

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בענינים מנהליים

עע"ם 4614/05

עע"ם 6626/05

בפני :

כבוד הנשיא א' ברק

כבוד השופטת ד' ביניש

כבוד השופט א' ריבלין

המערערת בעע"מ 4614/05 : ובעע"מ 6626/05

מדינת ישראל

נ ג ד

המשיבים בעע"מ 4614/05 :

1.אבנר אורן

2.מאניבו אימלדה

המשיבים בעע"מ 6626/05 :

1.אנסטסיה פשנקו

2.אלכסנדר גומברג

ערעור על פסקי הדין של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים בתיק עת"מ 1163/05 שניתן ביום 7.4.05 על ידי כבוד השופט אברהם טל, ובתיק עת"מ 1470/05 שניתן ביום 8.6.05 על ידי כבוד השופטת שרה דותן

תאריך הישיבה :

כ"ד באב התשס"ה(10.8.2005)

בשם המערערת :

עו"ד יוכי גנסיך ; עו"ד רננה קידר

בשם המשיבים בעע"מ 4614/05 :

עו"ד עודד פלר

בשם המשיבים בעע"מ 6626/05 :

עו"ד ולאדימיר מיסיוק

פסק-דין

השופטת ד' ביניש :

הערעורים שלפנינו מעמידים למבחן את מדיניות משרד הפנים, לפיה נדרש אזרח זר, השוהה בישראל שלא כחוק ומבקש להסדיר מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרחי ישראל, לצאת מן הארץ בטרם תיבחן בקשת בן זוגו הישראלי להסדרת כניסתו לישראל ומעמדו בה. מדיניות זו מעוגנת כיום ב"נוהל הטיפול בהסדר מעמד לבני זוג זרים של אזרחים ישראלים, לרבות בני אותו מין" מיום 4.11.04 (להלן: הנוהל או נוהל הידועים בציבור). המדינה מערערת לפנינו על פסיקותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים, אשר קבע כי אין להחיל דרישה זו על המשיבים.

עיקרי העובדות ופסיקת בית המשפט קמא

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

ע"מ 4614/05

2. המשיבה בע"מ 4614/05, מאניבו אימלדה (להלן: אימלדה), אזרחית הפיליפינים, נכנסה לישראל בחודש ינואר 1998 באשרת עובד זר מסוג ב/1. תוקף אשרתה פקע בחודש ינואר 2001 ומאז היא שוהה בישראל שלא כדין. אימלדה הכירה בישראל את המשיב בע"מ 4614/05, אבנר אורן (להלן: אבנר) ולדברי השניים הם חיים זה למעלה משנה וחצי כידועים בציבור ומקיימים חיי משפחה במשק בית משותף. אימלדה ואבנר מבקשים, לדבריהם, להינשא, אולם לפי שעה נבצר מהם הדבר מאחר שהם ממתניים להתרת נישואיה של אימלדה בפיליפינים. לעת עתה הסדירו השניים את יחסיהם בהסכם ממון וחיי שיתוף אשר קיבל תוקף של פסק דין. ביום 16.12.04 התייצב אבנר בלשכת מינהל האוכלוסין על מנת לבקש את הסדרת מעמדה של אימלדה ושם נמסר לו כי על פי נהלי משרד הפנים עליה לצאת מן הארץ בטרם תטופל בקשתו להסדרת מעמדה. בעקבות זאת הגישו בני הזוג ביום 27.1.05 עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב-יפו (עת"מ 1163/05 אורן נ' משרד הפנים (להלן: עת"מ 1163/05)) ובה ביקשו כי בית המשפט יורה למשרד הפנים להשלים את בדיקותיו למתן אשרת שהייה בישראל לאימלדה ולהימנע מנקיטת הליכים כלשהם להרחקתה.

בית המשפט קמא (השופט א' טל) קיבל את העתירה. יש לציין כי בית המשפט קמא מצא כי על בני הזוג לא חל הנוהל מיום 4.11.04 כי אם נוהל קודם מיום 16.7.03, אשר לא התייחס במפורש לבני זוג שהינם שוהים בלתי חוקיים ואף לא כלל דרישה ליציאה מן הארץ. זאת, מכיוון שמצא כי הנוהל מיום 4.11.04 לא פורסם כדרוש ומשום שרק במהלך בירור העתירה הוכרעה מחלוקת בשאלת מועד כניסתו לתוקף. בתוך כך, דחה בית המשפט קמא את טענת המדינה כי הגם שהנוהל הקודם אינו כולל דרישה ליציאה מן הארץ, הרי שהרחקת בן הזוג השוהה בארץ שלא כדין ממילא מתחייבת מכוח סעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק). בית המשפט קמא פסק כי בהתקיים סממנים חיצוניים לקיומו של קשר זוגי, הכולל חיי משפחה ומשק בית משותף, אין לדרוש את הרחקת בן הזוג הזר בטרם תושלם בדיקת הבקשה להסדרת מעמדו. בפסק דינו הדגיש בית המשפט קמא כי על אף שההכרה במעמדו של ידועים בציבור אכן מצריכה עיגונים עובדתיים חזקים יותר לכנות הקשר מאלה הנדרשים מבני זוג נשואים, הרי שאין בכך כדי להצדיק הימנעות מבירור נסיבותיו של כל מקרה לגופו. אשר למקרה שבפניו, בית המשפט קמא ציין כי בני הזוג חיים יחדיו ומנהלים משק בית משותף מזה כשנה ואף חתמו על הסכם ממון. כן ייחס משקל לכך שבני הזוג הגישו בקשתם להסדרת מעמדה של אימלדה בטרם נעצרה זו. בית המשפט קמא מצא כי נסיבות אלה מלמדות על כנות הקשר בין בני הזוג, ופסק כי אין להחיל על אימלדה את דרישת היציאה מן הארץ.

עע"ם 6626/05

3. המשיבה בעע"ם 6626/05, אנסטסיה פשנקו (להלן: אנסטסיה), אזרחית רוסיה, נכנסה לישראל בחודש יוני 1997, בהיותה בת 16, יחד עם אמה אשר נישאה לאזרח ישראלי. עם הגעתה לארץ קיבלה מעמד של תושבת ארעי. במהלך שנות שהותה בארץ סיימה את לימודיה בבית הספר התיכון והשתלבה במקום עבודה. בשנת 2000 נפרדה אמה של אנסטסיה מבעלה, והשתיים נדרשו לעזוב את ישראל. בשל מצבה הבריאותי של האם הוארכו אחרות שהייה של השתיים עד לחודש פברואר 2003, עת נדרשו לצאת מישראל תוך 60 ימים. החל מחודש אפריל 2003 שוהה אנסטסיה בישראל שלא כדין. אנסטסיה הכירה בישראל את המשיב בעע"ם 6626/05, אלכסנדר גומברג (להלן: אלכסנדר). לדברי בני הזוג, הם מקיימים קשר זוגי רצוף מאז חודש ספטמבר 2000 והחל מחודש מרס 2005 הם מתגוררים יחדיו. אנסטסיה ואלכסנדר מבקשים, לדבריהם, להינשא, אולם נבצר מהם לעשות כן בישראל מאחר שאנסטסיה איננה יהודיה. ביום 27.10.04 פנה בא כוחה של אנסטסיה למינהל האוכלוסין בבקשה להסדרת מעמדה בארץ מכוח זיקתה לישראל וקשריה עם אלכסנדר. בקשה זו נדחתה על ידי משרד הפנים ביום 22.11.04. ערר שהוגש על החלטה זו נדחה אף הוא ואנסטסיה נתבקשה לעזוב את הארץ. בעקבות זאת הגישו בני הזוג עתירה מנהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים בתל-אביב (עת"מ 1470/05 פשנקו נ' משרד הפנים (להלן: עת"מ 1470/05)), בה ביקשו כי תיבחן בקשתם להסדרת מעמדה של אנסטסיה מכוח היותם ידועים בציבור מבלי שזו תידרש לצאת את ישראל.

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

4. ערעוריה של המדינה מופנים נגד חיובה לבחון את הבקשות להסדרת מעמדן של

המשיבות בשני הערעורים שלפנינו מבלי להחיל עליהן את מדיניות משרד הפנים, המחייבת אזרח זר, השוהה בישראל שלא כחוק ומבקש להסדיר מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, לצאת תחילה מן הארץ. כאמור, ערעורים אלה אינם מתמקדים בנסיבות הקונקריות של המשיבים, אלא נושאים אופי עקרוני. דרישת היציאה מן הארץ עמדה למבחנם של בתי המשפט לענינים מינהליים בשורה של עתירות ובפסיקותי מסתמנות מגמות מנוגדות. מקצת פסקי הדין – ובהם שני פסקי הדין נושא הערעורים שלפנינו – שללו את החלת דרישת היציאה מן הארץ ואילו מקצתם קבעו כי יש ליישמה. לנוכח זאת מבקשת המדינה כי בית משפט זה יכריע בשאלות העקרוניות הנוגעות למדיניות משרד הפנים באשר לבני זוג שהם ידועים בציבור. בטרם נעמוד על טענות הצדדים בעניין זה, נדרשים לנו לסקור את התשתית הנורמטיבית עליה הן נבנות.

המסגרת הנורמטיבית

5. ממי שאיננו אזרח ישראלי ואף איננו עולה, כמשמעותו של הביטוי בחוק השבות, תשי"ו-1950, יהיו כניסתו לישראל וישיבתו בה על פי אשרה ורשיון ישיבה לפי הוראות חוק הכניסה לישראל (סעיף 1 לחוק). על פי החוק מוקנית הסמכות למתן אשרות ורשיונות ישיבה לשר הפנים. הלכה היא כי לשר הפנים נתון שיקול דעת רחב בהפעלת סמכויותיו על פי חוק הכניסה לישראל (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 (להלן: פרשת קנדל); בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293; עע"ם 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל (טרם פורסם) בפס" 9 (להלן: פרשת חמדאן); עע"ם 9018/04 מונא נ' משרד הפנים (טרם פורסם)). זאת, בהתאם לעקרון הריבונות מכוחו יש למדינה שיקול דעת רחב למנוע מזרים להיכנס לתחומה או להרחיקם כאשר אינם רצויים עוד (בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117; פרשת קנדל הנ"ל, בע' 520; בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 661, 705; בג"ץ 4370/01 לפקה נ' שר הפנים, פ"ד נו(4) 920, 930 (להלן: פרשת לפקה)). עם זאת, בית משפט זה חזר וקבע כי שיקול דעתו של שר הפנים לעניין חוק הכניסה לישראל נתון לביקורתו של בית המשפט כשיקול הדעת של כל רשות מינהלית אחרת (ראו, למשל: פרשת

קנדל הנ"ל, בע' 528; בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נז(2) 21, 28; בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525; פרשת חמדאן הנ"ל, בפס' 9 לפסק הדין).

חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים אף להורות על הרחקתם של זרים מן הארץ. עד לתיקונו בשנת 2001 הורה סעיף 13(א) לחוק כי "מי שאיננו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, התש"י-1950, רשאי שר הפנים לתת עליו צו גירוש אם נמצא בישראל בלי רשיון ישיבה". בפסיקתנו נקבע כי אף שהסמכות להורות על הרחקתו של זר הינה סמכות רחבה ביותר, הרי בה בעת נתונה היא לביקורתו של בית המשפט על פי כל עילות הביקורת הנוהגות במשפט המנהלי (ראו: בג"ץ 282/88 עווד נ' יצחק שמיר, ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 434; בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 770 (להלן: פרשת סטמקה); פרשת לפקה הנ"ל, בע' 930-931)). סעיף 13 לחוק הוחלף במסגרת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 9), התשס"א-2001 (להלן: תיקון מס' 9 לחוק), אשר נתקבל ביום 25.7.01. תיקון מס' 9 לחוק נועד להסדיר באופן מקיף את סוגיית גירושם של זרים השוהים בישראל שלא כדין, לנוכח הגידול המשמעותי בהיקף תופעת השהייה הבלתי חוקית של זרים (ראו: דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8) התשס"א-2000, ה"ח 108, 109). הוראות הסעיף החדש מגדירות מיהו שוהה שלא כדין ומצוות על הרחקתו מן הארץ בהקדם האפשרי:

"הרחקה מישראל

13. (א) מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, ונמצא בישראל, בלי רשיון ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי אלא אם כן יצא מרצונו קודם לכן.

(ב) הרחקתו מישראל של שוהה שלא כדין תהיה על פי צו הרחקה שניתן עליו בידי שר הפנים. ..."

6. במסגרת שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים בהפעלת סמכויותיו מכוח חוק הכניסה לישראל, נקבעה מדיניות המאפשרת לזרים, אשר הוכיחו כי הינם ידועים בציבור של אזרחים ישראלים, להסדיר מעמדם בישראל מכוח יחסים אלה. מדיניות זו עוגנה בשנת 2000 במסגרת "נוהל הטיפול בהענקת מעמד לבני זוג של אזרחים ותושבי קבע ישראלים שאינם נשואים כולל בני זוג מאותו מין" מיום 1.5.00. נוהל זה קבע כי בכפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים של בני הזוג, יוענק לבן הזוג הזר מעמד בהתאם להליך המדורג אותו עובר בן זוג הנשוי לתושב ישראלי.

הנוהל האמור עבר שני תיקונים, אשר התייחסו בעיקר לסוג האשרות הניתנות לבן הזוג הזר במסגרת ההליך המדורג ובסיומו. כך, בעקבות התיקון משנת 2002 נקבע כי בכפוף להוכחת

קשר אמיתי וחיים משותפים, יוענק לבן הזוג הזר רשיון ישיבה מסוג ב/1 למשך 27 חודשים, ולאחר מכן יוענק לו רשיון ישיבת ארעי מסוג א/5 למשך שנה בכל פעם. על פי נוסח זה של הנוהל, מידי שנה נדרשו בני הזוג להגיש בקשה חדשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ולעבור בדיקה מחודשת להוכחת משק בית משותף. בן הזוג הזר נותר במעמד של תושב ארעי כל זמן שהקשר בין בני הזוג התקיים ולא רכש מעמד של קבע בישראל. במהלך שנת 2003 תוקן הנוהל בשנית, ונקבע בו כי בכפוף להוכחת קשר אמיתי וחיים משותפים יוענק לבן הזוג הזר רשיון ישיבה מסוג ב/1 לשנה, וזה יוארך מידי שנה בכפוף לבדיקת כנות הקשר. על פי נוסח זה, לא הייתה לבן הזוג הזר אפשרות לשדרג מעמדו עם חלוף השנים והוא הוסיף להחזיק ברשיון מסוג ב/1 כל זמן שהקשר בינו לבין בן זוגו הישראלי התקיים.

ביום 4.11.04 פורסם נוסח חדש של הנוהל – הוא הנוסח נשוא הערעורים שלפנינו. לפי נוסח זה, בכפוף להוכחת חיים משותפים וקשר אמיתי יוענק לבן הזוג הזר רשיון ביקור מסוג ב/1 למשך שנה. כעבור שנה, ובכפוף לבדיקת כנות הקשר, יוענק לו רשיון מסוג א/5 אשר יוארך מידי שנה במשך שש שנים בסך הכל. בתום שבע שנות חיים משותפים, יזכה בן הזוג הזר במעמד של תושב קבע. בשונה מנוסחיו הקודמים, כלל הנוהל מיום 4.11.04 התייחסות לטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן זוג השהה בארץ שלא כחוק. וכך נקבע בהוראות הרלוונטיות לעניין זה:

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

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

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

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

7. דרישה דומה הוחלה בעבר גם על זרים שביקשו להסדיר מעמדם בישראל מכוח נישואיהם לאזרחים ישראלים, אשר נערכו בשעה ששהו בארץ שלא כדין. על פי מדיניות משרד הפנים בין השנים 1996-1999, נדרש בן הזוג הזר, אשר שהה שלא כדין בארץ לעת הנישואין, לעזוב את ישראל והורשה לשוב ולהיכנס לארץ רק לאחר שמשרד הפנים השתכנע בכנות נישואיו. יש לציין כי על פי מדיניות זו נדרש בן הזוג הזר לעזוב את הארץ לתקופה בלתי מוגדרת, ולא לתקופה קצובה של 30 יום, כשם שמורה הנוהל נשוא הערעורים שלפנינו.

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

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

(שם, בע' 795)

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

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

8. כאמור הדרישה ליציאה מן הארץ של בן הזוג הזר עמדה עד עתה למבחנם של בתי המשפט לעניינים מינהליים, שם הביעו השופטים עמדות שונות בשאלה האם יש להחילה. בין פסקי הדין הבולטים השוללים את החלת דרישת היציאה מן הארץ מן הראוי להזכיר את פסק הדין בעת"מ (ת"א) 2790/04 רוזנברג נ' שר הפנים (לא פורסם) (להלן: פרשת רוזנברג), אשר ניתן

ביום 29.12.04, קודם למתן פסקי הדין שהם נושא הערעורים שלפנינו. פרשת רוזנברג הנ"ל עסקה בעתירתו של אזרח ישראלי כי בקשתו להסדרת מעמדו של בן זוגו, אזרח קולומביה אשר שהה בישראל שלא כדין, תיבחן מבלי שזה יידרש לצאת תחילה את הארץ. בקשה זו הוגשה, כפי שהודגש בפסק הדין, בטרם נפתחו הליכי הרחקה נגד בן הזוג הזר. לאחר ניתוח נרחב נפסק, מפי השופט ע' פוגלמן, כי הדרישה ליציאת בן הזוג הזר מן הארץ אינה עומדת, בנסיבות המקרה, במבחן המידתיות, על שלושת יסודותיו. בין פסקי הדין שפסעו בנתיב שהתווה פסק הדין בפרשת רוזנברג הנ"ל נמנים – לבד מפסקי הדין עליהם הוגשו הערעורים שלפנינו – עת"מ (חי') 1009/05 פוחלוק נ' משרד הפנים (לא פורסם) (שם נפסק כי "מקום שבו קיימים סממנים חיצוניים המלמדים לכאורה על קיומו של קשר זוגי הכולל חיי משפחה ומשק בית משותף, אין מקום לדרוש את הרחקת בן הזוג הזר בטרם תושלם בדיקת הבקשה"); ועת"מ (ת"א) 1145/05 דבורה פרי נ' שר הפנים (לא פורסם) (שם נפסק כי בנסיבות העניין הרחקתו של בן הזוג הזר מן הארץ, ולו על מנת לבחון במהלך פרק זמן של חודש את טיב יחסיו עם בת זוגו הישראלית, איננה סבירה ואיננה מידתית). מנגד, בשורה של מקרים אחרים קבעו שופטי בתי המשפט לעניינים מינהליים כי דרישת היציאה מן הארץ לפרק זמן קצוב, במהלכו תתברר הבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר, השווה בישראל שלא כדין, הינה דרישה סבירה ומידתית. בין פסקי הדין שנקטו גישה זו אף במקרים בהם נעשתה פנייה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בטרם נפתחו נגדו הליכי הרחקה ניתן להזכיר את עת"מ (ת"א) 1161/05 לשקרוב נ' משרד הפנים (לא פורסם) (ערעור על פסק הדין תלוי ועומד בפני בית משפט זה); עת"מ (ת"א) 2948/04 וסקר נ' משרד הפנים (לא פורסם) (ערעור שהוגש על פסק הדין לבית משפט זה נמחק בהסכמת הצדדים); וכך את עת"מ (ת"א) 1441/05 גרסימובה נ' משרד הפנים (לא פורסם).

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

טענות המדינה

9. המדינה מדגישה כי הנוהל נושא הערעורים הינו נוהל ליברלי וחדשני, המאפשר הקניית מעמד בישראל לזרים המבקשים לחיות עם בני זוגם הישראלים כידועים בציבור, וזאת אף אם שהו בישראל שלא כחוק. אלא שלנוכח תופעה רחבה ביותר של ניסיונות השתקעות בארץ מצד שוהים שלא כדין, מצביעה המדינה על חשש מפני ניצול הנוהל לרעה בדרך של העלאת טענות בדבר קשרי זוגיות פיקטיביים. בנסיבות אלה טוענת המדינה כי נדרשת הפעלה זהירה ביותר של הנוהל. במסגרת זו, דרישת היציאה מן הארץ משרתת, לטענתה, תכלית כפולה. המדינה טוענת כי דרישה זו מקדמת את ריבונות המדינה ואת שלטון החוק. בתוך כך מדגישה היא, כי דרישת היציאה מן הארץ מגשימה את מצוותו המפורשת של המחוקק בדבר הרחקתם המיידית של שוהים בלתי חוקיים, אשר באה לידי ביטוי בסעיף 13(א) לחוק הכניסה לישראל בנוסחו המתוקן. כן טוענת המדינה כי בדרישת היציאה מן הארץ יש כדי לצמצם את החשש מפני ניצולו של הנוהל לרעה על בסיס טענות שווא ומניעים בלתי כשרים. זאת, לטענת המדינה, מן הטעם שיש בהפעלתה העקבית של המדיניות הבאה לידי ביטוי בנוהל כדי לפגוע באופן משמעותי

בתמריציהם של שוהים שלא כדין לנסות להשתקע במדינה בדרך של העלאת טענות פיקטיביות, בדבר חיים משותפים כידועים בציבור. כן טוענת המדינה כי ביציאת בן הזוג הזר את הארץ יש, למעשה, כדי להועיל לבחינה הראשונית של כנות הקשר.

אל מול תכליות אלה טוענת המדינה כי דרישת היציאה מן הארץ עומדת במבחן המידתיות. המדינה מדגישה כי הוראות הנוהל מיום 4.11.04 מגבילות את תקופת הטיפול בבקשה לאשרת כניסה עבור בן הזוג הזר אשר נדרש לצאת את הארץ לשלושים ימים בלבד, לאחר העמידה בדרישות הנוהל. כן מציינת המדינה כי במקרים חריגים יהיה משרד הפנים מוכן לחרוג מן הנוהל ולהימנע מלדרוש את יציאת בן הזוג הזר מן הארץ.

עוד טוענת המדינה בערעוריה כי אין להחיל את קביעותיו של בית משפט זה בפרשת סטמקה הנ"ל, בעניין בטלות הדרישה כי בן זוג זר אשר נישא לאזרח ישראלי בהיותו שוהה בלתי חוקי יצא את הארץ עד לתום בדיקת כנות נישואיו, על דרישת היציאה מן הארץ המעוגנת בנוהל. המדינה תומכת עמדתה זו בשלושה טיעונים מרכזיים. ראשית, טוענת היא כי מאז מתן פסק הדין נשתנה המצב המשפטי, בעקבות תיקון מס' 9 לחוק הכניסה לישראל, בו נקבע, לראשונה, כי שוהה שלא כדין יורחק מישראל בהקדם האפשרי. המדינה טוענת כי יש לפרש ולהחיל את הנוהל באופן העולה בקנה אחד עם הוראה זו; שנית, טוענת המדינה כי ישנו שוני מהותי בין בני זוג זרים שנישאו לאזרחים לבין בני זוג זרים הטוענים להיותם ידועים בציבור של אזרחים. לטענת המדינה, ההבחנה בין המסגרת הנורמטיבית המסדירה את מעמדם של בני הזוג הזרים בכל אחד מן המקרים משליכה גם על היקף שיקול דעתו של שר הפנים. בעוד שעל זרים שנישאו לאזרחים ישראלים חלה הוראת סעיף 7 לחוק האזרחות תשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות), הרי שזכותם הנטענת של בני זוג שאינם נשואים אינה מעוגנת בחוק החרות, אלא מצויה בגדר שיקול דעתו הרחב ביותר של שר הפנים בהתאם להוראות חוק הכניסה לישראל. כן טוענת המדינה כי ישנה הצדקה להפעלה שונה של שיקול הדעת מצד שר הפנים בטיפול בעניינם של זרים הטוענים להיותם ידועים בציבור של אזרחים. זאת, לדבריה, מאחר שבעוד שקשר הנישואין, על משמעותו והשלכותיו, נתפס כמעין הרמת נטל ראשונית בדבר קיומו של קשר זוגי משמעותי ואמיתי, הרי שטענה בדבר יחסי ידועים בציבור אינה טעונה אישור פורמאלי, והיא עלולה להיטען בעלמא כשבבסיסה קשר שטחי או אף פיקטיבי. לבסוף טוענת המדינה כי בפרשת סטמקה הנ"ל ייחס בית משפט זה משקל רב לעובדה כי תקופת הפרידה בין בני הזוג לא הייתה מוגבלת בזמן, ואילו נוהל הידועים בציבור מגביל את הטיפול בבקשה לאשרת כניסה עבור בן הזוג הזר לשלושים ימים בלבד.

טענות המשיבים

10. בתגובותיהם טוענים המשיבים (להלן נתייחס למשיבים בשני הערעורים במשותף) כי דרישת היציאה מן הארץ, המובילה לפרידה כפויה של בני זוג, פוגעת בזכותם לחיי משפחה. המשיבים מדגישים כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות יסוד, המוכרת הן במשפט החוקתי הישראלי והן במשפט הבינלאומי, ומתפרשת גם על מסגרות משפחתיות שאינן מבוססות על

קשר של נישואין. לטענת המשיבים, דרישת היציאה מן הארץ המעוגנת בנוהל אינה עומדת במבחני המידתיות. המשיבים טוענים כי בהעדר ראיות ממשיות לכך שקשר מסוים הינו פיקטיבי, אין המדינה רשאית להחיל את דרישת היציאה מן הארץ באופן גורף. בתוך כך דוחים הם את טענת המדינה כי יש לאבחן בין עניין סטמקה הנ"ל לבין ענייננו אנו. ראשית, המשיבים טוענים כי אין לראות בסעיף 13 לחוק הכניסה לישראל, בנוסחו המתוקן, שינוי במצב המשפטי המחייב את יציאת בן הזוג הזר מן הארץ בטרם תטופל הבקשה להסדרת מעמדו. זאת, מן הטעם שאל מול סמכותו הרחבה של שר הפנים לצוות על הרחקתם של שוהים שלא כדין ניצבת סמכותו ליתן להם בנסיבות המתאימות רשיונות ישיבה ובכך להכשיר את מעמדם; שנית, המשיבים טוענים כי אין שוני רלוונטי בין זוגות נשואים לבין זוגות של ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ, ועל כן סבורים הם כי מדיניותו הנבדלת של משרד הפנים בשני המקרים הינה מדיניות מפלה. לשיטתם, אין ממש בניסיונה של המדינה להצדיק את השוני במדיניותה בטענה כי תעודת נישואין מהווה מעין הרמת נטל ראשונית בדבר כנות הקשר הזוגי. המשיבים מדגישים כי גם בעניינם של בני זוג נשואים, הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ממילא אינה מתבססת על קשר הנישואין הפורמלי אלא על קיומו דה-פקטו של תא משפחתי, הנבחן במשך השנים במסגרת ההליך המדורג. בנוסף דוחים המשיבים את הטענה כי ניתן לאבחן בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ על בסיס המקור הנורמטיבי השונה השולט על הסדרת המעמד בכל אחד מן המקרים. זאת, לטענתם, מן הטעם כי גם בעניינם של זרים הנשואים לאזרחים מקורה של דרישת היציאה מן הארץ הוא ממילא בחוק הכניסה לישראל ולא בחוק האזרחות. לבסוף, דוחים המשיבים את הטענה כי יש בהגבלת משך זמן הטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר כדי להפוך את הפגיעה למידתית. זאת, מאחר שלטענתם לא יעלה בידי משרד הפנים לבחון את הבקשה ולהכריע בה בפרק זמן כה קצר של שלושים ימים, מה גם ששלושים הימים נמנים מן המועד שבו הוגשה בקשה בהתאם לנוהל ולא מן המועד בו יצא בן הזוג הזר את הארץ. אף בהצהרת המדינה בדבר קיומם של חריגים לדרישת היציאה מן הארץ אין כדי להועיל לה, לשיטת המשיבים, שכן חריגים אלה מצומצמים ביותר, מה גם שמעולם לא זכו לפרסום.

דיון

11. הנהלה נשוא הערעורים שלפנינו מעגן את נכונותה של המדינה לאפשר לאזרח זר לרכוש מעמד של תושב קבע בישראל מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי, וזאת אף אם הינו שוהה בארץ שלא כדין. הרציונל שבבסיס מדיניות ראויה זו הינו ההכרה כי גם תא משפחתי שאינו מבוסס על קשר פורמאלי של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ, ובלבד שמדובר בקשר אמיתי, כן ומבוסס. מדיניות זו נותנת ביטוי למחויבותה של המדינה לזכות לחיי משפחה, הכוללת את זכותו של הפרט לבחור את בן זוגו ולהקים עימו משפחה. זכות זו מוכרת במשפטנו (ראו פרשת סטמקה הנ"ל בע' 782) ומוגנת גם במשפט הבינלאומי (ראו: סעיף 16(1) להכרזה האוניברסלית בדבר בזכויות האדם, 1948; סעיף 23.2 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, 1966; על הזכות לחיי משפחה ראו: "מרין" הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) – משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (י' רבין וי' שני עורכים, 2004) 663). בענייננו אין צורך להכריע בשאלת מהותה וטיבה של הזכות לחיי משפחה ובשאלה מהן החובות הפוזיטיביות המוטלות על המדינה כדי לכבד זכות זאת. אף כי בפרשת סטמקה הנ"ל נאמר כי המחויבות להגנה על התא המשפחתי מכוחן של האמנות הבינלאומיות אינה מחייבת מדיניות זו

או אחרת בנושא של איחוד משפחות, הרי בהקשר זה גם נקבע כי "הכירה ישראל – הכירה ומכירה היא – בחובתה לספק הגנה לתא המשפחתי גם על דרך מתן היתרים לאיחוד משפחות. כך סיפחה עצמה ישראל לנאורות שבמדינות, אותן מדינות המכירות – בכפוף לסייגים של ביטחון המדינה, שלום הציבור ורווחת הציבור – בזכותם של בני משפחה לחיות בצוותא-חדא בטריטוריה שיבחרו בה" (שם, בע' 787). בעוד שפרשת סטמקה עסקה בזכותם של בני זוג נשואים לחיי משפחה, הרי שמדיניות משרד הפנים הנדונה לפנינו מכירה בצורך לספק הגנה לא רק לתאים משפחתיים המבוססים על קשר של נישואין, אלא גם לאלה המבוססים על זוגיות במתכונת של ידועים בציבור. חשיבותה של המדיניות האמורה מתחדדת לנוכח המציאות הנורמטיבית בישראל, לפיה נשלטים דיני הנישואין על ידי הדין הדתי ובכך מוצב מחסום בפני נישואין בין בני דתות שונות .

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

"הנחת המוצא היא, כי מלחמת-החורמה שמשרד הפנים אסר על הנישואין הפיקטיביים הינה 'תכלית ראויה', וכי כוונתו של המשרד לשרש עשב-שטוה זה עד היעלמו הינה כוונה רצויה. הכל מסכימים כי כוונתו של משרד הפנים הולמת את ערכיה של מדינת ישראל וכי נועדה היא לתכלית ראויה. מדינת ישראל מנסה להתמודד – ורשאית היא להתמודד – עם הגירה בלתי חוקית לתחומיה, ובוודאי ראויה היא כי תוכר זכותה ללחום באנשים ובגופים המנצלים את מגבלות מגנוני-האכיפה לשהייה ולהמשך שהייה בלתי חוקית בישראל. המלחמה בנישואין הפיקטיביים אפוא מלחמה ראויה היא ."

(שם, בע' 778.)

אלא, שבענייננו, כמו גם בפרשת סטמקה הנ"ל, השאלה העומדת על הפרק הינה האם האמצעי אותו נוקטת הרשות במסגרת מאבקה הראוי בתופעת השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים – הדרישה כי בן הזוג הזר השוהה בישראל שלא כדין יצא את הארץ עד שתיבחן הבקשה להסדרת מעמדו – מידתי הוא.

הקרקע עליה פוסעים אנו בבואנו לבחון את מידתיות דרישת היציאה מן הארץ איננה קרקע בתולה. פרושה לפנינו הדרך שהתווה בית משפט זה בפרשת סטמקה, כאשר בחן ופסל מדיניות דומה - אם כי לא זהה - שהוחלה על בני זוג זרים הנשואים לאזרחים ישראלים. טוענים לפנינו המשיבים כי העקרונות שנקבעו בעניין סטמקה יפים גם לענייננו ויש בהם כדי להנחותנו לפסול את מדיניות משרד הפנים. המדינה, מצידה, מבקשת לאבחן את עניין סטמקה הנ"ל מענייננו שלנו. בטרם נפנה לבחינת מידתיות דרישת היציאה מן הארץ לגופה, עלינו לבחון האם עלינו לצעוד בדרך שנסללה בפרשת סטמקה או שמא יש באבחנות שמציעה המדינה כדי להציבנו בנקודה שונה, המצריכה כבישת דרך חדשה.

היש להחיל את עקרונות הלכת סטמקה על ענייננו?

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

שינוי המצב המשפטי מאז פסק הדין בעניין סטמקה

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

"בשנים האחרונות עדה מדינת ישראל לתופעה של כניסה ושהייה של זרים בתוכה בלא היתר כדון, בהיקף וממדים שבהם טרם התנסתה בעבר. תופעה זו נובעת מתמורות חברתיות פנימיות, כמו גם שינויים גלובליים, שהביאו לביקוש גדול לעובדים זרים מחד גיסא, ולחיפוש יעדי הגירה ממקומות שונים בעולם לשם שיפור רמת החיים מאידך גיסא. אוכלוסיית השוהים שלא כדון בישראל כוללת, בין השאר, עובדים זרים ותיירים שלא עזבו את ישראל עם תום תקופת האשרה שניתנה להם, וכן אנשים נוספים. לשהייה שלא כדון יש השלכות שליליות רבות, חברתיות, כלכליות ואחרות, ובהן גם פגיעה בשלטון החוק ובזכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בשעריה ומי יורשה לשהות בה."

(דברי ההסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 8) התשס"א-2000, ה"ח 2931, 108).

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

השאלה היא האם יש בניסוחו ההחלטי של סעיף 13(א) לחוק בנוסחו החדש כדי להגביל את שיקול דעתו של שר הפנים בכל הנוגע להרחקתם של זרים. אכן, סעיף זה קובע כי כיום הכלל הנורמטיבי הוא הרחקתם של שוהים שלא כדון בהקדם האפשרי. עם זאת, בית משפט זה כבר קבע כי אין בהוראתו כדי לשלול את שיקול דעתו של שר הפנים בענייני הרחקה מן הארץ. בהקשר זה נקבע כי:

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

(פרשת לפקה הנ"ל, בע' 931-932)

על כן, הגם שסעיף 13(א) לחוק הכניסה מורנו כיום כי ככלל תוביל שהייה בלתי חוקית

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

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

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

16. בסעיס נוסף לצורך לאבחן בין עניין סטמקה לבין ענייננו נעוץ, לשיטת המדינה, בשוני המהותי בין הסדרת מעמדו של זר שהינו ידוע בציבור של אזרחי ישראל לבין הסדרת מעמדו של זר הנשוי לאזרחי ישראל. לטענת המדינה, שורש ההבחנה נעוץ במסגרת הנורמטיבית השונה החולשת על הסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בכל אחד מן המקרים, המשליכה גם על הבדלים בהיקף שיקול הדעת הנתון לשר הפנים.

אכן, בעוד שבכל הנוגע להסדרת מעמדו של זר מכוח היותו ידוע בציבור של אזרחי ישראל מצויים אנו בגדר שיקול דעתו הרחב של שר הפנים מכוח הוראות חוק הכניסה לישראל, הרי שהסדרת מעמדו של זר הנישא לאזרחי ישראל מעוגנת בהוראות חוק חרות, הוא חוק האזרחות. בן הזוג הזר אמנם אינו זכאי "אוטומטית" לאזרחות ישראלית מכוח נישואיו לאזרחי ישראל (בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 116 (להלן: פרשת רנקין); פרשת סטמקה הנ"ל, בע" 765; בג"ץ 2208/02 סלאמה נ' שר הפנים, פ"ד נו(5) 950, 955 (להלן: פרשת סלאמה)), אך העניין מסור לשיקול דעתו של שר הפנים; ומהוראות סעיף 7 לחוק האזרחות ניתן ללמוד כי למוסד הנישואין, ככזה, יש השפעה על מתן הקלה בהליכי ההתאזרחות. וכך מורה אותנו סעיף 7 הנ"ל:

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

הוראות סעיף זה נועדו להקל בהליך ההתאזרחות לזר הנישא לאזרח ישראלי, בקובען כי ככפוף לשיקול דעתו של שר הפנים, יוכל הוא לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, גם אם לא נתקיימו בו תנאי ההתאזרחות הקבועים בסעיף 5(א) לחוק האזרחות. התכלית שבבסיס נכונות זו להגמיש את דרישות ההתאזרחות הינה ”ברצון לשמור על שלמות התא המשפחתי ובצורך למנוע פיצול אזרחותם של מרכיביו” (פרשת רנקין הנ”ל, בע’ 117). הוראות סעיף 7 לחוק האזרחות מנחות את שר הפנים להביא בגדר שיקול הדעת המסור לו את כוונות המחוקק להקל עם זרים הנשואים לאזרחים ישראלים שעה שמבקשים הם לזכות באזרחות ישראלית (ראו: פרשת סטמקה הנ”ל, בע’ 792).

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

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

"בבקשת ההתאזרחות של בן-זוג זר של אזרח ישראלי נשלטות ההחלטות של שר הפנים על-פי חוק האזרחות. על-פיו נקבע הסדר מדורג שהוא מיוחד לרכישת אזרחות ישראלית. הוא הקובע את תנאיו המיוחדים. הוא הקובע את השיקולים המותרים והאסורים. חוק הכניסה הוא אך צינור פורמאלי להגשמת אותה מדיניות... אכן, ההסדר המדורג בן ארבע השנים ושישה חודשים שנקבע לעניין רכישת אזרחות ישראלית מכוח נישואין יונק את חיותו מחוק האזרחות, ולא מחוק הכניסה. המעברים השונים בתוך ההסדר המדורג עצמו נקבעים על-ידי שיקולים המעוגנים בחוק האזרחות. השימוש בחוק הכניסה הוא אך אמצעי להגשמת מדיניות ההתאזרחות בשל היעדר סמכות להסדר ביניים בחוק האזרחות. לא כן עניינו של ההסדר המדורג אשר נועד, בסופו של התהליך, להעניק לבן-הזוג הזר מעמד של תושב קבע. כאן נקבעו המעברים השונים בתוך ההסדר המדורג על פי שיקולים המעוגנים בחוק הכניסה. חוק זה מעגן בחובו לא רק את האמצעים להשגת המטרה, אלא גם את המטרה עצמה... [אשר לבן זוג זר של אזרח ישראלי – ד.ב.] גם כאשר הבקשה תעסוק במעמדו של המבקש על-פי חוק הכניסה – אם בששת החודשים הראשונים שבהם זוכה המבקש להיתר ישיבה ועבודה בישראל, ואם בארבע השנים שלאחריהן שבהן זוכה המבקש לאשרה ולרישיון לישיבת ארעי (מסוג א/5) - הרי שהשיקולים שישקול שר הפנים הם שיקולים של חוק האזרחות. שיקול-דעתו לא יהא מכוון לשאלה אם בסוף ההסדר יזכה המבקש למעמד של תושב קבע (במסגרת חוק הכניסה). שיקול דעתו יהיה מכוון לשאלה אם בסוף ההסדר יזכה המבקש לאזרחות ישראלית."

(שם, בע' 957-958)

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

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

על מוסד הידועים בציבור

18. מוסד הידועים בציבור זוכה להכרה הולכת וגוברת במשפט הישראלי. שלושת המניעים העיקריים להיווצרו ולביסוסו הינם "תפיסות עולם של מדיניות רווחה...", חומרת הדין הדתי בענייני נישואין וגירושין... והתנגדות חלק מהציבור לנישואין דתיים" (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 749, 783-784 והאסמכתאות המובאות שם (להלן: פרשת אפרת); ראו באותו עניין גם: מ' שאוה "הידועה בציבור כאשתו" – הגדרתה, מעמדה וזכויותיה" עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 484, 492-494 (להלן: שאוה); ד' פרידמן; "הידועה בציבור בדין הישראלי" עיוני משפט ג (תשל"ג-תשל"ד) 459, 460-461 (להלן: פרידמן); ח' פ' שלח "בן הזוג הידוע בציבור" משפטים ו' (תשל"ה) 119, 130-135 (להלן: שלח)).

על רקע זה, ממועד סמוך לאחר הקמת המדינה ואילך הכיר המחוקק הישראלי בידועים בציבור בשורה ארוכה של חוקים, בעיקר לצורך הענקת זכויות סוציאליות וטובות הנאה חומריות שונות (אך לא רק למטרות אלה, ראו לדוגמה: סעיף 3 לחוק השמות, תשט"ז-1956, המייתר את הצורך בהסכמת האב למתן שם משפחתו לילד שאמו היא הידועה בציבור שלו, וסעיף 4 לחוק זה המתייחס למתן שם לילד על ידי שני הוריו, מקום שאלה ידועים בציבור; סעיף 1 לחוק למניעת אלימות במשפחה, תשנ"א-1991, המגדיר את המושג "בן זוג" ככולל ידוע בציבור; סעיף 1 לחוק בית המשפט לענייני משפחה, תשנ"ה-1995, אשר מגדיר את המושג "בן משפחתו" ככולל בן זוג, לרבות ידוע בציבור. לסקירת החוקים המתייחסים לידועים בציבור ראו: א' בן דרוור "הידועה בציבור – נשואים ללא נישואין" (מהדורה שנייה, 2000) 59-71).

בפסיקתנו תרם בית המשפט למלאכת עיצוב מוסד הידועים בציבור בכל הנוגע לזכויות הנובעות ממעמדם. במסגרת מפעל הלכתי זה הכיר בית המשפט בזכויות ידועים בציבור הן במישור היחסים שבין בני הזוג והן במישור היחסים שבין בני הזוג לצדדים שלישיים (לסקירה עדכנית בעניין זה ראה: ש' ליפשיץ "הידועים-בציבור בראי התיאוריה האזרחית של דיני המשפחה" (תשס"ה) בע' 24-26, 89-92 ו-228-230 (להלן: ליפשיץ)). צדדים מרכזיים במישור הראשון היו החלת הלכת שיתוף הנכסים גם על בני זוג שלא נישאו אך חיים כידועים בציבור (ע"א 52/80 שחר נ' פרידמן, פ"ד לח(1) 443; ע"א 749/82 מוסטון נ' וידרמן, פ"ד מג(1) 278); הבעת נכונות מצד בית המשפט לבחון אם ניתן להכיר בחובת תשלום מזונות בין ידועים בציבור מכוח הסכם משתמע (ע"א 805/82 ורסנו נ' כהן, פ"ד לז(1) 529; כן ראו בעניין זה: ע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 34 (להלן: פרשת לינדורן); רע"א 8256/99 פלונית נ' פלוני, פ"ד נח(2) 213, 227); ואף השוואת זכויות הירושה של ידועים בציבור לזכויות הירושה של בני זוג נשואים על בסיס סעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (ראו: ע"א 714/88 שנצר נ' ריבלין, פ"ד מה(2) 89; ופסק דינו של השופט טירקל בע"א 1717/98 בלאו נ' פוזש, פ"ד נד(4) 376).

בין הצדדים הבולטים במישור שעניינו היחסים שבין בני הזוג לצדדים שלישיים, ניתן להזכיר את פסיקת בית המשפט כי אין שר הפנים רשאי לפסול שינוי שם משפחה של אחד מהידועים בציבור לשם משפחתו של האחר בטענה כי דבר זה, כשלעצמו, יש בו כדי להטעות או כדי לפגוע בתקנת הציבור בישראל (פרשת אפרת הנ"ל; עקרונות הלכת אפרת עוגנו בהמשך

בסעיף 5 לחוק השמות (תיקון מס' 3) התשנ"ו-1996. עוד ראו לעניין זה: בג"ץ 6086/94 נזרי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין, פ"ד מט(5) 693. כן ראוי להזכיר את הקביעה כי בית המשפט לענייני משפחה מוסמך לאשר הסכמי ממון בין ידועים בציבור (רע"א 6854/00 היועץ המשפטי לממשלה נ' זמר, פ"ד נז(5) 491 (להלן: פרשת זמר)). צעד חשוב נוסף הוא פרשנות המונח "בן זוג" כמשתרע גם על ידועים בציבור לעניין סעיף 78 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש], הקובע זכותם של תלויים לפיצויים בגין עוולה שגרמה למותו של אדם (פרשת לינדורן הנ"ל); ולעניין הגדרת "קרוב" שבחוק מיסוי מקרקעין (שבת, מכירה ורכישה), תשכ"ג-1963 ובתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה) תשל"ה-1974, בכל הנוגע לפטור ממס שבח וממס רכישה (ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ' לבנון, פ"ד נז(5) 309 (להלן: פרשת לבנון)).

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

"במישור הלשוני הדיבור 'בן-זוג' רחב דיו כדי לכלול בחובו גם ידוע בציבור. ההכרה בכל מקרה תיעשה על-פי התכלית המונחת ביסוד ההסדר החקיקתי. נמצא כי אין לו לדיבור 'בן-זוג' המופיע בחוקים השונים משמעות אחת ויחידה המשותפת לכל דברי החקיקה. משמעותו של הדיבור 'בן-זוג' משתנה על-פי התכלית המונחת ביסוד דבר החקיקה."

(פרשת לבנון, בע' 325-326; ראו גם: דברי הנשיא ברק בפרשת לינדורן, בע' 41; ודבריו בפרשת זמר הנ"ל, בע' 504).

כן נפסק בפרשת לינדורן הנ"ל כי במסגרת מלאכת פרשנותו של ההסדר החקיקתי נדרש בית המשפט לבחור באותו פירוש המקדם את השוויון והשולל את ההפליה בין ידועים בציבור לזוגות נשואים (שם, בע' 30-31). בעניין זה הבהיר הנשיא ברק:

"ודוק: איננו אומרים כלל, כי לעניין כל דבר חקיקה, טיפול שונה באישה (או אלמנה) נשואה ובאישה (או אלמנה) ידועה בציבור, יוצר הפליה בין השתיים. הכול תלוי ברלוונטיות של ההבחנה; הכול תלוי בתכלית הספציפית המונחת ביסוד ההסדר. אם על-פי תכלית זו, השוני בין אישה (או אלמנה) נשואה לבין אישה (או אלמנה) ידועה בציבור הוא רלוונטי, אין לראות בו הפליה. אם, לעומת זאת, על פי תכלית החקיקה הספציפית השוני אינו רלוונטי, תהא בכך הפליה."

(שם, בע' 31; ראה גם פרשת לבנון הנ"ל, בע' 326)

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

הידועים בציבור ודרישת היציאה מן הארץ

20. כאמור, המדינה מאפשרת לזרים להסדיר מעמדם בישראל גם מכוח היותם ידועים בציבור של אזרחים ישראלים ולא רק מכוח נישואיהם לאזרחים ישראלים. בעמדתה זו מכירה, למעשה, המדינה בכך כי גם תא משפחתי המבוסס על קשר של ידועים בציבור ולא על קשר של נישואין ראוי להגנה ויש לאפשר לבני הזוג המרכיבים אותו לחיות יחדיו תוך המשך מגורים בארץ. המחלוקת שלפנינו מצטמצמת, אפוא, לשאלה האם יש מקום להפעלה שונה של שיקול הדעת של שר הפנים במסגרת הטיפול בבקשתו של בן זוג זר להסדרת מעמדו, כך שבעוד שדרישת היציאה מן הארץ נפסלה ביחס לזוגות נשואים, יש בכל זאת מקום להחילה על ידועים בציבור. המדינה משיבה על שאלה זו בחיוב. לטענתה, קיים שוני מהותי בין זוגות נשואים לבין ידועים בציבור לעניין דרישת היציאה מן הארץ, שכן קשר של נישואין מבוסס על אקט משפטי, זוכה להכרה רשמית מצד המדינה ומביא לשינוי בסטטוס של בני הזוג, בעוד שקשר בין ידועים בציבור מתבסס רק על קיומה של מציאות עובדתית מסוימת. על כן, טוענת המדינה, כי בקשר הנישואין, כשלעצמו, ניתן לראות מעין הרמת נטל ראשונית בדבר קיומו של קשר זוגי משמעותי ואמיתי, ואילו טענה בדבר יחסי ידועים בציבור מצריכה בדיקה קפדנית מאחר שהיא איננה טענה אישור פורמאלי ועלולה להיטען בעלמא.

21. אכן, "קיים הבדל מהותי בין מוסד הנישואין כדת וכדין הנערך בתור 'אקט ציבור של המדינה'... לבין מוסד הידועים בציבור, המבוסס בעיקרו על הסכם בין הצדדים בלבד" (פרשת אפרת הנ"ל, בע' 771). "ידועים בציבור, כיחסים דמויי-נישואין, שונים מיחסי נישואין, ראשית לכל, ביסוד הסטטי של הסטטוס. יסוד זה קובע, בדרך כלל, אמת-מידה אובייקטיבית הנסמכת על אקט פורמלי, ומשום כך יש בו חד-משמעיות לגבי מועדי היצירה והסיום" (א' רוזן-צבי, "דיני משפחה", ספר השנה של המשפט בישראל, תשנ"ב-תשנ"ג (א' רוזן-צבי עורך, תשנ"ד) 267, 278). לעומת זאת, קשר של ידועים בציבור נתפס כמצב עובדתי המוכר לצרכים אלה ואחרים, ואינו מוכר בפסיקה כיחס היוצר סטטוס (ראו: ע"א 384/61 מדינת ישראל נ' פסלר, פ"ד טז(1) 109, 102, 111-112; בג"ץ 89/83 לוי נ' יושב ראש ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד לח(2) 488, 500; ד"ג 13/84 לוי נ' יו"ר ועדת הכספים של הכנסת, פ"ד מא(4) 291, 296; פרשת אפרת הנ"ל, בע' 787; פרשת לינדורן הנ"ל, בע' 38-39; פרשת לבנון הנ"ל בע' 315-316 ובע' 322. כן ראו: א' ברק, "שופט בחברה דמוקרטית" (2004), 71). בהתאמה, קשר של ידועים בציבור אינו ניתן לזיהוי על פי אקט פורמאלי מכוון, אלא על סמך מבחנים עמומים וגמישים יותר, המחייבים בחינה של מהות הקשר בין בני הזוג.

על פי הפסיקה, שני היסודות המרכזיים הטעונים הוכחה בכדי להיחשב כידועים בציבור הינם חיים משותפים כבעל ואשה וניהול משק בית משותף:

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

היסוד השני הוא ניהול משק בית משותף. לא סתם משק בית משותף מתוך צורך אישי, נוחות, כדאיות כספית או סידור ענייני, אלא כפועל יוצא טבעי מחיי המשפחה המשותפים, כנהוג וכמקובל בין בעל ואשה הדבקים אחד בשני בקשר של גורל חיים..."

(ע"א 621/69 נסיס נ' יוסטר, פ"ד כד(1) 617, 619 (להלן: פרשת נסיס). ראו גם: ע"א 79/83 היועץ המשפטי לממשלה נ' סוזן שוקרון, פ"ד לט(2) 693, 690 (להלן: פרשת שוקרון); ע"א 6434/00 דנינו נ' מנע, פ"ד נו(3) 683, 691).

יצוין כי הדברים נאמרו לעניין פירוש ההוראה שבסעיף 55 לחוק הירושה, תשכ"ה-1955, אשר אינה משתמשת במושג "ידועים בציבור", אלא מתייחסת לזכויות הירושה של בני זוג "החיים חיי משפחה במשק בית משותף אך אינם נשואים זה לזה", אך בית המשפט הבהיר בפרשת נסיס הנ"ל כי אין הבדל ממשי בין הגדרה זו לבין המושג המקובל של "ידועים בציבור" (שם, בע' 621).

22. מעבר לשני היסודות המוסכמים של חיים משותפים כבעל ואשה וניהול משק בית

משותף, נתגלעה בעבר בפסיקה מחלוקת בנוגע לפשר "ידיעת הציבור" ולשאלה האם ידועים בציבור נדרשים גם להוכיח כי הציבור חשב – מתוך טעות – כי הינם נשואים כדת וכדין (ראו, למשל: שאוה, בע' 495; פרידמן, בע' 462-463; שלח, בע' 138-140; א' מצא "ידיעת הציבור" ויהידועה בציבור" עיוני משפט ב (תשל"ב), 230). הגישה המרחיבה, לפיה בני זוג עשויים להיחשב כידועים בציבור אף אם הציבור ידע שלא קיים קשר נישואין ביניהם היא זו שקנתה לה, לבסוף, אחיזה בפסיקה (ראו: בג"ץ 73/66 זמולון נ' שר הפנים, פ"ד כ(4) 645, 671; בג"ץ 243/71 אייזיק (שי"ק) נ' שר הפנים, פ"ד כו(2) 33, 39; ע"א 481/73 רוזנברג נ' שטסל, פ"ד כט(1) 505; השוו: פרשת ורסנו הנ"ל, בע' 531). זאת ועוד, הפסיקה הוסיפה להרחיב את גבולות מוסד הידועים בציבור באמצעות הגמשתם של תנאי הסף המקובלים (ראו: פרשת אפרת הנ"ל, בע' 785; ליפשיץ הנ"ל, בע' 24, 93-94; 241-243). בהקשר זה יפים הדברים שהביא הנשיא שמגר בע"א 107/87 אלון נ' מנדלסון, פ"ד מג(1) 431 (להלן: פרשת מנדלסון), בצטטו בהסכמה את דברי השופט שילה בת"ע (ת"א) 1180/69 בעניין עזבון המנוח אויגן שטרן ז"ל (לא פורסם):

... "המיבחן הוא גמיש ביותר כי אין לך מתכונת אחת של 'חיי משפחה במשק בית משותף' המצויה אצל כל הזוגות הנשואים ושונים הדברים כמעט מזוג לזוג לפי השוני בגילם, השכלתם, מזגם, השקפת עולמם, ארץ מוצאם, הרגלי חייהם, מקצועם, מצבם הכספי, מצב בריאותם, וגורמים רבים אחרים שלא נצליח למנותם ולמצותם כאן. כך שאין לך מבחן נוקשה אובייקטיבי אלא מעין תדמית משתנית של יחסים בין בני זוג שמרכיביה שונים מזוג לזוג. המבחן דומה באופיו למבחן ה'אדם הסביר' בדיני נזיקין.

מאידיך, ישנם גורמים קבועים באותו מבחן שמן הצרך לשקול את מציאותם הן מבחינת ישות והן מבחינת כמות. מקדמת דנא ובכל שיטות משפט של בני תרבות מונים שלושה יסודות בנישואין ועל המישורים של שלושה יסודות אלה מצויים הגורמים הקבועים של המבחן בו אנו עוסקים:

1) יסוד האישות ('עונתה. (Taurus)

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

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

אולם, יסודות אלה הם דברים שאין להם שיעור וצמצום בממדיהם ואפילו היעדר טוטלי מתוך סיבה מבוררת של אחד מהם, אינם עשויים בהכרח לקלקל את השורה."

(שם, בע' 437-438. דברים אלה הובאו בהסכמה גם על ידי השופט ד' לוי בפרשת שוקרן הנ"ל בע' 693-694.))

על רקע תפיסתו זו בדבר גמישות המבחן להכרה בידועים בציבור, קבע בית המשפט בפרשת מנדלסון הנ"ל כי "משק בית משותף" אין פירושו בהכרח שיתוף קנייני בנכסים" (שם, בע' 438), וגילה נכונות להכיר בבני זוג כידועים בציבור חרף ההפרדה בין רכושם. בהמשך למגמה מרחיבה זו, בפרשות אחרות גילה בית המשפט נכונות להכיר בבני זוג כידועים בציבור חרף היעדרו של מקום מגורים משותף קבוע (ראו פרשת שוקרן הנ"ל, בה התגוררו בני הזוג בדירת הגבר ובדירת האישה, לסירוגין); ואף חרף קיומם של קשרים אינטימיים עם אחרים (ע"א 4385/91 סלם נ' כרמי, פ"ד נא(1) 337). כן חשוב לציין כי בית המשפט נמנע מלהגדיר את פרק הזמן המינימלי של קיום חיי משפחה משותפים הדרוש על מנת שבני זוג ייחשבו כידועים בציבור. בית המשפט הכיר בכך כי בנסיבות המתאימות ובכפוף לטיב ולעומק הקשר בין הצדדים, די לשם כך אף בתקופה של פחות משנה אחת (ראו פרשת נסיס הנ"ל, בע' 624-

23. הנה כי כן, בעוד קשר של נישואין ניתן לזיהוי בקלות על פי אקט פורמאלי מכוון, זיהוי של קשר של ידועים בציבור מחייב בחינה עובדתית של טיב ונסיבות הקשר, על מנת לקבוע האם מתקיימים תנאי הסף – הגמישים כשלעצמם – בדבר חיים משותפים כבעל ואשה וניהול משק בית משותף. אלא, שהשאלה הצריכה לענייננו הינה האם שוני זה בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור הינו שוני רלוונטי לעניין החלת דרישת היציאה מן הארץ, נשוא הערעורים שלפנינו. זאת, בהתחשב בתכליתה של זו לצמצם ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור על סמך טענות פיקטיביות לקשר של ידועים בציבור. דומני, כי על שאלה זו עלינו להשיב בשלילה. הסדרת מעמדו של זר בישראל – בין אם מכוח נישואיו לאזרח ישראלי ובין אם מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי – מתבססת על מבחן מתמשך, שבמסגרתו מתקיים הסדר מדורג, המתפרש על פני תקופה ממושכת וכרוך בבדיקה מדוקדקת של כנות הקשר בין בני הזוג. כל זאת, בכדי שלא לאפשר רכישת מעמד על סמך תואנות שווא. על הבחינה המתמשכת של כנות המצגים המובאים בפני משרד הפנים על ידי זר המבקש לרכוש מעמד מכוח נישואין כבר עמד בית המשפט בבג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481 (להלן: עניין עבאס-בצה):

"אכן, הליך איחוד המשפחות אינו פשוט. הוא תהליך ממושך שבו מעמדו של בן-הזוג הזר הינו זמני ולא ודאי, עם זאת המעקב המקיף הנפרס על פני שנים מספר הוא חלק בלתי נפרד מהתהליך. הוא נועד לבחון את כנות הנישואין ולוודא שאין מניעה ביטחונית או פלילית במתן מעמד הקבע. חשיבותן של הזכויות המבוקשות מחייבת את משרד הפנים לבצע בדיקה קפדנית של כל בקשה ובקשה – בייחוד נוכח העלייה המשמעותית שחלה בהיקף הבקשות לאיחוד משפחות. בנסיבות שישנו בהן גידול משמעותי בהיקף הבקשות, וכאשר עולה כי חלקן מוגשות באופן פיקטיבי, חייב תהליך אישור הבקשה להיות מבוקר ומפוקח."

(שם, בע' 488; ראו גם: בג"ץ 2597/99 רודריגז-טושביים נ' שר הפנים (טרם פורסם), בפס' 7 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה.))

הליך הבדיקה המתמשך והמדוקדק, שהינו מנת חלקם של זרים המבקשים להסדר מעמד מכוח נישואין לאזרחים ישראלים מלמדנו כי אף לגישת המדינה, קשר הנישואין, כשלעצמו, מהווה אך ורק נקודת מוצא ראשונית מאוד לבחינת כנות הקשר הזוגי. זאת ועוד, כשם שאין די בקשר הנישואין כדי ללמד כי הקשר הזוגי הנטען הינו אמיתי וכן, הרי שאף לא ניתן לומר את ההיפך. במציאות הישראלית קשה להסיק כי העדר אקט פורמלי של נישואין בין בני זוג שאחד מהם הינו אזרח זר מלמד כי הקשר הנבחן אינו רציני דיו. זאת, מאחר שדיני הנישואין בישראל נשלטים על ידי הדין הדתי, המציב מחסום בפני נישואין בין בני דתות שונות. לפיכך, משקלו המוגבל של אותן אקט פורמאלי המכוון את קשר הנישואין במסגרת ההליך המדורג מובילנו למסקנה כי השוני הממשי בין בני זוג ידועים בציבור לבין בני זוג נשואים בכל הנוגע לזיהוי מערכת היחסים איננו שוני מהותי שיש בו כדי להצדיק מדיניות נפרדת לעניין דרישת היציאה מן הארץ. בהעדר שוני מהותי, עמידה על דרישת היציאה מן הארץ ביחס לזוגות ידועים בציבור עולה כדי הפליה פסולה בינם לבין זוגות נשואים.

24. נציין כי לא נעלם מעינינו הקושי הממשי הנובע מן הצורך לטפל בפניות רבות להסדרת

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

25. לסיוכום, מצאנו כי לא עלה בידי המדינה לאבחן באופן מהותי את עניין סטמקה מענייננו שלנו. חרף השינוי במצב המשפטי בעקבות תיקון מס' 9 וחרף השוני בין זוגות נשואים לבין זוגות ידועים בציבור, הבא לידי ביטוי הן במישור המסגרת הנורמטיבית המסדירה את בקשתו של בן הזוג הזר למעמד בישראל והן במישור אופן הגדרת הקשר, עקרונית הלכת סטמקה יפים גם לענייננו והם יהיו לנו לעזר בבחינת מידתיות דרישת היציאה מן הארץ שבבסיס הערעורים שלפנינו.

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

מידתיות דרישת היציאה מן הארץ

27. כאמור, הנחת המוצא הינה כי מדיניות משרד הפנים העומדת למבחן משרתת מטרה ראויה של מאבק בתופעה ההולכת וגוברת של השתקעותם של שוהים בלתי חוקיים בארץ. השאלה איננה אלא אם אף האמצעי להגשמתה של מטרה זו – הדרישה כי בן זוג זר השוהה בישראל שלא כדין יצא את הארץ עד שתיבחן הבקשה להסדרת מעמדו מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי – מידתי הוא. מבחן המידתיות עניינו בשאלה האם האמצעי השלטוני אשר ננקט לשם הגשמתה של התכלית השלטונית הוא במידה הראויה. כפי שנקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, מבחן המידתיות מורכב משלושה מבחני משנה: מבחן האמצעי המתאים והרציונלי; מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה; ומבחן האמצעי המידתי, המכונה גם מבחן המידתיות במובנה הצר (ראו, בין היתר: בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) 1, 13-12; בג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 367, 385 (להלן: פרשת לשכת מנהלי ההשקעות); פרשת סטמקה הנ"ל בע' 777; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, פ"ד נד(4) 178, 182 (להלן: פרשת יפאורה תבורי); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 840; בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' ראש הממשלה, אריאל שרון (טרם פורסם) בפס' 66). מבחנים אלה מוחלים בהתחשב במשקלן הסגולי של הזכות הנפגעת ושל מידת הפגיעה - "כעוצמת הזכות הנפגעת או כעוצמת הפגיעה בזכות כן תהא עוצמת הקפדתנו עם הרשות בעילת המידתיות" (פרשת סטמקה, בע' 777) – וכן במידת החשיבות היחסית של התכלית המבוקשת (ראו: פרשת לשכת מנהלי השקעות, בע' 422-423; פרשת יפאורה תבורי, בע' 181-182; דליה דורנר, "מידתיות", ספר ברנזון (א' ברק וחי' ברנזון עורכים, תש"ס, כרך ב) 281, בע' 288-290). נפנה כעת ליישום מבחנים אלה על דרישת היציאה מן הארץ נושא הערעורים שלפנינו.

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

"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

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

"זר אשר ירצה להאריך את משך שהייתו בישראל על דרך של נישואין פיקטיביים, לא יירטע 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 ייאלצו השניים – באהבתם זה-את-זה – לעזוב את הארץ יחדיו לחודשים מספר."

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

תכלית מערכתית נוספת עליה מצביעה המדינה הינה תכלית כללית יותר של קידום ריבונות המדינה ושלטון החוק, כפועל יוצא מיישום ומאכיפת הוראת המחוקק בדבר הרחקתם של שוהים בלתי חוקיים בהקדם האפשרי. מוסכם עלינו כי תכלית כללית זו אכן מקודמת על ידי דרישת היציאה מן הארץ, באשר זו מבטאת מסר לפיו אין המדינה מוכנה להשלים עם שהייה בלתי חוקית בארץ ויש בכוונתה להקשות על שוהים בלתי חוקיים להכשיר מעמדם. עם זאת, דומה כי תכלית כללית זו אינה תכליתה המרכזית של המדיניות הנבחנת. הנה כי כן, בחשבון סופי נמצא כי מבחן המשנה הראשון בדבר התאמתו של האמצעי למטרה מתקיים באופן חלקי בלבד. בשים לב למשקלה של הזכות הנפגעת ולחשיבותה היחסית של התכלית המבוקשת, ספק אם ניתן לראות בדרישת היציאה מן הארץ אמצעי מותאם למטרה. אלא, שמהטעמים שיפורטו להלן, אין צורך להכריע בעניין זה.

29. על פי מבחן המשנה השני, הוא מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה, האמצעי שהרשות

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

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

(שם)

הדברים שנאמרו בעניין סטמקה הני"ל לעניין ההשלכות הקשות של הפרידה הכפויה על בני זוג לנישואי-אמת יפים גם לענייננו שלנו. ממש כבני זוג נשואים, גם על בני זוג המקיימים קשר אמיתי וכן של ידועים בציבור נגזר לחוות את צער הפרידה כתוצאה מהחלת דרישת היציאה מן הארץ ואף הם נדרשים להתמודד עם קשיים מעשיים לכלליים ואחרים כתוצאה מכך. לכאורה, בענייננו שלנו עוצמת הפגיעה היא פחותה וזאת בזכות הגבלת משך הזמן לטיפול בבקשה להסדרת כניסתו של בן הזוג הזר לארץ לשלושים יום. בשונה מעניין סטמקה הני"ל, הרי שלפחות להלכה אין מופנית עוד לבני הזוג דרישה לעזוב את הארץ או להיפרד לתקופה בלתי מוגדרת. זהו המצב להלכה, אך לא ברור האם גם למעשה. יש לזכור כי מניין 30 הימים מתחיל ממועד העמידה בדרישות הנוהל. הניסיון בטיפול בבקשות הנוגעות לזרים בישראל מלמד כי עמידה בדרישות מעין אלה כרוכה בבירוקרטיה לא מבוטלת ובהצגת מסמכים וראיות שונות, והליך מקדמי זה הוא בדרך כלל ממושך. מובן, כי אין בידי משרד הפנים לפתוח בבדיקת בקשות להסדרת מעמד בטרם ייאספו הנתונים הרלוונטיים ומובנת גם זהירות הדרושה בבדיקת בקשות אלה. אך שלב מקדמי זה, שאינו נמנה בתקופת 30 הימים הקבועה בנוהל, גורם לכך שהשהייה מחוץ לגבולות הארץ תתמשך. מכל מקום, מקובל עלינו כי הגבלת משך הטיפול בבקשה להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר ללא ספק משפרת את מצבם של ידועים בציבור לעומת המצב שהיה מנת חלקם של בני זוג נשואים עובר למתן פסק הדין בעניין סטמקה.

המדינה מוסיפה וטוענת כי עוצמת הפגיעה צומצמה לאור קיומם של חריגים לדרישת

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

עוד נדרשים אנו להתייחס לשאלת עוצמתה של הזכות הנפגעת, המקרינה, כאמור, על בחינת האמצעי שנבחר על ידי הרשות. אכן, יש שיטענו כי עוצמת זכותם של בני זוג ידועים בציבור לחיי משפחה נופלת מעוצמת הזכות בה אווזים בני זוג נשואים. זאת, בהתחשב במעמד המיוחד של מוסד הנישואין, אשר השמירה עליו נחשבת ל"ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל" (פרשת אפרת הנ"ל, בע' 783). אלא, שגם לעניין זה יש להביא בחשבון כי כאשר אחד מבני הזוג הוא זר, פעמים רבות האפשרות להינשא בישראל חסומה בפניו, והמקרים בערעורים שלפנינו הם רק דוגמא אופיינית למצב כזה. מכל מקום, שאלה זו, במלוא רוחב היקפה, אינה טעונה הכרעה בעניין שלפנינו. די בכך שנקבע כי לעניין הקונקרטי של המדיניות נושא הערעורים, עוצמת זכותם של בני זוג ידועים בציבור שלא תיכפה עליהם פרידה במסגרת בחינת בקשתם להסדרת מעמד אינה נופלת מעוצמת זכותם של בני זוג נשואים לעניין זה, ובלבד שבקשרי אמת עסקינן.

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

30. לבסוף, מגיעים אנו למבחן המשנה השלישי, הוא מבחן האמצעי המידתי ("המבחן הצרי"). עניינו של מבחן זה הוא בבחינת התועלת הצומחת מן האמצעי הננקט על ידי הרשות אל מול הנזק שהוא מסב. כיוון שלדעתנו לא עמדה המדינה במבחן המשנה השני מבין מבחני המידתיות, איננו נזקקים, למעשה, למבחן משנה שלישי זה. אף על פי כן נוסיף ונאמר כי אף תנאיו שלו אינם מתקיימים בענייננו. בעוד שמוסכמת עלינו טענת המדינה כי נוהל הידועים בציבור חשוף לניצול לרעה – וזאת אף יותר מאשר הנוהל המקביל בדבר הסדרת מעמדם של בני זוג נשואים – הרי שלא עלה בידיה להוכיח כי דרישת היציאה מן הארץ אכן התגלתה כאפקטיבית במאמץ למנוע ניסיונות השתקעותם של זרים על בסיס טענות שווא לקשר של ידועים בציבור. לפיכך דומה כי התועלת הנובעת מעמידה על דרישת היציאה מן הארץ במישור זה הינה ספקולטיבית בלבד, בעוד הפגיעה בקשרי אמת בין ידועים בציבור ברורה מאליה (ראו בהקשר זה פרשת סטמקה הנ"ל בע' 782). נותר עוד להתייחס לתועלת הצומחת מדרישת היציאה מן הארץ ברובד המערכתי של קידום ריבונות המדינה ושלטון החוק. סבורים אנו כי התועלת שבמסר העקרוני הטמון בהקשר זה בעמידה על דרישת היציאה מן הארץ נופלת מן הנזק הנגרם לבני זוג ידועים בציבור כתוצאה מהחלתה ואין בה כדי להצדיק את מידת הפגיעה בהם. אשר על כן, מצאנו כי דרישת היציאה מן הארץ כושלת גם במבחן המשנה השלישי, שכן נמצא כי אין מתאם הולם בין התועלת הצומחת ממנה לבין הנזק שהיא גורמת.

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

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

"האם פירוש הדבר הוא, כי בכל מקרה ובכל עניין יעשה משרד הפנים שלא-כדון אם ידרוש מן הזר השוהה בארץ שלא-כדון ואשר נישא לאזרח ישראל, כי יעזוב את הארץ לאלתר עד שבקשתו תיבדק לעומקה? התשובה, לדעתנו, היא בשלילה. יהיו מקרים, כך יש להניח, שבהם פיקציית הנישואין תצוץ ותיראה לכול במלוא-כיעורה, גם בלא כל חקירה ודרישה מעמיקות. כך, למשל, משמסתבר בריאיון עם בני-הזוג כי האישה מכירה בקושי את בן-זוגה - ולהפך - כל-שכן שאין כל אחד מן השניים מכיר את בני משפחתו של בן-הזוג האחר, את מקום מוצאו וכיו"ב... במקרים מעין אלה, ולאחר מתן הזדמנות לבני-הזוג להשמיע את דברם, לא נראה כל מניעה אם בן-הזוג הזר יתבקש לעזוב את הארץ לאלתר עד לבדיקה נוספת של הנישואין (אם יהיה כלל צורך בבדיקה זו). ואולם, בכפוף למקרים מעין-אלה, אסור לו למשרד הפנים לדרוש מן הזר כי יעזוב את הארץ קודם בדיקת כנות הנישואין. הדברים אמורים, כמובן, בכפוף לשיקולי-על של עבר פלילי ושל סכנה לשלום הציבור. למותר לומר, שבני הזוג זכאים כי פקיד משרד הפנים ישמע את כל אשר בפיהם, וכי לא תתקבל החלטה בעניינם עד אשר תינתן הזדמנות הוגנת בידיהם להעלות את עניינם במלואו. אם לאחר בדיקה יגיע משרד הפנים לכלל מסקנה כי נישואי בני הזוג לא היו אלא נישואי פיקציה, כי אז ניתן יהיה לגרש את הזר מן

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

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

32. זאת ועוד, מקובל עלינו כי במסגרת הטיפול בבקשות להסדרת מעמדם של שוהים שלא כדין מכוח היותם ידועים בציבור, אין להתעלם ממשקלו של היבט השהייה שלא-כדין ואף לא מן החשש לניצול הנוהל לרעה במסגרת התופעה הגוברת של ניסיונות השתקעות שלא כדין בארץ. בפרשת סטמקה הנ"ל נקבע בהקשר זה כי כאשר בן הזוג הזר מבקש להכשיר את שהותו הבלתי חוקית בנישואין, יוטל על בני הזוג נטל כבד מהרגיל להוכיח את כנות הנישואין. אם כך בעניין סטמקה, כך גם מדרך קל וחומר גם בענייננו. למעשה, נטל הראייה להוכחת כנות הקשר במקרה של טענה לקשר ידועים בציבור בין אזרח ישראלי לשוהה שלא-כדין יהיה אף כבד מזה המוטל על בני זוג שנישאו בעת שאחד מהם שהה בארץ שלא כדין. זאת, מן הטעם שנוהל הידועים בציבור חשוף יותר לניצול לרעה, שכן, כאמור, קשר של ידועים בציבור אינו מבוסס על אקט משפטי מכונן, אלא מזוהה על סמך מבחנים עובדתיים עמומים וגמישים יותר.

זאת ועוד, נטל ההוכחה הכבד מהרגיל אותו ראוי להטיל על ידועים בציבור במקרה של שהייה בלתי חוקית יתייחס לא רק להיבט כנות הקשר, אלא גם להיותו קשר העולה כדי יחסי ידועים בציבור, על פי הפרמטרים המקובלים של חיים משותפים כבעל ואשה וניהול משק בית

משותף. בהקשר זה נשוב ונציין כי צעד נוסף העשוי ליתן מענה לקושי הנובע מגבולותיו העמומים של מוסד הידועים בציבור הינו קביעת קריטריונים אשר יגדירו מי ייחשבו כידועים בציבור לצורך הקונקרטי של יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר זה. כאמור, נראה כי בכך יהיה כדי להקל על סינון הראשוני של בקשות אשר אינן עומדות ברף המקובל על המדינה ולצמצם את ניצולו לרעה של נוהל הידועים בציבור.

מן הכלל אל הפרט

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

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

35. לסיכום, מצאנו כי המדיניות הגורפת, המתנה בחינת בקשה להסדרת מעמדו של זר השוהה בארץ שלא כדין מכוח היותו ידוע בציבור של אזרח ישראלי בצאתו את הארץ, איננה מיידתית ועל כן דינה להתבטל. עם זאת קבענו כי מקום בו מתעורר חשש ממשי בדבר פיקטיביות הקשר או ניכר בבירור כי הקשר אינו עולה לדרגת יחסי ידועים בציבור כבר לאחר בחינה ראשונית ופרטנית של בקשה כאמור, רשאי משרד הפנים לדרוש את הרחקתו של בן הזוג

הזר קודם שתושלם בדיקת בקשתו. זאת, ובלבד שניתנה לבני הזוג הזדמנות הוגנת להעלות טענותיהם בפני משרד הפנים. כן סברנו כי מקום שבו הזוג הזר שוהה בארץ שלא כדין, רשאי משרד הפנים להטיל על בני הזוג נטל ראיתי גבוה מן הרגיל להוכחת כנות הקשר ביניהם ולהיותו קשר העולה לדרגה של יחסי ידועים בציבור. עוד קבענו כי מן הראוי לקבוע קריטריונים אשר יגדירו מיהם ידועים בציבור לצורך יישום המדיניות המאפשרת לזרים לרכוש מעמד בישראל מכוח קשר כזה.

הערה בשולי פסק הדין

36. בשולי הדברים, לאחר שגיבשנו מסקנתנו לגופם של הערעורים, איננו יכולים להתעלם בפסק דיננו זה מן הטענות החמורות שהעלו המשיבים בעניין אי פרסומו המספק של נוהל הידועים בציבור, על גלגוליו השונים. בית משפט זה הרבה לעמוד על חובת פרסומן של הנחיות פנימיות שיש בהן כדי לאצול על זכותו של הפרט (ראו, בין היתר: בג"ץ 5537/91 אפרתי נ' אוסטפלד, פ"ד מו(3) 501, 513; בג"ץ 3930/94 גזמאוי נ' שר הבריאות, פ"ד מח(4) 778, 787; בג"ץ 3081/95 רומיאו נ' המועצה המדעית של ההסתדרות הרפואית בישראל, פ"ד נ(2) 177, 186-187, 192-193; בג"ץ 1477/96 נמרודטקס בע"מ נ' משרד התעשייה והמסחר, פ"ד נג(5) 193, 198-200; פרשת עבאס-בצה הנ"ל, בע' 490-491).

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

"מצב דברים זה, לא זו בלבד שאין הוא משביע רצון אלא שגובל הוא באי-חוקיות ממש... מקורה של חובת פרסום זו [חובת פרסומן של הנחיות פנימיות – ד.ב.], כך פסקנו, '...נדרשת מתוך מהותה של המאטריה וכנגזרת מעקרון שלטון החוק...' (פרשת אפרתי, 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."

(שם, בע' 768)

הנה – על אף שבינתיים עוגנו ההלכות בעניין פרסום הנחיות מינהליות בחוק (ראו סעיף 6 לחוק חופש המידע, תשנ"ח-1998) – דומה כי לא נעשה די לקיום חובה זו. נכון להיום חל שיפור במצב, ומתברר כי הנוהל מפורסם אמנם באתר האינטרנט של משרד הפנים. עם זאת, מדובר בנוסח חלקי ביותר, אשר אינו כולל את מלוא האינפורמציה החיונית, ואף אין נזכרת בו דרישת היציאה מן הארץ. לנוכח חשיבותו הרבה של הנוהל והשפעתו על מעמדם של אנשים רבים, נדרש

פרסום מקיף ומלא שלו, הכל בכדי להבטיח נגישות סבירה לנוהל מצד אלה שיזדקקו לו. על המדינה להקפיד הקפדה יתרה על עמידה בחובתה זו.

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

ש ו פ ט ת

הנשיא א' ברק:

אני מסכים.

ה נ ש י א

השופט א' ריבלין:

אני מסכים.

ש ו פ ט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק הדין של השופטת ד' ביניש.

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

