

	בג"ץ 2355/98	בג"ץ 7604/97	בג"ץ 3533/97	
א	בג"ץ 2567/98	בג"ץ 19/98	בג"ץ 4514/97	בג"ץ 3648/97
	בג"ץ 3533/98	בג"ץ 92/98	בג"ץ 4696/97	בג"ץ 8016/96
	בג"ץ 4019/98	בג"ץ 151/98	בג"ץ 7187/97	בג"ץ 343/97
	בג"ץ 4110/98	בג"ץ 468/98	בג"ץ 7218/97	בג"ץ 604/97
ב	בג"ץ 4623/98	בג"ץ 588/98	בג"ץ 7346/97	בג"ץ 924/97
	5188/98	2125/98	7353/97	בג"ץ 2147/97
				2180/97
ג				1. ישראל סטמקה
				2. ביג'לבהן פטל
				3. מרים גורודצקי
				4. פיטר פובי
ד				5. זהר יפעת
	בג"ץ 3648/97			6. סטיבן וואלי אדניגי
	בג"ץ 8016/96			חורחה ארנולף
	בג"ץ 343/97			אניטה רנצר
ה				1. עידו עידן
	בג"ץ 604/97			2. טטיאנה וודנסקי
				1. יצחק פרידמן
	בג"ץ 924/97			2. דוינה דרגומיר
				1. ברוך סמו
ו	בג"ץ 2147/97			2. ציון אזב טספזג
				1. אבדולה יילדיס
	בג"ץ 2180/97			2. נטליה קדושביץ
				1. טטיאנה איבנובנה ולצ'וק
ז	בג"ץ 3533/97			2. בוריס ספוז'ניקוב

[בג"ץ 4514/97](#)

1. וובטו וורקו אימר

2. סמלויט וולדיאס

א 1. אלכסנדר דיאצ'נקו

[בג"ץ 4696/97](#)

2. אלכסנדרה גורלוב

1. בוריס סרברניק

2. אלסיה וסיליאדי

[בג"ץ 7187/97](#)

3. יורי וסיליאדי

1. רנטה סקוב

ב

[בג"ץ 7218/97](#)

2. איגור אגפוניקוב

1. סימונה ווילף

2. יוגן הוסאנו

3. עינת פרימו

ג

[בג"ץ 7346/97](#)

4. פרינס הייס אמללו

1. יבגני סטרמובסקי

[בג"ץ 7353/97](#)

2. לריסה שבץ

1. חנה ישראלי

ד

[בג"ץ 7604/97](#)

2. פרדריק קואמינה וילסון

1. אשמי איצ'להום טספאי

[בג"ץ 19/98](#)

2. אבבה פיסהה

[בג"ץ 92/98](#)

מספין מתיוס בקלה

[בג"ץ 151/98](#)

פרץ מזלח

1. גרדה גמליאל

ה

[בג"ץ 468/98](#)

2. Godwin Iheanacho Ugwu

ו

ז

	פ"ד נג (2) 728
	1. איגור מובשיץ
א	2. אוקסנה קוזאייב
	1. מקסים קוזנצוב
	2. אירינה וסילייב
	1. מרים ינאי
ב	2. Joseph Uchenna Dike
	1. אינסה יגודייב
	2. ויאצ'סלב בובריניוב
	1. דמיטרי סנדקוב
ג	2. נינה לוקאוט
	1. דב הולצברג
	2. רוזליה צ'יפאי
	1. גנאדי ליפשיץ
	2. ולנטינה אובצ'נקובה
	3. לאה חזין
ד	1. אלה אליזבת שוניה
	2. Ade Juwon Ajifolawe Ojomo
	1. סמיון רביניקוב
	2. אירינה רביניקוב (רסטבורצב)
ה	נגד
	1. שר הפנים
	2. מנהל מחלקת אשרות וזרים במשרד הפנים
	3. מנהל מינהל האוכלוסין
ו	4. מנהל האגף הקונסולרי – משרד החוץ (המשיב 4 בבג"ץ 604/97)
ז	

בבית-המשפט העליון בשבתו כבית-משפט לגבוה לצדק

א

[4.5.1999]

לפני השופטים מ' חשין, ד' דורנר, ד' ביניש

במשך שנים רבות פירש משרד הפנים את חוק השבות, תשי"א-1950, כך שבן-הזוג הלא יהודי של יהודי אשר היה אזרח ישראל לעת הנישואין, זכה – עם נישואיו – במעמד של יהודי על-פי חוק השבות ובמעמד של עולה על-פי חוק האזרחות, תשי"ב-1952. בשנת 1995 שינה משרד הפנים את טעמו. על-פי הגישה החדשה אותו בן-זוג שאינו יהודי לא יבוא בגדרי חוק השבות, וממילא לא יזכה בזכויותיו של יהודי, לרבות לא בזכותו לקבל את אזרחות ישראל אך לרצונו בלבד.

ב

בעתירה תוקפים העותרים – שרובם ככולם נישאו ב"נישואי תערובת" כאשר אחד מבני-הזוג יהודי והאחר אינו יהודי – את הגישה הפרשנית החדשה של משרד הפנים. כמו כן הם תוקפים את מדיניות משרד הפנים שלפיה בן-הזוג הלא יהודי נדרש לעזוב את הארץ עד שיהיה סיפק ביד משרד הפנים לברר אם הנישואין הם נישואי אמת או נישואין פיקטיביים.

ג

בית-המשפט העליון פסק:

ד

א. (1) רשות שפירשה את סמכותה בדרך מסוימת – 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. ולעניין זה אין מקום לכל טענה של מניעות המכוונת למנוע מהרשות לחזור בה מפירושה השגוי (742, ד1).

ה

(2) אפשר כי מעשים והחלטות שנעשו בעבר לאור הפירוש השגוי יעמדו בתוקפם ולו משום שיחידים קנו אינטרסים וזכויות ולא יהא זה ראוי לשנות את מצבם לרעה (742ה).

ב. (1) על-פי עקרון הפרדת הרשויות, הסמכות והאחריות לפירוש של חוק ניתנו בידי בתי-המשפט. אשר-על-כן, המשקל שעל בית-המשפט לייחס לפרשנות שניתנה לחוק על-ידי הרשות המינהלית הפועלת מכוחו הוא מוגבל ביותר. טעם נוסף לגישה זו הוא שבית-המשפט הוא הגורם המתמחה במלאכת פרשנות החוקים (743 ג – ה, 744ה).

ו

(2) לעניין זה יש מקום להבחין בין חוקים הבאים לקבוע נורמות התנהגות לבין חוקים שנושאים הם מקצועי או טכני מובהק. במקרה של אלו האחרונים, ראוי שבית-המשפט ייעזר, בעת פרשנות החוק, בפרשנות הרשות המינהלית בעלת הידע הטכני והמומחיות לנושא הקונקרטי (745 – 746ב).

ז

(3) במקרה דנן, חוק השבות הוא חוק נורמטיבי, המהווה את אחד מחוקי התשתית של המדינה, ולכן לפרשנות שמעניק משרד הפנים לחוק תהא השפעה מזערית, אם בכלל, על בית-המשפט הבא לפרש חוק זה (746ב – ג).

ג. (1) המאפיין העיקרי של זכות השבות הוא היותה זכות כמעט אבסולוטית. כל יהודי באשר הוא שם יכול וזכאי – לרצונו בלבד – לממש את זכות השבות, לבד מאותם

- חריגים – המצומצמים בהיקפם, המפורטים בסעיף 2(ב) ל**חוק השבות**. ולאור סעיף 2(א) ל**חוק האזרחות**, הופך יהודי ש**חוק השבות** חל עליו לאזרח המדינה עם הגיעו לישראל וללא תקופת המתנה (1751 – 1752).
א (2) לעומת זאת, מי שאינם יהודים, כניסתם ארצה ושהייתם בה כפופים להוראות **חוק הכניסה לישראל**, תשי"ב-1952, הקובע משטר של רישוי, ומעניק לשר הפנים ולשלוחיו שיקול-דעת רחב אם להעניק להם רישיון כניסה ושהייה בישראל אם לאו (א753 – ב).
- ד. (1) הוראת סעיף 4 ל**חוק השבות** – המקנה זכויות של שבות לבני משפחה לא יהודים של יהודים – נועדה למשפחות של נישואי תערוכת בקרב יהודי התפוצות, במגמה שלא להביא לפיצולן ובמטרה לעודד את עלייתן ארצה. מגמה זו ביקש המחוקק להגשים על-ידי הקניית זכויות שבות לבן משפחתו של יהודי, גם בלא להכיר בו כיהודי (1753, 1755 – ד).
(2) אשר-על-כן, הגם שמבחינת לשון סעיף 4 היא חלה גם על בני-זוגם הלא יהודים של יהודים אזרחי ישראל והמבקשים להנות את עצמם מ**חוק השבות וחוק האזרחות** לאחר נישואיהם, הרי התכלית העיקרית של החוק לא כוונה לחול על מקרים הנופלים לקטגוריה זו (1749 – ה, א757).
(3) ומכאן מתבקשת המסקנה כי זכות השיבה מוקנית אך ורק לבני משפחה של יהודים טרם עלותם ארצה. זכות זו אינה עומדת לעותרים, באשר בני-זוגם הם יהודים אזרחי ישראל – בין מלידה ובין לאחר שמימשו את זכות השיבה לפני נישואיהם – ואין בכוחם להקנות את זכות השבות לבני-זוגם (1760).
ה. זר הנישא לאזרח ישראל אינו קונה – בעצם נישואיו – זכות להתאזרחות, ולשר הפנים יש סמכות להיעתר או שלא להיעתר לבקשת ההתאזרחות המוגשת לו בידי אותו בן-זוג זר. לפיכך, יש לשר הפנים סמכות – מכוח סעיף 13 ל**חוק האזרחות** – להוציא צו גירוש כנגד בן-זוג כזה שאינו אזרח ישראל או עולה על-פי **חוק השבות** אם הוא נמצא בישראל בלי רישיון ישיבה (1764 – 1765, 1766 ב).
- ו. (1) חובתה של רשות מינהלית הקובעת הנחיות פנימיות האוצלות על זכות הפרט היא להבאתן של ההנחיות לידיעת המעוניינים בין בפרסומן ברבים ובין בדרך אחרת. וחובה זו היא תנאי מוקדם לקביעתן ולהחלתן של ההנחיות (1768 – ד).
(2) מדיניות משרד הפנים באשר לחובת היציאה מן הארץ של בן-הזוג הלא יהודי שנישא ליהודי עד להשלמת בירור כנותם של הנישואין לא פורסמה על-ידי משרד הפנים באורח מסודר, למעט הודעה כללית שפורסמה באופן חד-פעמי בעיתונים היומיים. מצב דברים זה גובל באי-חוקיות (1768 – ג).
(3) העובדה שחלק מן הנפגעים מאי-פרסום המדיניות שוהים בישראל שלא כחוק אין בה, לכאורה, כדי למנוע את העלאת הטענה, באשר חובת הפרסום חלה על הרשות המינהלית מכוח עקרון שלטון החוק (1768 – א769).
- ז. סמכות שר הפנים, על-פי **חוק הכניסה לישראל**, להורות על גירושו של זר היא סמכות רחבה למדי, אך אין היא סמכות מוחלטת. אין הפטור מחובת ההנמקה – הנתון לשר מכוח הוראת סעיף 9(ב) לחוק לתיקון לסדרי מינהל (החלטות והנמקות), תשי"ט-1958 – שולל את סמכות הביקורת השיפוטית על הפעלת סמכות הגירוש (1770 – ו).

ח. (1) דרישת המידתיות – החלה על הפעלת שיקול-דעתה של כל רשות בת-סמך – משמעה כי נדרש קשר רציונלי של התאמה בין האמצעי שבחרה הרשות להשגת מטרתה, וכי עוצמת הפגיעה שגורמת המדיניות המינהלית לפרט לא תעלה באורח בלתי ראוי על עוצמת התועלת של המדיניות (1776 – ז, 1777 – ת).

א

(2) רצונו של משרד הפנים להילחם בתופעת הנישואין הפיקטיביים היא "תכלית ראויה", ואולם השאלה היא אם האמצעי שבו בחר המשרד – הצבת הדרישה כי בני-הזוג הלא יהודים יאלצו לצאת מהארץ עד תום הבירור לגבי האותנטיות של נישואיהם לבני-זוגם אזרחי ישראל – פגיעתו אינה עולה על הנדרש ביחס למידת התרומה שלו לקידום מטרת הפעולה (778 א – ב).

ב

(3) בראש ובראשונה מתעוררים ספקות של ממש ביחס לעצם קיומו של קשר רציונלי בין המדיניות האמורה לבין קידום המטרה של הפחתת מספר הנישואין הפיקטיביים, וזאת מכמה בחינות: ראשית, על פני הדברים נראה כי הדרישה כי בן-הזוג הלא יהודי יצא מישראל עד לתום הבירור עשויה, מחד גיסא, שלא להרתיע את מי שגמרו אומר להשיג אזרחות ישראלית באמצעות נישואין פיקטיביים, ומאידך גיסא, עשויה לפגוע קשות בקשרי נישואין אותנטיים כתוצאה מהפרדה הנכפית עליהם כתוצאה ממדיניות זו (778 ה – ו).

ג

(4) שנית, אף שהמדיניות האמורה של משרד הפנים נוהגת כבר שנים מספר לא הוכח כי היא תורמת בפועל להפחתת מספר הנישואין הפיקטיביים. משרד הפנים לא הציג בפני בית-המשפט כל נתונים רלוונטיים באשר להשפעה של אימוץ המדיניות הזו על מספר הנישואין הפיקטיביים (778 ז, 795 ד).

ד

(5) שלישית, דומה כי הצעד של הרחקת אחד מבני-הזוג (או שניהם גם יחד) מישראל עד לתום הבירור עלול דווקא להקשות על קיום בדיקות מסוימות הנדרשות לשם בחינת האותנטיות של הקשר בין בני-הזוג, ובעיקר האפשרות לעקוב אחר קיום מקום מגורים משותף והחזקתו של משק בית משותף (779 א – ד).

ה

(6) גם הדרישה הנוספת של המידתיות, של קיום יחס ראוי בין התועלת לציבור שבמדיניות לבין הפגיעה בפרט כתוצאה מהמדיניות, אינה מתקיימת במקרה הנדון. מדיניות זו של משרד הפנים פוגעת פגיעה קשה ומכאיבה בבני-זוג רבים, באשר היא קורעת אותם זה מזה לתקופה של חודשים ארוכים, וזאת בנוסף לקשיים הכספיים והאחרים שנגרמים לבני-הזוג כתוצאה ממנה. כל זאת בעוד שהתועלת אשר מופקת מן המדיניות אינה אלא תועלת שהיא ספקולטיבית ובלתי מוכחת (780 א – ה, 781 ה – ו).

ו

(7) אשר-על-כן מתבקשת המסקנה כי מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם שוהים בישראל שלא בהיתר, הינה מדיניות שאינה עומדת במבחן המידתיות ולכן היא פסולה ובטלה. מדיניות זו גם אינה עולה בקנה אחד עם מושכלות יסוד של משטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח (782 א – 783 א).

ז

(8) אין פירוש הדבר כי לא ייתכנו מקרים שבהם יהא משרד הפנים מוסמך כדין לדרוש את יציאתו מן הארץ של בן-הזוג הלא יהודי עד להשלמת בירור כנות הנישואין. כך במקרים שבהם פיקציית הנישואין בולטת על פני הדברים מראיות חזקות שמושגות במהלך בירור ראשוני או כאשר מוכח בעליל כי תעודת הנישואין היא מעשה זיוף.

- במקרים כאלה ניתן להפעיל את האמצעי האמור לאחר מתן הזדמנות לבני-הזוג להשמיע את דברם (783ב – ה).
- א (9) ואולם, במקרה הרגיל, עצם העובדה שבן-הזוג הלא יהודי שהה בעת עריכת הנישואין שלא כחוק בישראל, אינה מאפשרת למשרד הפנים להציב כתנאי להמשך הטיפול בבקשת ההתאזרחות את יציאת בן-הזוג מישראל. דומה כי הפתרון הראוי במצבים אלו הוא שהשהייה שלא כחוק בעת הנישואין תטיל על בני-הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנות נישואיהם (1783 – 784א).
- ב (1) ט. אין מקום להתערב במדיניות משרד הפנים שלפיה ההסדר החל על בני-זוגם של אזרחי ישראל המבקשים רישיון לישיבת קבע הוא ההסדר החל על בני-זוגם של תושבי ישראל המבקשים רישיון כזה, לעניין משך ההמתנה עד שבן-הזוג הזר יזכה בתושבות קבע (788ג – ז).
- (2) הסדרי שהייתו של בן-הזוג הזר בארץ ראוי היה להם כי יוסדרו בתקנות, או למצער, שומה על משרד הפנים לקובען בהנחיות מינהליות אשר יזכו לפרסום ברבים (796ג).
- ג (1) י. על-פי סעיף 7 לחוק האזרחות מוסמך שר הפנים להעניק אזרחות לבן-זוגו של אזרח ישראלי גם אם לא נתקיימו בו הדרישות הכלליות לעניין אזרחות המפורטות בסעיף 5(א) לחוק האמור. ואולם, שיקול-דעתו של השר בעניין זה הוא רחב. כשם שרשאי הוא לוותר על קיום התנאים הקבועים בסעיף 5(א) כך רשאי הוא שלא לוותר על קיומם ולעמוד על קיום מקצתם. עם זאת, במסגרת שיקול-דעתו, אין השר רשאי להתעלם מהוראת סעיף 7 שעל-פיה ניתן להקל על בני-זוג של אזרחים ישראלים שעה שמבקשים הם לזכות באזרחות ישראל (790ה – 791א, ז).
- (2) בעניין זה הנטל הוא על השר להסביר מדוע אין הוא פוטר בן-זוג כאמור מהתנאים הנקובים בסעיף 5(א) כולם או מקצתם. ורק במקרים חריגים ביותר ניתן יהיה לקבל עמדה של שר הפנים שלפיה חובתו של בן-הזוג לקיים את כל הדרישות הנקובות בסעיף 5(א) (792א – ב).
- ה (3) הלכה למעשה, מדיניות שר הפנים, כפי שהוצגה בפני בית-המשפט, מצביעה על כך שאין הבדלים ממשיים בין הדרישות המוצבות לעניין ההתאזרחות בין בני-זוג של אזרחים לבין מתאזרחים שאינם בני-זוג. במיוחד אמורים הדברים לגבי משך תקופת הזמן הארוכה של שש שנים בקירוב עד שהשר נכון להתחיל לדון בבקשתו של בן-הזוג להתאזרחות. בכך, אין מדיניות השר תואמת את הנחיית המחוקק בסעיף 7 לחוק האזרחות להקל עם בני-זוג את תהליך ההתאזרחות. הדרישה האמורה גם אינה עומדת בדרישות הסבירות והמידתיות (793ה – ז, 794ב – ג).
- (4) מכאן, שעל השר לקבוע מדיניות – אשר תפורסם – ושלפיה יזכה בן-הזוג באזרחות בתום תקופת זמן סבירה שתיקבע ובהתמלא התנאים המוקדמים הנדרשים. מדיניות זו צריכה לכלול התייחסות גם למקרי חריג, ואסור שתמנע דיון בכל בקשת התאזרחות לגופה (794א, ה – ו, 796ה – ה).

חקיקה ראשית שאוזכרה:

- א – [חוק השבות](#), תשי"ו-1950, [סעיפים 1, 2\(א\), 2\(ב\), 2\(ב2\), 2\(ב3\), 3, 3\(א\), 4, 4א, 4א\(א\), 4א\(ב\), 4ב](#).
- [חוק האזרחות](#), תשי"ב-1952, [סעיפים 1, 2, 2\(א\), 5, 5\(א\), 5\(1\), 5\(2\), 5\(3\), 5\(4\), 5\(5\), 5\(6\), 7, 8-5, 7](#).
- ב – [חוק השבות](#) (תיקון מס' 2), תשל"ל-1970.
- [חוק ביטוח בריאות ממלכתי](#), תשנ"ד-1994, [סעיף 8](#).
- [חוק הביטוח הלאומי](#) [נוסח משולב], תשנ"ה-1995, [סעיף 351\(יא\)\(2\)](#).
- [חוק ערי ואזורי פיתוח](#), תשמ"ח-1988, [סעיף 12](#).
- ג – [חוק הכניסה לישראל](#), תשי"ב-1952, [סעיפים 2, 2\(א\), 2\(א2\), 3, 3\(א\), 12, 13, 13\(א\)](#).
- [חוק לתיקון סדרי המינהל \(החלטות והנמקות\)](#), תשי"ט-1958, [סעיף 9\(ב\)](#).
- [חוק מרשם האוכלוסין](#), תשכ"ה-1965, [סעיף א3](#).
- ד – [פקודת הפרשנות](#) [נוסח חדש], [סעיף 17](#).

חקיקת משנה שאוזכרה:

- [תקנות השבות](#), תשט"ז-1956, [תקנה 6](#).
- [תקנות הסדרים במשק המדינה \(הנחה מארנונה\)](#), תשנ"ג-1993, [תקנה 2](#).
- [תקנות הכניסה לישראל](#), תשל"ד-1974, [תקנות 5\(א\), 6\(ה\)](#).

הצעות חוק שאוזכרו:

- הצעת [חוק השבות](#), תשי"ו-1950.
- הצעת [חוק האזרחות](#), תשי"ו-1950, [סעיף 5](#).

אמנות שאוזכרו:

- האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, עמ' 269, [סעיפים 1.23, 2.23](#).
- ז – האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, כ"א 31, עמ' 205, [סעיף 10](#).
- האמנה בדבר אזרחותה של אישה נשואה, כ"א 8, עמ' 605, [סעיף 3\(1\)](#).

פסקי-דין של בית-המשפט העליון שאוזכרו:

- א
- [1] [בג"ץ 1850/93](#) אוניולו נ' משרד הפנים (לא פורסם).
- [2] [בג"ץ 3680/95](#) טבריה נ' משרד הפנים (לא פורסם).
- [3] [רע"פ 1127/93](#) מדינת ישראל נ' קליין, פ"ד מח (3) 485.
- [4] [בג"ץ 4031/94](#) ארגון "בצדק" נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד מח (5) 1.
- [5] [בג"ץ 5290/97](#) עזרא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות, פ"ד נא (5) 410.
- ב
- [6] [בג"ץ 1520/91](#) וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו (5) 502.
- [7] [בג"ץ 3679/94](#) אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו, פ"ד מט (1) 573.
- [8] [בג"ץ 265/87](#) ברספורד נ' משרד הפנים, פ"ד מג (4) 793.
- ג
- [9] [בג"ץ 26/51](#) מנשה נ' יו"ר וחברי בית דין הרבנות בירושלים, פ"ד ה 714.
- [10] [בג"ץ 125/80](#) אנגל נ' שר הפנים, פ"ד לד (4) 329.
- [11] [בג"ץ 825/89](#) קלף נ' מדינת ישראל, פ"ד מד (4) 772.
- [12] [בג"ץ 758/88](#) קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו (4) 505.
- ד
- [13] [בג"ץ 482/71](#) קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כו (1) 113.
- [14] [בג"ץ 58/68](#) שליט נ' שר הפנים, פ"ד כג (2) 477.
- [15] [ע"פ 3363/98](#) קניאז'נסקי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג (2) 479.
- [16] [בג"ץ 754/83](#) רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח (4) 113.
- ה
- [17] [בג"ץ 576/97](#) שרף נ' שר הפנים (לא פורסם).
- [18] [בג"ץ 328/60](#) מוסא נ' שר-הפנים, פ"ד טז 69.
- [19] [בג"ץ 774/97](#) מולודובה נ' משרד הפנים (לא פורסם).
- [20] [בג"ץ 6844/97](#) קדר נ' שר הפנים (לא פורסם).
- [21] [בג"ץ 164/97](#) קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ, פ"ד נב (1) 289.
- ו
- [22] [בג"ץ 2394/95](#) מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט (3) 274.
- [23] [בג"ץ 559/92](#) מנדל נ' משרד הפנים – מינהל אוכלוסין (לא פורסם).
- [24] [בג"ץ 5537/91](#) אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו (3) 501.
- ז
- [25] [בג"ץ 4539/94](#) נקסה נ' ד"ר אפרים סנה (לא פורסם).
- [26] [בג"ץ 1689/94](#) הררי נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15.
- [27] [בג"ץ 144/50](#) שייב נ' שר הביטחון, פ"ד ה 399.
- [28] [בג"ץ 740/87](#) בנטלי נ' שר הפנים, פ"ד מב (1) 443.
- [29] [בג"ץ 282/88](#) עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב (2) 424.

- פ"ד נג (2) 728
- [30] [בג"ץ 100/85 בן ישראל נ' מדינת ישראל, פ"ד לט \(2\) 45.](#)
- [31] [בג"ץ 297/82 ברגר נ' שר הפנים, פ"ד לז \(3\) 29.](#)
- [32] [בג"ץ 987/94 יורונט קווי זהב \(1992\) בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מח \(5\) 412.](#)
- [33] [בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט \(5\) 1.](#)
- [34] [בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא \(4\) 367.](#)
- [35] [ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט \(4\) 221.](#)
- [36] [בג"ץ 450/97 תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד נב \(2\) 433.](#)
- [37] [בג"ץ 6971/98 פריצקי, עו"ד נ' ממשלת ישראל, פ"ד נג \(1\) 763.](#)
- [38] [בג"ץ 14/65 כורי נ' שר הפנים, פ"ד יט \(2\) 322.](#)
- [39] [בג"ץ 115/67 המועצה המקומית ראש העין נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד כא \(1\) 524.](#)
- [40] [ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב \(3\) 421.](#)
- [41] [ע"א 8639/96 אריה חברה לביטוח בע"מ נ' קרדוניס \(לא פורסם\).](#)
- [42] [ע"א 5794/94 ארט חברה לביטוח בע"מ נ' בן שבת, פ"ד נא \(3\) 489.](#)
- [43] [בג"ץ 2950/96 מוסא נ' שר הפנים \(לא פורסם\).](#)
- [44] [בג"ץ 3087/97 עישה נ' שר הפנים \(לא פורסם\).](#)
- [45] [בג"ץ 3497/97 קאמלה נ' שר הפנים \(לא פורסם\).](#)
- [46] [בג"ץ 31/53 מוסטפא נ' אלוף פיקוד הצפון, צה"ל, פ"ד ז 587.](#)
- [47] [בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ \(2\) 18.](#)
- [48] [ע"פ 6182/98 שינביין נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נג \(1\) 625.](#)
- פסקי-דין אמריקניים שאוזכרו:
- [49] *Landon v. Plasencia* 459 U.S. 21 (1982).
- [50] *Galvan v. Press* 347 U.S. 522 (1954).
- פסקי-דין בינלאומיים שפורסמו:
- [51] *Berrehab v. The Netherlands* 11 E.H.R.R. 322 (1988).
- ספרים ישראליים שאוזכרו:
- [52] א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה (תשנ"ג).
- [53] א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ג](#), פרשנות חוקתית (תשנ"ד).
- [54] ח' ה' [כהן המשפט \(תשנ"ב\)](#).

התנגדות לצווים-על-תנאי מיום 16.9.1997. העתירה נתקבלה. הצווים-על-תנאי נעשו מוחלטים במובן זה שעניינם של העותרים הוחזר לרשות המוסמכת על-מנת שתשוב ותדון בהם בהתאם להנחיות שנקבעו בפסק-הדין.

א

ענת שקולניקוב, ענת בן-דור, ניקול מאור (סנטר) – בשם העותרים [בבג"ץ 3648/97](#);

רמי אמיר, ניר אמודאי, איל אקוניס – בשם העותר [בבג"ץ 8016/97](#);

שמואל מינצר – בשם העותרים [בבג"ץ 343/97](#), 604;

יוסף בן-מנשה – בשם העותרים [בבג"ץ 924/97](#), 2147, 2180, 4514, 19/98, 3533, 4019;

ארנון שוטלנד – בשם העותרים [בבג"ץ 3533/97](#);

גריגורי גיימן – בשם העותרים [בבג"ץ 4696/97](#);

איליה וייסברג – בשם העותרים [בבג"ץ 7187/97](#);

רמי משינסקי – בשם העותרים [בבג"ץ 7218/97](#);

ד"ר תיאודור שוורצברג – בשם העותרים [בבג"ץ 7346/97](#), 7604, 468/98, 2355, 4623, 4110;

אבינועם אשכנזי – בשם העותרים [בבג"ץ 92/98](#);

וודים סטרוביחובסקי – בשם העותרים [בבג"ץ 2125/98](#);

לורה מקסיק – בשם העותרים [בבג"ץ 2567/98](#);

דיינה הר-אבן – בשם העותרים [בבג"ץ 5188/98](#);

יוכי גנסיין, ממונה על ענייני הבג"צים בפרקליטות המדינה;

דנה בריסקמן, סגנית בכירה לפרקליטת המדינה;

ענר הלמן, עוזר לפרקליטת המדינה;

אודית קורינלדי-סירקיס, סגנית בכירה לפרקליטת המדינה;

אורית קורן, סגנית בכירה א לפרקליטת המדינה – בשם המשיבים.

ב

ג

ד

פסק-דין

א

השופט מ' חשין

עשרים ושמונה עתירות הן המונחות לפנינו, ועניינן 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 פתרון. משנמצא לנו כך, אמרנו נדון בכל העתירות בצוותא-חדא, ואף פסק-הדין שניתן בכלן יהיה אחד. ופסק-הדין שלפנינו הוא אותו פסק-דין אחד.

ג

2. פלוני, יהודי ואזרח ישראל, נושא לו לאישה בנישואי-חוץ – בין בנישואי-התכתבות, "נישואי פאראגוואי", ובין בנישואין-בין-נוכחים במדינת-חוץ – את פלונית, ופלונית אינה יהודייה ואינה אזרחית ישראל. כיוצא בזוג זה, פלמונית, יהודייה 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](#) עידן נ' שר הפנים) הינם זוגות מעורבים על-פי הדגם שהצבנו: זוג שבו הגבר הוא יהודי אזרח ישראל והאישה היא לא-יהודייה זרה, או זוג שבו האישה היא יהודייה אזרחית ישראל והגבר הוא לא-יהודי זר. בפרשת עידן ([בג"ץ 604/97](#)) שני בני-הזוג אינם יהודים – הגבר הוא אזרח ישראל והאישה אזרחית אוזבקיסטן – ועל-כן מעוררת עתירה זו אך מקצת השאלות שנדון בהן. לנוחות הדיון נדון להלן בדרגם של זוג שבו הגבר הוא יהודי אזרח ישראל והאישה היא לא-יהודייה זרה, ולמותר לומר כי פתרונות שנציע יחולו גם על זוגות שבהם האישה היא יהודייה 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](#), תשי"ב-1950 החל אך על יהודים ועל בני-משפחה של יהודים (כפי שנוסיף ונפרט עוד להלן).

ד

ה

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

ו

(1) האם זכאי הוא בן-הזוג הזר הלא-יהודי לזכויות שאותן מקנים [חוק השבות](#) ו**חוק 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 הנישואין לגופם, ובעיקר: האם נישואי-אמת הם אם נישואים פיקטיביים. האם מוצדקת היא מדיניות זו, והאם ראוי כי יינתן למשרד הפנים להמשיך בה כדרכו עתה?

א

(3) בהנחה שהתשובה לשאלה הראשונה היא בשלילה – לאמור: אותו לא-יהודי אינו זכאי בזכויותיו של יהודי על-פי [חוק השבות](#) – מה הוא מעמדו על-פי [חוק האזרחות](#)? האם זכאי הוא לזכויות-יתר על-פי חוק זה או שמא דינו כדין מהגר?

ב

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

ג

בהמשך דברינו נדון בשאלות אלו, אחת לאחת, כסדרן.

זכותו של בן-זוג לא-יהודי לשבות –

פירוש שהמינהל נותן לחוק שנים רבות

ד

4. כאמור בראש דברינו, זה הוא הדגם שסביבו בונים אנו את חוות-דעתנו: יהודי, אזרח הארץ, נושא לו לאישה – בנישואי-חוץ – מי שאינה יהודייה 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 בשם של בני-הזוג בלא שהנישואים עוזבים כלל את גבולות המדינה. מקצת הזוגות נישאו במדינת חוץ בטקס נישואין רגיל.

ה

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](#) אוניולו נ' משרד הפנים [1]; [בג"ץ 3680/95](#) טבריה נ' משרד הפנים [2]. בשנת 1995 שינה משרד הפנים את טעמו והחל מפרש את החוק אחרת. לפי הפירוש החדש, אותו בן-זוג שאינו יהודי לא יבוא בגדר [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.

ו

ז

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 הדבקים. 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 רשאי הוא בית-המשפט להביא במניין שיקוליו – כשיקול תקף – דרכי פרשנות שהרשות המינהלית נהגה לפיהם, לעתים 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 במשקל זה או אחר? שאלה זו אינה חדשה עמנו, ונאמר בה דברים אחדים.

6. על טענת המניעות – טענה אשר הועלתה אך בשפה רפה ובחצי-פה – לא נרחיב דברים. רשות שפירשה את סמכותה בדרך מסוימת – 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 למשקל שראוי כי ניתן לנוהגה של הרשות – בפירושה לחוק – לעת בואו של בית-משפט לפרש אותו חוק. בבוא בית-המשפט לפרש הוראת-חוק, מה משקל ייוודע לנוהגה של הרשות המוסמכת לפרש אותה הוראה בדרך מסוימת? או אחרת: בהימצא לבית-המשפט כי פירושו-שלו לחוק שונה מפירושה של הרשות המוסמכת – פירוש שאותה רשות ניהגה עצמה לפיו שנים רבות – היעניק בית-המשפט משקל לפירוש הרשות אך באשר כך פירשה את החוק עת ארוכה? למותר לומר כי שאלה זו תעלה במקרים שבהם החוק הוא דו-משמעי – או אף רב-משמעי – ואלה מקרים שאינם שכיחים. בשאלה זו דן המחבר א' [ברק](#) [פרשנות במשפט, כרך ב](#), פרשנות החקיקה [52], בעמ' 791 ואילך, ומתאר הוא לפנינו

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

א

8. כשאני לעצמי, דומני כי המשקל הנודע לפירושה של הרשות – באשר הוא – הינו משקל 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 הרטוריקה אשר תהא, דומה עליי כי ככל שינסה להתנער מפירושה של הרשות לחוק, למצער בתת-מודע יושפע בית-המשפט מאותו פירוש שיחלחל בתודעתו. ואולם, בכפוף להערת-הקדמה זו, דעתי היא כי פירושה של הרשות לחוק – באשר הוא – ראוי שייוודע לו משקל מועט ביותר. מכל מקום, נוכל להבחין בין סוגי חוקים שונים, ואותו משקל מועט אפשר שישתנה מחוק לחוק. נפתח בראשון ראשון.

ב

ג

כלל ראשון – ראש וראשון – הוא, שהסמכות לפירושו של חוק לבית-המשפט ניתנה. ועם הסמכות מונחת לפתחו 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' קליין (פרשת קליין [3]), בעמ' 501-500, ונחזור על הדברים:

ד

ה

"...סמכות חקיקת חוקים לרשות המחוקקת ניתנה – לה, ולה בלבד. וכלשונו הפיוטית של השופט זילברג ברע"פ [53/54 ג](#) אש"ד, מרכז זמני לתחבורה נ' היועץ המשפטי, 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..."

ו

ז

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" נ' ראש ממשלת ישראל [4]. כך הוא אף באשר לפירושם של חקיקת משנה ושל מעשי-מינהל נורמטיביים. במקום אחד קבע שר מבחני-תמיכה במוסדות ציבור, ובית-המשפט נדרש לפירושם של אותם מבחנים. אמרנו על-כך, כי פירושם של המבחנים הוא בידי בית-המשפט – בידי ולא בידי השר שקבעם, וכך אמרנו:

א "...חובה הוטלה על השר לקבוע מבחנים... המבחנים, רק על-פיהם יישק דבר: הם-הם הקובעים זכויות והם-הם הנוטלים זכויות. כוונתו של השר אמורה לקבל ביטוי במבחנים שפורסמו, והמבחנים שפורסמו הם-הם כוונתו של השר. משעת פרסומם ועד להיבטלם, או עד לשינוים, אין עוד לשר שליטה על המבחנים. חיים הם לעצמם ואין הם תלויים עוד בשר. השר הורה אותם, אמנם, אך משעת לידתם – היא שעת פרסומם – 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 עורא – תנועת הנוער החרדי לאומי בא"י נ' השר לענייני דתות [5], בעמ' 419-420).

ב 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 התערבותנו בהכרעותיו של בית-הדין לעבודה, ובייחוד באשר לתזה הגורפת כי "מומחיותו" של בית-הדין לעבודה עשויה לשמש מחסום מפני התערבותנו בהכרעותיו. כך, למשל, אמרתי בג"ץ 1520/91 וילנסקי נ' בית הדין הארצי לעבודה [6], בעמ' 519:

ג "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 נתכוון 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."

א

והוספתי על-כך בג"ץ 3679/94 אגודה ארצית של מנהלים מורשי חתימה של הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ נ' בית הדין האזורי לעבודה בתל-אביב-יפו [7], בעמ' 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 ב'תחרות 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."

ב

ג

ובהמשך (שם, בעמ' 593):

ד

"...הכרעתו של בית הדין לעבודה, באשר היא – להבדילה מהטעמים שביסודה – אסור לה שתשמש שיקול לעצמו בפירושו של חוק. זיקתנו שלנו אל החוק היא זיקת מישרין, והידברותנו אתו 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 להתנצלה מעלינו."

ה

ו

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-יחומר? השאלה שאלה והתשובה בה.

ז

9. עד כאן – עקרון היסוד: סמכותו הבלעדית של בית-משפט לפירוש חוקים, סמכותו ועמה אחריותו לפירוש החוק. נוסף ונדע עם זאת, שלא הרי חוק כהרי חוק.

הנה-כי-כן, חוק בנושאו הוא נושא מקצועי או טכני, נוהגה של הרשות המוסמכת – רשות בעלת ידע מקצועי וטכני או רשות הנעזרת בבעלי-ידע מקצועי או טכני – ראוי הוא שיזכה במשקל לעת הידרשותו של בית-המשפט לפירוש החוק. שונה הדין בנושא נורמטיבי, קרא: בנושא שבו אומר המחוקק לקבוע נורמות התנהגות, להכווין את התנהגות הכלל ואת התנהגות 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 לפירושו של החוק ובה-במידה ישאף לאפס המשקל 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" לפירושו, אלא שבתנו 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 משקל 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 המכה פירושה של רשות-מינהל – טובים ויפים הם ככל שיהיו, אין פניהם – לענייננו-שלנו – אלא לאירועים שלעתיד-לבוא בלבד; והעיתרות 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](#). פירושו לחוק אינו צופה פני-עבר, ומציאות שנוצרה לא נבחש בה. [שְׁשֵׁטָא](#), כיוון דְעַל – עַל. ראו עוד והשוו: פרשת קליין [3], בעמ' 504, והאסמכתאות בו; א' [ברק פרשנות במשפט, כרך ג](#), פרשנות חוקתית [53], בעמ' 740.

11. עתה, שנמצא לנו כי פירושו של משרד הפנים [לחוק השבות](#) אין נודעת לו כל השפעה שהיא – לדעת אחדים: השפעה מזערית בלבד – הבה נפנה עצמנו לפירושו של החוק בדרכם של בתי-המשפט. הדגם הוא, נזכור: יהודי אזרח הארץ נושא לאישה זרה לא-יהודייה. 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](#) הכרנו כולנו – אותו ואת התיקונים בו – אך לא יהא זה מן המותר אם נרענן את זיכרונונו 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, כסדרם), וניתן לשלול את זכות העלייה רק על-פי טעמים מיוחדים המפורשים [בסעיף 2\(ב\)](#) לחוק (העולה פועל נגד העם היהודי; העולה עלול לסכן את בריאות הציבור או את ביטחון המדינה; העולה בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור).

א

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:

ב

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

ג

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

ד

(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)."

ה

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

ו

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

2. "אזרחות מכוח שבות יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות...".

ז

(בהמשכו מוסיף [סעיף 2 לחוק האזרחות](#) ומפרט ומסייג ומרחיב, אך עיקר לענייננו הוא ברישה שהבאנו). עיקר לענייננו יימצא בהוראת [הסעיפים 4א ו-4ב לחוק השבות](#), וכנגזרת מהם – בהוראת [סעיף 2\(א\) לחוק האזרחות](#).

א

13. הוראת [סעיף 4א לחוק השבות](#), כלשונה, אומרת להרחיב את גדרת 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: ח' ה' כהן המשפט [54], בעמ' 497-498; ד"ר א' מעוז "הבן הנשכח: על סעיף 4א(א) לחוק השבות ועל השמטה שבהיסח הדעת" [58], בעמ' 641-642.

ב

ג

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 מנה אם בן-הזוג (הלא-יהודי) היה לבן-זוג קודם עלייתו של יהודי ארצה – שאז לכל הדעות זכאי הוא לשבות – או אם היה לבן-זוג למי שהוא יהודי אזרח ישראל. מסקנה זו, כך מוסיפים העותרים וטוענים, מתחזקת בהוראת [סעיף 4 לחוק השבות](#), ולפיה מושווה מעמדו של יהודי שעלה לאחר חוק השבות ליהודי שנולד בארץ או שעלה לפני חוק השבות. וכלשון החוק:

ד

ה

ו

"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".

ז

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](#)).

א

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

ב

בחינה לשונית

ג

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 למצער שתי רמות של פירוש, ולא עוד אלא שהשתיים אינן השלום שורה ביניהן.

ד

קריאת [סעיף 4א\(א\)](#) כפשוטו – וכערכו על פניו – יש בה, 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 אפוא גם יהודי אזרח הארץ הנושא לאישה – בארץ אחרת, למותר לומר – אישה שאינה יהודייה, ואותה אישה 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".

ה

ו

בצדו של הפירוש הלשוני הסטטי יימצא לנו "פירוש לשוני דינמי", והוא: פירוש שאינו מבודד את הוראת [סעיף 4א](#) לעצמה, כאותו פירוש לשוני סטטי. הפירוש הלשוני הדינמי יורה אותנו כי לא נוציא את [סעיף 4א](#) מהקשרו – זו הפעם במובנה הנכון והאמיתי של הוצאת דברים מהקשרם; כי נקרא את [סעיף 4א](#) בהקשר הוראות-[חוק השבות](#) כולן; כי נפרש את חוק השבות – ובו את [סעיף 4א](#) אף-הוא – כהמשך אחד, בזרימה; כרעיון אחד שפיצל עצמו לסעיפים ולסעיפי-משנה אך בשל קוצר ידנו, מפאת דלות התקשורת בינינו, בשל כך שאין לנו מסוגלים להביע רעיון מורכב אלא על דרך

ז

פיצולו למילים, לצירופי-מילים, לפסוקים, לסעיפים. וכך, אם נקרא את [סעיף 4א](#) תוך זרימתו [בחוק השבות](#), נוכל לומר כך: הוראת-התשתית בחוק השבות באה [בסעיף 1](#) בו, ולפיה כל יהודי זכאי לעלות ארצה. [סעיף 4א](#) אינו אלא המשכו של [סעיף 1](#) – [סעיף 1](#) זורם אל [סעיף 4א](#) ו**סעיף 4א** 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 4א](#) במפורש; אך אם במפורש לא מצאנו מילים אלו בחוק, הנה מובלעות הן בכתוב. [סעיף 4א](#) הינו מעין-המשך [לסעיף 1](#), ובני המשפחה האמורים [בסעיף 4א](#) הם בני המשפחה של אותו עולה [שסעיף 1](#) מדבר בו. מסקנה נדרשת היא, שהמושג בן-זוג [בסעיף 4א](#) פירושו הוא, בן-זוג (לא יהודי) לעת העלייה 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. נוסיף 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 שבן-הזוג היהודי עודו בחיים, בין שלא, ובין שעלה ארצה, בין שלא.

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 תתקשב. בחפירות ארכאולוגיה, לו מצאנו חרס עתיק ועליו חרות [סעיף 4א](#) – והחרס לבדד, בלי ראשית בלי אחרית, בלא הקשר להוראות שלפניו ושלאחוריו, 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 ננתקהו 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 נוכל 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 מניין בא, כיצד נולד, מי קָדו ומי נפח בו רוח-חיים – נלמד חוכמה ונשכיל, ולאחר מכן נחזור אל החוק ונפרשו כחוכמתנו.

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, ולשונו היא לשון-של-המנון: יהודי – נפש יהודי הומייה; "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-המניין. מילות שיר הן. ונזכור את דבריו המרוממים והמרגשים של ראש-הממשלה, דוד בן-גוריון, בפתח הדיון בהצעת [חוק השבות](#), תש"י-1950 (ד"כ 6 (תש"י) 2035, 2036-2037):

"[חוק השבות](#) הוא מחוקי-השתיה 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 לישובה של הארץ...

[חוק השבות](#) אין לו דבר עם חוקי הגירה, זהו חוק ההתמדה של ההיסטוריה הישראלית, חוק זה קובע העקרון הממלכתי, אשר בכוחו הוקמה מדינת-ישראל.

זכותו ההיסטורית 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 ייתפשו 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 ביטחון 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. נחרצותה 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, בכחינת ושבו בנים לגבולם. אכן, [חוק השבות](#) הינו המשכה הישיר של ההכרזה על הקמת המדינה [66], ולהצהרתה כי "המדינה

א

היהודית בארץ-ישראל... תפתח את שערי המולדת לכל יהודי וכי "מדינת ישראל תהא פתוחה לעליה יהודית ולקיבוץ גלויות". אין פלא בדבר אפוא כי [חוק השבות](#) אופיין כאחד "...מחוקי-השתיה של מדינת-ישראל. הוא מכיל ייעוד מרכזי של מדינתנו, הייעוד של קיבוץ גלויות" (ראש-הממשלה דוד בן-גוריון, ד"כ 6 הנ"ל, בעמ' 2037). ובדברי בית-המשפט: "...אין לשכוח, כי [חוק השבות](#) הוא מחוקיה היסודיים ביותר של המדינה. אם תרצה, זהו חוק היסוד הראשון שלה": [בג"ץ 265/87](#) ברספורד נ' משרד הפנים (פרשת ברספורד [8]), בעמ' 849, מפי השופט ברק.

ב

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"ב-1950, יהיה לאזרח ישראלי 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"ץ 26/51](#) מנשה נ' יו"ר וחברי בית דין הרבנות בירושלים [9], בעמ' 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: א' רובינשטיין המשפט הקונסטיטוציוני של מדינת ישראל (כרך ב) [55], בעמ' 881. אכן, שר הפנים סמכותו בידו להשהות הענקתה של תעודת עולה לבירור עובדות הצורכות בירור (ראו, למשל [בג"ץ 125/80](#) אנגל נ' שר הפנים [10]), או לעכב החלטתו בעניינו של עולה המסרב לעבור בדיקות רפואיות (אלו בדיקות המנויות [בתקנה 6 לתקנות השבות](#), תשט"ז-1956); ואולם בהסתיים הבדיקות ובהימצא כי אין הוא בא בגדר אחד החריגים המנויים [בסעיף 2\(ב\)](#) לחוק, זכאי הוא העולה לתעודת עולה, לאזרחות ולכל שאר הזכויות הנגזרות מכך.

ג

ד

ה

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

ו

ז

"...מדינת ישראל מקדמת בלב פתוח וברוחב לב כל יהודי המבקש לעלות לישראל ולהתערוות בה. הברכה המלווה את העולה אינה לתפארת המליצה בלבד אלא כרוכה ומלווה היא בהטבות של ממש שתיתנה לעולה עם עלייתו לארץ..." ([בג"ץ 825/89](#) קלף נ' מדינת ישראל [11], בעמ' 775).

19. שלא פְּעוּלָהּ הוא הבא בשערי-הארץ ו**חוק השבות** אינו חל עליו. מי שאינם-עולים, כניסתם לארץ ושהייתם בארץ שליט עליהן **חוק הכניסה לישראל**, תשי"ב-1952, והתקנות שהותקנו מכוחו. הכניסה והשהייה הן על-פי רישיונות, ולשר הפנים – ולשלוחיו – שיקול-דעת רחב אם יעניקו לפלוני רישיון כניסה ושהייה ואם יסרבו לו. ההחלטה לסרב לבקשה אף פטורה מהנמקה, כהוראת **סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)**, תשי"ט-1958. אכן, פטור מחובת הנמקה אינו אוצל, כשהוא לעצמו, על חובתו של השר לשקול בדעתו כהלכה (**בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים [12]**, בעמ' 526-525), ואולם למותר לומר כי בהיעדר הנמקה נפגעת יכולתו של בית-המשפט לבקר החלטה שנעשתה (**בג"ץ 482/71 קלדק נ' שר הפנים [13]**, בעמ' 116-117). אם כך בכניסה לישראל ובשהייה בה, לא-כל-שכן אין לו לזר השהיה בישראל ו**חוק הכניסה לישראל** חל עליו, זכות לקבלת אזרחות ישראל. הוא הדין, כמובן, בהטבות הניתנות לעולים ואינן ניתנות למי-שאינם-עולים.

אם הפלגנו בשיח על אודות זכויותיו של העולה, עשינו זאת לא אך כדי להסביר ולפרש את מעמדו הנעלה על-פי משפט ישראל, אלא – ובעיקר – כדי לעמוד על השוני שבנינו 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 4א לחוק השבות –

מניין היא באה ולאן מועדות פניה?

20. הוראת **סעיף 4א לחוק השבות** – וכמותה הוראת **סעיף 4ב לחוק** – השתיים נולדו בשנת תש"ל-1970, בחוק השבות (תיקון מס' 2). **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 הייתה **בבג"ץ 58/68 שליט נ' שר הפנים (פרשת שליט [14])**. בפרשה זו דובר בבני-הזוג שליט – הוא יהודי, היא לא-יהודייה – וביתר דיוק: בילדיהם, שעל-פי מבחן הדת היהודית לא היו יהודים. שליט וילדיו ביקשו כי הילדים – כל אחד מהם – יירשמו כ"יהודים" במשבצת הלאום שבמרשם האוכלוסין, ופקיד המרשם סירב לבקשתם. עתירתה של משפחת שליט נענתה, ובית-המשפט העליון החליט – ברוב של חמישה נגד ארבעה – לחייב את פקיד מרשם האוכלוסין לרשום את הילדים במרשם כבקשתם, אף שלא היו "יהודים" כהילכת הדת היהודית. הכרעת הרוב ייסדה עצמה על טיב הרישום שלפי **חוק מרשם האוכלוסין**,

תשכ"ה-1965, ועל היקף סמכותו המוגבלת של פקיד המרשם לסרב לרשום במרשם נתונים שאין לו טעם סביר להניח כי אין הם נכונים. בפרשה זו לא הוכרעה השאלה "מיהו יהודי", אלא מה הוא היקף חובתו של פקיד המרשם לרשום פרטי מרשם הנמסרים לו בתום-לב, וביניהם – פרט הלאום.

א

מחשש שמא ילך חוק השבות בעקבות חוק מרשם האוכלוסין, והמושג "יהודי" בחוק השבות יפורש כהילכת שליט [14] – בחוות-הדעת של הרוב היו כמה אמירות כי פירושו של חוק השבות יהא כפירושו של חוק מרשם האוכלוסין – נזדעק המחוקק וחקק את חוק השבות (תיקון מס' 2) ובו הסעיפים 4 א ו-4 ב (כן תוקן גם חוק מרשם האוכלוסין, על דרך הוספת סעיף 3 א בו). סעיף 1 לחוק השבות קובע, כידוע, כי "כל יהודי זכאי לעלות ארצה", ועתה הוסף סעיף 4 ב לחוק, ובו נקבע כי לעניין חוק השבות "יהודי" הוא "מי שנולד לאם יהודיה או שנתגייר, והוא אינו בן דת אחרת". בצדו של סעיף 4 ב, ובה-בעת, נחקק סעיף 4 א, ותכליתו הענקת זכויות של עולה גם לבני משפחתו הקרובים של יהודי, הכול כאמור באותו מקום. ובלשון החוק:

ב

ג

"זכויות בני 4.א. (א) הזכויות של יהודי לפי חוק זה והזכויות של עולה משפחה

ד

לפי חוק האזרחות, תשי"ב-1952, וכן הזכויות של עולה לפי כל חיקוק אחר, מוקנות גם לילד ולנכד של יהודי, לבן זוג של יהודי ולבן זוג של ילד ושל נכד של יהודי; להוציא אדם שהיה יהודי והמיר דתו מרצון.

ה

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

ו

(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).

ז

21. קשה שלא לחוש בשתי מגמות המושכות לצדדים בתיקון זה של חוק השבות. מעבר מזה, המגמה הברורה לתחום את הגדרת ה"יהודי" במסגרת 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 מרשם האוכלוסין, "יהודי"

הוא – בדרכה של ההלכה היהודית – רק מי שנולד לאם יהודייה 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: ד"כ 57 (תש"ל) 1134-1133).

א

שתי מגמות אלו – מגמות סותרות־לכאורה, ואפשר לא רק לכאורה – נועדו, כל אחת מהן, לתכליתה, ובסופם־של־דברים אמורות הן להשלים זר־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 מְעֵלות ארצה: שיהודים לא יסכימו לעלות ומשפחתם אינה עמם. אכן, הוראת [סעיף 4א](#) 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 (ד"כ 56 (תש"ל) 766):

ב

ג

ד

"...כאשר היה הבעל יהודי, הוא עלה לפי [חוק השבות](#), ואשתו וילדיו – לפי [חוק הכניסה לישראל](#). הוא קיבל את האזרחות באופן אוטומטי ואילו אשתו וילדיו חייבים 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.

ה

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 שעולים בנפרד, זכאים לבוא לארץ מכוח [חוק השבות](#) ולקבל את האזרחות אוטומטית. זהו שינוי בעל חשיבות ראשונה־במעלה בשבילנו כארץ עלייה."

ו

כן היו דברי המשנה לנשיא אלון בפרשת ברטפורד [8] (בעמ' 834):

ז

"כל עיקרו של סעיף 4א [לחוק השבות](#) בא לעולם למטרה... והיא – פתרון בעיית עלייתם ארצה של משפחות נישואי תערובת, בין יהודים ושאנים

א 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.

ב ראו עוד ע"פ 3363/98 קניאז'ינסקי נ' מדינת ישראל (פרשת קניאז'ינסקי [15]), בייחוד בעמ' 514-517 בפסק-דינה של השופטת ביניש. כן ראו את דברי ראש-הממשלה, הגברת גולדה מאיר, בד"כ 56 הנ"ל, בעמ' 773. והוא כמעשה רות המואבייה אשר דבקה לאהבה בחמותה, בנעמי:

”ותֹאמֶר רות אֶל-תַּפְגַּעֵי-בִי לְעִזְבֶּךָ לְשׁוֹב מֵאֶרְצֶיךָ כִּי אֶל-אִשְׁרָי תֵּלְכִי אֶלְךָ וּבְאִשְׁרָי תֵּלִינִי אֶלֶיךָ עִמָּךְ עִמִּי וְאֶלֶיךָ אֶלְהִי” (רות, א, טז [א]).

ג כך היה בימים ההם וכן הוא בימינו, אלא שהקרובים הלא-יהודים של היהודי – שלא קרות המואבייה – יזכו בשבות גם אם לא נתגיירו.

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

”זכויות בני משפחה
א.4. (א) ...
ב) אין נפקא מינה אם יהודי שמכוחו נתבעת זכות לפי סעיף קטן (א) עורר בחיים או לאו ואם עלה ארצה או לאו.”

ה 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 שלא – וגם אם אותו יהודי אינו עוד בין החיים.

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

בחינה סינופטית 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 נלוות אל התכלית העיקרית.

א

23. אשר לתכליתו העיקרית של [חוק השבות](#): עמדנו על המיוחדות שבחוק השבות, וידענו כי לבתו היא במשאת-הנפש של "ושבו בנים לגבולם". "לְךָ-לֵךְ מְאֹרָצְךָ וּמְמוֹלְדָתְךָ וּמְבִיט אֲבִיךָ אֶל-הָאָרֶץ אֲשֶׁר אָרְצָךָ" (בראשית, יב, א [ב]). כך ציווה האלוהים את אברם, 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 לאברם, נקבל אותו בלב פתוח פְּקַלְלָנוּ בן אוֹבֵד. כל דברים אלה – לא כולם ואף לא מקצתם – לא יתפשו באותו בן-זוג לא-יהודי. אכן, נְכַבֵּד את הזר הבא אלינו, ואולם לא נוכל בשום-פנים-ואופן לומר עליו כי שב הוא אל ארץ אבותיו וכי [חוק השבות](#) יחול עליו ממילא.

ב

ג

ואשר לתיקון שהיה [בחוק השבות](#), הוא התיקון [שבסעיפים 44](#) ו-[44](#) לחוק: עמדנו על האירוע ההיסטורי שהביא לתיקון זה, ועל התכלית-הכפולה של התיקון, תכלית של הצרה וצמצום ובה-בעת תכלית של הרחבה ופרישת-יתר. תכליתו העיקרית של ההרחבה הייתה לעודד עלייתם של בני-זוג בנישואי-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 44](#) לחוק ותכלית זו נגשים במלואה. לא כן הוא דין במקרים מעין-אלה שלפנינו, שבהם יהודי ישראלי נושא לו לאישה לא-ישראלית לא-יהודייה. יהודי זה – בין שנולד בארץ בין שעלה ארצה בזמן-מן-הזמנים – זכותו לשבות מיצתה עצמה, וממילא אין לא-יהודי שיוכל לספח עצמו לזכות שאינה עוד בנמצא.

ד

ה

ו

24. יתר-על-כן: לא יהא זה נכון ולא יהא זה ראוי אם נפרש את הוראות [הסעיפים 44](#) ו-[44](#) לחוק [השבות](#) במנותק מחוק השבות המקורי. הוראות [חוק השבות](#) במקורן, ועמהן הוראות [הסעיפים 44](#) ו-[44](#), אין לפרשן ולבארן במנותק אל-מאלו: משלימות הן אל-את-אלו להיותן לאחדים: גוף אחד הן שאבריו מתאמים עצמם אלה-אל-אלה.

ז

בבקנו 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, מְפַנֵּה 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 בשיבת הכנסת מיום 2.2.1954; ד"כ 15 (תשי"ד) 823). וגם אם נעלה כי מעט-שם מעט-שם תימצא לנו תכלית-משנה זו או אחרת, הנה העיקר הוא אותו עיקר והוראת [סעיף 4א](#) תפורש על-פי אותו עיקר (ראו עוד: פרשת ברספורד [8], בעמ' 844).

לא נכחד: אפשר יימצאו מקרים "קשים" שניאלץ להתמודד עמהם. מה הוא, למשל, דינם של איש ואישה – היא, יהודייה והוא לא-יהודי – אשר עמדו להינשא במקום מושבם ולעלות ארצה. לו נישאו במקום מושבם, כִּי־אז היה בן-הזוג הלא-יהודי זוכה בזכות שבות והכול 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: כהן בספרו הנ"ל [54], בעמ' 486 ואילך; A. Kasher "Justice and Affirmative Action: Naturalization and the Law of Return" [59]; [ח' גנו "חוק השבות והפליה מתקנת"](#) [60]; פרופ' ח' גנו "לאומיות והגירה" [61]. 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 הסכמנו – ובכל-לב – לזכות שקנה כל יהודי – באשר-הוא-שם – לעלות ארצה, הוא ומשפחתו, נתקשה להסכים לזכות-יתר כי ניתנת 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,

זהה לזכותו של יהודי שבנכר, וכאחרונים כן ראשונים זכאים הכול לזכות את בן-זוגם בשבות.

א

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 הטבעית וההיסטורית לשוב ארצה. ראו **סעיף 4 לחוק השבות** [62], at p. 161 "Israel Nationality" A. Rubinstein; ראו עוד ח' **כהן מבחר כתבים** [56], בעמ' 331-332. ואולם, מששלמה העלייה 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** פֶּשֶׁל 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 לעלייה ארצה, זכות הנספחת לזכותו הטבעית וההיסטורית של כל יהודי).

ב

ג

ד

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.

ה

מדיניות הטיפול בבקשתו של בן-הזוג הזר

להשתקעות בארץ ולקבלת אזרחותה

ו

ז

28. בראשית נזכיר את המקרה הטיפוסי שבו אנו דנים: פלוני, אזרח ישראל, נושא לו לאישה בנישואי-חוץ את פלונית, מי שאינה יהודייה 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 השנייה אף-היא. נוסף ונאמר עוד זאת: בדוננו **בחוק השבות** דיברנו בזוג שאחד מהם הוא יהודי ואזרח ישראל, ואילו עתה נדבר בזוג שאחד מהם הוא אזרח ישראל, בין שיהודי הוא בין שאין הוא יהודי.

משמסתבר לו למשרד הפנים כי נערך טקס נישואין בין בני-זוג לפי הדגם שציירנו למעלה, ובן-הזוג הלא-יהודי מבקש להשתקע בארץ ולרכוש אזרחות ישראל, צפה

ועולה שאלה: כיצד נוהג משרד הפנים בבקשות אלו, ומה הן אמות-המידה שלפיהן מכוון הוא את מדיניותו?

א

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 כדין, וסוג המקרים האחר עניינו בבני-זוג שנישאו שעה שבן-הזוג הלא-יהודי שהה בארץ שלא-כדין. עם סוג זה נמנה סוג-משנה שאותו נזכיר בפסקה 29 להלן. נדון בשני מקרים אלה אחד לאחד, ונפתח בסוג המקרים השני.

ב

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

ג

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 השחייה הבלתי חוקית בארץ, ומששולם הקנס זכה הוא לקבל אשרה ורישיון לישיבת ביקור ועבודה (אשרה מסוג ב/1 כהגדרתה [בתקנה 5\(א\)](#)) [לתקנות הכניסה לישראל](#), תשל"ד-1974). אשרה זו ניתנה לתקופה של כשישה חודשים ובתקופה זו בחן משרד הפנים את אמיתות הנישואין.

ד

משרד הפנים עשה תפנית-מדיניות בחודש ספטמבר 1996. מאותה עת ואילך נדרש הלא-יהודי הזר – אשר שהה שלא-כדין 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 אזרח ישראל שנשא לאישה מי שאינה-יהודייה, אינה אזרחית ישראל ושהתה בארץ כדין. בסוג מקרים זה נוסף ונדבר להלן.

ה

ו

עיקריה של מדיניות זו פורסמו בהודעה של דובר משרד הפנים לעיתונות מיום 25.9.1996. וזה היה דבר ההודעה:

ז

א

"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 שהתחננו עם אזרחים ישראלים ולא דרש יציאתם.

ב

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.

ג

משרד הפנים, לאחר שישתכנע בכנות הקשר בין בני הזוג, יתיר כניסתו/ה המחודשת של הזר/ה לישראל".

ד

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.

ה

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 נישואים בני־הזוג זה־לזה לכל־דבר ועניין. מדיניות משרד הפנים מתעלמת בפשטות מכל אלה; אין היא נותנת לדעתה לא לטקס־הנישואין ולא למשמעותיות 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 לחודשים מספר עד לבדיקת טיבו של אותו טקס נישואין, ולבחינה אם בני־הזוג הפכו בני־זוג של־אמת.

ו

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 ובסגנונו, מי מהם בקול-רם ומי מהם בצקון-לחש, מי מהם בטענות המעלות ניהוח 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 דיוננו באותן טענות, נעבור ונדון בגופה של המדיניות.

א

הקנה שר הפנים סמכות לגרש את הלא-יהודי הזר שנישא לאזרח ישראלי?

ב

31. טוען עורך-דין ד"ר שוורצברג – המייצג מקצת העותרים לפנינו – כי שר הפנים לא קנה כלל סמכות, מעיקרה דינא, לגרש מן הארץ את בן-הזוג הזר-הלא-יהודי שנישא לאזרח ישראלי. 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 תקבל טענה זו נוכל, כמובן, לחתום פרק זה בחוות-דעתנו ולפנות עצמנו לנושאים אחרים התובעים הכרעה.

ג

וזה הילוך הטענה, צעד אחר צעד. סמכותו של שר הפנים לגירוש אדם מישראל שוכנת בהוראת [סעיף 13\(א\) לחוק הכניסה לישראל](#), ולפיה מוסמך שר הפנים לתת צו-גירוש על "מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי [חוק השבות](#), תש"י-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 ישראלי". לטענתי, כך מוסיף הוא ואומר, בן-הזוג הלא-יהודי הוא אזרח ישראלי, הלכה למעשה – הגם שאין הוא אזרח מן-המניין, על כל תגיו ודקדוקיו של מושג ה"אזרח" – ומכל מקום קרוב הוא במאוד להיותו אזרח ישראלי. ומשקנה סטטוס זה של כמעט-אזרח, ממילא אין סמכות לגרשו מישראל.

ד

ה

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 ישראלי, ומעשה נישואין לאזרח ישראלי אינו פוקד עצמו בין דרכים אלו. אכן, הצעת [חוק האזרחות](#), תש"י-1950 (ה"ח 190), בסעיף 5 בה, אמרה להקנות אזרחות לזר מכוח נישואיו לאזרח ישראלי. ראו עוד: דברי ההסבר להצעת החוק, שם, בעמ' 198; דברי שר הפנים דאז, משה שפירא, בהציגו את הצעת החוק לפני הכנסת: ד"כ 6 (תש"י) 2039. ואולם הצעה זו לא נתקבלה, ועל-פי [חוק האזרחות](#) נישואין לאזרח ישראלי אינם מקנים, מכוחם-הם, אזרחות לבן-הזוג שאינו אזרח ישראלי. בכך אין ד"ר שוורצברג כופר, אלא שמוסיף הוא וטוען, כי

ו

ז

השר לגרשו עומדת איתנה על-תלה. [סעיף 13](#) אינו מכיר כלל בסטטוס של "כמעט-אזרח", ו"כמעט-אזרח" אינו קונה ממילא חסינות מגירוש.

א

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 עמו – 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 – לא ולא.

ב

ג

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 בקשה המוגשת בידי בן-זוג זר שנישא לאזרח ישראלי. ובלשונו של השופט ברק [בבג"ץ 754/83](#) רנקין נ' שר הפנים (פרשת רנקין [16]), בעמ' 116:

ד

ה

"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](#)...

ו

לשר הפנים ניתן איפוא שיקול-דעת ('אם ראה זאת לנכון'), אם להעניק אזרחות ישראלית לבן-זוג של אזרח ישראלי".

ז

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 בגדר

לישראל – להינשא בארץ ולהשתקע בה; כי את כוונתה זו לא גילתה למשרד הפנים וכי מטעם זה מוצדק לסרב לבקשתה. ובלשון בית-המשפט: "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 "חוסר סבירות קיצונית" בעמדת משרד הפנים.

א

פסק-דין זה עניינו אפוא בתיירת שהטעתה את רשויות משרד הפנים, ובית-המשפט נדרש להלכה המקובלת והידועה כי בית-המשפט יעשה כמיטבו ועוול לא יימצא נשכר בעוולתו. ראו עוד והשוו [בג"ץ 164/97](#) קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ [21], בעמ' 372 ואילך לחוות-דעתי. אשר למדיניות הגירוש של משרד הפנים, בית-המשפט לא הביע בה כל עמדה, לא לכאן ולא לכאן.

ב

גם פסק-הדין השני שעליו מסתמכת המדינה – זה שניתן בפרשת קדר הנ"ל [20] אין בו כדי לתמוך בטיעוניה. במקרה זה הוצא צו גירוש נגד העותר, זר לא-יהודי ששהה בישראל שלא-כחוק, ובקשתו הייתה כי צו הגירוש יבוטל אך באשר רצונו להינשא לאישה 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 שיצא 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 אפוא 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 הכול – גם העותרים – כי צודק משרד הפנים במדיניותו שלא לאפשר לנישואים פיקטיביים – המייצרים בני-זוג פיקטיביים – להעמיד זכות אמיתית לשיבת-קבע בארץ ולקבלת אזרחותה; והכול, כמובן, בהימצא לפני הרשות ראיות מינהליות – במשקל ראוי – המצביעות על היותם של הנישואין נישואי-פיקציה. ראו עוד והשוו: [בג"ץ 2394/95](#) מוצ'ניק נ' משרד הפנים (פרשת מוצ'ניק [22]), בעמ' 278-280; [בג"ץ 559/92](#) מנדל נ' משרד הפנים – מינהל אוכלוסין [23]; פרשת רנקין [16], בעמ' 117. ראו עוד פרשת קניאז'ינסקי [15].

ג

ד

ה

ו

מדיניות הגירוש מן הארץ – פרטום

ז

35. טוענים העותרים טענה שאופייה הוא אופי של מעין-טענת-סף, והיא, שמדיניות הגירוש מן הארץ לא נתפרסמה ברבים כראות וכנדרש. ואמנם כך הוא. הצבענו בדברינו למעלה על פרטום שהיה בעיתון על אודות המדיניות (ראו פסקה 29),

א

אך למותר לומר כי פרסום חד־פעמי מפיו של דובר משרד הפנים אין די בו כדי לצאת ידי חובת הפרסום. נמצא לנו אפוא 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 ידע היועץ מה לייעץ? 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 אפוא כי מדיניות הגירוש מתבצעת לאור היום, אך עיקריה ופרטיה – לרבות החריגים לה – לא פורסמו מעולם באורח מסודר, כראוי למינהל מתוקן.

ב

ג

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 פרסום ברשומות כהוראת [סעיף 17](#) לפקודת הפרשנות [נוסח חדש], 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 (פרשת אפרתי [24]), בעמ' 513. ראו עוד: בג"ץ 4539/94 נקסה נ' ד"ר אפרים סנה [25] (בפיסקאות 13 ואילך לפסק־דינה של השופטת שטרסברג־כהן); [בג"ץ 1689/94](#) הררי נ' שר הפנים [26]. מקורה של חובת פרסום זו, כך פסקנו, "...נדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרון שלטון החוק..." (פרשת אפרתי [24], שם, בעמ' 515). ובמקום שבו מדובר בפגיעה כה־עמוקה בזכות היחיד – בזכות בת־זוגו של ישראלי להמשיך ולחיות בארץ עם מי שבחרה בו להיות לה חבר לנישואין – אין ספק בלבי כי חובה היא המוטלת על משרד הפנים לפרסם את מדיניותו ולעשותה נגישה לכל מי שיבקש לקרוא בה וללומדה.

ד

ה

ו

ז

37. ניתן לבנו וידענו: מדברים אנו כל העת בבני־זוג שאחד מהם אזרח ישראל והאחר זר לא־יהודי השוהה בארץ שלא־בהיתר. שניים אלה נישאו זה־לזה בעוד הזר שוהה בארץ שלא־בהיתר, והזר מתבקש לעזוב את הארץ עד שרשויות משרד הפנים תבדוקנה את כנות הנישואין. יכול מי שיטען: מה פתחון־פה יש לו לזר לטעון נגד אי־פרסום המדיניות, והרי הנחת־היסוד היא כי שוהה הוא בארץ שלא־כדין? הנשמע מפי מי ששוהה בארץ שלא־כדין כי מדיניות משרד הפנים לא נתפרסמה ברבים? כשאני לעצמי, אינני סבור כי תשובה זו לזר הינה תשובה ראויה ולעניין. ענייננו הוא בשלטון המשפט, ואם קבעה ההלכה חובת פרסום, תישמע טענת אי־פרסום מפי כל הנפגע מן

המדיניות. ואולם, גם אם אמרנו אחרת – ולא אמרנו אחרת – הנה בן-הזוג הישראלי, זכות-שלו בוודאי תעמוד לו – זכותו שמשרד הפנים לא יגרש את בת-זוגו – ולא ייצא מי שיטען כי מפיו, למצער, לא נשמע טענת אי-פרסום.

א

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.

ב

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 כפפת-המשי טמון אגרוף. איש-רשות המבקש מאת מי ששואה בארץ שלא-בהיתר כי "יואיל בטובו" לעזוב את הארץ, לא אך עצה טובה משמיע הוא לזר. יתר-על-כן: כל רשות מרשויות המדינה מחזיקה בסמכויות שהחוק העניק לה, ובגדרי אותן סמכויות רשאית היא לעשות על-פי שיקול-דעתה. רשות משרד הפנים המבקשת מזר כי יעזוב את הארץ, חזקה עליה כי עושה היא במסגרת סמכותה. השאלה היא אפוא, אם מוסמכת היא לבקש מן הזר – בן-זוגו של הישראלי – כי יעזוב את הארץ. בשאלה זו דנים אנו בחוות-דעתנו, ועל-כן דרך הפנייה לזר אינה כלל רלוונטית 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 שייב נ' שר הביטחון [27].

ג

ד

ה

39. בכך סיימנו לדון בטענות-הסף ובמעין-טענות-סף, 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.

ו

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, שר הפנים

ז

א

רשאי לתת לזרים אשרות ורישיונות שְׁהֵיָה מסוגים שונים, ולהאריכם מעת לעת, הכול כאמור **בחוק הכניסה לישראל (סעיפים 2 ו-3 לחוק)**. כניסה לישראל ושהות בה שלא על-פי היתר; הפרת תנאי אשרת הכניסה או רישיון 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 רישיון ישיבה (**סעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל**). בהוציאו צו גירוש על פלוני, וכהוראתו המפורשת של **סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות)**, פטור שר הפנים מחובת הנמקה.

ב

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 (פרשת בנטלי [28]), והיו אף שהרחיקו לכת ותיארו אותה כסמכות בת "שיקול-דעת מוחלט" (פרשת בנטלי [28], שם, בעמ' 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 [29], בעמ' 434; **בג"ץ 100/85** בן ישראל נ' מדינת ישראל [30], בעמ' 47. הפטור מהנמקה – באותם מקרים שבהם אין שר הפנים מנמק את החלטת הגירוש – מקשה, כמוכך, על יכולת הביקורת, אך אין בו כדי לפגוע מסמכות הביקורת ומתחומי פרישתה: פרשת קנדל [12], שם, בעמ' 524-528. ראו עוד והשוו: פרשת קלדק [13], שם, בעמ' 117. לזכותם של שרי הפנים ייאמר, כי אך לעתים נדירות ביותר עושים הם שימוש בזכות-יתר זו של פטור מהנמקה, ובשנים האחרונות אין זכור לי ולו מקרה אחד שבו החליט שר הפנים לגרש את פלוני מן הארץ וסירב לנמק את החלטתו.

ג

ד

ה

פְּהִיִם הזה לא יימצא 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.

ו

מדיניות הגירוש – פשרה וסברה

ז

42. הנחת-המוצא לענייננו היא זו, שבמקום שבו נישא אזרח ישראל למי ששוֹהָה בארץ כדין והיא אינה יהודייה 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 מסוימת שקבעה (ואשר נדון בה עוד להלן). שונה הדין מקום שאותה זרה שוהה בארץ שלא-בהיתר. אזרח ישראל נושא לאשה מי שאינה יהודייה ואינה ישראלית, לעת שהותה בארץ שלא-בהיתר. אם יבקשו בני-הזוג כי יינתן לאותה זרה להשתקע בארץ ולרכוש את אזרחותה, תתבקש האישה 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 הברדיקה קמה הצעקה, צעקת-העותרים, ולצעקה זו נידרש עתה.

א

ב

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 ממנהגו עקב נישואין פיקטיביים שפשו ורכו במאוד בקרב הזרים בארץ, והמדיניות החדשה נועדה מעיקרה לעשות מלחמה במנהג מגונה זה של נישואין פיקטיביים.

ג

ישראל, כפי שעיינו רואות סביבותינו, הפכה אבן-שואבת לַבְּנֵי 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 רישיון השיבה 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 רישיונות ישיבה של זרים בישראל, ומשנמצא לו כי שוהים הם בארץ שלא-בהיתר החל משלְחָם לארצות שמהן באו אלינו. כמלחמת-נגד צמחה התופעה של נישואין פיקטיביים.

ד

ה

פלוגי או פלוגית אשר מצאו את הארץ טובה ורישיון 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'ינסקי [15], בייחוד פסק-דינה של השופטת ביניש.

ו

ז

נוסיף ונאמר, כי המניעים לקיומם של אותם נישואין פיקטיביים יכולים שיהיו שונים, וכמותם ה"תמורות" המוחלפות בין הצדדים. לעתים המדובר הוא בתמורה

א

כספית רגילה, שהאזרח הישראלי זוכה בתשלום תמורת השתתפותו באותו טקס מכוער של נישואין פיקטיביים. לעתים יש יחסי סימביוטיקה בין בני-הזוג, ושניהם זוכים בתמורה; כך, למשל, עובד זר המבקש להכשיר את המשך שהייתו בארץ נושא לו לאישה (כביכול) נערה ישראלית בת-גיוס המבקשת על דרך הנישואין הפיקטיביים להשתחרר מן הנטל הכרוך בשירות הצבאי.

ב

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

ג

"תכליתה של המדיניות האמורה היא מניעת 'תעודת ביטוח' לשווה 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 הטענות בחינה, מראש ולא בדיעבד, וזאת בדרכים שונות ומגוונות.

ד

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 לאחוריו.

ה

ו

החלטת המדיניות האמורה לפיה תבדק בקשת בני הזוג, כאשר מבקש 'איחוד המשפחות' נמצא מחוץ לישראל, לא זו בלבד שיש בה לצמצם את מאזן התועלות המיידיות 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'."

ז

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.

א

45. לרקע מציאות עגומה זו שהתגלתה לעינינו כול, 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, ולשכלול מעשי הרמייה אף קמו "קבלני נישואין" שדאגו להפגיש ישראלים וזרים, במטרה אחת של עריכת נישואין פיקטיביים וכדי לְאַחֵז את עיני הרשויות. ומוסיף משרד הפנים וטוען כך:

ב

"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 בבעית השהיה הבלתי חוקית בארץ".

ג

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.

ד

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 שבו מתעצם הגורם ההומניטרי, 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 מסמך שכותרתו היא "קריטריונים למתן פטור חריג מדרישה לצאת את הארץ לשוהה בלתי חוקי שנישא לבן-זוג בתקופת שהותו שלא כחוק". וזה לשון המסמך שהגיש משרד הפנים לבית-המשפט:

ה

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

הכלל:

ו

שוהה בלתי חוקי הנישא לישראלי נדרש לעזוב את ישראל בטרם תסופל בקשתו ובקשת בן-הזוג הישראלי לאיחוד משפחות בישראל על פי הדין.

א 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.

ב

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

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

ד

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

ה

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 פרסומם ולא על מקום פרסומם, 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 ומשקלם אינו אלא כמשקלה של נוצה מרוטה.

ו

47. כללם של דברים: זר השוהה בארץ שלא-בהיתר ונישא לאזרח ישראל, מתבקש לעזוב את הארץ לחודשים מספר עד אשר יהא סיפק בידי הרשויות לברר אם הנישואין נישואי-אמת הם או אם נישואין פיקטיביים הם. רק לאחר עבור כמה חודשים, ובהשתכנע פקיד משרד הפנים, לכאורה, כי הנישואין אינם נישואי-פיקציה, יהא אותו זר רשאי לחזור ארצה, ואוראז תטופל בקשתו להשתקעות בארץ או להתאזרחות בה. אליבא דמדיניות זו, תעודת-נישואין בין הישראלי לבין הזר אינה נושאת – כשהיא לעצמה – כל משקל שהוא בעיני רשויות משרד הפנים. בן-הזוג הזר מתבקש לעזוב את

ז

הארץ על-אף קיומה של תעודת-נישואין ואף 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 ענינם האינדיווידואלי 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.

א

48. העותרים תוקפים בשצף-קצף בחריפות את מדיניותו החדשה של משרד הפנים, ופיהם מלא טענות כרימון. 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 שעליהם מושתתת המדיניות, נתקשו במלאכת האיסוף. רק לאחר בדיקות ובירורים זכינו לקבל נתונים כלשהם, וגם אלה לא היו אלא נתונים חלקיים ובעיקרם נתוני-מדגם. הנה-כ"כ, שמענו כי יש כ-2500 בקשות המוגשות מדי שנה בידי בני-זוג פֶּאֶלָה שאנו דנים בהם, ומתוכן כ-500 בקשות לערך שהן בן-הזוג הזר בישראל שלא-בהיתר. כמה מאלה הוכחו כנישואין פיקטיביים? כמה מאלה באו בגדרי החריגים ההומניטריים? על כל אלה לא שמענו. ואם לא שמענו – לא ידענו.

ב

ג

ד

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 בקטגוריה זו, האומנם מוצדק לטלטל מאות זוגות תמים בשל אותם מעטים החוטאים? הראוי להרע לרבים בשל המעטים? ואפשר רואים המשיבים צל הרים כאנשים?

ה

הלכה כתובה ומסורה היא, שעד אשר מחליטה רשות החלטה האוצלת על זכויות הפרט – החלטה אינדיווידואלית 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](#) ברג נ' שר הפנים [31], בעמ' 48-49; [בג"ץ 987/94](#) יורונט קווי זהב (1992) בעמ' נ' שרת התקשורת [32], בעמ' 423-426. בקובעם מדיניות שקבעו – ובדרך שקבעוה – חטאו המשיבים לכלל-יסוד זה בעשיית המינהל.

ו

ז

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

א

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 [22], לעיל, בעמ' 281; ראו גם והשוו: Galvan : [49], at pp. 32-33; Landon v. Plasencia (1982) [49], at pp. 32-33; Galvan : [50], at p. 530 .v. Press (1954) [50], at p. 530

ב

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.

ג

על סבירות ועל מידתיות

ד

50. יותר מכול 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 להשתקעותו 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.

ה

ו

51. על מבחן המידתיות אין צורך כי נרבה מלל. ידענו כי שלוש אוניות הן במבחן זה: אונת ההתאמה הרציונלית בין אמצעי לבין מטרה; אונת האמצעי שפגיעתו פחותה; ואונת התועלת-נזק, אונה הידועה בציבור גם כמבחן המידתיות במובנה הצר. ראו: [בג"ץ 3477/95](#) בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט (פרשת בן-עטייה [33]); [בג"ץ 1715/97](#) לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר [34]; [ע"א 6821/93](#) בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי [35], בעמ' 346-347, 436-437, 470; [בג"ץ 450/97](#) תנופה שרותי כוח אדם ואחזקות בע"מ נ' שר העבודה והרווחה (פרשת תנופה שרותי כוח אדם [36]); [בג"ץ 6971/98](#) פריצקי, עו"ד נ' ממשלת ישראל [37], והאסמכתאות בהם. השאלה הנשאלת היא, אם מדיניות משרד הפנים עומדת במבחן משולש זה שמעשי-מינהל – כל מעשי-מינהל – אמורים לעמוד בו.

ז

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

מחלוקת נתגלעה בין חכמים, ונסבה היא על מעמדה של עילת המידתיות; וביתר דיוק: מניין באה זו אלינו. ראו, למשל פרשת בן-עטייה [33], שם, בעמ' 14-15 (מפי המשנה לנשיא ברק), והאסמכתאות בו. יש אומרים בת היא למבחן הסבירות, ואין היא אלא עידון למבחן 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 הייתה קודם שעילת הסבירות באה לאוויר העולם. ראו, למשל: [בג"ץ 14/65](#) כורי נ' שר הפנים [38], בעמ' 334; [בג"ץ 115/67](#) המועצה המקומית ראש העין נ' שר החינוך והתרבות [39], בעמ' 526. לימים, משבאה לאוויר העולם כעילה כוללת-כול, השתלטה עילת הסבירות – כמוה כעוולת הרשלנות בזמנה ובמקומה – על כל סביבותיה, ואבותיה הקדמונים באו לחסות בצלה. 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 ושבריי-עילות למיניהם, 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 אמה, 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 רציונלית של מעשי-המינהל.

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

52. מבחן 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. הכול מסכימים כי כוונתו של משרד הפנים הולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכי נועדה היא לתכלית ראויה. מדינת ישראל מנסה להתמודד – ורשאית היא להתמודד – עם הגירה בלתי חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מגבלות מנגנוני-האכיפה לשהייה ולהמשך שהייה בלתי חוקית בישראל. המלחמה בנישואין הפיקטיביים אפוא מלחמה ראויה היא. ואולם, השאלה הנשאלת היא, אם על-אף כל אלה, האמצעי שהרשות נקטה אותו – 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".

ג 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 – נזקו עולה על תועלתו.

ד 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 ידע בן-הזוג הזר כי אין בנישואין (הפיקטיביים), כשהם לעצמם, ערובה והבטחה להמשך שהותו בישראל. האומנם?

ה הנה-כ"כ, אף שהמדיניות החדשה נוהגת זה שנים מספר, לא זו בלבד שלא הוכח באורח ראוי כי מביאה היא, הלכה למעשה, להפחתת מספר הנישואין הפיקטיביים, אלא שניתן לטעון כי הקשר הרציונלי 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 חודשים מספר בחוץ-לארץ; מנגד, מי שנישאו – גם הזר גם הישראלי – בנישואי-אמת, ייפגעו בוודאות ובאורח קשה אם תיכפה עליהם פרידה, או אם יאלצו השניים – באהבתם זה-את-זה – לעזוב את הארץ יחדיו לחודשים מספר.

ז יתר-על-כן: משרד הפנים לא נתן בידנו כל סטטיסטיקה רלוונטית, 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 רציונלי בין האמצעי לבין המטרה? האם קשר רציונלי ראוי הוא שהתשעה יסבלו בעבור האחד?

א

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

ב

ג

ד

כך היה אף בפרשת בן-עטייה [33] (לעיל). באותו מקרה דובר בתכנית שהנהיג משרד החינוך והתרבות, ולפיה נפטרו תלמידיהם של בתי ספר מבחינות בגרות במקצועות מסוימים. תחת בחינות אלו הכיר המשרד בציונים שהתלמידים זכו בהם בבחינת המתכונת, היא בחינה פנימית הנערכת בבית הספר. השאלה הייתה, אם זכאי הוא משרד החינוך והתרבות לשלול מבתי ספר מסוימים את הזכות להשתתף בתכנית האמורה, אך באשר נתגלו באותם בתי ספר, בשנים קודמות, מעשי-העתקה רחבי-היקף בבחינות הבגרות. בית-המשפט קיבל את עתירתו של בן-עטייה, ואמר השופט קדמי בין שאר דבריו (שם, בעמ' 8):

ה

ו

”אירועם של מקרים – רבים יחסית – של פגיעה בטוהר בחינות הבגרות 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.”

ז

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

א

56. אשר לאינה השנייה במבחן המידתיות, האונה שעניינה בשאלה אם הפגיעה בפרט הינה במידה העולה על הנדרש. אין ספק בדעתנו, כי מדיניות משרד הפנים אינה עומדת במבחן זה מכול-וכול. ראשית לכול, נסכים עם חברתנו השופטת דורנר בקובעה כי אונה שנייה זו במבחן המידתיות סבה את "מיתחם המידתיות". ובלשונה, בפרשת תנופה שרותי כוח אדם [36] (לעיל), בעמ' 452:

ב

"...ודי כי הפגיעה בזכות תימצא במסגרת 'מיתחם 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 של האינטרס הנפגעים, ובמידת החשיבות המיוחסת להם".

ג

ואולם מדיניות משרד הפנים אינה עומדת גם במבחן זה.

ד

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 ייגרע כהוא זה מהקשר, ככל שיש בו ממש".

ה

תשובה זו, שהאהבה תגבר גם על פירוד של חודשים מספר, 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 תקל זו בעינינו? השכחנו את כאבה של דסדמונה שעה שהדוכס ציווה את אותלו לצאת וללחום בקפריסין (ויליאם שייקספיר אותלו תרגום ט' כרמי):

ו

"דסדמונה:

את הכושי אהבתי; מרדנותי
וטלטלת-חיי בישרו לכל
כי בצילו חמדתי לחיות.
לבי הדום לכל תענוגותיו
של אדוני אותלו. את דיוקנו

ז

ראיתי ברוחו, ולכבודו
ומעלותיו כאיש-צבא היקדשתי
את מאודי, נפשי ועתידי.
על כן, רוזניי יקרים,
אם אשאר פה בחיבוק-ידיים,
והוא יצא למלחמה –
חסדי-האהבה, שכה יקרו לי,
יישללו ממני, וחסרונו
יהיה כבד מנשוא...".

א

ב

הראוי כי לבנו יהא גס בצער-הפרידה? על צער-הפרידה עמד גם השופט אלון ב"ע"א [488/77](#) פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה [40], ואלה דברים השמיענו (שם, בעמ' 432):

ג

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

ד

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

58. העותרים ציירו בסיכומיהם לפנינו מקצת המכשלות העומדות בפני בני-זוג שאחד מהם נדרש לעזוב את הארץ: מגבלות כלכלה הכרוכות ביציאה מן הארץ ובשהות בחו"ל; מגבלות-תעסוקה; מגבלות-בריאות. אכן, קשה שלא להתרשם כי גזרה זו של חיוב בני-זוג לנסוע לחו"ל הינה גזרה 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 שרותי כוח אדם [36] (לעיל), בעמ' 452:

ה

ו

"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".

ז

ענייננו-שלנו, נזכור, נסב על זכות-יסוד שקנה היחיד – כל יחיד – לנישואין ולהקמת משפחה. למותר כי נזכיר שזכות זו הוכרה באמנות בין-לאומיות המקובלות על הכול; ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם, 1948 [67]; סעיף 12 לאמנה האירופית בדבר זכויות האדם [68]; סעיף 2.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966. עוד על הזכות, ראו: א' רובינשטיין "הזכות לנישואין" [63]; [64] I. Fahrenhorst "Family Law as Shaped by Human Rights"

אכן, עוצמתה של הזכות והקרינה החזקה הבוקעת מתוכה מחייבות היו, כמו-מעצמן, כי האמצעי שמשרד הפנים יבּוֹר לוֹ יהיה רַף 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 בְּזֶר, כל-שכן ייאמרו הם על האזרח הישראלי השותף לנישואין.

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

60. אשר לאוּנָה השלישית במבחן 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 בעקבותיה 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 – הוא אמיתי ומוכח; התועלת – הפגיעה בנישואי-פיקציה – הינה ספקולטיבית ובלתי מוכחת. יתר-על-כן: בהיעדר סטטיסטיקה, קשה להתעלם מאפשרות ריאלית כי הרבים – אלה הנישואים בנישואי-אמת – יסבלו בעבור המעטים – אלה הנישואים 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 אפוא זו: מדיניות משרד הפנים לעניינם של זרים שנישאו לישראלים בעוד הם (הזרים) שוהים בארץ שלא-בהיתר, הינה מדיניות

שאינה עומדת במבחן המידתיות והרי היא פסולה ובטלה. דרישת משרד הפנים – כמדיניות עקרונית – כי בן-הזוג הזר יעזוב את הארץ לחודשים מספר עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח.

א

62. האם פירוש הדבר הוא, כי בכל מקרה ובכל עניין יעשה משרד הפנים שלא-כדין אם ידרוש מן הזר השהיה בארץ שלא-כדין ואשר נישא לאזרח ישראל, כי יעזוב את הארץ לאלתר עד שבקשתו תיבדק לעומקה? התשובה, לדעתנו, היא בשלילה. יהיו מקרים, כך יש להניח, שבהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה לפול במלוא-כיעורה, גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות. כך, למשל, משמסתבר בריאיון עם בני-הזוג כי האישה מכירה בקושי את בן-זוגה – ולהפך – כל-שכן שאין כל אחד מן השניים מכיר את בני משפחתו של בן-הזוג האחר, את מקום מוצאו וכיו"ב. הוא הדין במקום שבו מוכח בעליל כי תעודת הנישואין הינה מעשה-זיוף. ראו, למשל, פרשת מוצ'ניק [22] 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.

ב

ג

ד

ה

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 הסכמנו 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 בת-לוחה עצמה בנישואין. כן לא נוכל להתעלם מתופעת הנישואין הפיקטיביים שמשרד הפנים נתקל בה, כאשר אותה בת-זוג (בדוגמה שהבאנו) ובן-זוגה מבקשים בדרך-רמייה להאריך את שהותה של בת-הזוג בארץ. בתתנו דעתנו לכל אלה, והגם ששוללים אנו גירוש מן הארץ, דומה עלינו כי פתרון ראוי יהא זה,

ו

ז

א

שבנישואין מעין-אלה שבדוגמה, יוטל על בני-הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנות הנישואין. אכן, מהות הנושא וחומרת העניין ראוי להם כי יאָצלו על מידת הָרָאָה, 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.

ב

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 ["א"א 8639/96](#) אריה חברה לביטוח בע"מ נ' קרדוניס [41] (בפיסקה 5 בחוות-דעתו של השופט אור); ראו עוד ["א"א 5794/94](#) אררט חברה לביטוח בע"מ נ' בן שבח [42], בו קובע השופט אור כי "יש להקפיד" עם תובע מעין-זה.

ג

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:

ד

"[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 entry as an immigrant and no fee or other consideration was given..." (8 U.S.C. § 1255(e)(3); emphasis added – M. C.).

ה

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

ו

הליכי הענקת זכות לישיבת קבע –

"המבחן המדורג"; התאזרחות זר שנישא לישראלי

ז

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

א

65. מדיניות משרד הפנים להענקת זכות לישיבת-קבע לבן-הזוג הזר – מדיניות הנוהגת מאז שנת 1996 – נחלקת לשלושה שלבים נפרדים, ומשכה 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-הכול כשש שנים.

ב

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

ג

ד

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 ביטחונית או פלילית להמשך שהותו של בן-הזוג בארץ (שאלות אלו לא עלו לפנינו להכרעה ולא נדון בהן), תתחיל תקופת "המבחן המדורג". משכה הכולל של תקופת "המבחן המדורג" הוא חמש שנים ושלושה חודשים, ותחילתה – כאמור – ביום שבו נוכח משרד הפנים לדעת כי שניים שהציגו עצמם כבני-זוג אכן בני-זוג הם לנישואי-אמת.

ה

ו

67. בשלב השני (הוא השלב הראשון של המבחן המדורג) זוכה בן-הזוג הזר לאשרה ולרישיון לישיבת ביקור מסוג ב/1 (עובד זמני) והם מכוח הוראת [תקנה 5\(א\)](#) לתקנות הכניסה לישראל. אשרה ורישיון אלה תוקפם הוא לשלושה חודשים (כאמור בסעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל) וניתנים הם להארכה. בעבור 27 חודשים בסטטוס זה עוברים אנו לשלב השלישי (הוא השלב השני של המבחן המדורג).

ז

אם קשר הנישואין נמשך והולך כמקודם, ובאין מניעה ביטחונית 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-מבחן 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.

ב

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

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

ג

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

ד

הקניית זכות לשיבת-קבע – הערות הקדמה

70. לעניין הקניית זכויות לבני-הזוג הזרים נקטו באי-כוח בעלי-הדין מינוח 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 כדובר 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 כוונתנו להיכנס לפרטי הסדרים אלה של "איחוד משפחות" בשטחים המוחזקים. כל כוונתנו אינה אלא לומר כי אין ללמוד היקש מהם לענייננו-שלנו, כשם שאין ללמוד היקש מענייננו-שלנו לאותם הסדרים. הסדר הסדר וענייננו-שלו.

ז

71. הערה נוספת. רשויות משרד הפנים מחילות "מבחן 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 משמר 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 "מבחן מדורג".

א

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

ב

הליך הענקת זכות לשיבת-קבע לבן-הזוג הזר

ג

73. מדינת ישראל מכירה בזכותו של האזרח לבור לו בן-זוג כרצונו ולהקים עמו משפחה בישראל. ישראל מחויבת להגנה על התא המשפחתי מכוחן של אמנות בין-לאומיות (ראו: סעיף 10 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות, 1966, וסעיף 1.23 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 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 R. Cholewinski "The Protection of the Right of Economic Migrants to Family Reunion in Europe" [74]; ראו עוד החלטת בית-הדין האירופי לזכויות-אדם [60] (1988) *Berrehab v. The Netherlands*.

ד

ה

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 אפוא קמה הצעקה? היא קמה על משך הזמן של אותו "הסדר מדורג" ועל נוקשותו של ההסדר.

ו

ז

75. ככל שהמדובר הוא בנישואין בין יהודים – ביניהם-לבין-עצמם – אין מתעוררת כל בעיה, והרי כל יהודי זכאי מכוה עצמו לשבות ולאזרחות. ענייננו הוא במי שאינו יהודי הנישא לאזרח ישראל. הכול יסכימו, כי בן-הזוג הזר אינו זכאי – ולא יהיה זה ראוי כי יהיה זכאי – לקבל לאלתר זכות לשיבת-קבע ואזרחות. המדינה זכאית –

א

כמקובל בעולם כולו – לבקרה ולפיקוח על הליכי הקניית זכויות לבן-הזוג הזר, ובדרך הטבע תנקוט המדינה מדיניות של שלבים. כן יסכימו הכול, כך יש להניח, כי המעבר משלב לשלב (הוא הדין במשך כל שלב ושלב) יתלה עצמו בהמשך קיומו של קשר הנישואין ובהיעדר מניעה ביטחונית או פלילית להמשך ההליך. ראוי היה כי הסדרים אלה שקבעה המדינה ימצאו משכנם בחוק או, למצער, בתקנות, להבדיל מ"הנחיות פנימיות" (שאף אותן לא ראינו). נזכיר עם זאת, כי הנחיות אלו עמדו במבחנו של בית-המשפט. ראו: [בג"ץ 2950/96](#) מוסא נ' שר הפנים [43]; [בג"ץ 3087/97](#) עישה נ' שר הפנים [44]. השאלה אינה אלא אם מדיניות ההסדר המדורג שמשרד הפנים אימץ לו באשר לבן-הזוג הזר עומדת במבחן הסבירות ובנותיה.

ב

הסדר הענקת תושבות קבע – סבירותו

ג

76. כאמור, מחיל משרד הפנים את ההסדר המדורג החל על בן-זוג של מי שהוא תושב ישראל גם על זר שבן-זוגו הוא אזרח ישראל. מכאן ההמתנה של חמש שנים ושלושה חודשים עד שבן-הזוג הזר יכול שיזכה בתושבות קבע. העותרים טוענים כי עניינם-שלהם – שְׂאֲנִי, וכי אין הצדק להחיל את מבחן-השנים החל על בן-זוגו של תושב גם על בן-זוגו של אזרח. על דרך העיקרון נאמר, כי טענה זו כבר עלתה בעבר ובית-המשפט ראה לדחותה. כך, למשל, אמר בית-המשפט ב**[בג"ץ 3497/97](#)** קאמלה נ' שר הפנים [45], כי:

ד

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

ה

ו

ואשר למשך הזמן הנדרש עד שבן-זוגו של אזרח 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 יאה זה ראוי כי נוסף 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

ז

התלויה ועומדת לפני בית-המשפט הגבוה לצדק (בג"ץ 338/99 עיסא נ' שר הפנים) וראוי כי נותיר הכרעה בה לאותה פרשה.

א

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

התאזרחות בן-הזוג הזר – חוקיות וטבירות

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.

ב

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

ג

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

ד

(1) נמצא בישראל;

(2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו;

ה

(3) זכאי לשבת בישראל ישיבת קבע;

(4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה;

ו

(5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית;

(6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי.

ז

(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.

א

..."

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](#):

ב

"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 בהיותו קטין ואף אם לא נתקיימו בו התנאים שבסעיף 5(א)".

ג

בן־זוגו של אזרח ישראל – רק הוא – זוכה להקלה בהליך ההתאזרחות, ועל טעמה של ההקלה אמר השופט ברק בפרשת דנקין [16] (לעיל, שם, בעמ' 117):

ד

"...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".

ה

ראו עוד פרשת קניאז'ינסקי [15], לעיל.

ו

79. בן־זוגו של אזרח ישראל יכול שיזכה אפוא 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 נסב אלא על גדריו של אותו שיקול־דעת ועל אמות־המידה שהשר רשאי להנחות עצמו על־פיהן. הכול יסכימו, למשל, כי מבקש בעל עבר פלילי העלול לסכן את שלום הציבור, וכמותו מבקש העלול לסכן את ביטחון המדינה, רשאי שר הפנים לסרב לבקשתם להתאזרחות. אם כך ייאמר בשבות – שניתן למנוע יהודי מעלות ארצה בשל טעמים אלה; ראו [סעיף 2\(ב\)\(2\)](#) ו־[2\(ב\)\(3\) לחוק השבות](#) – בהתאזרחות סתם לא כך ייאמר?

ז

זאת ועוד: הלכה פסוקה היא, כי שיקול־דעתו של השר בנושא הענקת אזרחות רחב הוא כדי־כך, שחרף האמור [בסעיף 7 לחוק האזרחות](#) – 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 מקצת אותם תנאים אלא לדרוש את קיומם. שר הפנים מוסמך אפוא לוותר על קיום התנאים הקבועים **בסעיף 5(א)** לחוק, או שלא לוותר על קיומם ולעמוד על קיום מקצתם. השוו **בג"ץ 31/53** מוסטפא נ' אלוף פיקוד הצפון, צה"ל [46], בעמ' 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 שרף [17] (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 המוטלות על תושביה".

80. גדרי 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"ץ 2757/96** אלראי נ' שר הפנים [47], בעמ' 22-23. הזכות מכוננת קשר נמשך והולך בין האזרח לבין המדינה, ובכוחה אף להקנות זכויות ולייסד חובות שונות. ראו: רובינשטיין בספרו הנ"ל (כרך ב) [55], בעמ' 896-903; *M.D. Gouldman Israel Nationality Law* [57], at pp. 101-118; עוד, לאחרונה **ע"פ 6182/98** שינבין נ' היועץ המשפטי לממשלה [48]. האזרח נושא עמו את אזרחותו על-גביו, ובאשר ילך תלך היא עמו. הזכות אינה מצמצמת עצמה לגבולות הארץ ו"פרושה [היא] בתחומי המדינה ומחוצה לה" (פרשת רנקין [16], בעמ' 117). מכל אלה נדע, כי בטבעם של דברים כרוכה הענקת אזרחות בשיקול-דעת רחב, וכי בסמכותו של השר לשקול שיקולים רבים ושונים עד אשר יגמור בלבו אם ייענה לבקשה להתאזרחות או אם יסרב לה.

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 ישראליים 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

א 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 לשקול הקלה בבקשתו של אותו בן-זוג. לא ארחיק לכת ולא אומר כי "נטל השכנוע" מוטל על כתפי 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 ישראלי מתנאים אלה, כולם או מקצתם.

ג ושוב, אין ענייננו בקרקע שטרם תִּרְשֹׁוּהָ. [סעיף 7 לחוק האזרחות](#) נותן ביטוי להתחייבויות בין-לאומיות שישראל נטלה על עצמה, ולפיהן שומה עליה להקל על התאזרחותה של אישה נשואה. ובלשון סעיף 3(1) לאמנה בדבר אזרחותה של אישה נשואה:

ט "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".

ה האמנה אומרת להגן, כלשונה, על זכויותיה של אישה, אך בתתנו דעתנו לעקרונות 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](#).

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

83. שישה תנאים מוקדמים – תנאי-סף – שאותם 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, פסקה 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 – מ' ח'] 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 מחויב בהם (לכאורה), והם: "יודע ידיעת-מה את השפה העברית" (סעיף 5(א)(5)), ו"ויתר 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 בגררי 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-כידן, 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 שְקִבְעָה, מתעלם שר הפנים, הלכה למעשה, מהנחיה זו שהמחוקק שילח לעברו, בהטילו על בן-הזוג מכסה 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 הנחה אותו (על דרך העיקרון). המחוקק ביקש שלא להקשות על בן-זוגו של אזרח ישראלי, ותחת קביעתם של תנאים נוקשים ופרקי-זמן קבועים מראש – אלה התנאים הקבועים בסעיף 5(א) לחוק – ביקש ששר הפנים ישקול בדעתו להקל עמו, איש איש כעניינו ועל-פי מדיניות קבועה מראש. והנה בא שר הפנים והכביד את לבו 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-מספים בלא שמן לְהִסְיָקָה. מה זו האחרונה לא תפעל ותישרף במהרה, כן דין המדיניות. הנה הם בני-זוג היושבים בארץ ארבע שנים ולהם שלושה ילדים. הגבר – אזרח ישראל – עובד ציבור, והאישה, מהנדסת בכירה לתעשייה ולניהול במפעל תעשייה. האומנם יאמר מי ברצינות כי עליהם להמתין עוד למעלה משנה עד ששר הפנים יתחיל לדון בבקשת האישה – הלא-יהודייה – לזכות באזרחות?

לא אמרנו – אף לא נאמר – כי בני-זוג לאזרחי ישראל זכאים לקבלת אזרחות מעשה-מוקני. על-פי טבעם 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 לישראל. 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 המבחן 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 לצדו ולצד ילדיהם יהא שווה-זכויות לו, שווה-זכויות לכל הסובבים אותם. שר הפנים קנה שיקול-דעת כיצד ואימתי יחליט, ואולם, קביעת מסגרת של שש שנים בקירוב – לא עוד אלא מסגרת 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 במבחן הסבירות והמידתיות.

אשר לרישום הנישואין במרשם האוכלוסין

86. מקצת העותרים מוסיפים ומבקשים כי נורה את שר הפנים לרשום את נישואיהם במרשם 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 שסיבור כי נעשה לו עוול.

א

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:

ב

(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 שממשו את זכות השבות – אין בכוחם להקנות זכות של שבות לבני-זוגם הלא-יהודים. יש לזכור עם זאת, כי עלייה ארצה אינה בהכרח הליך חד – יש עלייה שהיא הליך נמשך – ויהיו מקרים שבהם יהא עלינו להחיל את החוק באורח גמיש על בני-זוג שעניינם עומד לבירור. ראו פסקה 24 לעיל, בסופה.

ג

(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 לחודשים מספר עד אשר תיבדק כנות הנישואין, הינה מדיניות שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח.

ד

(2) עם זאת, במקרים שבהם שהה 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.

ה

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

ו

(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.

ז

א (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.

ב (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.

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

ד (ג) הסדרי שהייתו של בן-הזוג הזר בארץ ראוי היה להם כי יוסדרו בתקנות, ואולם, למצער, שומה על משרד הפנים לקובעם בהנחיות פנימיות אשר יזכו לפרסום ברבים.

ה (ד) (1) אשר להתאזרחותו של בן-הזוג הזר: שר הפנים 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.

ו (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.

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

ח 88. הכרענו בסוגיות המשפטיות העקרוניות כפי שהכרענו 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 בענייננו של כל אחד ואחד מהם על-פי הכרעותינו בפסק-דיננו. למותר לומר כי דלתנו פתוחה לרווחה – תמיד הייתה פתוחה לרווחה – לכל אשר ידאב לבו.

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

א

וכאן נסיים.

ב

90. אנו מחליטים לעשות מוחלטים את הצווים-על-תנאי ככל שהמדובר הוא במדיניות שר הפנים בנושא הטיפול בבקשת זר השוהה בארץ שלא-בהיתר ונישא לישראלי וככל שהמדובר הוא במדיניות שר הפנים בנושא הענקת אזרחות לזר לא-יהודי הנישא לישראלי; והכול כמוסבר וכמפורט בחוות-דעתנו לעיל. המשיבים ישלמו לעותרים בכל אחת מן העתירות שכר טרחת עורך-דין בסך של 10,000 ש"ח.

ג

השופטת ד' דורנר

אני מסכימה.

ד

השופטת ד' ביניש

אני מסכימה.

ה

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט מ' חשין.

היום, י"ח באייר תשנ"ט (4.5.1999).

ו

ז

* משפט חוקתי – אזרחות – התאזרחות
 הענקת אזרחות לבני-זוג לא יהודים של יהודים אזרחי ישראל – שיקול-דעתו של שר הפנים – מדיניות משרד הפנים לדרוש את יציאתם מישראל של לא יהודים שנישאו ליהודים עד לתום בירור כנות הנישואין – חוקיותה – אי-עמידתה בדרישת המידתיות – היותה סותרת מושכלות יסוד של חירויות הפרט – בן-זוג של אזרח להבדיל ממי שמבקש להתאזרח ושאינו בן-זוג – מה ביניהם – מדיניות שר הפנים לגבי משך התקופה הנדרשת קודם שבקשת ההתאזרחות של בן-הזוג מובאת לדיון.

* משפט חוקתי – בקשה לישיבת קבע – קריטריונים
 האם יש מקום להבחין בין הדרישות החלות על מי שהוא בן-זוגו של תושב קבע – לבין מי שהוא בן-זוגו של אזרח.

* משפט חוקתי – שבות – בני משפחה של יהודים
 אימתי זכאים למעמד של עולים – שיקול-דעתו של שר הפנים ביחס להענקת אזרחות לבני-זוג לא יהודים של יהודים אזרחי ישראל – היקף שיקול-הדעת – כפיפותו לכללי המשפט הציבורי.

* משפט מינהלי – הנחיות פנימיות – מדיניות
 חובת פרסום הנחיות והמדיניות – החובה להביאן לידיעת הנוגעים בדבר כתנאי להחלתן על האזרח – אפשרות העלאת הטענה על-ידי מי ששוהה בישראל שלא כחוק.
 * משפט מינהלי – התנהגות הרשות – רשות החוזרת בה מדבריה
 רשות המשנה את הפרשנות לסמכותה – האם רשאית לעשות כן – מקום שסבורה כי פירושה הקודם שגוי – האם אפשר לטעון כלפיה למניעות – תוצאת שינוי הפרשנות על החלטות שנתקבלו על סמך הפרשנות הקודמת.

* משפט מינהלי – פגמים בשיקול-הדעת – אי-סבירות
 היעדר מידתיות – היחס ביניהן – האם המידתיות היא עילה עצמאית – מרכיביה של עילת המידתיות – קשר רציונלי בין התכלית לבין האמצעי – איזון ראוי בין התועלת הציבורית לבין הפגיעה בפרט כתוצאה מנקיטת האמצעי המינהלי – מדיניות משרד הפנים לדרוש את יציאתם מישראל של מי שמבקשים אזרחות מכוח נישואיהם לאזרח ישראל כתנאי לטיפול בבקשתם – כלוקה בהיעדר מידתיות.

* פרשנות – דין – כללי פרשנות
 המשקל שעל בית-המשפט לייחס לפרשנותה של רשות מוסמכת ביחס לחוק המסמין אותה לפעולה – ההבדל בין חוקים נורמטיביים בסיסיים ובין חוקים בתחומים טכניים מקצועיים.

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