

בתי המשפט

עתמ 002790/04	בית המשפט המחוזי תל – אביב יפו
	בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים

בפני כב' השופט עוזי פוגלמן

בעניין: 1. פרד דיטר רוזנברג

2. לואיס גונזלז גרסיה

העותרים

ע"י ב"כ עו"ד ע' פלר

האגודה לזכויות האזרח

נגד

שר הפנים

המשיב

ע"י ב"כ עו"ד א' קפלן

ספרות: " זמיר, הסמכות המינהלית (תשנ"ו), פרק 6: הביקורת השיפוטית - 71

כתבי עת:

[זאב סגל, "עילת היעדר היחסיות \(disproportionality\)", הפרקליט, כרך לט \(תש"ן-תשנ"א\) 507](#)[חמן פ' שלח, "בן הזוג הידוע בציבור", משפטים, כרך ו \(תשל"ה-תשל"ו\) 119](#)[יצחק זמיר, "הסמכות המינהלית", משפט וממשל, א 81](#)[יצחק זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל", משפט וממשל, ב \(תשנ"ד-תשנ"ה\) 109](#)[דניאל פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי", עיוני משפט, כרך ג \(תשל"ג-תשל"ד\) 459](#)

ספרות:

[א' ברק, פרשנות במשפט, כרך ב, פרשנות החקיקה \(התשנ"ג\)](#)

מיני-רציו:

- * משפט חוקתי – כניסה לישראל – הרחקה ומשמורת
- * משפט חוקתי – זכויות הפרט – זכויות הומוסקסואלים ולסביות
- * משפט מינהלי – שיקול-דעת – שר הפנים
- * משפט מינהלי – הנחיות פנימיות – פרסומן

פסילת החלטתו של משרד הפנים לגרש בן-זוג הומוסקסואל של אזרח ישראלי טרם מתן ההחלטה בבקשה להסדרת מעמדו

הדיון נסב אודות בקשתו של העותר 1 למנוע את הרחקתו מישראל של בן זוגו ההומוסקסואל, העותר 2, אזרח קולומביה השוהה בישראל שלא כדין. העותרים מבקשים להסדיר את מעמדו של בן הזוג הזר בישראל, ולהקנות לו מעמד של קבע, בסיומו של הליך מדורג שבו החלו לפני מעצרו של העותר 2. עיקר המחלוקת נסובה אודות מידתיותה של הדרישה אותה הציב המשיב לפיה, בהתאם ל"נוהל בני זוג לא נשואים", על העותר 2 לצאת את הארץ קודם שתינתן החלטה בבקשה. דרישה זו פורטה לראשונה בתיקון לנוהל שניתן לאחר בקשת העותרים לקבלת מעמד.

ביהמ"ש לעניינים מינהליים קיבל את העתירה ופסק כי:

את נכונות המשיב להכיר במעמד בני זוג זרים של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים, יש לראות על רקע ההכרה במוסד ה"ידועים בציבור" במשפט הישראלי ולאור זכותו של האזרח הישראלי לבורר לו בן זוג כרצונו.

מקום שקיימת מדיניות כללית, אין בה היתר שלא להתחשב במקרים המיוחדים. כל מקרה מיוחד צריך להבדק לאור המדיניות הכללית, תוך שבעל הסמכות צריך לבחון אם יש מקום להפעיל את המדיניות הכללית בנסיבותיו של המקרה המיוחד.

הסמכות ליתן צו הרחקה מסורה לשיקול-דעתו של המשיב, אך היא נתונה לביקורת שיפוטית, בגדרן של עילות הביקורת המקובלות. על המשיב לפעול בסבירות, במידתיות, בתום לב, בהגינות, ללא שיקולים זרים, הפליה או שרירות. עליו לשקול את האפשרות לפגיעה בזכויות האדם של הנתונים הפעלת הסמכות, לא כל שכן את הזכויות המוקנות לאזרחי ישראל, ולתת לכך את המשקל הראוי. כאשר תלויה ועומדת בפני המשיב בקשה להסדרת מעמד של בני זוג לא נשואים קודם שניתן צו הרחקה, עליו להפעיל את סמכותו במידתיות, ותיקון מס' 13 לחוק הכניסה לישראל אינו גורע מחובתו זו. מבחני המשנה של עקרון המידתיות לא השתנו גם לאחר קבלת תיקון מס' 13, ובחינתם תיעשה על רקע הנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה ומקרה.

בנסיבות העניין, תכלית ההנחיה - מלחמה בניסיונות להשיג מעמד בישראל, במרמה ושלא כדין - הינה תכלית ראויה. עם זאת, אין היא עומדת בדרישת המידתיות: האמצעי שנבחר (יציאת בן הזוג לחו"ל ל-30 יום) אינו מתאים למטרה (בדיקת כנות הקשר); הוא פוגע בבני הזוג פגיעה קשה, כלכלית ורגשית, בחייהם המשותפים, וזו פגיעה שהיא מעבר לנדרש; והתועלת שביציאת בן הזוג, אינה ברורה כלל בנסיבות העניין, בעוד הנזק הלכאורי שהיא גורמת גלוי וברור.

בנסיבות העניין, הפר המשיב את החובה לפרסם כנדרש את הנוהל, וכפועל יוצא מכך, נמנעו זכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו. יש להניח כי כפועל יוצא לא פנו לפחות חלקם

של בני הזוג שלנוהל היתה תחולה עליהם בבקשה להסדיר את מעמדם. כמו-כן נמנע המשיב מהצגת הנוהל בבתייהמ"ש במשך 4 שנים. אי גילוי מכלול הנתונים לאשורם, חותר במישרין תחת יכולת בתייהמ"ש לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על המינהל הציבורי.

בנסיבות העניין, אין מקום לתחולה רטרואקטיבית של המדיניות החדשה על החלטה שכבר ניתנה, בנסיבות בהן אין מדובר בהוראה מיטיבה.

פסק דין

1. עניינה של העתירה בבקשת אזרח ישראלי, העותר 1, למנוע את הרחקתו מישראל של בן זוגו, אזרח קולומביה השוהה בישראל שלא כדין. העותרים מבקשים להסדיר את מעמדו של בן הזוג הזר בישראל, ולהקנות לו מעמד של קבע, בסיומו של הליך מדורג. המשיב דורש כי העותר 2 ייצא את הארץ קודם שתינתן החלטה בבקשה זו. על דרישה זו נטושה המחלוקת שבפנינו. נעמוד בראשית הדברים על מדיניות משרד הפנים בהענקת מעמד לבני זוג של אזרחים ישראלים שאינם נשואים, כפי שבאה לביטוי בנהליו. בהמשך הדברים נסקור את ההשתלשלות העובדתית בענייננו, ואת טענות הצדדים בהן מתבקשת הכרעה.

הוראות הנוהל

2. ביום 1.5.00 נכנס לתוקף נוהל "בני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין". (להלן – נוהל בני זוג לא נשואים או הנוהל). מטרת הנוהל, כמוגדר בו: "לקבוע את השיטה לטיפול בבקשות לשינוי מעמד לבני זוג של ישראלים שאינם נשואים". הנוהל קובע כי בכפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים של בני הזוג, יוענק לבן הזוג הזר מעמד בהתאם לנוהל המדורג של בן זוג נשוי לתושב ישראלי (סעיף ג.7). קרי בשלב הראשון רשיון לישיבת ביקור (ב/1), בהמשך רשיון לישיבת ארעי (א/5) ולבסוף רשיון לישיבת קבע.

במהלך שנת 2002 שונה הנוהל, והוחמרו תנאיו, באופן שנשללה מבן הזוג הזר האפשרות לקבל מעמד של קבע. נקבע כי בכפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים, יוענק לבן הזוג הזר מעמד מסוג ב/1 ל-27 חודשים, ולאחר מכן א/5 לתקופה של שנה. בכל שנה ניתן יהיה להגיש בקשה מחדש וכל שנה תיערך בדיקה מדוקדקת של מסמכים המוכיחים כי בני הזוג מנהלים משק בית משותף, כולל ביצוע אריונות נפרדים לבני הזוג. בן הזוג יישאר במעמד א/5 כל זמן שהקשר ביניהם קיים.

החמרה נוספת חלה בתיקון הנוהל מיום **16.7.03**. במסגרת התיקון נקבע בסעיף ג.8 כי בכפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים, יוענק לבן הזוג מעמד מסוג ב/1, שנה בכל פעם, בכפוף לבדיקת כנות הקשר. מעמד זה יישמר כל עוד הקשר בין בני הזוג קיים.

בחודשים הראשונים של שנת 2004, הופץ תיקון נוסף לנוהל. השינויים על פי תיקון זה פורטו במכתבו של מר רז גודלניק, יועצו של שר הפנים (דאז) מר אברהם פרוז, **מיום 9.3.04 (להלן – מכתב גודלניק)**. וכך נאמר במכתב:

"כאשר יוכיחו בני זוג את כנות הקשר ביניהם וחיים משותפים (באמצעות תמונות, שכ"ד, חשבונות משותפים וכו'), יקבל בן הזוג הזר רשיון שהייה ועבודה מסוג ב/1 לשנה. לאחר שנה ובכפוף לבדיקת כנות הקשר, ישודרג הסטטוס למעמד של תושב ארעי (א/5). מעמד זה יחודש מדי שנה בכפוף לתנאים שהוזכרו לעיל, ובתום תקופה כוללת של 7 שנים מראשית ההליך ובהעדר מניעה, יוכל בן הזוג הזר לקבל מעמד של תושב קבע."

דא עקא, שעמדת משרד הפנים, כפי שהובהרה בהתדיינות מאוחרת יותר בסוף חודש יוני ש.ז. (עליה נעמוד להלן), היתה כי נוהל זה לא יושם בפועל ואינו משמש נוהל עבודה בלשכות משרד הפנים. עוד צויין – באותו שלב - כי המדיניות בעניין זה מצוייה בבחינה בועדת השרים לענייני מינהל אוכלוסין, וזאת לפי החלטת הממשלה מיום 4.1.04.

השינוי האחרון בנוהל נעשה **ביום 4.11.04 (לאחר הגשת העתירה)**. גם כאן, בדומה לגרסאות הקודמות, מוצהר בפתיח לנוהל: "הכוונה למתן מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים לרבות בני אותו מין, המקיימים חיים משותפים ללא נישואים". מטרת הנוהל הינה "לקבוע את השיטה לטיפול בבקשות לשינוי מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין".

הנוהל קובע, בדומה לגרסה הקודמת שהופצה, כי בכפוף לשכנוע כי אכן מדובר בחיים משותפים ובקשר אמיתי, יאושר מעמד מסוג ב/1 לשנה. "לאחר שנה בכפוף לבדיקת כנות הקשר, יוחלף המעמד לתושב ארעי מסוג א/5 לשנה, (בסה"כ 6 שנים א/5) כאשר בתום תקופה של חיים משותפים של 7 שנים והעדר מניעה יקבל בן/בת הזוג הזר מעמד קבע".

בנוהל זה מופיעה, **לראשונה**, ההוראה נשוא המחלוקת, שזו לשונה:

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

כאשר הזר שוהה בארץ באופן בלתי חוקי ונידרש לצאת את הארץ, ניתן לאשר את כניסת הזר חזרה לארץ כנגד ערבות בנקאית אם מתעורר חשד בדבר כנות בקשר וזאת באישור מנהל הלשכה. גובה הערבות הנדרשת יהא 15,000 ₪ ו-5000 ₪ לקטין נלווה. במקרים חריגים תישקל העלאה או הורדה של סכום הערבות על פי המלצת מנהל הלשכה ובאישור מטה מנ"א.

לאחר העמידה בהוראות הנוהל לא יעלה משך הטיפול בבקשה על 30 יום אלא אם כן יש נסיבות מיוחדות באישור מטה מנ"א."

העותרים, מבקשים כי יוענק לעותר 2 מעמד בהתאם להוראות הנוהל, וחולקים על חוקיות ההוראה המחייבת אותו לעזוב את הארץ לתקופה של שלושים יום קודם שתידון הבקשה לגופה. נעמוד – בתמצית – על הנתונים העובדתיים הצריכים לעניין.

רקע עובדתי

3. העותר 1, אזרח ישראלי, הינו עולה חדש שעלה לישראל מצילה ביום 10.2.00. העותר 1 עלה בגפו, בגיל 16, במסגרת פרויקט "נעלה". בתקופה שלאחר עלייתו לישראל התגורר בתנאי פנימייה בקיבוץ בית אלפא, שם השלים לימודיו. לאחר השלמת הלימודים עבר להתגורר בנתניה, שירת בשנת שירות במסגרת הרשות הלאומית לבטיחות בדרכים, הדריך תלמידי בתי ספר יסודיים ותיכונים, ואף שירת במשמר האזרחי. בחודש אוקטובר 2003 התגייס העותר לצה"ל והוא משרת בחיל האוויר.

העותר 2, אזרח קולומביה, הגיע לישראל לראשונה בשנת 1994. לפי נתוני משרד הפנים שהה בישראל שלא כדין בין השנים 1994 – 1998. במהלך שהותו בישראל הכיר את גב' זהבה חזן, אזרחית ישראלית. העותר וגב' חזן עזבו את ישראל בסוף שנת 1998 ונשאו בקולומביה בחודש ינואר 1999. לאחר נישואיהם חזרו לישראל, והוגשה בקשה להסדרת מעמד העותר מכח הנשואין. אולם לאחר מספר חודשים נפרדו בני הזוג וההליך לקבלת מעמד מכח הנשואין הופסק (לימים, אף ניתן פסק גירושין בבית משפט בקולומביה). החל משנת 2000 שוהה העותר 2 בישראל שלא כדין.

העותרים מציינים כי הכירו במחצית שנת 2002 ותוך זמן קצר התפתחה ביניהם מערכת יחסים זוגית. בהמשך עבר העותר 1 מנתניה לתל-אביב כדי לגור עם בן זוגו, העותר 2, בדירתו. לאחר שלושה חודשי מגורים משותפים עזבו את הדירה ועברו לגור יחד בדירה אחרת בתל אביב בה הם מתגוררים יחדיו מזה כשנה. לדברי העותרים, חיים הם כידועים בציבור ומנהלים משק בית משותף.

4. בחודש מאי 2004 פנו העותרים אל הלשכה למינהל אוכלוסין בתל-אביב בבקשה להסדרת מעמד העותר 2 כבן זוגו של העותר 1. העותר 1 מסר תצהיר בכתב לפיו העותר 2 הינו בן זוגו מזה שישה

חודשים וכי הם מתגוררים יחד ברח' יהודה הלוי 19 תל-אביב, שם הם מקיימים חיי משפחה ומנהלים משק בית משותף. לעותרים ניתנו הטפסים הנדרשים להגשת הבקשה ואף נמסר להם העתק מנוהל בני זוג לא נשואים; אם כי צויין כי זהו נוהל שאינו בתוקף עוד, ותחתיו נקבע נוהל אחר. העותרים הונחו לגבי מסמכים שעליהם להביא לפגישה הבאה במשרד הפנים, שנועדה ליום 16.6.04. במועד זה התייצבו העותרים לפגישה נוספת ונדרשו להציג מסמכים נוספים. נקבע מועד לפגישה נוספת במשרד הפנים ביום 29.7.04. לטענת העותרים, הביעו את חששם בפני נציג משרד הפנים כי העותר 2 עלול להעצר במהלך התקופה עד לטיפול בבקשה. הפקיד מסר להם, כי אם יציג האחרון את ההזמנה לפגישה בלשכה בצמוד לדרכונו, לא ייעצר.

5. ביום 22.7.04, שבוע לפני מועד הפגישה בלשכה למינהל האוכלוסין, נעצר העותר 2 על ידי שוטרי מינהלת ההגירה. על פי פרוטוקול השימוע שנערך לו, מסר העותר 2 כי מתקיים הליך להסדרת מעמדו במשרד הפנים, כמתואר לעיל. דא עקא, שהגורם עורך השימוע מציין כי לא נמצאו לכך תימוכין ב"אביב" (המערכת הממוחשבת של משרד הפנים), וגם לא בדברי הפקידה "ציונה" ממחלקת האשרות בת"א. אין צריך לומר כי הנחות אלה היו מוטעות מן היסוד, שכן אין מחלוקת שהמעצר היה בעיצומו של הטיפול בבקשה להסדרת המעמד. בזמן אמיתי, הגורם עורך השימוע לא היה מודע לכך, ולכן הוחלט ליתן על העותר צו הרחקה וצו משמורת.

ביום 25.7.04 הובא העותר בפני בית הדין לביקורת משמורת של שוהים שלא כדין. בית הדין הורה על שחרורו בערבות לתקופה של 60 יום, על מנת לאפשר לו לסיים את ההליך להסדרת מעמדו בישראל. התקופה הוארכה בהמשך עד ליום 30.10.04.

ביום 18.10.04 התייצבו העותרים בלשכה למינהל אוכלוסין, הגישו את המסמכים החסרים, ורואיינו על ידי ראש ענף אשרות בלשכה.

ביום 25.10.04 נמסרה לעותרים, החלטת משרד הפנים שהועלתה על הכתב ביום 21.10.04. המכתב מופנה אל העותר 1 ונושאו הוא העותר 2. נקבע כי "הנ"ל שוהה שלא כחוק. אנו דורשים את יציאתו המיידית מהארץ. לאחר יציאתו ישקול משרד הפנים את הבקשה לאשרת כניסה." בכך עניינה של עתירה זו.

טענות הצדדים

6. העותרים טוענים כי הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד בסיסית, המוכרת הן על ידי המשפט הבינלאומי והן על ידי המשפט הישראלי החוקתי. היא נובעת הן מזכותו של אדם לכבוד, והן מחשיבותו של התא המשפחתי.

הסיבה לכך שבני זוג עשויים להחליט שלא להינשא זה לזה, עשויות להיות רבות ומגוונות. יש שאינם יכולים להינשא בשל אילוצים שמקורם בדין האישי. בני זוג בני דתות שונות אינם יכולים להינשא

בישראל, כמו גם בני זוג מאותו המין. יש שבוחרים שלא להינשא מאחר שאינם מייחסים חשיבות לדת, העומדת בבסיס מוסד הנישואין בישראל.

את המונח "משפחה", כמו גם את זכות היסוד לחיי משפחה, אין לפרש פירוש דווקני או מקובע ואין לייחדו רק לזוגות נשואים. כמו בכל מונח משפטי אחר, גם במונחים אלה יש להפיח רוח חיים העולה בקנה אחד עם מציאות החיים העכשווית. הזכות לשוויון מחייבת אף היא התפרסות עקרון הזכות לחיי משפחה על זוגות ידועים בציבור בכלל, ועל זוגות בני אותו מין בפרט. כך אכן נפסק על ידי בתי המשפט.

כפועל יוצא של זכות היסוד לחיי משפחה, קבע בית המשפט את זכותו של כל ישראלי להקנות לבן זוגו מעמד של קבע במדינה.

בבג"צ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג' (2) 728 (להלן – עניין סטמקה) נדון עניינם של אזרחים ישראלים שנישאו לבני זוג זרים, ששהו בארץ שלא כדין. המשיב התנה את תחילת תהליך התאזרחות בני הזוג ביציאתם מן הארץ. בית המשפט ביטל החלטה זו וקבע כי אינה מיידית ואינה עולה בקנה אחד עם זכות היסוד לחיי משפחה.

על אף פסיקה זו מבקש המשיב להוסיף וללכת בדרך הפסולה בה נהג, תוך שהוא מסתמך על חוסר יכולתם של בני הזוג להינשא בתחומי מדינת ישראל. בני הזוג זכאים לחיות יחדיו ולהיות מוגנים מפני פרידה כפויה, וזאת מכוח זכותם לחיי משפחה. יש להחיל את ההכרעה שניתנה בעניין סטמקה גם בענייננו, ולפסול את הדרישה לצאת מן הארץ קודם להחלטה בבקשת המעמד, גם כאשר מדובר בבני זוג לא נשואים.

אין להפלות בין ידועים בציבור לבין בני זוג נשואים בכל הקשור לסוג ההליך המדורג החל עליהם, והמדיניות הנוגעת לדרישה לצאת את הארץ עובר לטיפול בבקשתם.

אין יסוד רלבנטי להבחין בעניין זה בין בני זוג נשואים לבין ידועים בציבור. השיקולים עליהם עמד בית המשפט בענין סטמקה, יפים גם כאשר מדובר בהפרדה כפויה בין ידועים בציבור.

העותרים טוענים בנוסף, כי אין כל אפשרות מעשית שמשרד הפנים יעמוד בפרק הזמן של 30 יום שנקבע לקבלת החלטה בבקשת המעמד לאחר יציאת בן הזוג הזר. בפרק זמן זה נדרש בן הזוג הישראלי לתאם בטלפון מועד לראיון (שנקבע, ברגיל, בחלוף כחודשיים). בראיון מתקבלת רשימת הדרישות מהפקיד המטפל, נדרש פרק זמן להמצאת המסמכים, ואף לקבלת אישור המשטרה. ברור, כבר בשלב זה, כי משרד הפנים לא יוכל לעמוד בפרק הזמן שקצב לעצמו.

העותרים כופרים בטיעוני המשיב כי הנוהל נשוא העתירה הוא נוהל חדשני שאינו מקובל בעולם, ומציינים כי נוהל להסדרת מעמד של בני זוג ידועים בציבור קיים - בין היתר - באוסטרליה, ניו זילנד, הולנד, נורבגיה, שבדיה, בריטניה, איסלנד, פינלנד ודנמרק.

בסיכומם של דברים מבקשים העותרים לקבוע, כי המשיב אינו רשאי להרחיק מישראל בני זוג של אזרחים ישראלים שאינם נשואים, כתנאי להסדרת מעמדם בישראל במסגרת ההליך המדורג. בקשתם היא כי תתקבל החלטה בבקשתם להסדרת מעמד בהתאם לנוהל בני זוג לא נשואים, וכי יבוטל צו ההרחקה שניתן נגד העותר 2.

7. עמדת המשיב הינה כי אין עסקינן בנוהל "ידועים בציבור" כי אם בנוהל "בני זוג שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין". לטענת המשיב זהו נוהל חדשני, ליברלי, אשר אין דומה לו בעולם. הנוהל נועד ליתן מענה לבני זוג שאינם נשואים, גם אם לא הרימו את נטל ההוכחה הכבד כי הינם בבחינת "ידועים בציבור". הנוהל מיועד לאנשים נורמטיביים השוהים כדון בישראל (בן הזוג הזר מצוי בישראל בין כתייר ובין כעובד), ואינו מיועד למי ששהה בארץ שלא כדון, הפר את חוקי המדינה וכעת מבקש לקבל אשרת שהייה כדון. משכך, עומד המשיב על יציאת הזר מישראל, לפני שתופל בקשתו. המשיב מדגיש את ההיקף הרחב של שיקול הדעת המסור לו בשאלה האם להתיר לזר לשהות בישראל. הרקע למדיניותו הינו תופעה חסרת תקדים ורחבת היקף של הגירת אלפי זרים למדינת ישראל. אלה מבקשים להנציח הישגיהם בה, בחלוף מועד פקיעת אשרת הביקור ו/או העבודה שלהם בשיטות שונות. החל בזיוף מסמכים, דרך עריכת נישואין פיקטיביים לישראלים וכלה בנטילת זהות שאולה. לאחרונה, נוכח פעולתה הנמרצת של מינהלת ההגירה, מתרבים המקרים בהם טוענים שוהים בלתי חוקיים כי הינם בני זוג ידועים בציבור של אזרחים ישראלים. בעבר ננקטה המדיניות נשוא העתירה במקרה בו הבקשה היתה לשינוי מעמד על יסוד נישואין של אזרח ישראלי עם זר השוהה שלא כחוק בארץ, והזר נדרש לעזוב את הארץ קודם לטיפול בבקשה. בעניין **סטמקה** פסק בית המשפט העליון כי המדיניות הינה לתכלית ראויה, דא עקא שהאמצעי אינו מידתי, וככזה נפסל על ידי בית המשפט. בעקבות זאת חדל משרד הפנים מן הדרישה כי בן הזוג הזר, השוהה שלא כדון בישראל, אשר **נישא** לאזרח ישראלי, יצא מישראל לפני הטיפול בבקשתו. המשיב טוען כי אין להחיל את הלכת סטמקה על בני זוג שאינם נשואים. הוא מדגיש כי כאשר מדובר בבני זוג נשואים קיים מסמך נישואין, המוכיח את קיום הקשר הזוגי באמצעות תעודה רשמית, שבבסיסה אקט משפטי, והצהרת כוונות כלפי כולי עלמא. הנשואין נרשמים במרשם האוכלוסין ומביאים לשינוי בזכויות ובסטטוס, וככל שהקשר מסתיים, יש צורך באקט משפטי של התרת נישואין. להבדיל מכך, הטענה כי בני זוג הינם ידועים בציבור, מועלית כטענה בעל פה, וניתן לאמתה רק לאחר בחינה קפדנית של הנתונים העובדתיים המוצגים על ידי בני הזוג. חשש המשיב הינו, כי יתרבו מקרים של טענה בעלמא מצד שוהים בלתי חוקיים כי הינם בני זוג של אזרח ישראלי, על מנת להכשיר המשך שהייתם. הדרישה לצאת את הארץ, משדרת מסר חד וברור כי מי שמבקש להכשיר בדיעבד שהייה בישראל לא יוכל לעשות זאת על נקלה, וכי יש לבחון את הבקשה בחשדנות ובזהירות. תכלית המדיניות הינה לסכל, במידת האפשר, את הנסיונות להשתקע שלא כדון, תוך מתן אפשרות למשרד הפנים להתרשם מכנות הקשר לפני הענקת המעמד על פי דין.

הבדיקה הראשונית תיערך כאשר מבקש איחוד המשפחות נמצא מחוץ לישראל, ותחייב את האזרח המזמין להגיש בקשה עבור הזר לאחר שהאחרון יצא מישראל. ככל שבן הזוג הזר יצא מישראל, תבחן

הבקשה לגופה, והחלטה תינתן תוך 30 יום. דרישת היציאה תביא – לדעת המשיב – לסכול משמעותי של נסיונות ההשתקעות שלא כדין.

המשיב מוסיף ומציין כי בשורה של פסקי דין, שניתנו על ידי בית המשפט העליון אחרי פסק הדין בעניין סטמקה, נקבע כי אין די בקשר זוגי ובקשרי אהבה כדי להעניק לבן הזוג הזר זכות לשהות בישראל. מכאן שנתקבלה עמדת המשיב, לפיה בהעדר נישואין אין תחולה להלכת סטמקה. המשיב מוסיף ומבהיר כי נוהל בני זוג לא נשואים מיום 4.11.04, עיגן מדיניות זו בכתב, הגם שהיתה לה תחולה גם בתקופה שקדמה לאותו מועד.

המשיב טוען כי אין להחיל את הלכת סטמקה בעניינו גם מטעמים נוספים. להבדיל מענין סטמקה, שם דובר בבן זוג הנשוי לאזרח ישראלי, והזכות הנוטענת חסונה בגדר הוראות חוק חרות (ס' 7 לחוק [האזרחות](#), תשי"ב-1952), כאן מדובר בהפעלת שיקול דעתו הרחב של שר הפנים לפי [חוק הכניסה לישראל](#), תשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל או החוק).

זאת ועוד – לאחר שניתן פסק הדין בענין סטמקה, תוקן [חוק הכניסה לישראל](#), ונקבע הכלל כי שוהה שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי. יש לפרש כל נוהל שניתן על ידי משרד הפנים באופן שיעלה בקנה אחד עם הוראות החוק, ולכן על שוהה שלא כדין לצאת מהארץ לפני שבקשתו תטופל. הבהרה נוספת להוראות הנוהל, שהופיעה **לראשונה** בכתב התשובה לעתירה, הינה כי קיימת אפשרות לחרוג מהוראת הנוהל נשוא המחלוקת. זאת בדרך של פנייה לוועדת החריגים הבינמשרדית. אפשרות הפנייה מוגבלת למקרים בהם הפנייה למשרד הפנים נערכה לפני מעצר בן הזוג הזר. דוגמאות המובאות על ידי המשיב בהקשר זה, הינם מקרים בהם השהות הבלתי חוקית של בן הזוג הזר היתה לתקופה קצרה, ונבעה מכך שאשרת השהייה שלו לא הוארכה בין עקב טעות ובין עקב תקלה. זאת בכפוף לכך שמדובר בקשר ארוך הנחזה להיות קשר כן ואמיתי. בנפרד מכך, ניתן יהיה לחרוג מההוראה כאשר מתקיימות נסיבות הומניטריות מיוחדות וחריגות.

באשר לעניינם של העותרים – המשיב מבהיר כי התרשמות ראש ענף אשרות מן העותרים היתה שלילית, על יסוד נתונים אותם פירטה, וסברתה היא כי מדובר בקשר שטחי בלבד. עם זאת טרם ניתנה החלטה בבקשה לגופה, שכן על פי הנוהל על העותר 2 לעזוב את ישראל לאלתר. הבקשה תידון לאחר יציאת העותר 2 מישראל, וככל שתוגש בעבורו בקשה על ידי העותר 1. אין עילה לנהוג בעותרים, בנסיבות הנזכרות לעיל, באופן שונה מהוראות הנוהל.

דין

8. העתירה, במקורה, כללה בקשת סעדים בהקשרים נוספים, במגמה להשוות בין ההליך המדורג להסדרת מעמדם של בני זוג זרים ידועים בציבור, לזה החל על בני זוג זרים של אזרחים ישראלים הנשואים זה לזה.

במעמד הדיון המוקדם, מוקדה מסגרת הדיון בעתירה ב"דרישת משרד הפנים כי העותר 2 יעזוב את הארץ לפני שתינתן החלטה בבקשתו לקבל מעמד מכוח נוהל בני זוג", תוך שמירת זכותם של העותרים לשוב ולפנות בבקשת סעד לבית המשפט המוסמך, גם בנושאים אחרים, לאחר מיצוי הליכים.

נעמוד אפוא על המסגרת הנורמטיבית הצריכה לדיון, ועל התשתית העובדתית הנדרשת לדיון בהוראות הנוהל. נבחן את תחולת הוראת הנוהל על ענינם של העותרים ואת מידתיות דרישת היציאה בכל שאמור בבקשתם הקונקרטי.

המסגרת הנורמטיבית

9. סעיף 1(ב) [לחוק הכניסה לישראל](#) קובע כי:

"מי שאיננו אזרח ישראלי, או בעל אשרת עולה או תעודת עולה, תהיה ישיבתו בישראל על פי רשיון ישיבה לפי חוק זה."

שר הפנים רשאי ליתן רשיון ישיבה מסוגים שונים, והוא רשאי להאריך רשיונות אלה מעת לעת (ס' 2 – [3 לחוק הכניסה לישראל](#)).

חוק הכניסה נוקט בלשון הסמכה רחבה, ואינו קובע אמות מידה להפעלת סמכותו זו של שר הפנים. העיקרון המקובל במדינות הדמוקרטיות המודרניות, הינו כי למדינה שיקול דעת רחב בנושא כניסתם של זרים לתחומיה, ואין לו לזר זכות לבוא לארץ אם כתייר ואם כתושב. [בג"צ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז\(1\) 117, 113](#) וראו לאחרונה [בג"צ 4156/01 דימיטרוב נ' שר הפנים, פ"ד נז\(6\) 289, 293](#).

כפועל יוצא של מהות הסמכות, שיקול דעתו של שר הפנים בנושאים כגון אלה הוא שיקול דעת רחב.

יש לזכור, עם זאת, כי שיקול דעת זה נתון לביקורתו של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת, **במסגרת עילות הביקורת "הרגילות"** שחלות על הפעלת כל שיקול דעת מנהלי (ראה: [בג"צ 431/89, 758/89 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו\(4\) 505, 528](#); [בג"צ 3403/97 אנקין ורה נ' משרד הפנים, פ"ד נא\(4\) 522, 525-526](#); עניין סטמקה בעמ' 770; [עת"מ \(תל-אביב-יפו\) 1235/02 ברנרדו מרסיו נ' משרד, תק-מח 2002\(3\), 2842, 2846](#)).

10. אמות המידה לרכישת מעמד על ידי בני זוג זרים שנישאו לאזרחים ישראלים לא נקבעו על ידי שר הפנים בתקנות. זאת, על אף הערת בית המשפט כי ראוי שהסדרים אלה ימצאו משכנם בחוק או, למצער, בתקנות (סטמקה, שם 788).

ההסדרים נקבעו בנהלי משרד הפנים, שהינם בגדר "הנחיות פנימיות".
נוהל שונה נקבע בהתייחס לבני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין. את נכונות המשיב להכיר במעמד בני זוג זרים של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים, יש לראות על רקע ההכרה במוסד ה"ידועים בציבור" במשפט הישראלי.

11. על המוסד של "ידועים בציבור" בישראל עמד השופט ברק [בבג"צ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מז\(1\) 749](#), בזו הלשון:

"בצד מוסד הנישואים כדת וכדין, וסטטוס הנישואים הנגזר ממנו, קיים בישראל המוסד של הידועים בציבור. זוהי יצירה משפטית ישראלית, פרי החקיקה והפסיקה (ראה [פרידמן, "הידועה בציבור בדין הישראלי"](#), עיוני משפט ג' (1973), 459; שאוה, "הידועה בציבור בציבור כאשתו - הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג' 484 (1973); [שלח, "בן הזוג הידוע בציבור"](#), משפטים ו' (1978), 119). "מוסד זה בא לעולמו של המשפט בישראל בקול ענות חלושה, אך חדר עמוק עד לשיתיו" (מ. אלון, חקיקה דתית 119 (תשכ"ח). גרמו ליצירתו של מוסד זה תפיסות עולם של מדיניות רווחה (ראה השופט ח. כהן [בע"א 384/61 מדינת ישראל נ. פסלר, פ"ד טז' 102](#)), חומרת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין (ראה השופט ויתקון בפרשת זמולון, עמ' 666; והשופט לנדוי, שם, בעמ' 668, וכן דברי השופט לנדוי [בבג"צ 80/63 גורפינקל חקלאי נ. שר הפנים, פ"ד יז 2069, 2048](#); ראה גם [בג"צ 89/83 לוי נ. יושב-ראש ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד לה\(2\) 488, 499](#), והתנגדות חלק מהציבור לנישואין דתיים (ראה שלח, שם, העומד על שלושה טעמים אלה; ראה גם פרידמן, שם, עמ' 460)."

שם, 783-784.

השופט ברק עמד על ההבדלים בין הסטטוס של הנישואים כדת וכדין לבין מעמד הידועים בציבור. בצד האמור ציין כי פער זה צומצם. הכנסת קיבלה רשימה ארוכה של חוקים, המעניקים זכויות לבן הזוג הידוע בציבור.

זאת ועוד:

"בסגירת הפער בין מעמד הנישואים לבין מעמד הידועים בציבור היה שיתוף פעולה בין הרשות המחוקקת לבין הרשות השופטת. בצד פעולת החקיקה, אשר הכירה במוסד הידועים בציבור, עומד המפעל ההלכתי, אשר המשיך במדיניות המשפטית

שנקט המחוקק. אכן, אם הכנסת רואה בהענקת זכויות לידועים בציבור פעולה ראויה, אך טבעי הוא שהרשות השופטת לא תראה בכך פעולה הנוגדת את טובת הציבור".

שם, 784-785.

12. ביטוי נוסף **לתהליכים חברתיים** בהקשר זה ניתן למצוא בדין וחשבון שהגישו משרד המשפטים ומשרד החוץ בשנת 1998 לוועדה לזכויות אדם של האו"ם, שנושאו יישום האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות. בהתייחס לסעיף 23 לאמנה, שעניינו הגנה על המשפחה, מציינים המשרדים, תחת הכותרת "**משמעותה של 'משפחה'**", בזו הלשון:

" למרות שהמשפחה, הן בדינים הדתיים והן בדין האזרחי, מוכרת באופן החלטי כיחידה הקבוצתית הטבעית בחברה הישראלית, אין בחוק הישראלי הגדרה יחידה למונח "משפחה". שני העשורים האחרונים היו עדים לשינויים דמוגרפיים משמעותיים במבנה המשפחות בישראל. שיעור המשפחות החד הוריות עלה בצורה דרמטית וכמעט שהוכפל בעשור האחרון.... התופעה של זוגות החיים בצוותא מבלי להיות נשואים, בין עם ילדים ובין בלי ילדים, נעשתה יותר שכיחה. לצרכים שונים, כגון: הטבות, ביטוח סוציאלי ומס הכנסה, החוק הישראלי והנוהג מכירים בצורות שונות של משפחות, לרבות משפחות "מורחבות" וחיים בצוותא שלא במסגרת נישואין. זוגות הומוסקסואליים קיבלו הכרה חלקית ע"י רשויות מינהליות בעניינים כמו זכויות פנסיה. התכניות המינהליות וכן המדיניות של הממשלה מכוונות למתן סיוע למשפחה מבלי להראות העדפה לצורה או לתפיסה של משפחה."

תחת הכותרת: "**חיים בצוותא ללא נישואין**" מוסיפים המשרדים ומציינים:

" החוק הישראלי מכיר בשיתוף שלא בנישואין, ובמרבית התחומים הוא מעניק לאיחודים כאלה מעמד שווה לזה של נישואין פורמליים. בני זוג שאינם נשואים נהנים מאותם זכויות כמו זוגות נשואים לצרכים כמו, בין היתר: זכויות בביטוח סוציאלי, פנסיות, הגנת הדייר מפני פינוי, פיצויי נזיקין, מס הכנסה. לבני זוג לא נשואים יש אותן זכויות בירושה כמו בני זוג נשואים, בתנאי שאינם נשואים לאדם אחר. בית המשפט העליון ביטא במספר החלטות את המדיניות, שלפיה זיווג של בני זוג שאינם נשואים חשוב לעוצמתה וליציבותה של החברה ממש כמו זיווגים של בני זוג נשואים בצורה המסורתית, וכי יש ענין ציבורי לכך שהמדינה תתמוך באיחודים כאלה..."

(במועד הגשת הדו"ח טרם גובש נוהל בני זוג לא נשואים).

13. היבט נוסף הטעון הדגשה בנושא דיוננו, הינו זכותו של האזרח הישראלי לבור לו בן זוג כרצונו. כפי שנפסק על ידי כב' השופטת ביניש (בהקשר אחר):

"נגד עינינו הכלל אשר נוסח בלשונו של הנשיא שמגר:

" חברה חופשית ממעטת בהטלת הגבלות על בחירותיו הרצוניות של הפרט..."

(ע"א 294/91 חברה קדישא גחש"א קהילת ירושלים נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464, (481).

במיוחד נכון הדבר כשמדובר בשאיפתו של אדם להגשים את אישיותו, ולתת ביטוי לרצונותיו בכל הנוגע למוצאו, למשפחתו, לרגשותיו כלפי אלה ולמבוקשו לתת להם ביטוי גלוי. בעידן בו "כבוד האדם" הינו זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא המשפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".

ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175.

דברים אלה יפים גם בעניננו, כלשונם וכרוחם.

[להיקף פריסתו של המונח "כבוד האדם" בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (כמקור לזכויות פרטיקולריות ללא שם), ר' גם ברק, פרשנות במשפט, כרך שלישי, פרשנות חוקתית (נבו), 417 – 426].

14. על רקע מציאות עובדתית ונורמטיבית זו, ניתן לראות את נכונות המשיב ליתן מעמד בישראל לבן הזוג הזר, בהליך מדורג, עוד קודם לשנת 2000. בשלב הראשון, מדיניות זו לא גובשה לידי נוהל כתוב של משרד הפנים, אולם ביטוי לה ניתן למצוא בדברי הממונה על אשרות וזרים במטה מינהל האוכלוסין (דאז) גב' בתיה כרמון, בפני הועדה לקידום מעמד האישה בכנסת, בישיבה מיום 29.2.00. (<http://www.knesset.gov.il/protocols/html/maamad/2002-02-29.html>)

משנת 2000 ואילך קיבלה המדיניות ביטוי כתוב ומוסדר, בהוצאת נוהל בני זוג לא נשואים (בגרסתו הראשונה) ובתיקונים שנעשו לו מעת לעת. מדיניות משרד הפנים מאפשרת מימוש זכותם של בני זוג

לא נשואים (כמוגדר בנוהל) לחיות במשותף במדינת ישראל. קבלת המעמד של בן הזוג הזר מוסדרת, באופן מדורג, בהתאם להוראות הנוהל.

כאן המקום להבהיר כי טענת המשיב לפיה הנוהל מיועד לאנשים נורמטיביים השוהים כדין בישראל אינה מדוייקת. אין מחלוקת כי מכח הנוהל ניתן להעניק מעמד גם כאשר בן הזוג שוהה בישראל שלא כדין. דא עקא שבמקרה זה הדרישה, שהועלתה רק בגרסתו האחרונה של הנוהל מיום 4.11.04, הינה כי בן הזוג הזר יצא את הארץ לתקופה של שלושים יום ובסיומה תנתן ההחלטה בבקשתו. למותר להדגיש כי אף לשיטת המשיב, אם יימצא כי הקשר כן וכי עונה הוא על תנאי הנוהל, יינתן לו מעמד בהתאם להוראותיו, הגם ששהה בארץ שלא כדין.

דרישת היציאה, היא – כאמור – נושא המחלוקת ולא נדרשת הכרעה באשר להסדרים העקרוניים הקבועים בנוהל. המשיב אינו כופר בזכותם לחיי משפחה של בני הזוג עליהם חל הנוהל. המשיב גורס כי הדרישה ליציאת בן הזוג הזר ששהה בארץ שלא כדין לתקופה קצובה של 30 יום, אינה פוגעת בזכות לחיי משפחה של בני הזוג (עמ' 5 לפרוטוקול שורה 27). המשיב מוסיף וטוען כי דרישה זו היא מידתית.

לצורך הדיון בלבד, מוכן אני להניח, לטובת המשיב (מבלי להכריע בכך), כי בכל שאמור בהענקת מעמד בישראל, אין זהות בין בני זוג נשואים לבין בני זוג ידועים בציבור, כנטען על ידי המשיב. בצד האמור, הרי גם אם נניח שעוצמת הזכות הנפגעת במקרה האחרון אינה זהה לזו של בני זוג נשואים, ברור מכל מקום כי קיימת פגיעה ממשית בבני הזוג שאינם נשואים, כפועל יוצא מדרישת היציאה. נדרשת אפוא הכרעה במחלוקת בין הצדדים באשר למידתיות הדרישה האמורה.

בהתחשב בכך שבפני עותרים שנקטו בהליכים להסדרת מעמדם **מיזמתם, לפני שננקטו נגד בן הזוג הזר הליכי הרחקה** ובלא כל זיקה להליכים מעין אלה, ייוחד הדיון למידתיות הדרישה בנסיבות קונקרטיות אלה. מבלי לנקוט עמדה, במסגרת עתירה זו, באשר להחלת הדרישה על בן זוג זר שפנה לראשונה בבקשה להסדרת מעמד לאחר שננקטו הליכי הרחקה; קטגוריה בגדרה קיים נטל כבד על בני הזוג הפונים להוכיח כי מדובר בקשר אמיתי ולא פיקטיבי [הגם שאף בהקשר אחרון זה ניתן, במקרה מתאים, לקבל החלטה בבקשה בלא שיידרש בן הזוג לצאת מן הארץ: השווה - [ע"מ \(ת"א\) 2121/04 קיפקוריר נ' משרד הפנים](#) (לא פורסם)].

נקודה נוספת הטעונה הבהרה הינה טענת המשיב כי הנוהל אינו מיועד ל"ידועים בציבור", כי אם "... נועד ליתן מענה לבני זוג שאינם נשואים, החיים חיי משפחה, וביניהם קשר זוגי עמוק ואמיתי, והם מנהלים משק בית משותף, גם אם לא הרימו את נטל ההוכחה הכבד כי הינם בבחינת "ידועים בציבור" (ס' 3 לכתב התשובה).

לא ירדתי לשורש אבחנת המשיב בין ידועים בציבור לבין בני זוג לא נשואים המצויים בגדרו של הנוהל. התנאים שנקבעו בהלכה הפסוקה, בהקשרים שונים, לצורך הוכחה כי בני הזוג הם "ידועים

בציבור", הינם קיום חיי משפחה וניהול משק בית משותף [ראו: ע"א 6434/00 דנינו נ' מנע, פ"ד נו(3) 683; עתמ(חיפה) 1223/03 פרי נ' מנהלת מחלקת אשורות וזרים (טרם פורסם) והאסמכתאות המובאות שם].

על פני הדברים אין לכאורה הבדל בין דרישות אלה, לבין הדרישות אותן מציב המשיב לצורך תחולת הנוהל הנדון, כפי פרשנותו בכתב התשובה. בין כך ובין אחרת, החשיבות אינה לזהות הכינוי, כי אם למהות. בין אם נכנה את בני הזוג "ידועים בציבור" ובין אם נכנה אותם בני זוג לא נשואים כמוגדר בנוהל, נדרשת – כאמור – בחינת מידתיות דרישת היציאה.

קודם שנפנה לבחינת המידתיות, נבקש לבחון האם לדרישה ישנה תחולה בעניינם של העותרים בפנינו.

תחולת הדרישה בעניינם של העותרים

15. הדרישה נשוא העתירה פורטה, כזכור, לראשונה בנוהל האחרון שניתן ביום 4.11.04. ממועד פרסומו של הנוהל נהג משרד הפנים על פיו, וראה בו נוהל מחייב ותקף, הכל כמוצהר על ידי מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים (בתצהיר מיום 19.12.04).

דא עקא, שבמעמד הדיון בעתירה, ביום 21.12.04, הצהירה ב"כ המשיב לפרוטוקול, כי בשעה 23.00 בלילה הקודם, הסתבר כי הנוהל לא אושר על ידי ועדת השרים לענייני מינהל אוכלוסין. כדבריה: "קיימת מחלוקת בתוך המערכת האם הנוהל הזה צריך אישור ועדת(ת) שרים לכן בשלב זה אינני יכולה להשיב לגבי תקפות הנוהל" (עמ' 5 לפרוטוקול שורה 23).

קשה להלום מצב דברים בו פועל משרד ממשלתי במוצהר על פי נוהל, ומודיע לפתע – ביזמתו – כי אינו יכול להשיב אם הנוהל אושר על ידי הגורם המוסמך לכך. התייחסותנו לדרך הילוכו של משרד הפנים בכל שאמור בנוהל על גלגוליו, תובא בהמשך הדברים. כאן נתייחס רק לגופם.

לשיטת המשיב אין זה משנה אם הנוהל בגרסתו האחרונה תקף, שכן המדיניות הגורסת חובת יציאה של בן הזוג השווה שלא כדין, נהגה גם לפני פרסומו של הנוהל. זאת, גם כאשר הפנייה לקבלת מעמד נעשתה מיזמתם של בני הזוג, קודם לנקיטה בהליכי הרחקה על ידי משרד הפנים.

16. התשתית העובדתית שהונחה בפני אינה יכולה לתמוך בטענת המשיב, זאת נוכח הטעמים המצטברים הבאים:

א. גרסתו הקודמת של הנוהל, מיום 16.7.03 (כמו גם גרסאות שקדמו לו), אינה מכילה את הדרישה האמורה.

ב. תצהירה של גב' מזל כהן, סגנית ממונה אשרות וזרים (נספח ע/14 לעתירה), שניתן במסגרת התדיינות אחרת בבית משפט זה, בנסיבות עליהן נעמוד להלן, מכיל בס' 11 התייחסות לנושא הנדון. וכך מצהירה גב' כהן:

"כאמור בפתח הדברים, כי נוהל הטיפול דן על גלגוליו, **לא הוחל ולא נועד לחול מדעיקרא מקום בו הטענה בדבר חיים משותפים עלתה לאחר מעצר והוצאת צו הרחקה**. הנוהל הוחל, לאחר שנבחנו נסיבות כל מקרה ומקרה, על בני זוג שפנו **מיוזמתם** למשרד הפנים, **קודם מעצר בן הזוג הזר**". (ההדגשות במקור).

נראה כי הדברים מדברים בעד עצמם. לא ניתן לקבל את טענת המשיב, לפיה הם נסבו רק על עובדות המקרה הקונקרטי שם, שכן בסיפא לציטוט מובהר מתי חל הנוהל, והלא זוהי הקטגוריה נשוא דיוננו.

ג. ס' 31 לכתב התשובה, שם נטענת הטענה, אינו מאומת בתצהירו של מנהל מינהל האוכלוסין, ולא ניתן תצהיר אחר לאמת את הנטען בו.

ד. הדוגמה שמובאת על ידי המשיב באותו סעיף, על מנת להמחיש את הטענה, אינה יכולה לבסס את טיעונו, שכן באותו מקרה הנוהל כלל לא הוצג לבית המשפט. באותה התדיינות, [עת"מ 2409/04](#), נתבקשה החלת הנוהל, שלא היה בידי העותרים, על בת זוג **שהסתננה** לישראל. כיוון שהנוהל לא פורסם במועד הגשת העתירה, יכלו העותרים אך להפנות להצעת הנוהל המופיעה ב"מכתב גודלניק" עליו עמדנו לעיל. משרד הפנים, בתגובתו לאותה עתירה, **התעלם מהוראות הנוהל**, ולא ראה להציגו בפני בית המשפט. התייחסותו היתה **לנוהל אחר** שנסב על בני זוג שנישאו במדינה זרה. ממילא לא היה כל דיון בהקשרו של הנוהל נשוא העתירה. (על המשמעות הנודעת לאי הצגת הנוהל בפני בתי המשפט השונים, נעמוד בהמשך דברינו).

המסקנה הינה, אפוא, כי יש רלבנטיות לשאלה האם גרסתו האחרונה של הנוהל עומדת בתקפה, אם לאו. אם יימצא כי הנוהל אינו תקף, וחלה גרסתו הקודמת של הנוהל מיום 16.7.03, דרישת היציאה הנכללת לראשונה בגרסה מיום 4.11.04, אינה יכולה לעמוד.

17. גם אם נמצא כי גרסתו של הנוהל מיום 4.11.04 עומדת בעינה, לא תשתנה מסקנתנו בדבר העדר תחולתה של דרישת היציאה על העותרים שבפנינו. בקשת העותרים לקבלת מעמד הוגשה לפני מתן הנוהל האחרון. הבקשה נבחנה על ידי משרד הפנים והחלטה נשוא העתירה ניתנה קודם להוצאת הנוהל. גם העתירה עצמה הוגשה לפני שנוהל זה נכנס לתקפו.

כפי שכבר הובהר, בגרסתו הקודמת של הנוהל לא נכללה דרישת היציאה. בנוסף, דחינו את טענת המשיב כי דרישת היציאה בקטגוריה הנדונה היתה חלק ממדיניות יישום הנוהל בגרסתו הקודמת.

אין מקום לתחולה רטרואקטיבית של המדיניות החדשה על החלטה שכבר ניתנה, בנסיבות בהן אין מדובר בהוראה מיטיבה.

השוו: [בג"צ 134/67 ואנונו נ' משרד התחבורה, פ"ד כא \(2\) 710, 716-717](#).

[בג"ץ 5060/96 רס"מ בת שבע קהלני נ' ראש הממשלה, פ"ד נד \(3\) 281-282, 270](#).

[בג"ץ 7691/95 ח"כ גדעון שגיא נ' ממשלת ישראל, פ"ד נב \(5\) 577, 605](#).

[בג"ץ 5496/97 אשר מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד נה \(4\) 554, 540](#).

18. **למעלה מן הצורך**, נוכח מסקנותינו לעיל, ולמען שלמות התמונה, נציין כי גם אם היינו מניחים שישנה תחולה להוראת הנוהל על העותרים וגם אם נניח לצורך הדיון כי הוראת הנוהל הינה מידתית (ומודגש כי זו הנחה לצורך הדיון בלבד), עדיין נדרשת בחינת מידתיות ההחלטה בנסיבות הקונקרטיות שבפנינו.

כפי שנפסק:

"טיבן של הנחיות פנימיות שגמיונות הן, והרשות מוסמכת - ולעתים אף חייבת - לשקול את אפשרות הסטייה מהן..."

כבי השופטת ביניש בבג"צ [7053/96 אמקור בע"מ נ' שר הפנים, פ"ד נג \(1\) 193, 213](#).

ר' גם בבג"צ [4422/92 שלמה עפרון נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז \(3\) 853, 858-859](#).

מקום שקיימת מדיניות כללית, אין בה היתר שלא להתחשב במקרים המיוחדים. כל מקרה מיוחד צריך להבדק לאור המדיניות הכללית, תוך שבעל הסמכות צריך לבחון אם יש מקום להפעיל את המדיניות הכללית בנסיבותיו של המקרה המיוחד.

[בג"צ 540/84 מוסטפא יוסף נ' מנהל בית הסוהר המרכזי ביו"ש, פ"ד מ \(1\) 567, 572](#).

[ע"א 316/88 מרדכי שרר נ' ועדת המוניות - משרד התחבורה, פ"ד מד \(2\) 420, 426](#).

בהקשר הנוהלים בהם עסקינן ראו:

עת"מ (חיפה) **צבי ישראל פרי נ' מנהלת מחלקת אשורות זורים** (טרם פורסם).

ואכן, גם המשיב אינו חולק על כך שנדרשת בחינה פרטנית של המקרה הקונקרטי ואין די בסרוב גורף. עמדתו היא כי נוכח פרק הזמן הקצר להיכרות העותרים, שהייתו שלא כדין של העותר 2 בארץ לפרק זמן ממושך וההתרשמות מהשימוע, הדרישה כי זה האחרון יצא מן הארץ קודם שתתקבל החלטה בעניינם של בני הזוג, הינה מידתית.

נבחן שאלה זו לעיצומה.

מידתיות

19. תכליתה של ההוראה נשוא המחלוקת הינה – בלשונו של כתב התשובה –

"לסכל במידת האפשר את הנסיונות להשתקעות בישראל שלא כדין, תוך מתן האפשרות למשרד הפנים להתרשם מכנות הקשר לפני הענקת המעמד על פי דין במדינת ישראל, ולא לאחריו. החלטת המדיניות האמורה לפיה תיבדק בקשת בני הזוג, בדיקה ראשונית, כאשר מבקש "איחוד המשפחות" נמצא מחוץ לישראל, תסכל את האפשרות לטענה בעלמא בדבר קיומו של קשר זוגי שכל מטרתה לסייע לשוהה הבלתי חוקי להמשיך ולשהות בישראל. דרישת היציאה מחייבת מן המזמין להגיש בקשה עבור הזר לאחר שיצא מישראל, יש בה לצמצם את מאזן התועלות המיידיות, ולסכל במידה משמעותית את נסיונות ההשתקעות שלא כדין".

אין מחלוקת כי התכלית אותה מציג המשיב, מלחמה בניסיונות להשיג מעמד בישראל, במרמה ושלא כדין, הינה תכלית ראויה.

עקרון המידתיות מתמקד באמצעים להשגת המטרה. העיקרון מורכב משלושה יסודות, או מבחני משנה.

היסוד הראשון קובע כי נדרש קשר של התאמה בין המטרה לבין האמצעי. האמצעי אשר המינהל נוקט צריך להיות גזור להשגת המטרה אשר המינהל מבקש להשיגה.

היסוד השני קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו, צריך לפגוע בפרט במידה הקטנה ביותר. אם קיימות מספר דרכי פעולה חלופיות להשגת מטרת המדיניות, יש לבחור את האמצעי שיגרום את מזער הנזק לפרט.

היסוד השלישי קובע כי האמצעי שהמינהל בוחר בו אינו ראוי, אם פגיעתו בפרט היא ללא יחס ראוי לתועלת שהוא מביא בהגשמת התכלית. זהו מבחן האמצעי המידתי (או המידתיות "במובן הצר"). אם בנסיבות עניין מסויים, יגרום השימוש באמצעי מסויים, שהוא מתאים ומתון, נזק משמעותי לפרט, ואילו התועלת הצפויה לציבור הינה מזערית, המסקנה היא שאל לרשות להשתמש באותו אמצעי.

[בג"צ 3477/95 בן עטייה נ' שר החינוך התרבות והספורט, פ"ד מט\(5\) 1, 12 – 13.](#)

[בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב \(1992\) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח\(5\) 412, 435.](#)

סטמקה, שם 776.

המידתיות מהווה כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי וחלה על כל פעולה של רשות מנהלית:

"מידתיות אינו רק עקרון כללי של המשפט הבינלאומי (הכללי וההומניטרי). מידתיות הוא גם עקרון כללי של המשפט המינהלי הישראלי (ראו [סגל, "עילת היעדר היחסיות \(Disproportionality\)"](#)) במשפט המינהלי", הפרקליט לט 507 (תש"ן); [זמיר, "המשפט המינהלי של ישראל"](#) בהשוואה למשפט המינהלי של גרמניה", משפט וממשל ב 109, 130 (תשנ"ד)). תחילה כעקרון הלכתי, ואחר כך כעקרון חוקתי המהווה חלק מ**חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו** (סעיף 8), הוא מהווה כיום אחד מערכי היסוד של המשפט המינהלי הישראלי... עקרון המידתיות חל לעניין כל פעולה של רשות מינהלית ישראלית."

הנשיא ברק ב**בג"צ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואחרים נ' ממשלת ישראל ואח'**, תק-על 2004(2) 3050, 3035.

20. מן הכלל אל הפרט:

אשר ליסוד הראשון – התאמת האמצעי למטרה. המטרה היא, כאמור, בחינת כנות הקשר. לשם כך – בהתאם להוראות הנוהל (ס' ב.2) נדרשת, ברגיל, נוכחות אישית של בני הזוג בלשכה. ולפי סעיף ג.9 לנוהל "יש לבדוק את כנות הקשר וחיים משותפים על ידי ביצוע ראיונות נפרדים לשני בני הזוג ובדיקת ההוכחות שהוצגו בתנאים ובדרישות". נראה על פני הדברים כי יציאת בן הזוג לחו"ל לתקופה שנקבעה, אין בה כדי לסייע בהליך בדיקת כנות הקשר. בלשונו של השופט חשין בעניין סטמקה:

"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 מסוימים בבדיקה שעה שבני הזוג נפרדים זה מזה, אך קשה שלא להתרשם כי בהיות השניים בארץ יכולת הבדיקה ואמינות הבדיקה עולים 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 לבדיקת 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"

שם, 779.

הטיעון אותו מעלה משרד הפנים בדבר הקושי ההוכחתי הנוסף בקטגוריה של ידועים בציבור, אשר נעוץ בהעדר תיעוד רשמי להוכחת הקשר הזוגי (להבדיל ממקרה של נישואין), אין בו כדי לשנות מסקנה זו. אכן, אין להקל ראש בקושי זה. המענה המתבקש הוא בדיקה דקדקנית ואפקטיבית של כנות הקשר. דא עקא, שיציאה גרידא מן הארץ של בן הזוג הזר לתקופה של שלושים יום, אין בה כדי לסייע בהיבט כלשהו לאפקטיביות הבדיקה.

הדברים יפים במיוחד במקרה שבפנינו. על פי תפיסתו של הנוהל החדש, במקרה "רגיל" של בן זוג זר אשר שוהה שלא כדין בארץ, יידרש האחרון לצאת מייד מן הארץ, לפני הגשת הבקשה, קיום הראיון ובחינת הבקשה לגופה. כל אלה ייעשו רק לאחר יציאתו של בן הזוג הזר מן הארץ. במקרה שבפנינו, מתוך הכרה בנסיבות המיוחדות (עליהן נעמוד להלן), התבצע התהליך האמור כמעט במלואו, וכל שנדרש הוא השלמת הבדיקה וקבלת החלטה סופית בבקשה. ברור בנסיבות אלה כי יציאת בן הזוג הזר לשלושים יום, אין בה כדי לסייע להצלחת הבדיקה.

המסקנה היא אפוא כי האמצעי שנבחר אינו מתאים למטרה.

21. אשר ליסוד השני – האמצעי נשוא המחלוקת פוגע בבני הזוג במידה העולה על הנדרש. לא נבחר האמצעי שפגיעתו פחותה. כאשר התכלית הראויה הינה בדיקת כנות הקשר וסיכול אפשרות להעלות טענה בעלמא בדבר קיום הקשר לצורך הכשרת שהייה בלתי חוקית, האמצעי הדרסטי פחות הינו בדיקה יסודית של טענות בני הזוג ושל הקשר הנטען. היציאה לחו"ל אינה מסייעת לבדיקה זו, ולעומת זאת פוגעת היא פגיעה קשה, כלכלית ורגשית, בחיים המשותפים של בני הזוג (השווה: סטמקה, שם, 780 – 781).

הפגיעה בעותרים בולטת במיוחד בנסיבות המקרה דנן. כפי שכבר הובהר, העותר 1 הינו **עולה חדש שעלה לישראל בגפו והוא משרת כיום בשירות סדיר בצה"ל**. גם כיום **בני משפחתו של העותר 1 מצויים בחו"ל והעותר הינו בגדר "חייל בודד"**. העותר 2, נגדו הוצא צו הרחקה ולא הוסדר מעמדו, אינו רשאי לעבוד בישראל. הכנסתם של בני הזוג מסתכמת במשכורת צבאית וסיוע שמקבל העותר 1 ממחלקת פרט בצה"ל. ברור אפוא כי הפגיעה, הן הכלכלית והן הרגשית, אם יידרש בן הזוג הזר לעזוב את הארץ לתקופה של שלושים יום, נושאת צביון מיוחד. הרשות חייבת לתת דעתה לנסיבות מיוחדות אלה.

כפי שכבר הודגש, אין די בהתווית של מדיניות כללית. בלשונו של השופט חשין: "מדברים אנו באנשים בשר-ודם, באנשים כואבים, בבני-אדם חיים ונושמים שהתייצבו לפנינו בדין." (ע"א 1165/01 [פלוגית נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נו' \(1\) 69, 80](#)).

ראוי היה לה, למדינה, שתיתן את המשקל הראוי לנסיבות המיוחדות של העותר 1, ותמנע מן הפגיעה העולה על הנדרש המגולמת בדרישת היציאה המכוונת לעותר 2.

22. אשר ליסוד השלישי – אפילו התקיימו היסודות הראשון והשני, ולא אמרנו כך, לא מתקיים באמצעי הנדון היסוד השלישי. לא מתקיימת מידה ראויה בין התועלת הצומחת ממנו לבין הפגיעה הוודאית בבני הזוג עליה עמדנו.

אכן, הבדיקה שעורך משרד הפנים טרם הסתיימה בהחלטה באשר לכנות הקשר, ולא ניתן לקבוע עמדה בשאלה זו קודם למתן החלטת משרד הפנים. עם זאת נוכח נסיבות המקרה, והגשת הבקשה להסדרת מעמד בארץ מיזמת בני הזוג לפני נקיטת הליכי הרחקה, אין לקבוע אפריורית כי מדובר בקשר פיקטיבי ונעדר כנות.

נוכח הנתונים שנאספו עד כה והראיונות שבוצעו, אין כל מניעה לסיים את הבדיקה וליתן את החלטה בבקשת בני הזוג לגופה, בתוך פרק זמן של שלושים יום (פרק הזמן שנקצב בנוהל למתן החלטה לאחר שבן הזוג הזר עוזב את הארץ), גם בלא שתידרש יציאת בן הזוג.

התועלת ביציאת בן הזוג, אינה ברורה בנסיבות המקרה כלל ועיקר. הנזק הלכאורי – כמבואר לעיל – גלוי וברור.

השווה: סטמקה, שם 778ה', 782ה'.

עת"מ (באר שבע) פוסחוב ולדימיר נ' משרד הפנים (טרם פורסם).

לסיכום היבט זה- כל אחד ממבחני המשנה, לא כל שכן הצטברותם, מצביעים על כך שהדרישה ליציאת בן הזוג הזר, בנסיבות המקרה, הינה מעבר למידה הדרושה. לעומת זאת - מתן החלטה בבקשת בני הזוג, בלא שתידרש יציאת העותר 2 כתנאי מוקדם, עולה בקנה אחד עם תכלית מדיניותו של המשיב, זאת - בלא לגרום לפגיעה בלתי מדתית בעותרים.

האם אושרה ההוראה נשוא המחלוקת בפסיקת בית המשפט העליון?

23. המשיב מפנה לפסקי דין שונים שניתנו על ידי בית המשפט העליון, מהם עולה לכאורה כי כאשר מדובר בשהות שלא כדין של בן הזוג הזר, עליו לעזוב בשלב ראשון את הארץ, על אף הקשר הזוגי הנטען. נעמוד על פסקי הדין, אחד לאחד. נמצא כי בית המשפט העליון לא דן בקטגוריה נשוא דיוננו כי אם במקרים בהם טענת הקשר הזוגי הועלתה לאחר שניתן צו ההרחקה. יתירה מכך – נראה כי הנהלים נשוא דיוננו כלל לא הובאו לידיעת בית המשפט העליון.

לאורך שנים נמנע המשיב מהצגת הנהלים לא רק בפני בית המשפט העליון, כי אם גם בפני בתי המשפט האחרים שדנו בסוגייה. כיוון שהנהלים לא פורסמו ברבים, על אף הוראות הדין וההלכה הפסוקה בנושא זה, לא היה בידי בעלי הדין האחרים להביאם בפני בית המשפט. נעשה כאן אתנחתא, נעמוד על חובת הפרסום של הנהלים, על הפרתה ועל השלכות הפרה זו.

על נהלים הנכתבים למגירה, ועל חובת הפרסום של נהלים

24. כמה עשורים חלפו מאז דבריו הברורים והנחרצים של השופט חיים כהן בע"א 421/61 מדינת ישראל נגד האז, פ"ד טו(3) 2193. אותו מקרה נסב על הפעלת סמכות של המנהל הכללי של בתי הדואר להתקין תקנות, אשר היו פטורות מפרסום ברשומות. ואכן נקבעו הוראות לעניין תשלומים בגין שירותי טלפון, אשר לא פורסמו ברבים. בלשונו של השופט ח' כהן (בעמ' 2204):

"מה עשה המנהל הכללי של הדואר? הוא קבע את אשר קבע בכתב, והחביא את הכתב במגירת שולחנו..."

והוסיף השופט כהן (בעמ' 2204-2205):

"אין חוקי סתר במדינת ישראל. כשקיימת הוראה בחוק הפוטרת מעשה-תחיקה מפרסום ברשומות, מותר שלא לפרסמו ברשומות, אבל אין זאת אומרת שמותר שלא לפרסמו כלל. חקיקה הנעשית בסוד והנשמרת בגנזי נסתרים, היא אחד מסימני ההיכר של שלטון טוטליטרי, והיא אינה עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. והדברים ידועים לכל בר-בי-רב, ויש להצטער צער רב על אשר לא שימשו נר לרגלי רשויות המדינה בענין שלפנינו."

גם במאטריה בה עסקינן הדגיש בית המשפט העליון, לא אחת, את חובת הפרסום של נהלים פנימיים. השופטת ביניש עמדה לאחרונה על חובה זו:

"מאליו מובן כי היות הנוהל קבוע בהנחיות אינה פוטרת את המדינה מפרסום הולם שלו. על חשיבות פרסומו של נוהל המעוגן בהנחיות מינהליות עמד בית משפט זה פעמים רבות בעבר. כך, לדוגמא, ראו לעניין זה, דבריו של השופט א' גולדברג:

"...חובה זו [החובה לפרסם הנחיות פנימיות] מושתתת על שני טעמים עיקריים.

טעם אחד מתמקד בפרט, והטעם השני מתמקד בשלטון. הטעם המתמקד בפרט, שורשו בהכרה בזכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו. טעם זה יש בו כדי להצדיק את פרסומן של נורמות חקוקות, נורמות פסוקות, ואף נורמות מינהליות (הנחיות פנימיות)... בפרסום בא לידי ביטוי משטר חופשי ודמוקרטי המבטיח את יכולתו של האדם לתכנן את חייו כרצונו... חובת ההגינות של השלטון כלפי האזרח מחייבת פרסום גם של ההנחיות הפנימיות, שהרי גם בהן יש כדי להשפיע על מהלך חייו של האזרח... הטעם השני המצדיק פרסומן של הנחיות פנימיות נוגע בעיקר לתקינותו של השלטון. לתקינות שזו שני פנים.

ראשית, יש בפרסומם של הכללים אשר לפיהם פועלת הרשות המינהלית כדי להוות מחסום כנגד שרירות לב שלטונית, ואף כנגד הפליה נסתרת... שנית, פרסומם של הכללים חושף אותם, ובכך את הרשות, לביקורת ציבורית ואף שיפוטית, אשר יכולה להוביל לשיפור מתמיד בדרך תפקודה של זו האחרונה".

[בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר ואח', פ"ד נג(5) 193, 199-198; ראו גם: בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501 והערותיו של בית משפט זה בעניין סטמקה, בעמ' 767-768].

פסיקתו של בית משפט זה בדבר החובה לפרסם הנחיות מינהליות כחלק מכללי מינהל תקין עוגנה על ידי המחוקק בסעיף 6 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998.

בג"ץ 7139/02 פריאל עבאס-בצה ו-22 אח' ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נו(3) 481, 490.

בית המשפט עמד בפסיקתו על דרכי הפרסום האפשריות:

"כך, למשל, יכול הפרסום להיעשות בדרך של פרסום בעיתונים, הפצת ההנחיות לגופים שעוסקים בעניין, תליית הנוהל בלוחות המודעות של לשכות מינהל האוכלוסין, פרסום ברשת האינטרנט וכל דרך סבירה אחרת המאפשרת את העמדתו של הנוהל לרשותו של כל מעוניין המבקש לעיין בו, באופן מקיף יותר מן הפרסום שניתן לו עד עתה."

שם, 492.

העדר פרסום של נוהל בני זוג לא נשואים

25. בעניינינו, לא זו בלבד שפרסום ראוי לא נעשה. אף זו – משרד הפנים נמנע מלהציג את הנוהל בבתי המשפט בהתדיינות רלבנטיות שונות.

הנוהל על עדכוני השונים, הוצג לבית המשפט, רק **בחודשים האחרונים**, לאחר שעלתה דרישה פוזיטיבית של בית המשפט, בעקבות מכתב גודלניק, שנשלח אל גורם חיצוני. חשיפתו של מכתב זה הביאה גם לגילוי הנוהלים. נמחיש את הדברים, בדרך הילוכה של התדיינות אחת בבית משפט זה [כתבי בית הדין הוגשו לתיק בית המשפט, ביזמת בית המשפט, בגדר הסמכות המוקנית בתקנה 12 לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין), התשס"א-2000].

העתירה בעת"מ (ת"א) 2121/04, הוגשה על ידי אזרח קנייתי, שוהה בלתי חוקי ואזרחית ישראלית. השניים קיימו, לפי הטענה, חיים משותפים במשך שלוש שנים, עד למעצר בן הזוג הזר בגין שהייה שלא כדין. בעתירה שהוגשה ביום 24.6.04 נטען כי בני הזוג הם ידועים בציבור, ונתבקש רשיון ישיבה לבן הזוג הזר מכוח היותם ידועים בציבור, לאחר שנודע להם כי בשנה האחרונה נוהג משרד הפנים להכיר ביחסים אלה, לצורך מתן מעמד בישראל.

העותרים צרפו לעתירתם את מכתב גודלניק, שהוזכר לעיל, שדן בשינויים בנוהל בני זוג לא נשואים. בתגובתו בכתב לבקשה למתן צו ביניים, התעלם משרד הפנים כליל מן הטענה בדבר קיומו של נוהל בני זוג לא נשואים. צויין כי בהתאם לנהלי משרד הפנים בקשת זר לקבל מעמד בישראל בשל היותו בן זוג של אזרח ישראלי, "תבחן רק לאחר שבני הזוג נישאו" (ס' 19 לתגובה).

בהחלטתי מיום 29.6.04, קבעתי כי בהעדר התייחסות בתגובה למכתבו של יועץ שר הפנים, ולמדיניות המוצהרת בו, יינתן צו ביניים. המשיב נתבקש מפורשות להגיש את הנוהל הנזכר במכתב. ביום 1.7.04 הודיע המשיב לבית המשפט על צירוף תצהירה של גבי מזל כהן, שהוגש בתיק אחר – עת"מ (ת"א) 2204/03, עליו עמדנו לעיל. בתצהיר ישנה, לראשונה, סקירה מלאה של נוהל בני זוג לא נשואים, על גלגוליו השונים, כמבואר לעיל, למעט הנוהל האחרון מיום 4.11.04, שבאותה עת טרם נכנס לתוקף.

עיון בעתמ 2204/03 (במסגרתו ניתן תצהירה של גבי כהן), שגם הוא נסב על בקשה של ידועים בציבור לקבל מעמד בישראל, מלמד כי גם כאן, בשלב הראשון, לא הוגשו הנהלים הרלבנטיים. בדיון בעתירה, ביום 8.3.04, החליט בית המשפט כי נציג הפרקליטות ישיג את ההנחיות החדשות של משרד הפנים שכנראה יצאו, יגיש תשובה מגובה בתצהיר לעניין הפעלתן, כל זאת תוך 10 ימים. בדיון נוסף שהתקיים ביום 5.5.04, בקש משרד הפנים דחייה נוספת, שכן הנוהל אמור להתקבל רק תוך 30 יום. תצהירה האמור של גבי כהן הוגש ביום 24.6.04. משרד הפנים נזקק לחצי שנה ממועד

הגשת העתירה, ולמעלה משלושה חודשים מן הדיון הראשון בו נדרשה הצגת הנוהל, כדי להציג נוהלים שהיו צריכים להיות מוגשים ביזמתו בתגובה הראשונה אותה הגיש לבקשה למתן צו ביניים (כמו גם בהתדיינות קודמות בהן הועלו טענות דומות).

במעמד הדיון בעתירה שבפנינו, בתשובה לשאלות בית המשפט, הבהירה ב"כ המשיב כי קיומם של הנהלים הנדונים הובא לידיעת הפרקליטות – המייצגת את המשיב בדיונים בבתי המשפט – **לראשונה בעתמ 2204/03 הנ"ל**, בו ניתן תצהירה של גב' כהן.

26. נעשה כאן סיכום ביניים של דברינו בתת פרק זה: משרד הפנים לא פרסם כנדרש את נוהל בני זוג לא נשואים. כפועל יוצא נמנעה זכותו של הפרט לדעת את הנורמות העשויות להשפיע על מהלך חייו. יש להניח כי כפועל יוצא לא פנו לפחות חלקם של בני הזוג שלנוהל היתה תחולה עליהם בבקשה להסדיר את מעמדם [השוו: **עתמ (ת"א) 2492/04 יורי קוסצ'וב נ' משרד הפנים** (טרם פורסם) – עמ' 5 לפסק הדין].

תקלה זו לבשה מימד חמור נוסף. במשך כארבע שנים לא הציג המשיב את הנהלים גם בפני בתי המשפט שדנו בעתירות של בני זוג לא נשואים. אין צריך לומר כי אי גילוי מכלול הנתונים לאשורם, חותר במישרין תחת יכולת בתי המשפט לקיים ביקורת שיפוטית אפקטיבית על המינהל הציבורי.

בית המשפט העליון, בהלכות אותן הזכרנו, עמד על כך שחובת הפרסום נועדה למנוע פגיעה בפרט וכן להבטיח את תקינות השלטון. התקלה שארעה בענייננו מהווה המחשה בולטת ומצערת לפגיעה שארעה עקב הפרת החובה, בשני ההיבטים.

מדובר בכשל חמור. הנחתי היא כי הגורמים המופקדים, יבחנו את הנושא לעמקו ויסיקו את המסקנות הנדרשות במישור המערכתי.

27. כאן המקום לסגור את המעגל, ולחזור לשאלה, האם יש ממש בעמדת המשיב לפיה בית המשפט העליון לא מצא פגם "במדיניות משרד הפנים ולפיה לא די בהצהרה על קשרי אהבה ועל ניהול משק בית משותף בכדי להעניק מעמד כלשהו בארץ..." (ס' 70 לכתב התשובה). נעמוד על פסקי הדין וההחלטות של בית המשפט העליון, אליהם מפנה המשיב:

בג"צ 1926/99 בג"צ 1926/99 **יורי פילגוק נ' מדינת ישראל**, תק-על 835 (2)99, נדון לפני קבלת נוהל בני זוג לא נשואים, וממילא הוראת הנוהל לא נדונה ולא נתבררה.

פסק הדין שניתן **בע"מ 11013/03 ואלרי יבטוחוב נ' שר הפנים**, תק-על 1620 (1)2004, וההחלטות **בבר"ם 7320/04 פיליפ יון נ' משרד הפנים**, תק-על 1717 (3)2004 **ובבר"ם 1836/03 אדמונד אוליאל נ' שר הפנים**, תק-על 129 (1)2003, ניתנו מבלי שנוהל בני זוג לא נשואים, הוצג בפני בית המשפט.

בנפרד מהאמור יצוין כי בכל מקרה אין למקרים אלה השלכה בענייננו, שכן שם נדון עניינם של מי שהעלו את הטענה בדבר קיומו של בן זוג ישראלי **לראשונה לאחר שנעצרו** וניתן עליהם צו הרחקה וצו משמורת, קטגוריה החורגת מנושא דיוננו. מסקנתנו הינה, אם כן, כי בפסיקתו האמורה של בית המשפט העליון, אין כדי לגרוע מקביעתנו המתייחסת לעניינם של העותרים.

עוד יובהר, כי גם פסקי דין שניתנו לאחרונה בבית משפט זה, אליהם מפנה המשיב, נסבו על מקרים בהם הועלתה הטענה בדבר קשר זוגי לראשונה לאחר מעצר ומתן צו הרחקה (להבדיל מהמקרה שבפנינו):

[עתמ \(ת"א\) 2492/04 יורי קוסצ'וב נ' משרד הפנים \(לא פורסם\)](#).

[עתמ \(ת"א\) 2837/04 ורגיניה מהיפוס נ' מדינת ישראל – משרד הפנים \(לא פורסם\)](#).

[עת"מ \(ת"א\) 2860/04 טחוריק לודמילה נ' משרד הפנים \(טרם פורסם\)](#).

28. המשיב מוסיף וטוען כי תיקון 13 [לחוק הכניסה לישראל](#), שינה את המצב המשפטי, ויש לפרש כל נוהל שניתן על ידי משרד הפנים כעולה בקנה אחד עם הוראותיו. בתיקון זה נקבע הכלל כי שוהה שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי, ושיקול דעת ממונה ביקורת גבולות לעיכוב ההרחקה הינו לתקופה מוגבלת ועל יסוד מסגרת שיקולים מוגדרת, כמפורט בס' 13(ד) [לחוק הכניסה לישראל](#). הוראת הסעיף מחייבת את יציאתו של השוהה הבלתי חוקי מן הארץ, וכך גם נקבע בנוהל.

אכן, סעיף 13(א) [לחוק הכניסה לישראל](#) מבהיר, כי "מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי [חוק השבות](#), התשי"א-1950, ונמצא בישראל, בלי רישיון ישיבה, יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן."

לפי ס' 13 (ב) לחוק, הסמכות ליתן צו הרחקה מסורה למשיב. הפעלתה נתונה לשיקול דעתו, אך שיקול דעת זה – הגם שהיקפו רחב – נתון לביקורת שיפוטית, בגדרן של עילות הביקורת המקובלות, כפי שכבר הובהר לעיל. על המשיב לפעול בסבירות, במידתיות, בתום לב, בהגינות, ללא שיקולים זרים, הפליה או שרירות. עליו לשקול את האפשרות לפגיעה בזכויות האדם של הנתונים להפעלת הסמכות, לא כל שכן את הזכויות המוקנות לאזרחי ישראל, ולתת לכך את המשקל הראוי (השוו: [ברק, פרשנות במשפט – פרשנות החקיקה](#) (תשנ"ג), 422-423; [זמיר, הסמכות המינהלית \(נבו\) כרך א' 104](#)).

כאשר תלויה ועומדת בפני המשיב בקשה להסדרת מעמד של בני זוג לא נשואים **קודם שניתן צו הרחקה**, במסגרת עליה עמדנו לעיל, עליו להפעיל את סמכותו במידתיות, ותיקון מס' 13 אינו גורע מחובתו זו. מבחני המשנה של עקרון המידתיות לא השתנו גם לאחר קבלת תיקון מס' 13, ובחינתם תיעשה על רקע הנסיבות הקונקרטיות בכל מקרה ומקרה.

[למען השלמת התמונה יש להדגיש כי גם לאחר שכבר ניתן צו הרחקה, סמכותו של המשיב לעכב או לבטל את הליכי ההרחקה אינה מוגבלת למסגרת הצרה הקבועה בס' 13 (ד') [לחוק הכניסה לישראל](#), כפי שמשמע מהנטען בס' 52 לכתב התשובה. כאשר קיים טעם ענייני המצדיק זאת, מוסמך המשיב לבטל את צו ההרחקה ולהתיר המשך שהייה ואף העסקה של שוהה שלא כדין. המחשה בולטת לכך, ניתן לראות בנוהל "שמים סגורים" שפרסם המשיב. נוהל זה מאפשר להתיר המשך שהיה והעסקה של עובדים זרים אשר הוצא נגדם צו הרחקה. להרחבה בנושא זה ראו: [עת"מ \(תל-אביב-יפו\) 1230/04 קיוהוה גיאנג נ' משרד הפנים](#), תק-מח 4248 (1)2004.

תיקון מס' 13 [לחוק הכניסה לישראל](#), אינו גורע אפוא ממסקנתנו הנוגעת להפעלת הסמכות בעניינם של העותרים.

סיכום

29. כללם של דברים: אין להחיל את דרישת היציאה בעניינם של העותרים, בשל כל אחד מהטעמים החלופיים הבאים:

א. לפי התשתית העובדתית שהונחה בפני, הדרישה נשוא המחלוקת לא נכללה בנהלים שקדמו לגרסה שפורסמה ביום 4.11.04. בהנחה שהנוהל מיום 4.11.04, אינו תקף, בשל כך שהמשיב לא גיבש דעתו אם אושר על ידי הגורם המוסמך, ממילא אין להחיל את דרישת היציאה בעניינם של העותרים.

ב. בהנחה שיימצא כי הנוהל מיום 4.11.04 נכנס לתוקף, שכן אושר על ידי הגורם המוסמך, לא תשתנה מסקנתנו בדבר העדר תחולתה של דרישת היציאה על העותרים שבפנינו. זאת בשל כך שאין להחיל על העותרים, באופן רטרואקטיבי, הוראה חדשה שיצאה לאוויר העולם לאחר הגשת העתירה, בנסיבות בהן אין מדובר בהוראה המיטיבה עימם.

ג. לחלופין – גם אם נניח כי הדרישה החדשה הינה ברת תחולה, החלתה בעניינם של העותרים אינה מידתית.

30. אשר על כן, דינה של העתירה להתקבל. החלטת המשיב מיום 21.10.04, מבוטלת בזה. על המשיב לקבל החלטה בבקשה להסדרת מעמדו של המשיב 2, מבלי שהאחרון יידרש לעזוב את הארץ עובר לקבלת החלטה. תקפו של צו ההרחקה מושעה עד לקבלת החלטה בבקשה. המשיב ישא בשכ"ט עו"ד של העותרים בסך 10,000 ₪, צמוד ונושא ריבית כדין עד לתשלום בפועל.

ניתן היום י"ז טבת תשס"ה, 29 דצמבר 2004, במעמד ב"כ הצדדים.

עוזי פוגלמן 54678313-2790/04

עוזי פוגלמן, שופט

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה

[הודעה למנויים על עריכה ושינויים במסמכי פסיקה, חקיקה ועוד באתר נבו - הקש כאן](#)