אם עלה ארצה וזכה באזרחות - זהה לזכותו של יהודי שבנכר, וכאחרונים כן ראשונים זכאים הכל לזכות את בן-זוגם בשבות.

טענה זו אינה מקובלת עלינו, ומאותם טעמים שעמדנו עליהם בהרחבה בדברינו למעלה. סעיף 4 לחוק השבות מבקש להשוות את דין היהודים כולם, באשר יהודים הם, ורואה הוא את כל היהודים כמי שמימשו

את זכותם הטיבעית וההיסטורית לשוב ארצה. ראו: Amnon Rubinstein, "Israel Nationality", T.A. University Studies in Law vol. 2 (1976) 159, 161; ראו עוד: חיים כהן, מבחר כתבים, בעריכת אהרון ברק ורות גבזון (הוצאת בורסי, תשנ"ב 1991-), ע' 331-332). ואולם, מששלמה העליה והוקנתה האזרחות, ומשנולד הנולד וקנה אזרחות, דינם של אלה כדין כל אזרח אחר ואין בידיהם כל זכויות עודפות (נעיר בדרך אגב, כי בניסוחו של סעיף 4 קִשָּׁל המחוקק בלשונו. אין יהודי "שעלה לפי חוק זה". יהודים עלו ועולים ארצה לא "לפי חוק זה" ולא לפי חוק אחר; יהודים עלו ועולים ארצה מתוך שנפשם ערגה לעלות, בגעגועיהם לעלות, בכליון-נפש לעלות או מתוך שברחו ממשנאיהם; בא חוק השבות והצמיד זכות משפטית לעליה ארצה, זכות הנספחת לזכותו הטיבעית וההיסטורית של כל יהודי).

27. כללם של דברים: זכות השבות מוקנית אך לבני-משפחה של יהודים טרם עלותם ארצה. כל אחד מבני הזוג היהודים שלפנינו הינם אזרחי ישראל - בין מלידה בין לאחר שמימשו את זכות השבות - וממילא אין בכוחם להקנות זכות שבות לבני-זוגם.

מדיניות הטיפול בבקשתו של בן-הזוג הזר.

להשתקעות בארץ ולקבלת אזרחותה

28. בראשית נזכיר את המקרה הטיפוסי בו אנו דנים: פלוני, אזרח ישראל, נושא לו לאשה בנישואי-חוץ את פלונית, מי שאינה יהודיה ואינה אזרחית ישראל. כיוצא בזוג זה, פלמונית, אזרחית ישראל, נושאת לה לאיש, בנישואי-חוץ, את פלמוני, מי שאינו יהודי ואף אינו אזרח ישראל. בהמשך דברינו, ולנוחות הכתיבה, נדבר רק בדוגמה הראשונה; ולמותר לומר כי דין זהה יחול על הדוגמה השניה אף-היא. נסיף ונאמר עוד זאת: בדוננו בחוק השבות דיברנו בזוג שאחד מהם הוא יהודי ואזרח ישראל, ואילו עתה נדבר בזוג שאחד מהם הוא אזרח ישראל, בין אם יהודי הוא בין אם אין הוא יהודי.

משמסתר לו למשרד הפנים כי נערך טקס נישואין בין בני-זוג לפי הדגם שציינו למעלה, ובן הזוג הלא-יהודי מבקש להשתקע בארץ ולרכוש אזרחות ישראל, צפה ועולה שאלה: כיצד נוהג משרד הפנים בבקשות אלו, ומה הן אמות-המידה לפיהן מכוון הוא את מדיניותו?

נמצא לנו, כי מדיניות משרד הפנים מבדילה ומבחינה בין שני סוגי מקרים, ובכל אחד ממקרים אלה נוהגת היא בדרך אחרת. סוג המקרים האחד עניינו בנישואין שנערכו בין בני-זוג שעה שבן-הזוג הזר, הלא-

יהודי, שהה בארץ כדן, וסוג המקרים האחר ענינו בבני-זוג שנישאו שעה שבן-הזוג הלא-יהודי שהה בארץ שלא-כדן. עם סוג זה נימנה סוג-מישנה אותו נזכיר בפיסקה 29 להלן. נדון בשני מקרים אלה אחד לאחד, ונפתח בסוג המקרים השני.

לעת הנישואין שהה בן הזוג הלא-יהודי בארץ שלא-כדן

29. בנושא זה חל שינוי במדיניות משרד הפנים. בעבר, משהציגו בני-הזוג תעודת-נישואין לפני איש משרד הפנים, ובן-הזוג הלא-יהודי הזר ביקש זכות להשתקע בארץ ולרכוש בה אזרחות, נדרש אותו בן-הזוג לשלם קנס לכפר על תקופת השהייה הבלתי-חוקית בארץ, ומששולם הקנס זכה הוא לקבל אשרה ורישיון לישיבת ביקור ועבודה (אשרה מסוג ב1/ כהגדרתה בתקנה 5(א) לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974). אשרה זו ניתנה לתקופה של כשישה חודשים ובתקופה זו בחן משרד הפנים את אמיתות הנישואין.

משרד הפנים עשה תפנית-מדיניות בחודש ספטמבר 1996. מאותה עת ואילך נדרש הלא-יהודי הזר - אשר שהה שלא-כדן בארץ לעת הנישואין - לעזוב את הארץ לאלתר לתקופת-חודשים, ובחינת בקשתו להשתקעות-קבע ולאזרחות הותנתה בעזיבתו את המדינה. במהלך חודשים אלה, כך קבעה המדיניות החדשה, אמור משרד הפנים לבדוק את כנות הנישואין, ואם יסתבר להנחת דעתו כי נישואין כשרים הם, יתיר לבן-הזוג הזר הלא-יהודי לשוב ארצה, והמשך הטיפול בו יהיה כטיפול בנישואין של אזרחי ישראל שנשא לאשה מי שאינה-יהודיה, אינה אזרחית ישראל ושהתה בארץ כדן. בסוג מקרים זה נוסף ונדבר להלן.

עיקריה של מדיניות זו פורסמו בהודעה של דובר משרד הפנים לעיתונות מיום 25.9.96. וזה היה

דבר ההודעה:

"זרים השוהים בארץ שלא כחוק ונישאו לאזרחים ישראלים, יחויבו לעזוב את ישראל ויורשו להיכנס אליה, רק לאחר קבלת החלטה בנושא מעמדם על ידי משרד הפנים.

עד כה התיר משרד הפנים שהייתם בישראל של אלה שהתחתנו עם אזרחים ישראלים ולא דרש יציאתם.

לאחרונה, לאחר שחל גידול ניכר במספר הנישאים בנישואי פרגוואי, (נישואין הנערכים באמצעות הדואר) וזאת בעקבות פעילותו של משרד הפנים לגרוש הזרים השוהים שלא כחוק, החליט המשרד שלא לאפשר עוד, ניצול דרך זו, כדי להסדיר את מעמדם של השוהים שלא כחוק ולמנוע גרוש נגדם.

משרד הפנים, לאחר שישתכנע בכנות הקשר בין בני הזוג, יתיר כניסתו/ה המחודשת של הזר/ה לישראל." (ההדגשה במקור - מ' ח')

בנוהג דומה מחזיק משרד הפנים לעת שהוא מטפל בבקשתו של זר, לא-יהודי, אשר נכנס ארצה באשרת-תייר שתוקפה לזמן קצר ביותר, ובמהלך אותם ימים ספורים - ובעודו שוהה בארץ כדין - נישא הוא לבן-זוג אזרחי ישראל. גם זר לא-יהודי זה נדרש לעזוב את הארץ בטרם תיבחן בקשתו לגופה, ועזיבת הארץ הינה תנאי-מוקדם לבחינת הבקשה.

למותר לומר - הדברים מסתברים מאליהם - כי לדידה של מדיניות משרד הפנים אין כל משמעות ואין כל ערך שהם לתעודת-הנישואין שבני-הזוג מחזיקים בה. הנחת-יסוד במדיניות היא, כי בידי בני-הזוג תעודת-נישואין המעידה על טקס נישואין כלשהו. יתר-על-כן: משרד הפנים אינו חולק על כי אפשר שאותו טקס נישואין הועיל להשיא את בני-הזוג זה-לזה, וכי בבחינתו של המשפט המהותי נשואים בני-הזוג זה-לזה לכל-דבר ועניין. מדיניות משרד הפנים מתעלמת בפשטות מכל אלה; אין היא נותנת לדעתה לא לטקס-הנישואין ולא למשמעויות המשפטיות שאפשר נגזרות ממנו. לעניינה של המדיניות, די לה שבן-הזוג הלא-יהודי שהה בארץ שלא-בהיתר לעת טקס הנישואין, וגורם זה - באשר הוא - מפעיל את המדיניות ובן-הזוג הזר הלא-יהודי נדרש לעזוב את הארץ למספר חודשים עד לבדיקת טיבו של אותו טקס נישואין, ולבחינה אם בני הזוג הפכו בני-זוג של-אמת.

30. העותרים, למותר לומר, מלאים טענות כרימון כנגד מדיניות משרד הפנים, ואת טענותיהם שוטחים הם לפנינו בפירוט-יתר. אין צריך לומר כי הטענות חוזרות על עצמן - מפי באי-כוחם - כל אחד מהם בדרכו ובסיגנונו, מי מהם בקול-רם ומי מהם בצקון-לחש, מי מהם בטענות המעלות ניחוח של זכויות-יסוד ומי מהם בטענות פרשנות-חוק מן-המניין. ואולם, עד שנבוא לדון בטענות אלו שעניינן גופה של המדיניות, שומה עלינו להידרש לכמה טענות שהושמעו לפנינו, מהן טענות-סף ומהן מעין-טענות-סף. משנסיים את דיונונו באותן טענות, נעבור ונדון בגופה של המדיניות.

הקנה שר הפנים סמכות לגרש את הלא-יהודי הזר שנישא לאזרחי ישראל?

31. טוען עורך-דין ד"ר שוורצברג - המייצג מיקצת מן העותרים לפנינו - כי שר הפנים לא קנה כלל סמכות, מעיקרה דדינא, לגרש מן הארץ את בן-הזוג הזר-הלא-יהודי שנישא לאזרח ישראל. מעת הנישואין - כך טוען הוא - וכל עוד לא נשתנה דבר בסטטוס בני-הזוג, אין הדין בישראל מתיר לגרש את בן-הזוג הזר מן הארץ. אם תתקבל טענה זו נוכל, כמובן, לחתום פרק זה בחוות-דעתנו ולפנות עצמנו לנושאים אחרים התובעים הכרעה.

זוהי הילוך הטענה, צעד אחר צעד. סמכותו של שר הפנים לגירוש אדם מישראל שוכנת בהוראת סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, ולפיה מוסמך שר הפנים לתת צו-גירוש על "מי שאיננו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, תשי"א-1950. ... אם נמצא [הוא] בישראל בלי רשיון-ישיבה". טוען עורך-דין שוורצברג ואומר: שניים הם תנאים לסמכותו של שר הפנים לגרש את בן-הזוג הלא-יהודי מישראל, ואחד מהם הוא שבן-הזוג "איננו אזרח ישראל". לטענתי, כך מוסיף הוא ואומר, בן-הזוג הלא-יהודי הוא אזרח ישראל, הלכה למעשה - הגם שאין הוא אזרח מן-המניין, על כל תגיו ודקדוקיו של מושג ה"אזרח" - ומכל מקום קרוב הוא במאוד להיותו אזרח ישראל. ומשקנה סטטוס זה של כמעט-אזרח, ממילא אין סמכות לגרשו מישראל.

כיצד זה שאותו בן-זוג זר הוא אזרח או כמעט-אזרח? סעיף 1 לחוק האזרחות מונה בזו-אחר-זו - כבמסדר - את הדרכים השונות לרכישת אזרחות ישראל, ומעשה נישואין לאזרח ישראל אינו פוקד עצמו בין דרכים אלו. אכן, הצעת חוק האזרחות, תשי"א-1950 (הצעות חוק, 190), בסעיף 5 בה, אמרה להקנות אזרחות לזר מכוח נישואיו לאזרח ישראל. ראו עוד: דברי ההסבר להצעת החוק, שם, 198; דברי שר הפנים דאז, משה שפירא, בהציגו את הצעת החוק לפני הכנסת: "דברי הכנסת", כרך 6, תשי"א, 2039. ואולם הצעה זו לא נתקבלה, ועל-פי חוק האזרחות נישואין לאזרח ישראל אינם מקנים, מכוחם-הם, אזרחות לבן הזוג שאינו אזרח ישראל. בכך אין ד"ר שוורצברג כופר, אלא שמוסיף הוא וטוען, כי בן-הזוג הזר קונה זכות לרכוש אזרחות על דרך של התאזרחות, וזכות זו המוקנית לו הופכת אותו לכמעט-אזרח ששר הפנים מנוע מגרשו מן הארץ. כיצד כך?

סעיף 5 לחוק האזרחות עניינו בהתאזרחות. ופיסקה (א) בו מונה שישה תנאים שאם נתקיימו בו בפלוני הבגיר שאינו אזרח ישראל, מוסמך שר הפנים להעניק לו אזרחות. וכלשון סעיף 5(ב) לחוק האזרחות:

"התאזרחות 5.(א)

.....

(ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף-קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות.

מוסיף על-כך וקובע סעיף 7 לחוק האזרחות:

"התאזרחות של בעל ואשה
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 שבסעיף 5(א)."

על-יסוד כל אלה טוען ד"ר שוורצברג, כי זכותו של בן-הזוג הזר לקנות אזרחות ישראל נקנית ומתגבשת עם מעשה הנישואין, וכי סמכותו של שר הפנים - זו הסמכות הקבועה בסעיף 7 לחוק האזרחות - אינה אלא סמכות בעלת אופי הצהרתי, קרא: מצהירה היא על זכות שהזר קנה עם נישואיו לאזרח ישראל. מכאן: הואיל ובן-הזוג הזר זכאי להיות אזרח כבר מעת נישואיו, לא ניתן לגרשו מישראל על-פי הסמכות הקבועה בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל.

32. טענה זו אינה מוציאה עצמה מגדר היותה טענה. ראשית לכל, חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים לגרש מישראל מי שאיננו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות. בן-הזוג הזר איננו אזרח ישראל - בכך לא ניתן לכפור - ועל-כן סמכותו של השר לגרשו עומדת איתנה על-תילה. סעיף 13 אינו מכיר כלל בסטטוס של "כמעט-אזרח", ו"כמעט-אזרח" אינו קונה ממילא חסינות מגירוש.

סטטוס זה של "כמעט-אזרח" הינו יציר-רוחה של הטענה, אך אין לו כל אחיזה בחוק לעניין סמכותו של שר הפנים לגרש זרים מישראל. אכן, כהוראת הסעיפים 5(ב) ו-7 לחוק האזרחות, בן-זוג של ישראלי המבקש להתאזרח, יכול שר הפנים להקל עימו - על-פי שיקול דעתו - ולהקנות לו אזרחות גם אם לא עמד בכל התנאים הנדרשים למבקשים להתאזרח, אלה תנאים המנויים בסעיף 5(א) לחוק האזרחות. ואולם, שיקול דעתו של שר הפנים עומד לו, ואין בנישואין - כשהם לעצמם - כדי לייתר את הצורך בהגשת בקשה להתאזרחות או כדי לשלול את עצם שיקול-דעתו של שר הפנים. הקלה בתנאים הנדרשים להתאזרחות - כן; שלילת סמכות של השר אם יעניק זכות התאזרחות אם לאו - ל'א וְלֹא.

33. מוסיף ד"ר שוורצברג וטוען: הוראת סעיף 7 לחוק האזרחות מצמצמת את סמכותו של שר הפנים אך לבדיקה אם נישואיו של הזר לאזרח ישראל - נישואי-אמת הם; ואם באחת משתכנע הוא שהנישואין נישואי-אמת הם, מחובתו להעניק לאותו זר את אזרחות ישראל. טענה זו אין בה ממש. שר הפנים קנה סמכות שבשיקול-דעת אם להיענות לבקשת התאזרחות - זו סמכותו הקבועה בסעיף 5(ב) לחוק האזרחות - וסמכות זו חולשת גם על בקשת המוגשת בידי בן-זוג זר שנישא לאזרחי ישראל. ובלשונו של השופט ברק בבג"צ 754/83 רנקין ואח' נ' שר הפנים פ"ד לח(4) 113, 116:

" כוחה של הוראת סעיף 7 לחוק האזרחות הוא, כי בן-זוג יכול לקבל אזרחות ישראלית על-ידי התאזרחות, אף אם לא נתקיימו בו התנאים המיוחדים, הקבועים בסעיף 5(א) לחוק האזרחות. אין כוחה של הוראה זו לבטל את הצורך בשיקול-דעתו של שר הפנים על-פי סעיף 5(ב) לחוק האזרחות ... נמצא, כי בן-זוג יכול לקבל אזרחות ישראלית על-ידי התאזרחות, גם אם לא נתקיימו בו התנאים המיוחדים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק האזרחות, אך הוא יכול לקבל אזרחות ישראלית, רק אם ביקש זאת, ואם שר הפנים 'ראה זאת לנכון', כאמור בסעיף 5(ב) לחוק ...
לשר הפנים ניתן איפוא שיקול-דעת ('אם ראה זאת לנכון'), אם להעניק אזרחות ישראלית לבן-זוג של אזרחי ישראל."

יתר-על-כן: סעיף, 7 לחוק האזרחות מדבר על הקלה לבן-זוג זר, ולפיה ניתן להעניק לו אזרחות אף אם לא נתקיימו בו תנאי סעיף 5(א). באה ההלכה וקבעה, כי בגידרי שיקול דעתו מוסמך שר הפנים לקבוע מדיניות, ולפיה זכותו של בן-הזוג הזר תותנה בקיומן של הוראות הסעיפים 5(א)(1) ו-5(א)(4); לאמור: מסמכותו של שר הפנים שלא לוותר על תנאי ההימצאות בישראל ועל תנאי ההשתקעות בישראל (או הכוונה להשתקע בה). ראו: בג"ץ 576/97 שרף אוריאל ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם). ראו עוד: פרשת רנקין, שם, 116-117; בג"ץ 328/60 ג'מאל נג'יב מוסא נ' שר הפנים פ"ד טז 69, 74.

אנו דוחים איפוא את טיעוניו אלה של עורך-דין שוורצברג. זר הנישא לאזרחי ישראל, אינו קונה - בעצם נישואיו - זכות להתאזרחות, ושר הפנים סמכותו עימו להיעתר או שלא להיעתר לבקשת התאזרחות המוגשת לו בידי אותו בן-זוג זר. שאלה לעצמה היא, כמובן, אם שר הפנים עושה שימוש ראוי בסמכותו לעת שהוא מורה על גירושו של בן-הזוג הזר, ואולם שאלה זו - שאינה שאלת סמכות - הינה שאלה נפרדת, ונדון בה בהמשך דברינו להלן.

האם אושרה מדיניות הגירוש בידי בית-המשפט הגבוה לצדק?

34. טענת-סוף נוספת היא - זו הפעם נשמעת הטענה מפי המדינה - כי מדיניות גירושם של בני-הזוג הזרים השוהים בארץ שלא-כדין אושרה בידי בית-המשפט הגבוה לצדק, וכי אל-לנו לטלטל הלכה זו שנקבעה ולעוקרה ממקומה. לעניין זה מסתמכת המדינה על שתי החלטות שניתנו בבג"ץ 774/97 מולודובה נטליה ואח' נ' משרד הפנים (טרם פורסם) ובבג"ץ 6844/97 רג'י קדר נגד שר הפנים (טרם פורסם), ולטענתה השרישו שתי פסיקות אלו את מדיניות משרד הפנים בהלכה.

אין דעתנו כדעת פרקליטות המדינה.

אשר לפרשת נטליה מולודובה: העותרת באותה פרשה נכנסה לישראל על-פי אשרת-ביקור לתקופה בת חמישה-עשר יום, ומשנדרשה - עם תום התקופה - לצאת את הארץ, טענה לפני משרד הפנים כי בתקופת-הימים ששהתה בארץ נישאה לפלוני, אזרח ישראל, בנישואי פאראגוואי. משרד הפנים דרש מן העותרת כי תעזוב את הארץ לאלתר, בהוסיפו כי בדיקת הנישואין - אם אמיתיים הם אם פיקטיביים - תתחיל להיערך בעוד היא מחוץ לגבולות ישראל. בהחלטתו זו הסתמך משרד הפנים על מדיניותו, ולפיה מי שקיבל אשרת-ביקור לתקופה קצרה נדרש לעזוב את הארץ בתום תקופת-האשרה, ובקשתו להסדרת מעמדו תידון בהיותו בחוץ-לארץ. העותרת ביקשה מצידה כי אשרת השהיה שלה בארץ תוארך עד להסדרת מעמדה, אך בית-המשפט אישר את החלטת משרד הפנים. בית-המשפט קבע כי מטרת העותרת היתה - מלכתחילה, עם בואה לישראל - להינשא בארץ ולהשתקע בה; כי את כוונתה זו לא גילתה למשרד הפנים; וכי מטעם זה מוצדק לסרב לבקשתה. ובלשון בית משפט: "היה על העותרת - אם ביקשה לבוא לישראל כדי להינשא ולהשתקע בה - להודיע על-כך לפני כניסתה לישראל לרשות המוסמכת במשרד הפנים". משחדלה ולא הודיעה על-כך, אין למצוא יחוסר סבירות קיצונית" בעמדת משרד הפנים.

פסק-דין זה עניינו, איפוא, בתיירת שהיטעתה את רשויות משרד הפנים, ובית-המשפט נדרש להלכה המקובלת והידועה כי בית-המשפט יעשה כמיטבו ועוֹל לא יימצא נשכר בעוולתו. ראו עוד והשוו: בג"ץ 164/97 קונטרם נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ (טרם פורסם; בפסקה 33 ואילך לחוות-דעתי). אשר למדיניות הגירוש של משרד הפנים, בית-המשפט לא הביע בה כל עמדה, לא לכאן ולא לכאן.

גם פסק-הדין השני עליו מסתמכת המדינה - זה שניתן בבג"ץ 6844/97 רג'י קדר נ' שר הפנים (טרם פורסם) אין בו כדי לתמוך בטענה. במקרה זה הוצא צו גירוש נגד העותר, זר לא-יהודי ששהה בישראל שלא-כחוק, ובקשתו היתה כי צו הגירוש יבוטל אך באשר רצונו להינשא לאשה אחת, אזרחית ישראל (ילידת

הפיליפינים אשר נישאה לאיש מחוץ לישראל וקיבלה אזרחות ישראל), לאחר שיתרו נישואיה מבעלה. בית-המשפט דחה את העתירה וסירב לבקשת העותר כי בקשתו תידון ומעמדו יוסדר קודם שייצא את ישראל. למותר לומר כי פרשה זו אינה כלל לענייננו, ולו משום שהעותר לא נישא כלל לאזרחית ישראל. המדיניות בענייניהם של זוגות נשואים לא עלתה, איפוא, לדיון בה לגופה. יתר-על-כן: קריאת פסק-הדין מעלה כי טענת הנישואין-שבדרך נראתה פיקטיבית על-פניה בעיני משרד הפנים; והרי במקרים של נישואים פיקטיביים יסכימו הכל - גם העותרים - כי צודק משרד הפנים במדיניותו שלא לאפשר לנישואים פיקטיביים - המייצרים בני-זוג פיקטיביים - להעמיד זכות אמיתית לשיבת-קבע בארץ ולקבלת אזרחותה; והכל, כמובן, בהימצא לפני הרשות ראיות מינהליות - במישקל ראוי - המצביעות על היותם של הנישואין נישואי-פיקציה. ראו עוד והשוו: בג"ץ 2394/95 סבטלנה מוצ'ניק נ' משרד הפנים פ"ד מט(3) 274, 280-278; בג"ץ 559/92 ברנרדו דניאל מנדל ואח' נ' משרד הפנים - מינהל אוכלוסין (לא פורסם); פרשת רנקין, לעיל, שם, 117. ראו עוד: פרשת קניאז'נסקי, לעיל.

מדיניות הגירוש מן הארץ - פירסום

35. טוענים העותרים טענה שאופייה הוא אופי של מעין-טענת-סף, והיא, שמדיניות הגירוש מן הארץ לא נתפרסמה ברבים כיאות וכנדרש. ואמנם כך הוא. היצבענו בדברינו למעלה על פירסום שהיה בעיתון אודות המדיניות (ראו פסקה 29), אך למותר לומר כי פירסום חד-פעמי מפיו של דובר משרד הפנים אין די בו כדי לצאת ידי חובת הפירסום. נמצא לנו, איפוא, כי היחיד הצפוי לגירוש אינו יודע לא את זכויותיו ולא את דרכו. הוא גם לא יוכל לקבל עצתו של יודע-דין; שכן בהיעדרן של הנחיות שפורסמו, כיצד יידע היועץ מה ליעץ? כפי שנראה להלן, מדיניות הגירוש יש בה חריגים. ואולם, כיצד ידע היחיד ועורך-הדין על אותם חריגים - ועל תחום התפרשותם של החריגים - אם אין הוא יודע כלל, לא על גדר התפרשותה של המדיניות ולא על החריגים לה? על דרך זה יהיו החריגים בבחינת אות-מתה, והיחיד לא יוכל להיעזר בהם אלא אם ימצא פקיד טוב-לב שיגלה את אוזנו לקיומם. נמצא לנו, איפוא, כי מדיניות הגירוש מתבצעת לאור היום, אך עיקריה ופרטיה - לרבות החריגים לה - לא פורסמו מעולם באורח מסודר, כראוי למינהל מתוקן.

36. מצב דברים זה, לא זו בלבד שאין הוא משביע רצון אלא שגובל הוא באי-חוקיות ממש. אכן, מדיניות זו שמשרד הפנים קבע לעצמו - כשהיא לעצמה - אין היא תקנה בת-פועל-תחיקתי המחייבת פירסום ברשומות כהוראת סעיף 17 לפקודת הפרשנות, ואולם, זה מכבר פסקנו - וחזרנו ופסקנו - כי הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכות הפרט - וזו המדיניות שלפנינו - "תנאי מוקדם והכרחי לקביעתן ולהחלתן ... הוא בהבאתן ...

לידיעת המעוניינים, בין בפירסומן לרבים בין אחרת": בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3), 501, 513. ראו עוד: בג"ץ 4539/94 ואח' ד"ר נקסה נביל נ' ד"ר אפרים סנה, שר הבריאות (טרם פורסם; בפיסקאות 13 ואילך לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן). בג"ץ 1689/94 הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15. מקורה של חובת פירסום זו, כך פסקנו, "נדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרון שלטון החוק" (פרשת אפרתי, שם, 515). ובמקום בו מדובר בפגיעה כה-עמוקה בזכות היחיד - בזכות בת-זוגו של ישראלי להמשיך ולחיות בארץ עם מי שבחרה בו להיות לה חבר לנישואין - אין ספק בליבי כי חובה היא המוטלת על משרד הפנים לפרסם את מדיניותו ולעשותה נגישה לכל מי שיבקש לקרוא בה וללומדה.

37. ניתן ליבנו וידענו: מדברים אנו כל העת בבני-זוג שאחד מהם אזרח ישראל והאחר זר לא-יהודי השווה בארץ שלא-בהיתר. שניים אלה נישאו זה-לזה בעוד הזר שווה בארץ שלא-בהיתר, והזר מתבקש לעזוב את הארץ עד שרשויות משרד הפנים תבדוקנה את כנות הנישואין. יכול מי שיטען: מה פיתחון-פה יש לו לזר לטעון נגד אי-פירסום המדיניות, והרי הנחת-היסוד היא כי שווה הוא בארץ שלא-כדין? הנשמע מפי מי ששווה בארץ שלא-כדין כי מדיניות משרד הפנים לא נתפרסמה ברבים? כשאני לעצמי, אינני סבור כי תשובה זו לזר הינה תשובה ראויה ולעניין. ענייננו הוא בשילטון המשפט, ואם קבעה ההלכה חובת פירסום, תישמע טענת אי-פירסום מפי כל הנפגע מן המדיניות. ואולם גם אם אמרנו אחרת - ולא אמרנו אחרת - הנה בן-הזוג הישראלי, זכותו-שלו בוודאי תעמוד לו - זכותו שמשרד הפנים לא יגרש את בת-זוגו - ולא ימצא מי שיטען כי מפיו, למיצער, לא נשמע טענת אי-פירסום.

גירוש ובקשה לעזוב את הארץ

38. אחת מטענות המשיבים היא, כי אין הם מגרשים את בן-הזוג הזר מן הארץ. כל שעושים הם אינו אלא זה, שמבקשים הם את בן-הזוג הזר לעזוב את הארץ קודם שבקשתו להשתקע בארץ ולהתאזרח בה תידון לגופה.

טענה-תשובה זו אין בה ולא כלום. לשונם של בני-תרבות היא לשון-נימוסין, וראוי לנו, לכולנו, כי נשיח איש עם רעהו - וגם עם מי שאינו רענו - בלשון נימוסין. בה-בעת, אסור לנו שנטעה בלשון-הנימוסין, והרי כולנו ידענו כי בתוך כפת-המשי טמון אגרוף. איש-רשות המבקש מאת מי ששווה בארץ שלא-בהיתר כי "ויאיל בטובו" לעזוב את הארץ, לא אך עצה טובה משמיע הוא לזר. יתר-על-כן: כל רשות מרשויות המדינה מחזיקה בסמכויות שהחוק העניק לה, ובגידרי אותן סמכויות רשאית היא לעשות על-פי שיקול-דעתה. רשות משרד

הפנים המבקשת מזר כי יעזוב את הארץ, חזקה עליה כי עושה היא במיסגרת סמכותה. השאלה היא, איפוא, אם מוסמכת היא לבקש מן הזר - בן-זוגו של הישראלי - כי יעזוב את הארץ. בשאלה זו דנים אנו בחוות דעתנו, ועל-כן דבר הפניה לזר אינה כלל רלבנטית לענייננו. על עצות שאינן-עצות ועל הצעות שאינן-הצעות שמענו מזמן, וידענו להבחין בין הצעה לבין הוראה ובין עצה לבין פקודה; ראו: בג"ץ 144/50 ד"ר ישראל שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.

39. בכך סיימנו לדון בטענות-הספ ובמעין-טענות-ספ, של העותרים מזה ושל המשיבים מזה, ועתה נפנה עצמנו לגופה של המדיניות עצמה. בראשית נשיח מעט בסמכויות שקנו המשיבים לגרש זרים מן הארץ, ועל רקע סמכויות אלו נדון בענייניהם של העותרים לגופם.

על מעמדם של זרים בארץ ועל הסמכות לגרשם

40. אזרח ישראל, זכותו עומדת לו להיות בישראל ככל שירצה, ואין למדינה זכות לגרשו מתחומיה. אזרח ישראל הוא-הוא ישראל; הניתן לשער כי ישראל תגרש את ישראל? לא כן דינו של מי שאינו אזרח ישראל. מי שאינו אזרח ישראל ואף אינו עולה, כניסתו לארץ היא מכוח אשרת כניסה הניתנת על-פי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952. שר הפנים רשאי לתת לזרים אשרות ורשיונות שהיה מסוגים שונים, ולהאריכם מעת לעת, הכל כאמור בחוק הכניסה לישראל (סעיפים 2 ו-3 לחוק). כניסה לישראל ושהות בה שלא על-פי היתר; הפרת תנאי אשרת הכניסה או רשיון הישיבה; כל אחד מאלה מהווה עבירה פלילית והעובר אותה צפוי לעונש (סעיף 12 לחוק). כמו-כן, והוא עיקר עתה לענייננו: מי שאינו אזרח ישראל או עולה לפי חוק השבות, רשאי שר הפנים לתת עליו צו גירוש אם נמצא הוא בישראל בלא רשיון ישיבה (סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל). בהוציאו צו גירוש על פלוני, וכהוראתו המפורשת של סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סידרי המינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958, פטור שר הפנים מחובת הנמקה.

41. הפסיקה קבעה כי סמכותו של שר הפנים להורות על גירושו של זר הינה סמכות רחבה ביותר (בג"ץ 740/87 בנטלי נ' שר הפנים פ"ד מב(1) 443), והיו אף שהרחיקו לכת ותיארו אותה כסמכות בת "שיקול דעת מוחלט" (פרשת בנטלי, שם, 444). בה-בעת קבע בית-המשפט העליון, כי למרות רחבות-פרישתה, אין הסמכות נפטרת מביקורתו של בית-המשפט הגבוה לצדק, והביקורת פורשת עצמה על כל עילות הביקורת הידועות מן המשפט המינהלי. ראו: בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים פ"ד מב(2) 424, 434; בג"ץ 100,136,137/85 גדעון בן ישראל ואח' נ' מדינת ישראל פ"ד לט(2) 45, 47. הפטור מהנמקה - באותם מקרים

בהם אין שר הפנים מנמק את החלטת הגירוש - מקשה, כמובן, על יכולת הביקורת, אך אין בו כדי לפגוע מסמכות הביקורת ומתחומי פרישתה: פרשת קנדל, לעיל, שם, 524-528. ראו עוד והשוו: פרשת קלרק, לעיל, שם, 117. לזכותם של שרי הפנים ייאמר, כי אך לעיתים נדירות ביותר עושים הם שימוש בזכות-יתר זו של פטור מהנמקה, ובשנים האחרונות אין זכור לי ולו מקרה אחד בו החליט שר הפנים לגרש את פלוני מן הארץ וסירב לנמק את החלטתו.

קִהָיוּם הזה לא ימצא מי שיתאר את סמכותו של שר הפנים לגרש זרים מן הארץ כשיקול דעת "מוחלט". בה-בעת, נסכים כולנו כי סמכות זו של השר הינה סמכות רחבה-למדי. קרא: שיקול דעתו של השר אם יגרש זר מן הארץ ואם יחדל הינו שיקול דעת רחב-פרישה למדי. על רקע זה הבה נבחן את מדיניות הגירוש של זרים לא-יהודים שנישאו לאזרחי ישראל.

מדיניות הגירוש - פישרה וסיברה

42. הנחת-המוצא לענייננו היא זו, שבמקום בו נישא אזרח ישראל למי ששוקה בארץ כדן והיא אינה יהודיה ואינה ישראלית, אין משרד הפנים מתערב בזכות שהותה של אותה זרה בארץ. במקום שאותה זרה מבקשת להשתקע קבע בארץ ואף לזכות באזרחות ישראל, מטפל משרד הפנים בבקשה על-פי מדיניות מסויימת שקבעה (ואשר נדון בה עוד להלן). שונה הדין מקום שאותה זרה שוהה בארץ שלא-בהיתר. אזרח ישראל נושא לאשה מי שאינה-יהודיה ואינה ישראלית, לעת שהותה בארץ שלא-בהיתר. אם יבקשו בני-הזוג כי יינתן לאותה זרה להשתקע בארץ ולרכוש את אזרחותה, תתבקש האשה לעזוב את הארץ עד אשר יהא סיפק בידי משרד הפנים לבדוק את פשר הנישואין, אם נישואין כנים הם אם נישואין פיקטיביים. על דרישה זו לעזוב את הארץ לעת הבדיקה קמה הצעקה, צעקת-העותרים, ולצעקה זו נידרש עתה.

43. נשאלת מאליה שאלה: מה טעם החליט משרד הפנים לשנות ממדיניות שהחזיק בה שנים רבות (ראו לעיל, פסקה 29), ועל שום-מה החל מנהיג מדיניות גירוש זו שתיארנוה זה עתה? מסתבר כי משרד הפנים החליט לשנות ממדיניותו עקב נישואין פיקטיביים שפשו ורבו במאוד בקרב הזרים בארץ, והמדיניות החדשה נועדה מעיקרה לעשות מלחמה במינהג מגונה זה של נישואין פיקטיביים.

ישראל, כפי שעניינו ראות סביבותינו, הפכה אבן-שואבת לִבְנֵי לאומים שונים וארצות שונות הבאים להתגורר בארץ ולעבוד בה. אותם זרים הבאים אלינו ראו כי-טוב, ורצונם הוא להמשיך בשהותם בארץ ככל-

שיוכלו ואף להשתקע בינותינו; וכך, משפוקע רשיון הישיבה שלהם בארץ, ממשיכים הם בשהותם אף לא-בהיתר. המדובר הוא, כפי שנמסר לנו, ברבבות רבות של אנשים. משרד הפנים, אשר החליט לבער תופעה בלתי-ראויה ובלתי-רצויה זו, החל בודק רשיונות ישיבה של זרים בישראל; ומשנמצא לו כי שוהים הם בארץ שלא-בהיתר החל משלחם לארצות שמהן באו אלינו. כמלחמת-נגד צמחה התופעה של נישואין פיקטיביים.

פלוני או פלונית אשר מצאו את הארץ טובה ורשיון ישיבה אין בידיהם, גילו דרך להאריך את שהותם בכך שנישאים הם לאזרח ישראל בטקס נישואין שאין הם אלא נישואי-פיקציה. בני-הזוג, אין בכוונתם כלל להקים תא-משפחה ולחיות חיי-זוג. כל תכלית הנישואין-כביכול היא להקנות לבן-הזוג הזר סטטוס מוכר בישראל, ועל דרך זה למנוע את גירושו מן הארץ. עם החמרת מדיניות האכיפה בידי משרד הפנים, רבו והלכו מקרי הנישואין הפיקטיביים, והמלחמה בין אלה לבין אלה בעיצומה. לעניינם של נישואין פיקטיביים והתא המשפחתי ראו עוד פרשת קניאז'נסקי (לעיל), בייחוד פסק-דינה של השופטת ביניש.

נוסיף ונאמר, כי המניעים לקיומם של אותם נישואין פיקטיביים יכולים שיהיו שונים, וכמותם ה"תמורות" המוחלפות בין הצדדים. לעתים המדובר הוא בתמורה כספית רגילה, שהאזרח הישראלי זוכה בתשלום תמורת השתתפותו באותו טקס מכוער של נישואין פיקטיביים. לעתים יש יחסי סימביוטיקה בן-בני-הזוג, ושניהם זוכים בתמורה; כך, למשל, עובד זר המבקש להכשיר את המשך שהייתו בארץ נושא לו לאשה (כביכול) נערה ישראלית בת-גיוס המבקשת על דרך הנישואין הפיקטיביים להשתחרר מן הנטל הכרוך בשירות הצבאי.

44. נישואין פיקטיביים אלה, משרד הפנים מבקש לעשות בהם מלחמת-חורמה, והדרך שנמצאה ראויה בעיניו היא זו שהזר ידרש לעזוב את הארץ עד אשר תיבדק כנות הנישואין. על דרך זה, כך סובר משרד הפנים, ימעט ויפחת הרצון לערוך נישואין פיקטיביים, והרי הכל - כמעט-הכל - יבוא על מקומו בשלום. ובלשון משרד הפנים בתצהירו לפנינו:

"תכליתה של המדיניות האמורה היא מניעת 'תעודת ביטוח' לשוהה שלא כחוק, תוך שידור מסר חד וברור לפיו, מי שמבקש באמצעות נישואין פיקטיביים להכשיר בדיעבד שהייתו בישראל (או להשיג רווח אחר כגון פטור משירות בצה"ל), לא יזכה להכשר על נקלה, כי אם קבלת סטטוס חוקי כלשהו במדינת ישראל תחייבו, כמו גם את בן זוגו הישראלי לתקופת מבחן והמתנה, אשר במהלכה יוכל גם משרד הפנים לבחון את כל הטעון בחינה, מראש ולא בדיעבד, וזאת בדרכים שונות ומגוונות.

כאמור תכליתה של המדיניות האמורה הינה לסכל במידת האפשר את הנסיונות להשתקעות בישראל שלא כדין, תוך מתן האפשרות למשרד הפנים להתרשם מכנות הנישואין לפני הענקת המעמד על פי דין במדינת ישראל, ולא לאחריו.

החלטת המדיניות האמורה לפיה תבדק בקשת בני הזוג, כאשר מבקש 'איחוד המשפחות' נמצא מחוץ לישראל, לא זו בלבד שיש בה לצמצם את מאזן התועלות המיידית ולסכל במידה משמעותית את נסיונות ההשתקעות שלא כדין, כי אם יש בה כדי לאפשר למשרד הפנים את בחינת הקשר בלא שלחזות החיצונית של 'מגורים תחת קורת גג אחת בישראל', כשלעצמה, יש משקל של ממש בבחינת הקשר, ובלא ש'חוטא יצא נשכר'."

משרד הפנים מוסיף ומודיענו, כי המדיניות החדשה הוכיחה את עצמה, ובשני אלה: אחד, מאז המדיניות החדשה פחתו מספר הבקשות לשינוי מעמד בארץ עקב נישואין, ושניים, חל גידול בחשיפת נישואין פיקטיביים. נעיר עם זאת, כי אמירות אלו של משרד הפנים אינן נשענות על נתונים סטטיסטיים, ומייסדות הן עצמן אך על "טביעת עין" ועל "השערה מושכלת" בלבד של העוסקים בנושא.

45. לרקע מציאות עגומה זו שהתגלתה לעיני-כל, כך מוסיף משרד הפנים וטען לפנינו, יש טעם וסבירות במדיניות החדשה ולפיה מתבקש הזר לעזוב את הארץ קודם בדיקת בקשתו וכתנאי מוקדם לבדיקתה. המדיניות הקודמת עודדה מעשי-תרמית לרוב, ולשיכלול מעשי הרמיה אף קמו "קבלני נישואין" שדאגו להפגיש ישראלים וזרים, במטרה אחת של עריכת נישואין פיקטיביים וכדי לִאֶחֶז את עיני הרשויות. ומוסיף משרד הפנים וטוען כך:

"אם לא היינו נוקטים במדיניות זו היינו מגיעים במהרה למצב בו כל הזרים הבלתי חוקיים בישראל היו נישאים לישראלים ובכך היה נסתם הגולל על האפשרות לטפל בבעיית השהיה הבלתי חוקית בארץ."

עוד טוען משרד הפנים, כי הפגיעה ביחיד אינה חמורה כל-עיקר. הזר אינו מתבקש לעזוב את הארץ אלא למספר חודשים מצומצם, ופרידה לתקופת-חודשים קצרה אינה אלא פגיעה קלת-ערך בבני-זוג-של-אמת. זאת, כנגד התועלת המרובה שהמדיניות החדשה הביאה בעקביה לסיכול נישואין פיקטיביים.

46. תוך כדי ההליכים לפנינו, הוסיף משרד הפנים והעמידנו על-כי מדיניות משרד הפנים אינה קשוחה עד-בלי-די. למדיניות הכללית יש אף חריגים, וחריגים אלה עניינם בנסיבות האישיות של בני-הזוג. וכך, במקום בו מתעצם הגורם ההומניטארי, יכול שיסוד זה יגבר על המדיניות הכללית. על חריגים אלה שמענו בטיעוניה של באת-כוח משרד הפנים, אך בעינינו לא ראינו הנחיה כתובה וברורה בעניינם. והנה, לאחר תום הדיונים והטענות, הגיש משרד הפנים לבית-המשפט מיסמך שכותרתו היא "קריטריונים למתן פטור חריג מדרישה

לצאת את הארץ לשווה בלתי חוקי שנישא לבן-זוג בתקופת שהותו שלא כחוק". וזה לשון המיסמך שהגיש משרד הפנים לבית-המשפט (ההדגשות במקור):

"קריטריונים למתן פטור חריג מדרישה לצאת את הארץ לשווה בלתי חוקי שנישא לבן-זוג בתקופת שהותו שלא כחוק"

הכלל:

שווה בלתי חוקי הנישא לישראלי נדרש לעזוב את ישראל **בטרם תטופל בקשתו** ובקשת בן הזוג הישראלי לאיחוד משפחות בישראל על פי הדין.

חריגים:

בסמכות ראש מינהל האוכלוסין, סגנו וראשי מחלקות במינהל האוכלוסין לפטור במקרים חריגים את בן הזוג הזר, מן הכלל האמור בהתקיים נסיבות הומניטריות מיוחדות כגון:

א. נסיבות בריאותיות מיוחדות מחייבות ששני בני הזוג ימשיכו לשהות בישראל.

לצורך כך יש להמציא חוות דעת רפואית מתאימה.

ב. לבני הזוג ילד **משותף** ובני הזוג הביאו ראיות חד-משמעיות לכך שקיימו משק בית משותף תקופה של 12 חודש.

ג. יציאת בן הזוג הזר למדינת אזרחותו אינה אפשרית מטעמים של סכנת חיים ואין ביכולתו לצאת למדינה שלישית ולהמתין בה עד לקבלת החלטה.

נוסיף ונציין כי לא ידענו מנין באו קריטריונים אלה, ובאת-כוח המשיבים אף לא החכימה אותנו בכך. כך, למשל, לא מצאנו כי בראש הקריטריונים מצויין יום נתינתם, וכן לא ידענו מי נתנם ומה ערכם הנורמטיבי.

יתר-על-כן: אך מוזר היה הדבר בעינינו, שקריטריונים אלה - והם ממהות הדברים - לא הובאו כלל לידיעתנו אלא לאחר שנסתיימו ההליכים כולם. ומשהובאו לידיעתנו, לא הצביעו המשיבים לפנינו לא על מועד פירסומם ולא על מקום פירסומם, ואף לא טענו לפנינו כי הקריטריונים פורסמו ברבים. אם אמנם כך, מה ערכם של קריטריונים - נזכור כי מדברים אנו עתה בחריגים - שהיחיד אינו יודע על קיומם? למותר לומר, כי קריטריונים השוכנים במגירת הפקיד ואינם רואים אור-יום, מזמינים שרירות בעשייה ומישקלם אינו אלא כמישקלה של נוצה מרוטה.

47. כללם של דברים: זר השווה בארץ שלא-בהיתר ונישא לאזרחי ישראל, מתבקש לעזוב את הארץ למספר חודשים עד אשר יהא סיפק בידי הרשויות לברר אם הנישואין נישואי-אמת הם או אם נישואין פיקטיביים הם. רק לאחר עבור מספר חודשים, ובהשתכנע פקיד משרד הפנים, לכאורה, כי הנישואין אינם נישואי-פיקציה,

יהא אותו זר רשאי לחזור ארצה, ואז-אז תטופל בקשתו להשתקעות בארץ או להתאזרחות בה. אליבא דמדיניות זו, תעודת-נישואין בין הישראלי לבין הזר אינה נושאת - כשהיא לעצמה - כל מישקל שהוא בעיני רשויות משרד הפנים. בן-הזוג הזר מתבקש לעזוב את הארץ על-אף קיומה של תעודת-נישואין ולמרות שלא הוקמה כל תשתית-עובדות להיותם של הנישואין נישואי-פיקציה. על-פי המדינות הנוהגת - למעט אותם חריגים מצומצמים שלמדנו עליהם אך לאחרונה - אין בוחנים לגופו את עניינם האינדיבידואלי של בני-זוג המתייצבים לפני הרשות. משרד הפנים אינו עורך כל בירור שהוא ואף אינו שומע לטענות בני-הזוג. על בן-הזוג הזר לעזוב את הארץ, יהא טיב קשר-הנישואין אשר יהא.

48. העותרים תוקפים בשצף-קצף בחריפות את מדיניותו החדשה של משרד הפנים, ופיהם מלא טענות כריזמוניות. כך, למשל, טוענים הם כי המדיניות החדשה יוסדה אך על תחושת-הפקידים בלא שאותה תחושה ביססה עצמה בסטטיסטיקה. אכן, משנתבקשו המשיבים להמציא לבית-המשפט נתונים עליהם מושתתת המדיניות, נתקשו במלאכת האיסוף. רק לאחר בדיקות ובירורים זכינו לקבל נתונים כלשהם, וגם אלה לא היו אלא נתונים חלקיים ובעיקרם נתוני-מידגם. הנה-כי-כן, שמענו כי יש כ-2500 בקשות המוגשות מידי שנה בידי בני-זוג כְּאֵלֶּה שאנו דנים בהם, ומתוכן כ-500 בקשות לערך שהן בן-הזוג הזר בישראל שלא-בהיתר. כמה מאלה הוכחו כנישואין פיקטיביים? כמה מאלה באו בגידרי החריגים ההומניטריים? על כל אלה לא שמענו. ואם לא שמענו - לא ידענו.

בהיעדר נתונים-של-ממש על שיעור הנישואין הפיקטיביים, עולה ממילא השאלה אם יש צידוק למדיניות הנחרצת הנוהגת כיום. אם, למשל, שיעור הנישואין הפיקטיביים אינו אלא שיעור קטן (יחסית) מכלל הנישואין בקטיגוריה זו, האמנם מוצדק לטלטל מאות זוגות תמים בשל אותם מעטים החוטאים? הראוי להרע לרבים בשל המעטים? ואפשר רואים המשיבים צל הרים כאנשים?

הלכה כתובה ומסורה היא, שעד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט - החלטה אינדיבידואלית או החלטת-מדיניות כללית - שומה עליה לאסוף את הנתונים שלעניין, לבור את הבר מן התבן, לנתח את הנתונים, לשקול אותם, לעמוד על משמעות ההחלטה המוצעת ועל תוצאותיה המשוערות, ורק אז לעשות מעשה. ראו, למשל: בג"ץ 297/82 ברגר ואח', נ' שר הפנים פ"ד לז(3) 29, 48-49; בג"ץ 987/94 יורנט קווי זהב (1992) בע"מ ואח' נ' שרת התקשורת ואח', פ"ד מח(5) 412, 423-426. בקובעם מדיניות שקבעו - ובדרך שקבעו - חטאו המשיבים לכלל-יסוד זה בעשיית המינהל.

49. העותרים מוסיפים עוד וטוענים, כי המשיבים חוטאים אף לכלל-היסוד המחייב שמיעתו של נפגע-בכוח: אך באשר שוהה הוא בארץ שלא-בהיתר, מסרבים הם לשמוע את אשר בפיו של הנפגע, ו"מבקשים" הם ממנו לעזוב את הארץ קודם תחילת הטיפול בבקשתו. על כך נאמר אנו, כי הפגיעה בזכות השמיעה הינה פגיעה חמורה בזכות הנפגע, והמשיבים חוטאים גם בכך. ראו עוד והשוו: פרשת מוצ'ניק, לעיל, שם, 281; ראו גם והשוו: Landon v. Plasencia, 459 U.S. 21, 2-33 (1982); Galvan v. Press, 347 U.S. 522, 530 (1954).

על כל אלה נזכור, כי מדברים אנו גם בזכותו של היחיד הישראלי, שהאינטרס שלו בבקשה הינו שווה-ערך, לכאורה, לאינטרס בן-זוגו הזר. אם מפרידים בין בני-הזוג ומשלחים את הזר לחו"ל - או אף אם אין מטפלים בבקשת הזר להשתקעות בארץ עד-אם יעזוב את הארץ - נפגע במישרין לא רק האינטרס של הזר אלא זכותו של האזרח הישראלי אף-הוא. ובאשר לבן-הזוג הישראלי, בוודאי לא תישמע טענה כי ניתן לפגוע בזכותו ודבריו לא יישמעו תחילה.

על סבירות ועל מידתיות

50. יותר מכל עמדו באי-כוח בעלי-הדין - באי-כוח העותרים מזה ובאת-כוח המשיבים מזה - על נושא סבירותה של מדיניות משרד הפנים; ובמסגרת זו - בעיקר - על השאלה אם המדיניות "מידתית" היא. טענת העותרים היא, למותר לומר, כי העמדת התנאי ולפיו על הזר לעזוב את הארץ עד שבקשת בני-הזוג להשתקעות ולהתאזרחותו של הזר תידון לגופה, הינה אמצעי "בלתי מידתי" אשר-על-כן דינו ביטול. בטענה זו של היעדר מידתיות שילבו העותרים טענות נוספות - כטענות אלו שעמדנו עליהן למעלה - טענות שעניינן היעדר איסוף חומר-רקע לעניין, אי שמיעת בני-הזוג ועוד כיוצא-באלו טענות שכולן משליכות על אי-התאמתו של האמצעי למטרה.

51. על מיבחן המידתיות אין צורך כי נרבה מלל. ידענו כי שלוש אונות הן במיבחן זה: אונת ההתאמה הרציונאלית בין אמצעי לבין מטרה; אונת האמצעי שפגיעתו פחותה; ואונת התועלת-נזק, אונה הידועה בציבור גם כמיבחן המידתיות במובנה הצר. ראו: בג"ץ 3477/95 בן-עטיה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט פ"ד מט(5) 1; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל ואח' נ' שר האוצר ואח' (טרם פורסם); ע"א 6821/93, רע"א 3363, 1908/94 בנק המזרחי המאוחד בע"מ ואח' נ' מגדל כפר שיתופי ואח' פ"ד מט(4) 221, 347-346, 437-436, 470; בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' אלי ישי, שר העבודה

והרווחה (טרם פורסם); בג"ץ 6971/98, 6972 פריצקי; דרין נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם), והאסמכתאות בהם. השאלה הנשאלת היא, אם מדיניות משרד הפנים עומדת במבחן משולש זה שמעשי-מינהל - כל מעשי מינהל - אמורים לעמוד בו.

ואולם עד שנגיע אל הטרקלין, הבה נבשם מעט את האוויר.

מחלוקת נתגלעה בין חכמים, ונסבה היא על מעמדה של עילת המידתיות; וביתר דיוק: מנין באה זו אלינו. ראו, למשל: פרשת בן-עטיה, שם, 14-15 (מפי המישנה לנשיא ברק), והאסמכתאות בו. יש אומרים בת היא למיבחן הסבירות, ואין היא אלא עידון למיבחן הסבירות שגבולותיו לא הושמו והוא פורץ אל-כל-עבריו. בניגוד לאלה, יש אומרים עילת המידתיות עומדת על רגליה-שלה וניזונה היא מאור הגנוז ומחום הגנוז בגופה-שלה. האמת, לדעתי, מונחת אי-שם באמצע בין שתי אסכולות אלו. מבחינה היסטורית, קדמה עילת המידתיות לעילת הסבירות - אותה עילת סבירות כפי שהיא מוכרת לנו כיום - והולדתה היתה קודם שעילת הסבירות באה לאוויר העולם. ראו, למשל: בג"ץ 14/65 כורי ובסל נ' שר הפנים, פ"ד יט(2) 322, 334; בג"ץ 115/67 המועצה המקומית ראש העין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כא(1) 524, 526. לימים, משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כל, השתלטה עילת הסבירות - כמוה כעוולת הרשלנות בזמנה ובמקומה - על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצילה. עילת הסבירות הפכה בתחום המשפט המינהלי - כמוה כעוולת הרשלנות בתחום דיני הנזיקין - ל"עילת מסגרת" שתכניה יכולים שישתנו מעניין לעניין ומתקופה לתקופה, על-פי תנאי המקום והזמן. בשלב הבא ילדה עילת הסבירות הלכות, עילות ושיברי-עילות למיניהן, ובצד כל אלה יצאו ממנה ראשי-בית-אב שקנו להם שם לעצמם. אחד מראשי בית-אב אלה היא עילת המידתיות. וכיחס הסבירות לחוקיות כן יחס המידתיות לסבירות. בהשתחררה מבית אימה, יכולה הייתה עילת המידתיות לפתח את עצמה באורח עצמאי וחופשי, וכך ייאמר עליה: בתחילה (אם כי לא בתחילת-התחילות) דרה עילת המידתיות בבית הסבירות, אך לימים יצאה מביתה זה, ובכוחה-שלה בנתה לה בית משל-עצמה. כך מציגה עילת המידתיות לפנינו כלי-ניתוח חד וחריף מעילת הסבירות הכללית; כך ניתן בידנו מכשיר משוכלל יותר לבחינה רציונאלית של מעשי המינהל.

כל דברים אלה לא אמרנו אלא להגדיל תורה ולהאדיר, שהרי בין-כך ובין-כך כולנו נסכים כי מיבחן המידתיות עימנו הוא לבחינת שיקול דעתה של רשות בת-סמך.

52. מיבחן המידתיות מרכז עצמו באמצעים להשגתה של מטרה. הנחת-המוצא היא, שהמטרה - כשהיא לעצמה - מטרה ראויה היא, והשאלה אינה אלא אם אף האמצעי להשגתה של המטרה אמצעי ראוי הוא.

בהחילנו את עילת המידתיות נזכור עוד זאת, כי כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמתה הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות.

ולענייננו-שלנו: 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. הכל 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 מיגבלות מנגנוני-האכיפה לשהיה ולהמשך שהיה בלתי-חוקית בישראל. המלחמה בנישואין הפיקטיביים איפוא מלחמה ראויה היא. ואולם, השאלה הנשאלת היא, אם על-אף כל אלה, האמצעי שהרשות נקטה בו - דהיינו: הדרישה כי הזר או הזרה יעזבו את הארץ עד שתיבחן השאלה אם הנישואין נישואי-אמת הם או אם נישואין פיקטיביים - הינו אמצעי "במידה שאינה עולה על הנדרש".

53. לדעתנו, האמצעי שמשרד הפנים מחזיק בו אינו עומד ביחס ראוי למטרה - מטרה ראויה לעצמה - שהמשרד מבקש להשיגה; עוצמתו עולה באורח בלתי-ראוי על העוצמה הנדרשת להשגת המטרה; וביחס תועלת-נזק, ניזקו עולה על תועלתו.

54. אשר להתאמתו של האמצעי למטרה: משרד הפנים סובר כי מדיניות המחייבת את בן-הזוג הזר לעזוב את הארץ עד שבקשת בני-הזוג להסדרת מעמדו של הזר תידון לגופה, מהווה תמריץ שלילי לנישואין פיקטיביים; שכן כך יידע בן-הזוג הזר כי אין בנישואין (הפיקטיביים), כשהם לעצמם, ערובה והבטחה להמשך שהותו בישראל. האמנם?

הנה-כי-כן, אף שהמדיניות החדשה נוהגת מזה מספר שנים, לא זו בלבד שלא הוכח באורח ראוי כי מביאה היא, הלכה למעשה, להפחתת מספר הנישואין הפיקטיביים, אלא שניתן לטעון כי הקשר הרציונאלי בין האמצעי לבין המטרה אינו אמיץ דיו. זר אשר ירצה להאריך את משך שהייתו בישראל על דרך של נישואין פיקטיביים, לא יירתע מתקופת-המתנה של מספר חודשים בחוץ-לארץ; מנגד, מי שנישאו - גם הזר גם הישראלי - בנישואי-אמת, ייפגעו בוודאות ובאורח קשה אם תיכפה עליהם פרידה, או אם ייאלצו השניים - באהבתם זה-את-זה - לעזוב את הארץ יחדיו למספר חודשים.

יתר-על-כן: משרד הפנים לא נתן בידו כל סטטיסטיקה רלבנטית, לא באשר למספר הנישואין הפיקטיביים ולא באשר ליחס בין אלה לבין כלל הנישואין בין אזרחי ישראל לבין זרים לא-יהודים. נניח שהמדובר

בנישואין פיקטיביים בשיעור של אחד לעשרה. הניתן למצוא קשר רציונאלי בין האמצעי לבין המטרה? האם קשר רציונאלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד?

55. ועוד: לדברי משרד הפנים, בודק הוא את אמיתות קשר הנישואין בעוד אחד מבני-הזוג בארץ והשני בחוץ-לארץ או בעוד השניים שוהים בחוץ-לארץ. כשאני לעצמי, דומני כי בדיקת קשר הזוגיות בעוד אשר אחד מבני-הזוג שוהה בחוץ-לארץ והאחר בארץ, קשה מבדיקת הקשר בעוד השניים שוהים בארץ. לא נכחד, כי יש יתרונות מסויימים 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-כי-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? אכן, הרושם הברור הוא, כי רפיון הפיקוח של משרד הפנים היה אחד הגורמים העיקריים - אפשר הגורם העיקרי - להולדתה של המדיניות החדשה; ותחת אשר יגביר את יעילות הפיקוח, נקט משרד הפנים בדרך הקלה של דרישה מבן-הזוג הזר כי יעזוב את הארץ.

כך היה אף בפרשת בן עטיה (לעיל). באותו מקרה דובר בתוכנית שהנהיג משרד החינוך והתרבות, ולפיה נפטרו תלמידיהם של בתי-ספר מבחינות בגרות במקצועות מסויימים. תחת בחינות אלו הכיר המשרד בציונים שהתלמידים זכו בהם בבחינת המתכונת, היא בחינה פנימית הנערכת בבית-הספר. השאלה היתה, אם זכאי הוא משרד החינוך והתרבות לשלול מבתי-ספר מסויימים את הזכות להשתתף בתוכנית האמורה, אך באשר נתגלו באותם בתי-ספר, בשנים קודמות, מעשי-העתקה רחבי-היקף בבחינות הבגרות. בית-המשפט קיבל את עתירתו של בן-עטיה, ואמר השופט קדמי בין שאר דבריו (שם, 8):

"אירועם של מקרים - רבים יחסית - של פגיעה בטוהר הבחינות מלמד על רפיון הפיקוח, והדרך להתמודד עם התופעה היא בהגברת יעילותו של הפיקוח ובהענשה הולמת של הנוגעים בדבר, ולא בפגיעה בתלמידי 'המחזור הבא' ובמוסד החינוכי ומוריו."

ומה שם דיבר בית-המשפט על הגברת הפיקוח, כן ייאמר אף בענייננו.

56. אשר לאונָה השניה במבחן המידתיות, האונה שעניינה בשאלה אם הפגיעה בפרט הינה במידה העולה על הנדרש. אין ספק בדעתנו, כי מדיניות משרד הפנים אינה עומדת במבחן זה מכל-וכל. ראשית לכל,

נסכים עם חברתנו השופטת דורנר בקובעה כי אונה שניה זו במבחן המידתיות סבה את "מיתחם המידתיות".

ובלשונה, בפרשת תנופה שירותי כוח אדם (לעיל):

"ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת 'מתחם המידתיות' כדי שהנורמה תעמוד בדרישת המידתיות. הדבר בוודאי נכון באשר לרשות המחוקקת... והדבר נכון אף באשר לנורמות המתקבלות על-ידי הרשות המבצעת ... 'מיתחם המידתיות' אף נקבע בהתחשב במהות של הזכות או האינטרס הנפגעים, ובמידת החשיבות המיוחסת להם."

ואולם מדיניות משרד הפנים אינה עומדת גם במבחן זה.

57. אין צורך בדמיון מפליג כדי לדעת ולהבין מה חמורה היא הפגיעה בבני-זוג לנישואי-אמת, שעה

שגוזרים עליהם לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופת-חודשים. אומרים על כך המשיבים:

"אדרבא, אם הקשר בין בני הזוג כה חזק הינו, הרי שבין לעת פרידה לא ארוכה במיוחד, או לעת נסיעה משותפת של בני הזוג לארץ המוצא של בן הזוג הזר, לא יגרע כהוא זה מהקשר, ככל שיש בו ממש."

תשובה זו, שהאהבה תִּגְבֵּר גם על פירוד של מספר חודשים, אינה אלא תשובה צינית ובלתי-ראויה. יתר-על-כן:

הפגיעה בכבודם של בני-הזוג ובאחדות המשפחה לא יהיה זה ראוי כי נקל בה ראש. ופרידת האוהבים, כיצד

תִּקַּל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין

(ויליאם שייקספיר, אותלו, תרגום ט' כרמי):

" דסדמונה:

את הכושי אהבתי; מרדנתי
וטלטלת-חיי בישרו לכל
כי בצילו חמדתי לחיות.
לבי הדום לכל תענוגותיו
של אדוני אותלו. את דיוקנו
ראיתי ברוחו, ולכבודו
ומעלותיו כאיש-צבא היקדשתי
את מאודי, נפשי ועתידי.
על כן, רוזניי היקרים,
אם אשאר פה בחיבוק-ידיים,
והוא יצא למלחמה -
חסדי-האהבה, שכה יקרו לי,
יישללו ממני, וחסרונו
יהיה כבד מנשוא...."

הראוי כי ליבנו יהא גס בצער-הפרידה? על צער-הפרידה עמד גם השופט אלון בע"א 488/77 פלוני ופלונית נ' היועץ המשפטי לממשלה פ"ד לב(3) 421, ואלה דברים השמיענו (שם, 432):

"חכמים אמרו שקשה זיווגו של אדם כקריעת ים סוף (סוטה ב, א, ורש"י, שם). ואם בזיווגם ובשיתופם של בני-אדם כך, קל וחומר בניתוקם וב'קריעתם' זה מזה שקשים הם כקריעת ים סוף."

ולא נתעלם אף מהקשיים הכספיים הכרוכים בפרידה הנכפית על בני-הזוג.

58. העותרים ציירו בסיכומיהם לפנינו מיקצת מן המכשלות העומדות בפני בני-זוג שאחד מהם נדרש לעזוב את הארץ: מיגבלות כלכלה הכרוכות ביציאה מן הארץ ובשהות בחו"ל; מיגבלות-תעסוקה; מיגבלות-בריאות. אכן, קשה שלא להתרשם כי גזירה זו של חיוב בן-זוג לנסוע לחו"ל הינה גזירה קשה-מנשוא. המשיבים לא שקלו כראוי את זכותו של הפרט לנישואין, ואת הפגיעה הקשה בחיי המשפחה הנלווית למדיניות שאימצו לעצמם. על הפגיעה בזכות-יסוד אמרה חברתנו השופטת דורנר בפרשת תנופה שירותי כוח אדם (לעיל):

"באשר למבחן בדבר בחירת האמצעי הפוגע בזכות במידה המועטה הנדרשת, שכאמור אינו מבחן מוחלט, תושפע בחירת האמצעי מן הזכות הנפגעת. כשמדובר בזכות-יסוד חשובה במיוחד יוקפד יותר על בחירת אמצעי הפוגע בה במידה המיזערית, וזאת גם אם מדובר באמצעי שעלותו ניכרת."

עניינו-שלנו, נזכור, נסוב על זכות-יסוד שקנה היחיד - כל יחיד - לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בינלאומיות המקובלות על הכל; ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948; סעיף 12 לאמנה האירופית על זכויות אדם; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966. עוד על הזכות, ראו: אמנון רובינשטיין, הזכות לנישואין, עיוני משפט ג' (תשל"ג-1973), 433;

Irene Fahrenhorst, Family Law as Shaped by Human Rights, T.A University Studies 33. (1994) vol. 12 in Law.

אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה, מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבזר לו יהיה כך ומתון מן האמצעי הקשה והדרסטי שהחליט להחזיק בו. ונתקשה שלא להסיק

כי המשיבים התעלמו לחלוטין - או ייחסו אך משקל זעיר - לזכויות-יסוד אלו של היחיד לנישואין ולהקמת משפחה. אם אלה דברים אמורים בַּזָּר, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין.

59. ראוי היה להם למשיבים כי יבחרו באמצעים אחרים להשגת מטרותם - 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 בו כלפי היחיד.

60. אשר לאוּנָה השלישית במיבחן המידתיות, האונה שעניינה בתועלת הצומחת מן המדיניות לעומת הנזק שהיא מביאה בעקביה. אין, לדעתנו, מיתאם ראוי בין התועלת שהמדיניות מביאה לבין הנזק שהיא גורמת. התועלת שהמדיניות מביאה בעיקבותיה אינה, בעיקרה, אלא תועלת ספקולטיבית, ולא זכינו לקבל נתונים שניתן היה לצפות כי נקבל. קשה להשתחרר מרושם כי יד-המקרה היא שתכריע אם המדיניות תביא לעקירתם של נישואי-פיקציה או לפגיעה בנישואי-אמת. הנזק - הפגיעה בנישואי-אמת - היא אמיתית ומוכחת; התועלת - הפגיעה בנישואי-פיקציה - הינה ספקולטיבית ובלתי-מוכחת. יתר-על-כן: בהיעדר סטטיסטיקה, קשה להתעלם מאפשרות ריאלית כי הרבים - אלה הנשואים בנישואי-אמת - יסבלו בעבור המעטים - אלה הנשואים בנישואי-פיקציה.

בחינת מאזן הנזק והתועלת מצביעה, לדעתנו, על מסקנה חד-משמעית כי המדיניות שמשרד הפנים מחזיק בה אינה מקיימת יחס מידתי וראוי כנדרש.

61. המסקנה הנדרשת מדברינו היא איפוא זו: מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במיבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים - כמדיניות עקרונית - כי בן-הזוג הזר יעזוב את הארץ למספר חודשים עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים במשטר דימוקרטי החרד לזכויות האזרח.

62. 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, בהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה לִפְלָם במלוא-

כיעורה, גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות. כך, למשל, משמסתבר בראיון עם בני-הזוג כי האשה מכירה בקושי את בן-זוגה - ולהיפך - כל-שכן שאין כל אחד מן השניים מכיר את בני-משפחתו של בן-הזוג האחר, את מקום מוצאו וכיו"ב. הוא הדין במקום בו מוכח בעליל כי תעודת הנישואין הינה מעשה-זיוף. ראו, למשל, פרשת מוצ'ניק הנזכרת בפסקה 34 לעיל. במקרים מעין אלה, ולאחר מכן 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.

63. יתר-על-כן: הנחת המוצא לענייננו היא זו, שלפני רשויות משרד הפנים מתייצב זוג המציג עצמו כזוג נשוי. בן-הזוג (למשל) הוא ישראלי ובת-הזוג היא זרה. טקס הנישואין בין השניים נערך לעת שבת-הזוג הזרה שהתה בארץ שלא-בהיתר, ובקשת השניים היא כי תינתן בידי בת-הזוג זכות לשיבת-קבע ואזרחות. לא היסכמנו כי יועמד תנאי מוקדם לטיפול בבקשה, ולפיו יהא על בת-הזוג לעזוב את הארץ עד שהרשויות תטפלנה בבקשתה. ובה-בעת, לא נוכל להעלים עין מן העובדה שבת-הזוג עשתה דין לעצמה והמשיכה בשהותה בארץ בניגוד לדין ולסדר הטוב, וכי עתה מבקשת היא להכשיר את שהותה בארץ בתלותה עצמה בנישואין. כן לא נוכל להתעלם מתופעת הנישואין הפיקטיביים שמשרד הפנים נתקל בה, כאשר אותה בת-זוג (בדוגמה שהבאנו) ובן-זוגה מבקשים בדרך-רמיה להאריך את שהותה של בת-הזוג בארץ. בתיתנו דעתנו לכל אלה, והגם ששוללים אנו גירוש מן הארץ, דומה עלינו כי פיתרון ראוי יהא זה, שבנישואין מעין-אלה שבדוגמה, יוטל על בני-הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנות הנישואין. אכן, מהות הנושא וחומרת העניין ראוי להם כי יאָצְלו על מידת הֶרְאָיָה, כבנושאים אחרים במשפט, ונתבע מאת בני-הזוג במקרים מעין-אלה מידת-ראיה גבוהה מן הרגיל. אם כך ככלל, לא-כל-שכן במקום שהנישואין נערכו לאחר שהוחל בהליכי גירוש נגד בן-הזוג-הזר.

היקש - הגם שאין הוא היקש מושלם - נוכל ללמוד מן ההלכה הקובעת כי תובע בנזיקין הטוען להפסד הכנסה הגבוהה מן ההכנסה שדיווח עליה בעבר לרשויות המס, שומה עליו להביא "ראיות משכנעות" לנכונות טיעונו. ראו, למשל: ע"א 8639/96 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' קרדוניס (טרם פורסם); בפסקה 5 לחוות-דעתו של השופט אור; ראו עוד: ע"א 5794/94 אררט נ' בן שבח (לא פורסם) בו קובע השופט אור כי "יש להקפיד" עם תובע מעין-זה.

גם בארצות-הברית של אמריקה, שורר דין דומה, ובמקרים דומים לענייננו (הגם שאינם זהים לו) מדבר החוק על אי-גירוש הזר מן הארץ, אם הזר מוכיח :

"[B]y **clear and convincing evidence** to the satisfaction of the Attorney General that the marriage was entered into in good faith and in accordance with the laws of the place where the marriage took place and the marriage was not entered into for the purpose of procuring the alien's admission as an immigrant and no fee or other consideration was given..." (8 U.S.C. § 1255(e)(3)).(emphasis added).

הנה-כי-כן, תחת גירושו מן הארץ תידרש מן הזר מידת הוכחה מוגברת לשכנע את הרשות בכנות הנישואין.

הליכי הענקת זכות לישיבת קבע -

"המבחן המדורג"; התאזרחות זר שנישא לישראלי

64. ראינו לעיל, כי מדיניות משרד הפנים מבחינה בין נישואי ישראלי לזר השווה בארץ שלא-כדין לבין נישואי ישראלי לזר השווה בארץ כדין. דנו עד כה בסוג המקרים שענייננו זר השווה בארץ שלא-כדין, ועתה נעבור ונדון בסוג המקרים האחר וענייננו זר השווה בארץ כדין. נקדים ונאמר כי סוג מקרים זה כולל גם את סוג המקרים של שהיה בארץ שלא-כדין, לאחר שמסתבר כי הנישואין היו נישואי-אמת.

ענייננו עתה הוא בבקשת בני-זוג לנישואין, אחד מהם אזרח ישראל והאחר לא-יהודי זר, כי המדינה תעניק לבן-הזוג הזר זכות לישיבת-קבע בישראל וזכות אזרחות. על-פי המקובל כיום, נערכים הליכים אלה בנפרד זה-מזה, ועל-כן נדון בהם אף-אנו בנפרד, בזה-אחר-זה.

65. מדיניות משרד הפנים להענקת זכות לישיבת-קבע לבן-הזוג הזר - מדיניות הנוהגת מאז שנת 1996 - נחלקת לשלושה שלבים נפרדים, ומישכה הכולל עשוי להגיע לתקופה של שש שנים לערך. שלב ראשון - מספר חודשים בלתי מוגדר ועד לתקופה של כשישה חודשים; שלב שני - שתי שנים; שלב שלישי - שלוש שנים; סך-הכל כשש שנים.

66. בתחילה - הוא השלב הראשון הנמשך מספר חודשים בלתי מוגדר ועד לתקופה של כשישה חודשים - מתחיל משרד הפנים בבדיקת כנות הנישואין ובשאלת היעדר מניעה בטחונית או פלילית להענקת זכויות למבקש. שלא כבעניינו של זר הנישא לישראלי בעודו שוהה בארץ שלא-בהיתר, בעניינו-שלנו עתה, שהזר שוהה בישראל בהיתר, אין הזר מתבקש לעזוב את הארץ עד לסיום בדיקה זו. הבדיקה נערכת בעוד שני בני הזוג בארץ.

בבדיקה לגופה אין משרד הפנים מייחס אלא חשיבות מעטה לתעודת הנישואין שבני-הזוג מציגים לפניו כראיה לנישואין, ולמותר לומר כי אין הוא מסתפק באותה תעודה. משרד הפנים מזמן את בני-הזוג לשיחה, ועורך הוא דיונים נוספים מתוך מטרה לעמוד על אמיתות הנישואין ועל הימשכו של קשר הנישואין. בהיווכח המשרד לדעת כי הנישואין נישואי-אמת הם - ולו לכאורה - ובהיעדר מניעה בטחונית או פלילית להמשך שהותו של בן-הזוג בארץ (שאלות אלו לא עלו לפנינו להכרעה ולא נדון בהן), תתחיל תקופת "המיבחן המדורג". מישכה הכולל של תקופת "המיבחן המדורג" הוא חמש שנים ושלושה חודשים, ותחילתה - כאמור - ביום בו נוכח משרד הפנים לדעת כי שניים שהציגו עצמם כבני-זוג אכן בני-זוג הם לנישואי-אמת.

67. בשלב השני (הוא השלב הראשון של המיבחן המדורג) זוכה בן-הזוג הזר לאשרה ורישיון לשיבת ביקור מסוג ב/1 (עובד זמני) והם מכוח הוראת תקנה 5(א) לתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974. אשרה ורישיון אלה תוקפם הוא לשלושה חודשים (כאמור בסעיף 2(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952) וניתנים הם להארכה. בעבור 27 חודשים בסטטוס זה עוברים אנו לשלב השלישי (הוא השלב השני של המיבחן המדורג).

אם קשר הנישואין נמשך והולך כמקודם, ובאין מניעה בטחונית או פלילית, קונה בן-הזוג הזר זכות לקבל אשרה ורישיון לשיבת ארעי מסוג א/5 (ארעי כללי) והיא מכוח תקנה 6(ה) לתקנות הכניסה לישראל. בסטטוס זה יהיה בן-הזוג הזר תקופה של שלוש שנים, עד להשלמת תקופת-מיבחן מצטברת של חמש שנים ושלושה חודשים. בתום תקופה זו בודק משרד הפנים אם קשר הנישואין עומד עדיין בעינו. משנמצא כי כן הוא, ובהיעדר מניעה לדבר, מוענק לבן-הזוג הזר מעמד של תושב קבע, קרא: אשרה ורישיון לשיבת-קבע מכוח סעיף 2(א)(4) לחוק הכניסה לישראל.

עד כאן - הליכי הענקת זכות לשיבת קבע, ומכאן להליכי ההתאזרחות.

68. רק עם השלמת תקופת-המיבחן להענקת זכות לשיבת קבע, רק-אז זכאי בן-הזוג הזר להחל בהליכים של התאזרחות. כך קובעת מדיניות משרד הפנים וזה נוהג.

69. העותרים קובלים, בעיקר, על התמשכות ההליכים לקבלת זכות לשיבת קבע; על-כך שמשרד הפנים מחיל עליהם - ללא הצדק, לטענתם - את תקופת המיבחן המדורג הנוהגת בהליכים של "איחוד משפחות"; על-כך שהליכי ההתאזרחות תחילתם היא רק בסיומה של תקופת המיבחן המדורג; ועל-כך שאין מחילים על בני-זוג מדיניות של הקלה בהתאזרחות, כהנחיית חוק האזרחות. לטענות אלו ניפנה עתה.

הקניית זכות לשיבת-קבע - הערות הקדמה

70. לעניין הקניית זכויות לבני-הזוג הזרים נקטו באי-כוח בעלי-הדין במינוח של "איחוד משפחות"; אלא שמונח זה אינו לעניין וראוי כי נבהיר את הדבר כבר בראשית. יש להבחין בין המושג "איחוד משפחות" ככל שנוגע הוא לשטחים המוחזקים - ובאותה מאטריה השימוש במושג זה שימוש נכון הוא - לבין שאילת המושג והחלתו על שטחה של המדינה. מהות הדברים דומה, לכאורה, שהרי גם כאן וגם כאן מדובר ברצונם של בני-משפחה לחיות יחדיו. ואולם, אם זהות מהותית (חלקית) יש בין "איחוד משפחות" בשטחים המוחזקים לבין "איחוד משפחות" בישראל, זהות משפטית אין: הדין שונה, הרשות המוסמכת שונה, טיב הזכות שונה. אין בכוונתנו להיכנס לפרטי הסדרים אלה של "איחוד משפחות" בשטחים המוחזקים. כל כוונתנו אינה אלא לומר כי אין ללמוד היקש מהם לענייננו-שלנו, כשם אין ללמוד היקש מענייננו-שלנו לאותם הסדרים. הסדר הסדר וענייננו-שלו.

71. הערה נוספת. רשויות משרד הפנים מחילות "מיבחן מדורג" זהה על זרים המבקשים לזכות במעמד לאחר שנישאו למי שהם תושבי ישראל ועל זרים שנישאו לאזרחי ישראל. מעיקרו של דין ניתן היה לטעון כי לא הרי בן-זוגו של אזרח כהרי בן-זוגו של תושב, שהרי עניין בן-זוגו של אזרח (כפי שנראה עוד להלן) נשלט במישרין בידי הוראות חוק האזרחות, בעוד אשר עניינו של תושב נשלט אך בידי מדיניות שמשרד הפנים קובע לעצמו מעת-לעת. ואולם משרד הפנים קבע, כאמור, מדיניות אחידה לתושב ולאזרח, ועל בן-זוגו של זה כעל בן-זוגו של זה החיל אותו "מיבחן מדורג".

72. נדון עתה, אחד לאחד, בנושא הענקת הזכות לשיבת קבע ובנושא הענקת זכות האזרחות.

הליך הענקת זכות לישיבת-קבע לבן-הזוג הזר

73. מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עימו משפחה בישראל. ישראל מחוייבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בינלאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות, 1966); והגם שאמנות אלו אינן מחייבות מדיניות זר-או-אחרת בנושא של איחוד משפחות, 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 בטריטוריה שיבחרו בה. ראו והשוו:

Ryszard Cholewinski, "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe", *Int. & Comparative Law Quarterly*, vol 43 (1994), 568 ; ראו עוד החלטת ביה"ד האירופי לזכויות-אדם (Berrehab V. The Netherlands (1988) 11 E.H.R.R 322).

74. גם בענייננו כך. המשיבים מכירים בזכותם של בני-זוג - אזרח ישראל ומי שאינו אזרח ישראל - שנישאו בנישואי-אמת לחיות בצוותא-חדא בישראל, ובזכותו של הזר להסדר שבסופו יקבל מעמד קבע במדינה: תושבות קבע ואזרחות. על מה, איפוא, קמה הצעקה? היא קמה על משך הזמן של אותו "הסדר מדורג" ועל נוקשותו של ההסדר.

75. ככל שהמדובר הוא בנישואין בין יהודים - ביניהם-לבין-עצמם - אין מתעוררת כל בעיה, והרי כל יהודי זכאי מכוח עצמו לשבות ולאזרחות. ענייננו הוא במי שאינו יהודי הנישא לאזרח ישראל. הכל יסכימו, כי בן-הזוג הזר אינו זכאי - ולא יהיה זה ראוי כי יהיה זכאי - לקבל לאלתר זכות לישיבת-קבע ואזרחות. המדינה זכאית - כמקובל בעולם כולו - לבקרה ולפיקוח על הליכי הקניית זכויות לבן-הזוג הזר, ובדרך הטבע תנקוט המדינה במדיניות של שלבים. כן יסכימו הכל, כך יש להניח, כי המעבר משלב לשלב (הוא הדין במשך כל שלב ושלב) יתלה עצמו בהמשך קיומו של קשר הנישואין ובהיעדר מניעה בטחונית או פלילית להמשך ההליך. ראוי היה כי הסדרים אלה שקבעה המדינה ימצאו מישכנם בחוק או, למיצער, בתקנות, להבדילים מ"הנחיות פנימיות" (שאף אותן לא ראינו). נזכיר עם זאת, כי הנחיות אלו עמדו במבחנו של בית-המשפט. ראו: בג"ץ 2950/96 הנא מוסא 371-אח' נ' שר הפנים (טרם פורסם); בג"ץ 3087/97 ראיינא עישה ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם). בג"ץ 3087/97 ראיינא עישה ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם). השאלה אינה אלא אם מדיניות ההסדר המדורג שמשרד הפנים אימץ לו באשר לבן-הזוג הזר עומדת במבחן הסבירות ובנותיה.

הסדר הענקת תושבות קבע - סבירות

76. כאמור, מחיל משרד הפנים את ההסדר המדורג החל על בן-זוג של מי שהוא תושב ישראל גם על זר שבן-זוגו הוא אזרחי ישראל. מכאן ההמתנה של חמש שנים ושלושה חודשים עד שבן-הזוג הזר יכול שיזכה בתושבות-קבע. העותרים טוענים כי עניינם-שלהם - שאני, וכי אין הצדק להחיל את מיבחן-השנים החל על בן-זוגו של תושב גם על בן-זוגו של אזרח. על דרך העיקרון נאמר, כי טענה זו עלתה כבר בעבר ובית-המשפט ראה לדחותה. כך, למשל, אמר בית-המשפט בבג"צ 3497/97 עפאף סעיד מוסא קאמלה ואח' נ' שר הפנים (טרם פורסם) כי:

"לעניין הנוהל, והטעם שביסוד הנוהל, אין מקום להבחין בין תושב לבין אזרח."

ואשר למשך הזמן הנדרש עד שבן-זוגו של אזרחי ישראל יכול שיזכה בתושבות קבע: העותרים טוענים כי משך הזמן שנקבע אינו עומד במבחן המידתיות - ארוך הוא יתר-על-המידה, וללא כל הצדקה - והמשיבים משיבים כי עושים הם את שהם עושים כדין, בסמכות ובסבירות. כולנו נסכים כי ככל שעולים על סדר היום טעמים של ביטחון-המדינה או ביטחון-הציבור, עושים המשיבים כדין ובסמכות גם אם מתמשך ההליך והולך זמן ניכר. ואולם, בהיעדרם של טעמים אלה - או טעמים בדומה להם - לא שמענו, לצערנו, אלא טיעון מקוטע וחלקי באשר למשך הזמן הנדרש עד שבן-הזוג הזר יכול שיזכה בתושבות קבע. על רקע זה, לא יהא זה ראוי כי נסיף ונעמיק על דעתנו בלבד. זאת ועוד: בעיקרו, נבלע נושא תושבות הקבע בבקשתו של בן-הזוג הזר להתאזרח במדינה, ועל-כן נכון יהא אם שאלת האזרחות תיבחן תחילה. אם אין די בכל אלה, נתברר לנו כי שאלה זו של תושבות הקבע עולה כשאלה עיקרית בעתירה אחרת התלויה ועומדת לפני בית-המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 338/99 - סברי עיסא ואח') וראוי כי נותיר הכרעה בה לאותה פרשה.

עד כאן - לעניין תושבות הקבע, ומכאן נעבור לנושא ההתאזרחות.

התאזרחות בן-הזוג הזר - חוקיות וסבירות

77. נושא התאזרחותו של בן-הזוג הזר שונה מנושא ישיבת הקבע, ולו משום שזו הפעם דורכים אנו לא אך על קרקע של מדיניות והנחיות אלא על קרקע מוצקה: קרקע של חוק חרות. במקום אחר (ראו פסקאות 31 עד 33 לעיל) עמדנו בקצרה על הוראות חוק האזרחות שלעניין, וזו הפעם נרחיב במעט.

78. בשבע דרכים אזרחות נקנית (סעיף 1 לחוק האזרחות), ואנו ענייננו הוא בדרך ההתאזרחות (סעיפים 5 עד 8 לחוק האזרחות). קובע ומורה אותנו סעיף 5 לחוק האזרחות, וזו לשונו:

"התאזרחות 5(א) בגיר שאינו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם נתקיימו בו תנאים אלה:

- (1) נמצא בישראל;
 - (2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו;
 - (3) זכאי לשבת בישראל ישיבת-קבע;
 - (4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה;
 - (5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית;
 - (6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח-חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי
- מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף-קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות.

(ב) "....."

כך היא התאזרחות על-דרך הסתם; לא כן התאזרחותו של בן-זוג, שזכותו לאזרחות נעלה על זכותם של אחרים. וכה מורה אותנו סעיף 7 לחוק האזרחות:

"התאזרחות של בעל ואשה 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 שבסעיף 5(א)."

בן-זוגו של אזרח ישראל - רק הוא - זוכה להקלה בהליך ההתאזרחות, ועל טעמה של ההקלה אמר השופט ברק בפרשת רננין (לעיל, שם, 117):

"קיימת נכונות להגמיש במידה ניכרת את הדרישות, כאשר בן-זוג של אזרח מבקש להתאזרח. הטעם לכך הוא ברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ובצורך למנוע פיצול אזרחותם של מרכיביו."

ראו עוד פרשת קניאז'נסקי, לעיל.

79. בן-זוגו של אזרח ישראל יכול שיזכה, איפוא, בהקלה בהליך ההתאזרחות, אך עד שיזכה להקלה חייב הוא לעבור בפרוזדור שיקול-דעתו של שר הפנים (או של מי ששר הפנים אצל לו מסמכותו). אמרנו כבר במקום אחר (לעיל, בפסקה 33), כי ההקלה על בן-זוגו של אזרח אין פירושה שלילת שיקול-דעתו של שר הפנים, וענייננו אין הוא נסוב אלא על גדריו של אותו שיקול-דעת ועל אמות-המידה שהשר רשאי להנחות עצמו על-פיהן. הכל יסכימו, למשל, כי מבקש בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור, וכמותו מבקש העלול לסכן את בטחון המדינה, רשאי שר הפנים לסרב לבקשתם להתאזרחות. אם כך יאמר בשבות - שניתן למנוע יהודי מעלות ארצה בשל טעמים אלה; ראו סעיף 2(ב) ו-3(3) לחוק השבות - בהתאזרחות סתם לא כך יאמר?

זאת ועוד: הלכה פסוקה היא, כי שיקול דעתו של השר בנושא הענקת אזרחות רחב הוא כדי-כך, שחרף האמור בסעיף 7 לחוק - ולפיו מוסמך השר, בדונו בבקשת בן-זוגו של ישראלי להתאזרחות, לפסוח על קיום התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק - רשאי הוא שלא לפסוח על קיום מיקצת מאותם תנאים אלא לדרוש את קיומם. שר הפנים מוסמך, איפוא, לוותר על קיום התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק, או שלא לוותר על קיומם ולעמוד על קיום מיקצתם. השוו: בג"ץ 31/53 נביה תופיק בדראן מוסטפא נ' אלון פיקוד הצפון, צה"ל ואח' פ"ד ז' 587, 588. כך, למשל, החליט שר הפנים - כמעשה-מדיניות כללית - שלא לפטור בן-זוג של אזרח ישראלי המבקש להתאזרח מהתנאים הקבועים בסעיף 5(א)(1) ו-5(א)(4) לחוק, דהיינו: המבקש להתאזרח חייב שיקיים את התנאי שיהא "נמצא בישראל" וחייב שיקיים את התנאי כי "השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה". משהועמדה השאלה לעיונו אישרנו את המדיניות שנקבעה, ואמרנו, כי שר הפנים הפעיל את שיקול-דעתו כהלכה בבקשו למנוע שימוש בהליך האזרחות מן המבקשים לנצלה שלא לשם השתקעות המשפחה בישראל. וכך אמרנו בפרשת אוריאל שרף (לעיל):

"מדיניות זו של שר הפנים, באה למנוע הגדלת המעגל של אזרחים ישראליים שאינם חיים בארץ, אינם מתעתדים לחיות בארץ, ואינם נוטלים כל חלק בחובות במוטלות על תושביה."

80. גידרי שיקול-דעתו של שר הפנים ייגזרו, בין השאר, מטיבה של זכות האזרחות, ועל דרך הכלל נאמר, כי יש בטיבה של זכות זו כדי ללמד על שיקול-דעת רחב-פרישה. זכות האזרחות הינה זכות-יסוד: בג"צ 2757/96 אלרואי נ' שר הפנים ואח' פ"ד נ(2) 18, 23-22. הזכות מכוננת קשר נמשך והולך בין האזרח לבין המדינה, ובכוחה אף להקנות זכויות ולייסד חובות שונות. ראו: רובינשטיין ומדינה, שם, כרך ב', 903-896; M.D Gouldman, Israel Nationality Law (Hebrew University, 1970) 101-118. ראו עוד, לאחרונה: ע"פ 6182/98 שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה (טרם פורסם). האזרח נושא עימו את אזרחותו על-גבו, ובאשר ילך תלך היא עימו. הזכות אינה מצמצמת עצמה לגבולות הארץ ו"פרושה [היא] בתחומי המדינה ומחוצה לה" (פרשת בנקין, 117). מכל אלה נדע, כי בטיבעם של דברים כרוכה הענקת אזרחות בשיקול-דעת רחב, וכי בסמכותו של השר לשיקול שיקולים רבים ושונים עד אשר יגמור בליבו אם ייענה לבקשה להתאזרחות או אם יסרב לה.

יחד-עם-זאת, וכמו בעניינו של כל שיקול-דעת אחר, הושמו גבולות וסייגים גם סביב לשיקול דעתו של שר הפנים לפי חוק האזרחות. אחד מסייגים אלה נקבע בסעיף 7 לחוק האזרחות, ובו הביע המחוקק רצונו כי ניתן להקל עם בני-זוג של אזרחים ישראלים שעה שמבקשים הם לזכות באזרחות ישראל. המחוקק אמר את דברו, ושר הפנים אסור לו שיתעלם מהנחיית החוק.

הנחיית המחוקק להקל בהתאזרחות בן-זוגו של ישראלי

81. סעיף 7 לחוק האזרחות, אין בו כדי לשלול את שיקול-דעתו הרחב של שר הפנים גם לעת דונו בבקשת בן-זוג של ישראלי לקבלת אזרחות ישראל. בה-בעת, מורה הוא אותנו דרך כי יש וראוי לשיקול הקלה בבקשתו של אותו בן-זוג. לא ארחיק לכת ולא אומר כי "נטל השיכנוע" מוטל על כיתפי השר - להצביע על טעם ראוי-על-שום-מה-ולמה אין הוא פוטר בן-זוג של אזרח ישראל מהוראות סעיף 5(א) לחוק האזרחות; ואולם, לא אתקשה לומר כי הנטל הוא על השר להסביר מדוע אין הוא פוטר בן-זוג של ישראל מתנאים אלה, כולם או מיקצתם.

ושוב, אין ענייננו בקרקע שטרם חֲרְשָׁהּ. סעיף 7 לחוק האזרחות נותן ביטוי להתחייבויות בינלאומיות שישראל נטלה על עצמה, ולפיהן שומה עליה להקל על התאזרחותה של אשה נשואה. ובלשון סעיף 3 לאמנה בדבר אזרחותה של אשה נשואה ("כתבי אמנה", כרך 8, 605):

"כל מדינה מתקשרת מסכימה שאשתו הנכריה של אחד מאזרחיה יכולה, לפי בקשתה, לרכוש את אזרחות בעלה לפי נוהל-התאזרחות בעל זכויות-יתר מיוחדות; הענקת אזרחות כזאת יכול שתהיה כפופה להגבלות שיוטלו מטעמי בטחון לאומי או תקנת הציבור."

האמנה אומרת להגן, כלשונה, על זכויותיה של אשה, אך בתיתנו דעתנו לעקרון השוויון הנוהג במקומנו, ניתן לומר כי זכות זו קנויה - כעיקרון - אף לגבר. תכלית החוק - בסעיף 7 בו - היא להגן על זכויות בן-הזוג, ומכאן נלמד כי שומה עליו על שר הפנים לשלב תכלית זו במדיניות שיקבע להפעלתה של ההוראה בסעיף 7. כך, למשל, מדיניות קשיחה כי תיקבע ולפיה לא יזכה בן-זוג לאזרחות ישראל אלא אם ימלא אחרי כל התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק, נתקשה לקבלה כמדיניות שנקבעה בסמכות וכחוק. אכן, רק במקרה חריג-שבחריג אפשר נוכל להסכים לשיקול-דעת פרטיקולרי מעין-זה, שכן יש בו כדי לנגוס עמוקות בהוראת סעיף 7 לחוק.

82. ולענייננו-שלנו. כפי שראינו, אין שר הפנים דן בבקשת התאזרחות של בן-זוג לאזרח ישראל אלא עם תום תקופת המבחן של הזכות לישיבת-קבע; ובמנין שנים וחודשים: לאחר עבור חמש שנים ושלושה חודשים מאז מוגשת הבקשה לתושבות-קבע ולהתאזרחות. האמנם ראויים הם תנאים אלה כי יוצבו לפני בן-הזוג המבקש להתאזרח?

83. שישה הֶמָּה תנאים-מוקדמים - תנאי-סף - אותם מעמיד המחוקק בסעיף 5(א) לחוק האזרחות לזכותו של אדם להתאזרחות (בכפוף לשיקול דעתו של שר הפנים שלא להעניק אזרחות גם עם קיום אותם תנאים). שניים מאותם תנאים - אלה המנויים בסעיף 5(א)(1) ובסעיף 5(א)(4) - מהווים חלק ממדיניות-הקבע של השר: קיום התנאי של הימצאות בישראל וקיום התנאי של השתקעות בישראל או כוונה להשתקע בישראל. (ראו לעיל, פיסקה 79). עתה, בדורשו כי בן-הזוג המבקש להתאזרח יזכה - כתנאי מוקדם - לתושבות-קבע, מוסיף השר ותובע מבן-הזוג כי יקיים תנאי בדומה לתנאי הקבוע בסעיף 5(א)(3), דהיינו: כי "זכאי [המבקש] לשבת בישראל ישיבת קבע". למעשה, אם לא להלכה, נדרש בן-הזוג לקיים גם תנאי בדומה לתנאי הקבוע בהוראת סעיף 5(א)(2) לחוק, ולפיה תנאי-מוקדם הוא להענקת אזרחות כי המבקש "היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו".

משישה התנאים של סעיף 5(א) לא נותרו אלא שניים שבן-הזוג אינו מחוייב בהם (לכאורה), והם: "יודע ידיעת-מה את השפה העברית" (סעיף 5(א)(5)), ו"יותר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל להיות אזרח חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי" (סעיף 5(א)(6)). דומני כי בהכבידו על בן-הזוג כפי שהוא מכביד, הרחיק שר הפנים לכת יתר-על-המידה גם בגידרי שיקול דעתו הרחב. אם כך ככלל, כל-שכן שמדיניות זו הוצגה לפנינו - גם זו הפעם רק על-פה - בלא ששמענו כי כפופה היא לחריגים אלה ואחרים.

84. הנה-כי-כן, כהוראת סעיף 7 לחוק, בדונו בבקשת התאזרחותו של בן-זוג מוסמך השר לפסוח על התנאי של הזכות לתושבות קבע; ולא בכדי כך. רכישת זכות לתושבות קבע כרוכה דרך-כלל בהמתנה ממושכת, ויכול הטוען לטעון כי החוק ביקש, במובלע, לחסוך מבן-זוג המתנה ארוכה עד שיזכה באזרחות. והנה, במדיניותו כפי שִקְבָּעָה, מתעלם שר הפנים, הלכה למעשה, מהנחיה זו שהמחוקק שילח לעברו, בהטילו על בן-הזוג מיכסה כבדה של שש שנים בקירוב עד שנכון הוא להתחיל לדון בבקשתו להתאזרחות. גם אם סברנו וקיבלנו מדיניות זו ככל שהמדובר הוא בזכות לרכוש תושבות-קבע, לעניינה של הקניית אזרחות נתקשינו להבחין כיצד אמר השר להקל עם בן-הזוג כפי שהחוק הינחה אותו (על דרך העיקרון). המחוקק ביקש שלא להקשות על בן-זוגו של אזרח ישראלי, ותחת קביעתם של תנאים נוקשים ופירקי-זמן קבועים מראש - אלה התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק - ביקש ששר הפנים ישקול בדעתו להקל עימו, איש איש כעניינו ועל-פי מדיניות קבועה מראש. והנה בא שר הפנים והכביד את ליבו עם בן-הזוג כמו היה מבקש התאזרחות מן-המניין.

יתר-על-כן: גם לא שמענו על חריגים שנקבעו למדיניות, והרי מדיניות נעדרת חריגים כמוה כמכונת-מסבים בלא שמן לְהִסְיָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות. הנה הם בני-זוג היושבים בארץ ארבע שנים ולהם שלושה ילדים. הגבר - אזרח ישראלי - עובד ציבור, והאשה, מהנדסת בכירה לתעשייה ולניהול במיפעל תעשייה. האמנם יאמר מי ברצינות כי עליהם להמתין עוד למעלה משנה עד ששר הפנים יתחיל לדון בבקשת האשה - הלא-יהודיה - לזכות באזרחות?

לא אמרנו - אף לא נאמר - כי בני-זוג לאזרחי ישראל זכאים לקבלת אזרחות מעשה-מוֹכְנִי. על-פי טיבעם של דברים יידרש פרק-זמן עד שרשויות משרד הפנים תגמורנה בדעתן להעניק אזרחות לבן-הזוג הזר. וגם בקביעתה של מדיניות מראש, משך זמן זה יכול שישתנה מעניין לעניין. ואולם, נתקשה לקבל כי שר הפנים יעמיד דרישה נוקשה ולפיה ינקפו למעלה מחמש שנים עד שיהיה נכון להתחיל לשקול בקשה להתאזרחות שתוגש לו בידי בן-זוג לא-יהודי שנישא לישראלי. המחוקק הורה אותנו הדרך, ואסורים אנו למרוד בו.

85. כללם של דברים: דומה עלינו כי בהגיש בן-זוג זר - הנשוי לאזרח ישראל - בקשה להתאזרחות, אסור הוא שר הפנים להתנות באורח נוקשה את בחינתה של בקשת ההתאזרחות בסיום המיבחן המדורג ובהקניית מעמד של תושבות-קבע כתנאי מוקדם והכרחי. נזכור אף זאת - אל-נא נשכח - כי מדברים אנו לא אך בזכותו של אותו בן-זוג זר לא-יהודי. מדברים אנו בזכותו של בן-הזוג הישראלי, בשאיפתו כי בן-זוגו החי בארץ לצידו ולצד ילדיהם יהא שווה-זכויות לו, שווה-זכויות לכל הסובבים אותם. שר הפנים קנה שיקול-דעת כיצד ואימתי יחליט, ואולם, קביעת מיסגרת של שש שנים בקירוב - לא עוד אלא מיסגרת נוקשה - עד שנכון הוא להתחיל ולדון בבקשת ההתאזרחות של בן-הזוג הזר, מעבירה את שיקול דעתו של שר הפנים אל-מעבר לגבולות שהושמו לסמכותו. אכן, במסגרת שיקול-הדעת מוסמך השר לקבוע פרק-זמן מינימלי ("פז"מ" בלשון הבריות); זה דרכו של עולם, שרשות מוסמכת קובעת לעצמה הנחיות למקרה הממוצע. ואולם הנחיות שהשר קבע לעצמו אינן עומדות במיבחן הסבירות והמידתיות.

אשר לרישום הנישואין במירשם האוכלוסין

86. מיקצת מן העותרים מוסיפים ומבקשים כי נורה את שר הפנים לרשום את נישואיהם במירשם האוכלוסין. כיוון שעומדים אנו להחזיר ממילא את ענייניהם של העותרים לשיקולו של שר הפנים, דיון נפרד בנושא הרישום אינו במקומו עתה. רק לאחר בירורים שייעשו יחליט השר את שיחליט, ודלתנו תהא פתוחה תמיד לפני מי שיסבור כי נעשה לו עוול.

כללם של דברים

87. בצאתנו אל המסע הצגנו ארבע שאלות שהעמידו עצמן לפנינו להכרעה. ראו סעיף 3 לעיל. עתה, לסופה של הדרך, נציג את עיקרי מסקנותינו:

א. אשר לזכות השבות: נמצא לנו כי זכות השבות מוקנית אך לבני-משפחה של יהודים טרם עלותם ארצה. לשון אחר: יהודים אזרחי ישראל - בין מלידה בין לאחר שמימשו את זכות השבות - אין בכוחם להקנות זכות של שבות לבני-זוגם הלא יהודים. יש לזכור עם זאת, כי עליה ארצה אינה בהכרח הליך חד - יש עליה שהיא הליך נמשך - ויהיו מקרים בהם יהא עלינו להחיל את החוק באורח גמיש על בני-זוג שעניינם עומד לבירור. ראו פסקה 24 לעיל, בסופה.

ב. (1) 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 למספר חודשים עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים במשטר דימוקרטי החרד לזכויות האזרח.

(2) יחד עם זאת, במקרים בהם בן-הזוג הזר בארץ שלא בהיתר, רשאי משרד הפנים להקפיד עם בני-הזוג ולדרוש מהם מידת ראייה גבוהה מן הרגיל להוכחת כנות הנישואין. דרישת ראייה מוגברת זו תחול ביתר-שאת שעה שהוחל בהליכי גירוש ובן-הזוג הזר מבקש להכשיר את שהייתו בארץ מחמת אותם נישואין.

(3) באותם מקרים בהם פיקציית-הנישואין עולה בבירור - מבלי צורך בעריכתן של בדיקה וחקירה מעמיקות - רשאי משרד הפנים לדרוש מבן-הזוג הזר לעזוב את הארץ קודם עריכתה של בדיקה ממצה בנושא כנות הנישואין.

(4) בכל מקרה, חובה היא המוטלת על המדינה לשמוע את בני-הזוג ולאפשר להם לשכנע את הרשות המוסמכת בכנות הנישואין. החלטה בנושא כנות הנישואין לא תתקבל כל עוד לא ניתנה לבני-הזוג הזדמנות הוגנת להעלות את עניינם במלואו.

(5) בדברינו לא עסקנו אלא בנושא כנות הנישואין בלבד. למותר לומר כי סמכותו של משרד הפנים עומדת לו לשקול שיקולים אחרים לבר-שיקולי כנות הנישואין, כגון שיקולים של עבר פלילי, סכנה לשלום הציבור ועוד כיוצא-באלה שיקולי-על.

(6) אם לאחר בדיקה ממצה יגיע משרד הפנים לכלל מסקנה שהנישואין לא היו אלא נישואי-פיקציה, ניתן לגרש את הזר מן הארץ בכפוף לזכותו לטעון בפני בית-משפט נגד הליך הגירוש.

(7) ראוי כי מדיניותו של משרד הפנים בנושא זה תועלה על הכתב באורח מפורט וכי יינתן פירסום להנחיות הפנימיות שתיקבענה.

ג. הסדרי שהייתו של בן הזוג הזר בארץ ראוי היה להם כי יוסדרו בתקנות, ואולם, למיצער, שומה על משרד הפנים לקובעם בהנחיות פנימיות אשר יזכו לפירסום ברבים.

ד. (1) אשר להתאזרחותו של בן-הזוג הזר: שר פנים מוסמך לקבוע מדיניות - אשר תפורסם - ולפיה יזכה בן-הזוג הזר באזרחות בתום תקופת זמן סבירה שתיקבע ובהתמלא התנאים המוקדמים הנדרשים. למותר לומר כי שומה עליו על שר הפנים לשקול כל בקשת התאזרחות לגופה, על-פי נסיבותיו המיוחדות של העניין ועל-פי המדיניות שנקבעה. בהיעדר טעמים מיוחדים לדבר, אל-לו לשר הפנים לתלות את תחילת הדיון בבקשת ההתאזרחות בחלוף הזמן הנדרש להקניית מעמד של תושב קבע לבן-הזוג הזר.

(2) במסגרת מדיניותו הכללית, רשאי שר הפנים לקבוע פרק זמן מינימלי להיענות לבקשתו של בן הזוג הזר להתאזרחות, ולמותר לומר כי פרק זמן זה חייב לעמוד במבחן המידתיות.

ה. לא נדרשנו להכריע לא בשאלת משך הזמן הנדרש להקניית מעמד של תושבות-קבע ולא בשאלת רישומם של הנישואין.

88. היכרענו בסוגיות המשפטיות העקרוניות כפי שהיכרענו בלא שנתנו את דעתנו לעניינם הפרטני של כל עותרת ועותר. עתה מוסיפים אנו ומחליטים, כי ענייניהם של העותרים לפנינו יחזרו לעיונה ולדיונה של הרשות המוסמכת, וזו תחליט בעניינו של כל אחד ואחד מהם על-פי הכרעותינו בפסק-דינו. למותר לומר כי דלתנו פתוחה לרווחה - תמיד היתה פתוחה לרווחה - לכל אשר ידאב ליבו.

89. עניינו של חורחה ארנולף (בג"ץ 8016/96) מעורר בעיה פרטנית של זר לא-יהודי אשר נישא ליהודיה אזרחית ישראל, ובית-הדין הרבני הצהיר על נישואין אלה כבטלים. עתירה זו מעוררת שאלות נוספות שאינן מתעוררות בעתירות האחרות, ושומה איפוא על משרד-הפנים כי ידון בבקשתו של עותר זה בתיתו דעתו לכל נסיבות עניינו כולן.

וכאן נסיים.

90. אנו מחליטים לעשות מוחלטים את הצווים על-תנאי ככל שהמדובר הוא במדיניות שר הפנים בנושא הטיפול בבקשת זר השוהה בארץ שלא-בהיתר ונישא לישראל וכלל שהמדובר הוא במדיניות שר הפנים בנושא

הענקת אזרחות לזר לא-יהודי הנישא לישראל; והכל כמוסבר וכמפורט בחוות דעתנו לעיל. המשיבים ישלמו לעותרים בכל אחת מן העתירות שכר-טירחת עורך-דין בסך של 10,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופטת ד' דורנר:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

השופטת ד' ביניש:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' חשין.

היום, י"ח באייר התשנ"ט (4.5.99)

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

העתק מתאים למקור/
שמריהו כהן - מזכיר ראשי
G22.97036480