

1. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר – ע.ר.

ע"י ב"כ עוה"ד יותם בן הלל (מ"ר 35418) ו/או חוה מטרס-עירון
(מ"ר 35174) ו/או סיגי בן ארי (מ"ר 37566) ו/או עביר גיבראן-
דקואר (מ"ר 44346) ו/או עידו בלום (מ"ר 44538) ו/או נירית היים
(מ"ר 48782) ו/או דניאל שנהר (מ"ר 41065)

מהמוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר
רח' אבו עוביידה 4, ירושלים, 97200
טל': 02-6283555; פקס: 02-6276317

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר (מ"ר 36085) ו/או דן יקיר ו/או דנה
אלכסנדר ו/או אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא
ו/או לילה מרגלית ו/או לימור יהודה ו/או טלי ניר ו/או גיל גן-מור
ו/או נסראת דקואר ו/או נסרין עליאן

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל אביב 65154
טל': 03-5608185; פקס: 03-5608165

בקשה להצטרף כידידות בית המשפט

בית המשפט הנכבד מתבקש לצרף את המבקשות להליך כ"ידידות בית המשפט".

I. מבוא

1. עניינם של ערעורים אלה בשלושה פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים. שלושת פסקי הדין עוסקים בהחלטותיה של המערערת לדחות את בקשותיהם של תושבי קבע, המתגוררים בירושלים המזרחית, להסדיר את מעמדם של בני זוגם, וזאת מטעמים ביטחוניים. בשלושת המקרים ביטל בית המשפט לעניינים מינהליים את החלטות המערערת, והורה לה לשוב ולשקול את בקשות המשיבים (העותרים שם) לאחר שייערכו להם שימועים, ובמסגרתם יתאפשר להם להגיב לאותם טעמים.
2. בשני הערעורים, המופנים נגד שלושת פסקי הדין*, תוקפת המערערת את קביעותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים בדבר הצורך בשימוע בטרם קבלת החלטה. המערערת גורסת, כי לבני זוג שאינם ישראלים לא עומדת זכות לשימוע מוקדם; כי יש להעדיף שימוע מאוחר בכתב על שימוע טרם קבלת החלטה; וכי מדיניות זו אושרה בפסק הדין בבג"ץ 7016/01 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 25.2.2004; להלן – **עניין האגודה לזכויות האזרח בישראל**).
3. עניינם של הערעורים חורג מן המקרים הפרטניים הנדונים בהם. המערערת מבקשת מבית המשפט הנכבד לחרוץ הלכה, ולקבוע כי המערערת רשאית לדחות בקשות להסדרת מעמדם של בני זוג, ללא שיערך שימוע וללא שתיתן למבקשים זכות טיעון בטרם קבלת החלטה, בעניינם. לשיטת המערערת, די במתן אפשרות לערעור מאוחר בכתב, לאחר קבלת החלטה, כדי למצות את זכויות המבקשים להסדיר את מעמד בני זוגם.
4. לאור מהותה העקרונית של הסוגיה, שמעלים ערעורים אלה, השיקולים הרלבנטיים בצירוף "ידיד בית משפט", והמומחיות והניסיון הייחודיים של המבקשות (ובפרט – מעורבותה של האגודה לזכויות האזרח בישראל בהליכים הקודמים הנוגעים לסוגיה נשוא הערעורים), יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על צירוף המבקשות להליך כ"ידידות בית המשפט".
5. **יושם אל לב עוד, כי המשיבים בע"ס 7493/08 (בני הזוג אבו גאליה) אינם מיוצגים. עובדה זו כשלעצמה מטה את הכף בבירור לזכות צירופם של גורמים בעלי מומחיות משפטית, אשר יוכלו לתמוך בעמדתם של המשיבים ולפרוס בפני בית המשפט הנכבד את מלוא היריעה הנורמטיבית.**
6. צירוף המבקשות אינו צפוי להכביד על הדיון המשפטי. ראשית, המבקשות חפצות להצטרף כ"ידידות בית המשפט" אך לצורך צירוף חוות דעת מטעמן, ועל מנת לטעון לעניינים שבחוות

* במסגרת הערעור הראשון איחדה המערערת, על דעתה ובניגוד לדין, בין שני פסקי דין שניתנו בשני עניינים שונים על ידי מותבים שונים (ר' והשוו: בג"ץ 4922/03 ג'בארין נ' שר הפנים (פסק דין מיום 4.6.2003); בר"ם 4891/06 דיאלו נ' משרד הפנים (החלטה מיום 28.6.2006)).

הדעת בלבד. מעבר לכך, מעמדן ומידת מעורבותן של המבקשות בהליך ייקבעו על ידי בית המשפט, כפי שיראה לנכון. משום שהמבקשות לא תתערבנה בבירור שאלות עובדתיות שבין הצדדים, ככל שתהיינה, ומשום שמעורבותן תוגבל לחוות דעת בשאלות העקרוניות עליהן הצביעו, הרי שצירופן לא יפגע ביעילות הדיון. בנוסף, הבקשה מוגשת טרם הדיון לגופו של עניין, על מנת שלא ייגרם נזק למי מהצדדים או עיכוב בהתנהלות הדיון.

II. ידיד בית המשפט – המסגרת הנורמטיבית

7. המבקשת 1, המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (להלן גם: **המוקד להגנת הפרט** או **המוקד**), היא עמותה הפועלת כבר כשני עשורים לקידום זכויות האדם בשטחים הכבושים – רצועת עזה, הגדה המערבית וירושלים המזרחית. המוקד מסייע לתושבי ירושלים המזרחית להיאבק במגוון של הפרות זכויות אדם, הנוגעות למעמדם האזרחי ולזכותם לחיי משפחה. המוקד מטפל, בהקשר זה, בתושבי ירושלים המזרחית שמעמדם נשלל; בבקשות לאיחוד משפחות, שמגישים תושבי ירושלים המזרחית עבור בני זוגם; בבקשות לרישום ילדיהם של אותם תושבים; ובעניינם של חסרי מעמד המתגוררים בעיר. ככלל, מטפל המוקד במשפחות. מדובר במשפחותיהם של תושבי ירושלים המזרחית, שבהן צוות ועולות, לעיתים קרובות, כמה מהבעיות שצוינו לעיל. תחילה, מנסה המוקד להסדיר את עניינן של אותן משפחות באמצעות פנייה למשרד הפנים, ואולם, למרבה הצער, במקרים רבים מגיע הטיפול למבוי סתום, ואז נדרשת פנייה לערכאות משפטיות. עד היום, הגיש המוקד להגנת הפרט למעלה מ-200 עתירות לבג"ץ ולבתי המשפט לעניינים מינהליים בנושאים שזכרו לעיל. ברבים מהמקרים שלובים בעתירות הפרטניות גם עניינים בעלי מימד עקרוני – עניינים שיש בהם כדי להשפיע בצורה רחבה על סוגיית מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית.

8. המבקשת 2, האגודה לזכויות האזרח בישראל, היא ארגון זכויות האדם הגדול והותיק בישראל. מטרתה להגן על כל קשת זכויות האדם בישראל, בשטחים הכבושים ובכל מקום בו נפגעות זכויות אדם על ידי הרשויות הישראליות. בין היתר פועלת המבקשת להגנה על זכויות האדם בהיבטים הקשורים לאזרחות ולתושבות בישראל. פעילותה של המבקשת משפיעה באופן ישיר על קשת רחבה של בני אדם ואוכלוסיות פגיעות, ובהן: תושבי ירושלים המזרחית; מהגרי עבודה; בני זוג, הורים, וילדים של אזרחים ושל תושבים ישראלים; פליטים ומבקשי מקלט; מחוסרי אזרחות; ועוד. המבקשת רכשה מומחיות והיא פועלת בזירה המשפטית בנוגע להיבטים של זכויות אדם בתחומים אלה (בין יתר ההליכים המשפטיים, בהם היתה מעורבת המבקשת בעניינים של זכויות אדם בהקשרים של אזרחות ושל תושבות בישראל, ר': בג"ץ 4702/94 אל טאיי נ' שר הפנים, פ"ד מט(3) 843 (1995) (הזכות למקלט מדיני); בג"ץ 7139/02 עבאס-בצה נ' שר הפנים, פ"ד נז(3) 481 (2003) (הליך ההתאזרחות לבני זוג של אזרחים) (להלן – **עניין עבאס-בצה**); בר"ם 173/03 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' סלאמה (פסק-דין מיום 9.5.2005) (התנאים לשחרור שוהים שלא כדין ממשמורת בחלוף 60 ימים); עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (פסק-דין מיום 16.3.2006) (אי חוקיות הדרישה, כי ידוע בציבור של אזרח ישראלי שיצא מהארץ כתנאי לבחינת בקשה

להסדרת מעמדו) (להלן – **עניין אורן**); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (פסק-דין מיום 30.3.2006) (ביטול הסדר הכבילה של מהגרי עבודה למעסיקהם); בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים (פסק-דין מיום 14.5.2006) (חוקתיות חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003) (להלן – **עניין עדאלה**)).

9. המבקשות משמשות לא אחת כ"עותרות ציבוריות" בנושאים שונים בעלי חשיבות ציבורית כללית, הקשורים לשלטון החוק במובנו הרחב ולעניינים בעלי אופי חוקתי" (בג"ץ 651/03 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' יו"ר ועדת הבחירות לכנסת השש-עשרה, פ"ד נז(2) 62, 69 (2003)). גם לסכסוך הקונקרטי בערעורים אלה יש היבטים ציבוריים, הקשורים בטבורם לשלטון החוק.

10. אכן, לא פעם מתעוררת במסגרת הליך מסוים סוגיה עקרונית, שהשלכותיה חורגות מן המקרה הפרטי הנדון. במקרים כאלו יכול גורם שלישי בעל מומחיות רלוונטית – כדוגמת המבקשות – לתרום לגיבוש ההלכה באמצעות סיוע לבית המשפט בהצגה מלאה ובהירה של ידע מתחום מומחיותו, המשליך על הסוגיה העקרונית. לשם כך הכירו בתי המשפט בחשיבות צירופו של "ידיד בית המשפט" במקרים המתאימים. כדברי הנשיא ברק:

"מוסד 'ידיד בית-המשפט' מוכר בשיטות משפט שונות מזה מאות בשנים... עיקרו הוא סיוע לבית המשפט בסוגיה כלשהי, על-ידי מי שאינו צד ישיר לסכסוך הנדון. במקור היה מוסד זה כלי להצגת עמדה נייטרלית בלבד בהליכים, תוך סיוע אובייקטיבי לבית המשפט. אך בהמשך התפתח מוסד 'ידיד בית-המשפט' כצד להליך, שאינו דווקא נייטרלי ואובייקטיבי, אלא שהוא מייצג – מתוקף תפקידו או עיסוקו – אינטרס או מומחיות שמן הראוי שישמעו בפני בית-המשפט בסכסוך ספציפי." (מ"ח 7929/96 קוזלי נ' מדינת ישראל, פ"ד נג(1) 529, 553 (1999) (להלן – **עניין קוזלי**)).

11. העיקרון המנחה הוא, אפוא, כי הידע והמומחיות של המבקש להצטרף כידיד בית משפט יעניקו ייצוג וביטוי הולם להיבטים העקרוניים של הסכסוך הפרטי. כדברי הנשיא ברק:

"באותם המקרים בהם קיים גורם שלישי - שאינו מעורב בסכסוך עצמו - ניתן יהיה לצרפו כידיד בית המשפט, אם יהא בנוכחותו בהליך בכדי לתרום לגיבושה של ההלכה בעניין מסויים, זאת על יסוד הצגת מלוא העמדות הרלבאנטיות בעניין הנדון ותוך מתן ייצוג ופתחון פה ודעת לגופים מייצגים ומקצועיים." (עניין קוזלי, שם).

12. בעניין קוזלי נמנו המבחינים, הנדרשים על מנת שיינתן לגוף כלשהו מעמד של "ידיד בית המשפט":

"אכן, בטרם תינתן לגוף או לאדם הזכות להביע את עמדתו בהליך בו אין הוא צד מקורי, יש לבחון את תרומתה הפוטנציאלית של העמדה המוצעת. יש לבחון את

מהות הגוף המבקש להצטרף. יש לבדוק את מומחיותו, ניסיונו והייצוג שהוא מעניק לאינטרס בשמו הוא מבקש להצטרף להליך. יש לברר את סוג ההליך ואת הפרוצדורה הנוהגת בו. יש לעמוד על הצדדים להליך עצמו ועל השלב בו הוגשה בקשת ההצטרפות. יש להיות ערים למהותה של הסוגיה העומדת להכרעה. כל אלה אינם קריטריונים ממצים. אין בהם כדי להכריע מראש אימתי יהא מן הדין לצרף צד להליך כידיד בית המשפט ומתי לאו. בה בעת, יש לשקול קריטריונים אלה, בין היתר, טרם יוחלט על צירוף כאמור. " (שם, בעמ' 555).

13. כאמור, בתי המשפט נכונים לאפשר במקרים המתאימים את צירופם של ידידי בית המשפט, אם ידע, המצוי בתחום מומחיותם, עשוי לסייע להכרעה במקרה הנדון באופן יעיל ושלם (ר' עוד בעניין זה: מיכל אהרוני "הידיד האמריקני – קווים לדמותו של ה- Amicus Curiae (ידיד בית המשפט)" המשפט י (תשס"ה) 255; Israel Doron, Manal Totry-Jubran *Too Little, Too Late? An American Amicus In An Israeli Court* 19 Temple (Int'l. & Comp. L. J. 105 (2005)). ההלכה שקבע בית המשפט העליון ביחס ל"ידיד בית המשפט" בעניין קוזל, שמכוחה התאפשר צירופו של "ידיד בית המשפט" בהליך פלילי, מיושמת בהליכים מסוגים שונים, המתנהלים בערכאות השונות (בהליכים חוקתיים ומינהליים ר', למשל: בג"ץ 1119/01 זריצקיה נ' משרד הפנים (החלטה מיום 15.4.2001); בג"ץ 2531/05 "החלמה ונופש" ניהול ושירותים נתניה בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבריאות (החלטה מיום 26.6.2005); בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל, פ"ד נח(5) 807, 824–826 (2004); בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים (החלטה מיום 25.12.2006); עת"ם (ת"א) 1464/07 פרח השקד בע"מ נ' עיריית בת-ים (החלטה מיום 9.7.2007). בהליכים אזרחיים ר', למשל: ע"א 11152/04 פרדו נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ (החלטה מיום 4.4.2005); ע"א 9165/02 שירותי בריאות כללית נ' שר הבריאות (החלטה מיום 29.9.2003). בבתי הדין לעבודה ר', למשל: ע"ע 1233/01 אוריאל – עיריית הרצליה, פד"ע לז 508, 519 (2001); ב"ש"א 3415/00 נעמת – כלל חברה לביטוח בע"מ (החלטה מיום 11.9.2001); עב"ל 1245/00 דיוויס – המוסד לביטוח לאומי (פסק-הדין מיום 3.11.2005)).
14. מן הטעמים האלה, ומן הטעמים שנפרסו במבוא לבקשה יתבקש בית המשפט הנכבד להורות על צירוף המבקשות להליך כ"ידידות בית המשפט".

III. פירוט טענות המבקשות

15. המבקשות תמקדנה את טיעוניהן בשני היבטים:

ראשית, על רקע הזכויות לחיי משפחה ולשוויון ועל רקע עקרונות היסוד של המשפט החוקתי והמינהלי עומדת לבני הזוג הזכות לשימוע מוקדם, בטרם תתקבל החלטה בעניינם. פסק הדין בעניין האגודה לזכויות האזרח בישראל לא אישר למערערת לנהוג באופן שונה. בעניין זה המבקשות תבקשנה להאיר הן את ההיבטים הנורמטיביים והן את ההיבטים הפרקטיים של בירור הבקשה להסדרת מעמדם של בני זוג, המצויים בתחום מומחיותן.

שנית, העניינים נשוא הערעורים הוכרעו על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים בעניין דוקמאק (עת"מ י-ם) 1152/06 דוקמאק נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 25.11.2007; להלן – עניין דוקמאק). המערערת לא ערערה על פסק הדין באותו עניין, וחרף זאת המשיכה להתדיין על אודות סוגיה שהוכרעה זה מכבר. בנסיבות אלה אין זאת אלא שהדין הוא כהכרעת בית המשפט בעניין דוקמאק, והמערערת מושתקת מדיון בפלוגתא שהוכרעה.

הסדרת מעמדם של בני זוג לאזרחים ולתושבים: זכויות היסוד הרלוונטיות והוצאתן אל הפועל

16. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד בסיסית, המוכרת הן על ידי המשפט הבין-לאומי והן על ידי המשפט הישראלי החוקתי. זכות זו פועלת במישורים שונים, וכוללת בין השאר את הזכות לנישואין, את הזכות להורות ואת זכותם של ילדים לתמיכה ולקשר אינטנסיבי עם שני הוריהם. היא נובעת הן מזכותו של אדם לכבוד, והן מחשיבותו של התא המשפחתי בחברה האנושית בכלל ובחברה הישראלית בפרט (ר' יובל מרין "הזכות לחיי משפחה ולנישואין (אזרחיים) - משפט בינלאומי ומקומי" זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות בישראל (יורם רבין ויובל שני, עורכים) רמות (תשס"ה) 663). בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית המשפט העליון על חשיבותו החברתית העליונה של התא המשפחתי ועל מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה (ר', למשל, בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז(1) 743, 783 (1993); ע"א 7155/96 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נא(1) 160, 175 (1997); בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999) (להלן – עניין סטמקה); עניין אורן; עע"ם 1883/05 מדינת ישראל נ' רגבי (פסק דין מיום 9.4.2006), סעיף 6 לפסק הדין) (להלן – עניין רגבי)).

17. כפועל יוצא של זכות היסוד לחיי משפחה, נקבעה זכותם של אזרחים ושל תושבים ישראלים, המקיימים קשרי משפחה זוגיים עם אזרחים זרים, להקנות לבני זוגם מעמד של קבע במדינה. בית המשפט הגבוה לצדק פסק ברוב דעות של שמונה שופטים מול שלושה, כי מזכותם החוקתית של אזרחים ותושבים ישראלים לחיי משפחה, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, נגזרת זכותם החוקתית להסדיר בישראל את מעמד בני זוגם הזרים (עניין עדאלה, סעיפים 25, 27, 30-36 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיפים 6-7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; סעיפים 1-10 לפסק דינו של השופט גיובראן; סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות; סעיפים 1 ו-6 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה; סעיף 3 לפסק דינו של השופט עדאלה; סעיף 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי (להלן – עניין עדאלה)). זאת ועוד, בעניין עדאלה נפסק ברוב דעות של שבעה שופטים מול ארבעה, כי זכותם של אזרחים ותושבים ישראלים לקיים תא משפחתי בישראל עם בני זוגם הזרים מתוך יחס של שוויון לבני זוג ישראלים אחרים מהווה חלק מזכותם החוקתית לכבוד, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (שם, סעיפים 40 ו-46-52 לפסק דינו של הנשיא ברק; סעיף 7 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) ביניש; סעיפים 16-18 לפסק דינו של השופט גיובראן; סעיף 4 לפסק דינה של השופטת חיות; סעיף 1 לפסק דינה של

השופטת פרוקצ'יה; סעיף 9 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין; וסעיף 7 לפסק דינו של השופט לוי).

18. ההליך מוחל, אם כן, מכוח הזכות לחיי משפחה ומכוח הזכות לשוויון. מדובר בזכויותיו של בן הזוג הישראלי, הבאות לידי ביטוי בהסדרת מעמדו של בן זוגו שאינו ישראלי. מכאן, שטענת המערערת, כי לבן הזוג הזר אין כל זכות משלו, אינה מעלה ואינה מורידה. ברי גם, כי אין בפסיקותיו של בית המשפט קמא, נשוא הערעורים דנן, משום "הרחבה" של הזכויות החוקתיות, כפי שטוענת המערערת. הזכות לשימוע מוקדם נובעת מזכויותיו של האזרח או התושב הישראלי לחיי משפחה ולשוויון – זכויות שגם המערערת איננה חולקת עליהן בכתבי טענותיה. האזרח או התושב הישראלי הוא נושא הזכויות, ואת זכויותיו, הבאות לידי ביטוי בהסדרת מעמדו של בן זוגו בהליך ראוי והוגן – לרבות באמצעות שימוע בטרם קבלת החלטה, העלולה לפגוע בזכויותיו – המערערת אינה רשאית לקפח (ר' והשוו: בג"ץ 3486/94 מסאלחה נ' ועדת התכנון והבניה נחל עירון, פ"ד מח(5) 291, 305-306 (1994)).

19. כך פסק בית המשפט הגבוה לצדק בעניין סטמקה. באותה פרשה נדון עניינם של אזרחים ישראלים שנישאו לבני זוג זרים, ששהו בארץ שלא כדין. האזרחים הישראלים ביקשו להקנות לבני זוגם מעמד של קבע בישראל. משרד הפנים התנה את תחילת תהליך התאזרחותם של בני הזוג הזרים בכך שייצאו תחילה את הארץ. בית המשפט פסל את מדיניות הפרידה הכפויה של משרד הפנים, וקבע, כי היא אינה מידתית על רקע פגיעתה בזכויות היסוד של בני הזוג (עניין סטמקה, בעמ' 778-784. בעניין אורן הוחלה הלכה זו גם על בני זוג ידועים בציבור). בין יתר הטעמים לפסילת המדיניות נמצא, כי משרד הפנים הפר את זכות השמיעה של בני הזוג – ואגב כך את זכותו של האזרח הישראלי – טרם קבלת ההחלטה בעניינם:

"העותרים מוסיפים עוד וטוענים, כי המשיבים חוטאים אף לכלל-היסוד המחייב שמיעתו של נפגע-בכוח: אך באשר שוהה הוא בארץ שלא-בהיתר, מסרבים הם לשמוע את אשר בפיו של הנפגע, ומבקשים' הם ממנו לעזוב את הארץ קודם תחילת הטיפול בבקשתו. על כך נאמר אנו, כי הפגיעה בזכות השמיעה הינה פגיעה חמורה בזכות הנפגע, והמשיבים חוטאים גם בכך. ראו עוד והשוו: פרשת מוצ'ניק, לעיל, שם, 281; ראו גם והשוו: *Landon v. Plasencia* (1982), at pp. 32-33; *Galvan v. Press* (1954), at p. 530. 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." (עניין סטמקה, בעמ' 775-776).

20. ברי, כי המערערת רשאית לבחון כל בקשה לנסיבותיה על מנת לוודא, כי המבקשים עומדים בתנאים לרכוש מעמד, היינו, כי כוננו את קשרי הזוגיות בכנות, כי מרכז חייהם בישראל, וכי אין מניעה ביטחונית או פלילית להסדרת מעמדו של בן הזוג הזר בישראל. ככל שהמערערת לא השתכנעה בכנות הקשר, וככל שבידיה ראיות מינהליות שבעטיין היא שוקלת לדחות את

הבקשה, עליה להציג את טעמיה בפני בני הזוג ולאפשר להם להשיב לדברים. אם לאחר מכן תידחה הבקשה – זכאים בני הזוג לעתור נגד החלטת המערערת ולטעון וזאת טרם יגורש בן הזוג שאינו ישראלי מן הארץ:

"למותר לומר, שבני-הזוג זכאים כי פקיד משרד הפנים ישמע את כל אשר בניהם, 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." (עניין סטמקה, בעמ' 783).

21. חובת השימוע המוקדם מתקיימת גם בשעה, שהטעמים בגינם מבקשת המערערת לדחות את הבקשה למעמד הינם ביטחוניים או פוליטיים (ר' בג"ץ 2527/03 אסעיד נ' משרד הפנים – שר הפנים, פ"ד נח(1) 139 (2003)). היא אך מתעצמת, כאשר מדובר במי שהחל זה מכבר בהליך להסדרת מעמדו, והוחלט להפקיע את רישיון ישיבתו או לא לחדשו (כפי שארע בעניינם של בני הזוג אבו גאליה, המשיבים בעע"ם 7493/08). עמד על כך בית המשפט לעניינים מינהליים בפסק דין נוסף (שעל קביעותיו המערערת בחרה שלא לערער, וחרף זאת לא שינתה ממדיניותה):

"במקרה שלפנינו, החלטות המשיב פוגעות פגיעה משמעותית בזכות החוקתית של עותרים 1, 3-6 ו-8-10 לקיום חיי משפחה בישראל... אמנם, זכות חוקתית זו - כמו כל זכות אחרת בשיטתנו המשפטית - אינה מוחלטת, והיא עשויה לסגת מפני זכויות ואינטרסים אחרים, בהם זכותה של המדינה לקבוע מי ייכנס בשעריה וחובתה לשמור על ביטחונם ושלומם של אזרחיה ותושביה. עם זאת, מן הראוי הוא שכאשר החלטת הרשות פוגעת פגיעה קשה בזכות החוקתית לחיי משפחה, היא תאפשר לנפגע הרלוונטי, ככל הניתן, להשמיע את דברו לפני טרם קבלת החלטתה, זאת כדי שיתקיים בירור עובדתי שלם ותהיה בידה התשתית העובדתית המלאה הנוגעת לעניין וכחלק מכללי הצדק הטבעי.

נראה כי במקרה שלפנינו מקבלת מסקנה זו משנה תוקף, בהתחשב בקיומן של שתי נסיבות מיוחדות החלות בעניינם של העותרים. ראשית, בקשתם של העותרים לאיחוד משפחות אושרה כבר, והם קיבלו היתר שהייה לשנה אחת ונכנסו למסגרת ההליך המדורג. אכן, עצם הכניסה להליך המדורג אינה מקנה לעותרים זכות אוטומטית לתושבות או להארכת ההיתר, מאחר ואחת מתכליות ההליך היא לבחון אם נשקפת מהמוזמן סכנה ביטחונית כלשהי. עם זאת לא ניתן להתעלם מהעובדה כי שני הזוגות מתגוררים עם ילדיהם בישראל משך שנים רבות (העותרים 6-10 כ-9 שנים והעותרים 1-5 כ-13 שנים) ובקשותיהם כבר אושרו עקרונית על ידי המשיב, לאחר שגורמי המקצוע בחנו קיומה של מניעה ביטחונית בעניינם וקבעו שאין כזאת. אישור הבקשה והכניסה למסגרת ההליך המדורג יצרו אצל העותרים ציפייה לגיטימית לקבלת מעמד של קבע בישראל, שגם אותה מוצדק להביא בחשבון (לעניין זה ראו עע"מ 7154/05 פתאירג נ' שר הפנים, פיסקה 5). לפיכך נראה כי בשלב זה מוטלת על המשיב חובה מוגברת לנקוט במשנה זהירות בבחינת החומר בעניינם של העותרים ולקבל את מלוא המידע הרלוונטי לפני שהוא מקבל את החלטתו.

שנית, המידע הביטחוני העומד בבסיס החלטת המשיב הוא עקיף, ואינו נוגע לעותרות 2 ו-7 באופן ישיר אלא לקרובי משפחתן מדרגה ראשונה. אמנם סעיף 33 להוראת השעה מעגן את האפשרות לסרב לבקשה ממניעים ביטחוניים הנוגעים לקרובי משפחה מדרגה ראשונה של המוזמן. עם זאת ברי כי לאור הפגיעה החמורה בזכותם החוקתית של העותרים והעובדה כי המניעה הביטחונית כלל אינה תלויה בעותרות ואין להן כל דרך לשנותה או להביא לביטולה, יהיה זה אך מוצדק כי ההחלטה בעניינם תתקבל לכל הפחות לאחר שתינתן לעותרות הזכות להשמיע את עמדתן וטענותיהן ביחס למניעה הביטחונית, במידת האפשר. (עת"ם (י-ם) 860/07 זמורוד נ' מדינת ישראל (פסק דינה של כב' השופטת יהודית צור מיום 4.5.2008) ור' המובאות שם).

22. יודגש, כי בעניין האגודה לזכויות האזרח בישראל לא אושרה מדיניות ההפוכה להלכות אלה, כפי שהמערערת מבקשת לטעון. העתירה באותו עניין עסקה בהיבטים שונים של דחיית בקשות להסדרת מעמדם של בני זוג מטעמים ביטחוניים ופוליטיים. הסעד שנתבקש בעתירה הוא כדלקמן:

"מדוע לא ייקבע ויפורסם נוהל לפיו יינתן מידע מפורט אודות הטעמים הביטחוניים / פוליטיים שבגינם מסורבות בקשות לאיחוד משפחות, ותינתן זכות טיעון בטרם החלטה, ומדוע לא ייקבעו קריטריונים ברורים וענייניים לסירוב לבקשות איחוד משפחות מטעמים אלה."

23. העתירה התנהלה משך תקופה ארוכה (בין השנים 2001-2004), ומשום כך בית המשפט סבר, כי בנסיבות אלה של התמשכות ההליכים, ומשהוצג נוהל, העתירה מוצתה. האגודה לזכויות האזרח נאותה למחיקת העתירה, תוך שבית המשפט מציין בפסק דינו, כי עניין מתן זכות שימוע מוקדם במקרים של כוונה לדחות בקשה מטעמים ביטחוניים או פוליטיים "נשאר שנוי במחלוקת בין הצדדים ועשוי הוא להיבחן באופן קונקרטי על פי נסיבות יישום הנוהל", וכי העתירה נמחקת בכפוף לכך, שתישמר לעותרת "הזכות לשוב ולפנות לבית המשפט, אם וכאשר תתעוררנה שאלות באשר ליישום הנוהל". הלכה, כפי שמבקשת המערערת לחלץ מפסק הדין, לא נקבעה.*

24. בטרם נחתום פרק זה נבקש להתייחס להיבט נוסף, שהמערערת שבה ומעלה בגנותם של מבקשי המעמד, ואשר יש בו ללמד, לשיטתה, על זכות פחותה לשימוע מוקדם: ישיבתם של בני זוג שאינם ישראלים בארץ שלא בהיתר בעוד בקשתם מתבררת. כאמור, על פי דין מוחל ההליך להסדרת מעמדם של בני זוג גם על מי ששוהים בישראל שלא בהיתר; בית המשפט פסק, כאמור, כי על משרד הפנים לדון בבקשות להסדרת מעמדם של בני זוג, אפילו בני הזוג שאינם ישראלים שוהים בישראל שלא בהיתר, וזאת משום שהפרדתם של בני זוג, אינה

* יצויין, כי האגודה לזכויות האזרח בישראל ניהלה הליך משפטי נוסף בעניין יישומו של הנוהל (בג"ץ 4944/06 חמודה נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 5.11.2008)). ואולם, במסגרת הליך זה, שבמרכזו עמד עניין פרטני, לא נתבקשו סעדים הנוגעים לסוגיית השימוע המוקדם, והעתירה נמחקה לאחר שהושג הסדר קונקרטי בעניינה של המשפחה העותרת.

מידתית על רקע פגיעתה האנושה בזכויותיהם של בני הזוג, "שאינה עולה בקנה אחד עם מושכלות ראשונים במשטר דמוקרטי החרד לזכויות האזרח" (עניין סטמקה, בעמ' 783). כאמור עוד, בית המשפט פסק כן בהתבססו, בין היתר, על חובת מתן זכות שימוע מוקדמת לבני הזוג – ובעיקר לבן הזוג הישראלי – בטרם תינתן החלטה הקורעת אותם זה מעל זה.

25. כך מן הצד הנורמטיבי. לצד היבט משפטי זה מן הראוי לחדד היבט נוסף, הנוגע להתנהלותה של המערערת, ומחדד על שום מה ולמה לא יכיר המקום טענה בדבר "שהייה שלא כדין" של בני הזוג בישראל.

26. בקליפת אגוז: חרף מלחמת החורמה שמקדשת המערערת על שהייה שלא כדין, הרי שהיא עצמה מעודדת שהייה שלא כדין בכל הנוגע להסדרת מעמדם של בני זוג, והשהייה שלא כדין הפכה, בשל תנאים שכפתה המערערת, עניין אינהרנטי להליך. להלן נבהיר.

27. הגשת בקשה להסדרת מעמדם של בני זוג כרוכה בהקמת תא משפחתי וביסוסו בישראל. עד שבני הזוג לא יוכלו להוכיח, כי הקימו תא משפחתי וכי מרכז חייו בישראל – לא תאושר בקשתם להסדרת מעמדו של בן הזוג שאינו ישראלי:

"החלטת משרד הפנים בבקשה לאיחוד משפחות לפי נוהלי 'ההסדר המדורג' מתקבלת לאחר בדיקה אינדיבידואלית של עניינם של בני הזוג ומכלול נסיבותיהם. מלבד **בדיקת משך הישיבה בישראל**, העדר פיקטיביות של קשר הנישואין ו**קיום מרכז חיים בישראל**, נבדק באופן פרטני גם היעדרה של מניעה בטחונית או פלילית לשהייתו בישראל ולמתן מעמד חוקי בישראל לבן הזוג הזר." (בג"ץ 2028/05 אמארה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 10.7.2006), סעיף 9 לפסק דינו של הנשיא ברק. ההדגשות הוספו).

ור' גם: בג"ץ 2999/03 אבו תוראבי נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 15.8.2006); בג"ץ 6509/06 שמאלי נ' שר הפנים (פסק דין מיום 10.8.2006); בג"ץ 2855/05 עודי נ' שר הפנים (פסק דין מיום 27.12.2005); בג"ץ 9620/05 חנאן נ' שר הפנים (פסק דין מיום 14.10.2005).

28. ואולם, המערערת, הדורשת מן המבקשים להוכיח שמרכז חייהם בישראל, אינה נאותה ליתן לבני זוג מעמד בישראל ולו מעמד זמני בראשית ההליך. כלומר, הדרך היחידה לאישור הבקשה היא על ידי הפרת החוק: על מנת שהבקשה תאושר על בני הזוג לחיות בישראל ללא היתר. הליכי בחינת הבקשות להסדרת מעמדם של בני הזוג, במיוחד בכל הנוגע לבני זוג שמוצאם ערבי, נמשכים פרק זמן ממושך מאוד אף עד לאישור ראשוני של הבקשה (ר' עניין עבאס-בצה, בעמ' 493; עניין רגב, סעיף 7 לפסק הדין). אם בן הזוג שאינו ישראלי אינו יושב בישראל במהלך תקופה זו – בקשת בני הזוג לא תאושר.

29. כך, למשל, בעע"ם 9018/04 סאלם נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 12.9.2005) נדחה ערעורם של תושבת ישראל ובן זוגה אזרח ירדן על סירוב משרד הפנים להקנות מעמד לבן הזוג מן

הטעם שלא הוכיחו שמרכז חייהם בישראל. גם בבג"ץ 2836/05 אבו סניני נ' שר הפנים (פסק דין מיום 5.1.2006) נדחתה עתירתם של אזרחי ישראלי וזוגתו הפלסטינית מן הטעם שכשלו משך שנים שוב ושוב להוכיח, כי מרכז חייהם בישראל. בקשתם של בני הזוג בשני ההליכים לא אושרה אף לא באופן ראשוני. באופן דומה צויין בפסקי דין אחרים, כי בקשותיהם של העותרים נדחו על רקע אי הוכחת מרכז חיים בישראל (ר', למשל, בג"ץ 10191/03 תמדאר נ' שר הפנים (פסק דין מיום 17.2.2005); בג"ץ 5911/05 נובה נ' ראש הממשלה (פסק דין מיום 12.9.2005); בג"ץ 7149/04 עומר (מסרי) נ' שר הפנים (פסק דין מיום 26.6.2006)). בית המשפט העליון מעולם לא דן בשאלה, הכיצד על בני המשפחה לכוון מרכז חיים בישראל כתנאי לאישור הבקשה ללא שהבקשה אושרה מעולם ולו באופן ראשוני. ברי, כי הנחת המוצא היא, שכן הזוג שוהה בישראל באופן בלתי חוקי. אם לא יעשה כן – אין כל אפשרות שהבקשה תאושר.

30. היה זה בית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים שהבחין בהתנהלות זו של המערערת. בעת"ם (י-ם) 1140/06 זעאתרה נ' שר הפנים (פסק דינו של כב' השופט משה סובל מיום 30.11.2007) נדון סירובו של משרד הפנים להסדיר את מעמדו של בן זוג לתושבת ירושלים המזרחית, בתואנה כי בני הזוג לא הוכיחו שמרכז חייהם בישראל. בית המשפט ביקש ממשרד הפנים להבהיר, כיצד יכולים בני הזוג להוכיח שמרכז חייהם בישראל, שעה שלבן הזוג, שאינו ישראלי, אין היתר לשהות בארץ. בעקבות זאת מיהר משרד הפנים לקבל את בקשת העותרים, "לפנים משורת הדין", וגרס שמטעם זה אין לחייבו בהוצאות. בית המשפט פסק:

"אין בטענות המשיב כדי לפוטרו מתשלום הוצאות. המשיב אמנם טוען כי נאות לאשר את בקשת העותרים לפנים משורת הדין, אך איננו מציג תשובה לשאלה אשר הוצגה בפני באת-כוחו בדיון, בדבר ההתנהלות המצופה מתושב ישראל הנישא לתושב האזור שכניסתו לישראל אסורה. ככל שאין בפי המשיב תשובה טובה לשאלה הזו – מה שלא ניתן לדעת משעה שהמשיב בחר להימנע מהצגת תשובה – הרי כל ההליך הממושך והמסורבל של בדיקת החודש המדויק בו בני הזוג החלו להתגורר בירושלים, לא היה במקומו."

31. אכן, כל עוד מנהלת המערערת מדיניות, השוללת מכל וכל מתן מעמד ולו ארעי עד לאישור הבקשה להסדרת המעמד, ובה בעת דורשת הוכחת מרכז חיים בישראל, אין היא רשאית לבוא בדרישות ובטענות אל בני הזוג בעניינים של שהייה שלא כדין, שהיא עצמה אסרה עליהם.

השתק פלוגתא: התעלמות המערערת מן ההלכה שנפסקה בעניין נשוא הערעורים

32. המערערת ממקדת את ערעוריה בשלושה פסקי דין של בית המשפט לעניינים מינהליים (שני המנומקים שבהם ניתנו על ידי כב' השופט יהונתן עדיאל, ואחד, שלא נומק, על ידי כב' השופט משה סובל). לפסקי דין אלה קדם פסק דין אחר שניתן על ידי כב' השופט עדיאל, בו נקבע כי על המערערת לקיים הליכי שימוע בטרם קבלת החלטה (עניין דוקמאק). בפסקי הדין נשוא הערעורים חזר בית המשפט לעניינים מינהליים על הלכה זו, והסתמך עליה.

העתק פסק הדין בעניין דוקמאק מצ"ב.

33. בעניין דוקמאק הבהיר בית המשפט לעניינים מינהליים את החובה בקיום שמיעה מוקדמת, בטרם קבלת ההחלטה. באותו עניין, בקשתם של העותרים להסדרת המעמד נדחתה מטעמים פליליים, וזאת ללא שניתנה להם אפשרות לטעון נגד ההחלטה. המדינה הצדיקה את החלטתה מן הטעם שמדובר ב"חומר חסוי", ומן הטעם, עליו היא עומדת במסגרת ערעוריה כאן, לפיו אין היא חייבת בקיום שימוע מוקדם. בית המשפט מביא בפסק דינו את הדברים כלשונם מתוך כתבי הטענות של המדינה (סעיפים 7 ו-9 לפסק הדין):

"הטעם האחד הוא ש'מאחר והמלצת המשטרה והחלטת המשיב נסמכו על חומר חסוי, הרי שלא ניתן היה להביא בפני העותר את התשתית העובדתית והמודיעינית המלאה שעמדה ביסוד ההחלטה, שכן מדובר בחומר מודיעיני חסוי שהינו חומר רגיש ואשר חשיפת פרטיו ו/או חשיפת מקורותיו עלולה לפגוע בביטחון המדינה ובשלום הציבור. לפיכך, בנסיבות אלו, הרי שלא ניתן היה לקיים שמיעה 'כרגיל', באשר זו נתונה למגבלות הנובעות מאופי החומר עליו מבוססת התשתית העובדתית נושא ההחלטה המינהלית'.

[...]

הטעם השני על יסודו מבקשים המשיבים להצדיק את אי מתן זכות הטיעון הוא טעם מעשי-מינהלי, לפיו 'קיום שימוע לכל מבקש, בנסיבות בהן קיימת מניעה פלילית/ביטחונית, לפני קבלת החלטה בבקשות לאיחוד משפחות, וזאת כאשר עומדת בפני המבקש אף האפשרות להגיש ערר על ההחלטה ולפרוש בגדרו את כל טענותיו, שלאחריו נבדק עניינו פעם נוספת, יביא לסרבול והתמשכות הליך הטיפול בבקשות מסוג זה, וכן להוביל לתוצאה בלתי רצויה של הארכת משך השהייה (לעיתים קרובות הבלתי חוקית) של מבקשים בישראל. זאת כאשר מדובר במבקשים מהם נשקפת סכנה לשלומם ולביטחונם של הציבור'."

34. בית המשפט דחה את טעמיה של המדינה, תוך שהוא מדגיש את חובת קיום השמיעה המוקדמת, ומבהיר מדוע אין די בשימוע מאוחר (סעיפים 8 ו-10 לפסק הדין):

"גם אם לא ניתן היה לגלות לעותרים את המידע המודיעיני שעל יסודו נדחתה בקשתם, ניתן היה לפחות לגלות להם שהמשיבים שוקלים לדחות את הבקשה מטעמים פליליים, כפי שאף נעשה עם מתן ההחלטה. יתירה מזו... במסגרת מתן זכות הטיעון, המשיבים היו יכולים וצריכים להציג בפני העותרים מידע נוסף וממוקד יותר וגם זאת הם לא עשו.

[...]

[ה]טעם... אשר מבקש להכשיר דרך התנהלות שבה אין ניתנת זכות טיעון מראש, אלא רק בדיעבד, בדרך של הגשת ערר לאחר מתן ההחלטה, יש לדחות. הכלל הרחב בהקשר זה קובע שאת חובת השימוע יש לקיים טרם קבלת ההחלטה ולא לאחריה (בג"ץ 654/78 גינגולד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד לה(2) 649, 655). לכלל זה נקבעו בפסיקה חריגים אשר מאפשרים במקרים מסוימים לקיים שימוע (מאוחר) גם לאחר קבלת ההחלטה. אלה מקרים בהם 'שימוע מוקדם אינו מתיישב עם מהות הסמכות או עם תכלית החוק, או שהוא עלול לסכל את התפקוד התקין של הרשות המינהלית, או שיש בו כדי לפגוע באופן ממשי

באינטרס חשוב אחר [שאז] איזון האינטרסים במקרים כאלה מלמד כי הנזק שייגרם לאדם כתוצאה משימוע מאוחר אינו שקול כנגד הנזק שייגרם לאינטרס אחר כתוצאה משימוע מוקדם. לכן צריך אדם, במקרים כאלה, להסתפק בשימוע מאוחר. אולם במקרה הרגיל שאני: שימוע, כשהוא מתחייב מן הדין, הוא שימוע מוקדם ולא שימוע מאוחר' (בג"ץ 2911/94 סאמי עבדול באקי נ' ראש הממשלה נאח', פ"ד מח(5) 291, 304). במקרה שלפנינו, לא שוכנעתי בקיומו של אינטרס חשוב המחייב להסתפק בשימוע מאוחר. שהרי אם שהייתו של העותר 2 בארץ סיכנה את שלום הציבור, לא היה הכרח לאפשר את שהייתו בארץ ולא הייתה מניעה מלפני המשיבים לפעול להרחקתו של העותר מן הארץ גם קודם למתן ההחלטה. גם הטעם של יעילות מנהלית אינו יכול לעמוד, שהרי ההלכה היא כי שיקולי יעילות לבדם אין בהם כדי להצדיק פגיעה בזכות הטיעון (בג"ץ 685/78 מחמד נ' שר החינוך והתרבות, פ"ד לג(1) 767, 778). לאור האמור אני דוחה את עמדת המשיבים, המבקשת להימנע ממתן זכות טיעון, במקרים בהם מדובר בדחיית בקשות בשל שיקולים ביטחוניים או פליליים, קודם למתן ההחלטה."

35. פסקי הדין המנומקים נשוא הערעורים כאן, שניתנו לאחר פסק הדין בעניין דוקמאק, הולכים בדרכו (ר' סעיפים 10-11 לפסק הדין נשוא הערעור בעע"ס 1038/08 (עניין גאבביץ), וסעיף 5 לפסק הדין נשוא הערעור בעע"ס 7493/08 (עניין אבו גאליה)). בעניין גאבביץ שב בית המשפט בפרוטרוט על ההלכה, והדגיש שוב, שבקיום שימוע מאוחר אין כדי לרפא את הפגם (סעיף 15 לפסק הדין). בעניין אבו גאליה הסתפק בית המשפט בהפנייה לפרשות הקודמות.

36. המערערת אינה מציינת את דבר קיומו של פסק הדין בעניין דוקמאק בהודעות הערעור מטעמה. היא אף אינה מבהירה מדוע שבה בפני בית המשפט לעניינים מינהליים על עמדתה – שנדחתה בעניין דוקמאק – בפרשות נשוא הערעורים כאן, ומדוע לא הנחתה עצמה באותם עניינים על פי פסק הדין בעניין דוקמאק, שעליו לא ערערה.

37. אם דעתה של המערערת אינה נוחה מן הקביעות המשפטיות בעניין דוקמאק, או אם סבורה היתה ששגה בית המשפט, פתוחה היתה בפניה הדרך לערער על פסק הדין. ואולם, המערערת אינה רשאית להתעלם מן הפסיקה שניתנה בעניין מדיניותה, להמשיך בשלה משל מעולם לא נפסק על ידי בית המשפט המוסמך כי מדיניות זו בלתי חוקית, ולהחליט על דעתה כי רק אם ישוב בית המשפט לעניינים מינהליים על ההלכה, "תבחר" לה את פסקי הדין "המתאימים", לשיטתה, לערער – ועליהם תערער. משהוכרעה המחלוקת הרי שדבקוּתה של המערערת בעמדתה המשפטית, שנדחתה על ידי בית המשפט המוסמך, אינה הגונה ופוגעת בשוויון. היא רומסת ברגל גסה את שלטון החוק ואת עקרון הפרדת הרשויות, ושמה ללעג את בית המשפט לעניינים מינהליים. המבקשות תבקשנה להרחיב להלן בעניינים מהותיים אלה.

38. משעה שהובאה מחלוקת בעניין שיקול דעתה המינהלי של המערערת בפני בית המשפט המוסמך, ונבחנה בפני בית המשפט המוסמך על פי אמות המידה של המשפט המינהלי, הרי שקביעתו של בית המשפט המוסמך מחייבת את המערערת, אלא אם ערערה עליה, וזו נהפכה על ידי בית משפט נכבד זה (ר' בג"ץ 653/83 מבע מוציאים לאור בע"מ נ' סגן נציב מס הכנסה, פ"ד לט(3) 29 (1985)).

39. הרקע לחקיקתו של חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, התש"ס-2000 הוא העומס הרב, שהוטל על בית משפט הגבוה לצדק, והעדר הצדקה עניינית לריכוזיות הדיון המינהלי במסגרת ערכאה אחת (ר' מני מזוז "רפורמה בשיפוט המינהלי בישראל – חוק בתי משפט לעניינים מינהליים, תש"ס-2000" משפט וממשל ו (תשס"א) 233, 234-236 (להלן – מזוז)). מטרתו של החוק "להסמיך באופן הדרגתי את בית המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים לדון בעניינים הנדונים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק" (סעיף 1 לחוק). עוד נקבע בחוק, כי "בית המשפט לעניינים מינהליים ידון בעתירה מינהלית... בהתאם לעילות, לסמכויות ולסעדים שלפיהם דן בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק, בשינויים המחוייבים..." (סעיף 8 לחוק), ואף סדרי הדין "יהיו במתכונת דומה לסדרי הדין הנהוגים בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק..." (סעיף 13 לחוק). משכך, הדיון בבית המשפט לעניינים מינהליים מתקיים על פי כללי המשפט המינהלי "הבג"צ" – המהותיים והדיוניים – ובית המשפט מוסמך כבית המשפט הגבוה לצדק "לתת צווים לרשויות המדינה... לעשות מעשה או להימנע מעשות במילוי תפקידיהם כדין" (סעיף 15(ד)(2) לחוק יסוד: השפיטה).

40. ואכן, בית המשפט לעניינים מינהליים הוא ערכאה שיפוטית מינהלית לכל דבר ועניין (בג"ץ 8071/01 יעקובוביץ נ' היועמ"ש, פ"ד נו(1) 121, 130-131 (2002)), ואף מצופה ממנו, כי ישקוד על פיתוח המשפט המינהלי בתחומים, שהועברו לסמכותו:

"בבסיס חקיקת חוק בתי-משפט לעניינים מינהליים עומדת המגמה להבטיח כי דפוסי הפעולה המיוחדים של הביקורת השיפוטית שעוצבו במהלך העשורים האחרונים בבית-המשפט העליון לא ייגרע תוקפם במעבר אל בית-המשפט המחוזי בשבתו כבית משפט לעניינים מינהליים." (עוזי פוגלמן "מחלקת הבג"צים בפרקליטות המדינה" משפט וממשל ו (תשס"א) 173, 178).

וכן:

"ראוי להדגיש, כי סעיף 8 לחוק אינו קובע קליטה חד-פעמית וקפואה של הדין הבג"צי ליום תחילת החוק, אלא מדובר ב'הזנה' קבועה ומתמשכת. אני צופה, כי עם התפתחות בתי המשפט לעניינים מינהליים ה'הזנה' בעניין זה תהיה דו-צדדית." (מזוז, עמ' 251).

41. הדיון בבית המשפט לעניינים מינהליים לא נתכוון לצמצם עצמו, ואף אינו יכול לצמצם עצמו מעצם טבעו כדיון בסכסוך מינהלי, להכרעה בסכסוכים פרטיים, משל היו האזרח והרשות שתי ישויות פרטיות, שלהכרעה בעניינן אין כל השלכה ציבורית. היקף הביקורת השיפוטית לא נגרע כהוא זה עם מסירת הסמכות גם לבית המשפט לעניינים מינהליים. הסכסוכים והמחלוקות הנדונים בפני בית המשפט לעניינים מינהליים, ממש כמו אלה הנדונים בפני בית המשפט הגבוה לצדק, הינם בעלי אופי מינהלי-ציבורי, והביקורת המופעלת על ידי בית

המשפט לעניינים מינהליים – כדרכה של הביקורת השיפוטית המינהלית – לעולם אינה מגבילה עצמה לענייניו של העותר בלבד:

"התפקיד של תיקון עוול שנגרם על ידי המינהל הציבורי לפלוני או אלמוני, אף שהוא התפקיד הראשון של הביקורת השיפוטית, אינו התפקיד היחיד... הביקורת השיפוטית... נותנת דעתה גם לפעולה המינהלית במקרים שגרתיים שאינם מגיעים לביקורת שיפוטית. שהרי בית המשפט, כשהוא חורף דין בעניין אחד, קובע גם הלכה לכלל המקרים מאותו סוג." (יצחק זמיר הסמכות המינהלית (תשנ"ו) א, עמ' 76-77 (להלן – זמיר)).

42. עתירות מינהליות, ממש כעתירות הנדונות בפני בית המשפט הגבוה לצדק, מעלות לא פעם עניינים ציבוריים, ובית המשפט לעניינים מינהליים אינו נמנע מדיון בהם. נהפוך הוא - חובתו של בית המשפט לעניינים מינהליים לדון בהם בשל תפקידו בשמירה על שלטון החוק:

"הביקורת השיפוטית משמשת את בית המשפט כדי למלא תפקיד כפול. בראש ובראשונה, התפקיד המסורתי של בית המשפט הוא להכריע בסכסוך בין צדדים יריבים: מצד אחד האזרח, שכבר נפגע או עשוי להיפגע על ידי הרשות המינהלית, ומן הצד השני אותה רשות. אולם, בצד תפקיד זה, נתווסף לבית המשפט התפקיד של שומר שלטון החוק. לכאורה, שני תפקידים אלה אחד הם. שהרי מאז ומתמיד, כל הכרעה בסכסוך בין האזרח לבין הרשות המינהלית שרתה את שלטון החוק. פסקי דין שניתנו בסכסוכים אלה, הם שיצרו במשך השנים את מסכת ההלכות המשמשות למינהל הציבורי מעין אורים ותומים בשלטון החוק. אלא שבשנים האחרונות החל בית המשפט לראות את השמירה על שלטון החוק לא רק תוצר לוואי של ההכרעה בסכסוך, אלא תפקיד נפרד בפני עצמו. 'על בית המשפט בחברה דמוקרטית', אמר השופט ברק, 'מוטל התפקיד לשמור על שלטון החוק. משמעות הדבר הינה, בין השאר, שעליו להשליט את החוק ברשויות השלטון ועליו להבטיח כי השלטון פועל כחוק.' (בג"ץ 910/86 רסלר נ' שר הבטחון, פ"ד מב(2) 441, 462). " (זמיר, עמ' 81-82).

ור' גם: שולמית וסרקרוג "סמכותם העניינית של בתי המשפט לדון בעניינים מינהליים" משפט וממשל ז (תשס"ד) 381, 396-398.

43. התעלמות המערערת מקביעות משפטיות עקרוניות בפסיקת בתי המשפט לעניינים מינהליים מעקרת לחלוטין כל אפשרות למגר תופעות של התנהלות שלא כדין, שכן לשיטתה, בכל פעם, בה ייקבע על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, כי מדיניות כזו או אחרת אינה חוקית, תוכל לבחור להימנע מלערער על פסק הדין ולהמשיך לנהוג על פי המדיניות, שנקבע כי אינה חוקית.

44. לכיבוד הכרעותיו של בית המשפט המוסמך חשיבות רבה לא רק לשם הגנה על עיקרון שלטון החוק אלא גם לשם הגנה על עיקרון הפרדת הרשויות. בית המשפט, שהוסמך על ידי המחוקק, מבקר את פעולות הרשות ומפרש את סמכויותיה, שהוענקו גם הן על ידי המחוקק. הכרעותיו של בית המשפט, אם לא ערערו עליהן, הן מעתה הדין:

"הן ביחסים בין הרשות השופטת לבין הרשות המבצעת והן ביחסים שבין הרשות השופטת לבין הרשות המחוקקת, עומד העיקרון כי יהא פירושו של הרשויות האחרות אשר יהא, הפירוש המחייב הוא זה של בית המשפט." (בג"ץ 73/85 סיעת "כך" נ' יו"ר הכנסת, פ"ד לט(3) 141, 152 (1985)).

45. חשוב לציין בהקשר זה, כי בית המשפט המוסמך הוא בית המשפט, אשר לו נתונה סמכות הביקורת השיפוטית. אמנם, פסק דינו של בית המשפט העליון מחייב כל בית משפט זולתו (סעיף 20(ב) לחוק יסוד: השפיטה), ופסק דינו של בית המשפט המחוזי מנחה ערכאות נמוכות (סעיף 20(א) לחוק יסוד: השפיטה), ואולם הרשות אינה ערכאה ואינה בית משפט, ועל כן כל פסק דין שניתן בעניינה על ידי בית משפט מוסמך – מחייבה (אלא אם עוכב ביצועו או קביעותו נהפכו על ידי ערכאה גבוהה יותר). הרשות מחוייבת לפעול על פי פסק דין של בית משפט מוסמך ואין היא רשאית להבחין בין פסקי הדין של בתי המשפט המוסמכים:

"שינוי הגוף השיפוטי, המפעיל את הביקורת השיפוטית, אין בו כדי להביא לשינוי בעילות הביקורת השיפוטית. המשפט המינהלי הוא אחד, יהא בית המשפט אשר מפעילו אשר יהיה. המשפט המינהלי אינו משפטו של בית המשפט הגבוה לצדק. המשפט המינהלי הוא המשפט החל על המינהל, ועל-כן הוא המשפט החל על כל סכסוך מינהלי, יהא בית המשפט, אשר בו יתברר הסכסוך, אשר יהיה." (ע"א 2/83 ועדת השחרורים נ' אסיאס, פ"ד לז(2) 688, 696 (1986)).

46. הרשות מחוייבת לכבד את הכרעותיו של בית המשפט המוסמך גם משום חובתה לנהוג בשוויון. אם הרשות אינה מכבדת את פסיקתו של בית המשפט, וממשיכה במדיניותה, עלול להיווצר מצב פסול, לפיו בשעה שתוגשנה עתירות, תאלץ הרשות להעניק לעותרים את מבוקשם מחשש שבט הביקורת השיפוטית, וזאת אף שאחרים, שעניינם לא הגיע אל בית המשפט (משום שידם אינה משגת או מכל טעם אחר), לא יזכו לכך (ר' מזוז, בעמ' 245-246).

47. חמור מכך - משום שמותבים שונים של בתי המשפט לעניינים מינהליים אינם מחויבים זה לפסיקתו של זה, עלולים להינתן פסקי דין סותרים, שיביאו להעדרה בלתי הוגנת של עותרים. תפקידה של הרשות, ולו משום חובתה הכללית כנאמן הציבור לנהוג בתום לב ובהגינות, למנוע תוצאה פסולה זו (ר' בעניין חובת ההגינות המחמירה: בג"ץ 4422/92 עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד מז(3) 853, 860 (1993)).

48. עקרונות דומים באים לידי ביטוי גם במשפט האזרחי בכלל של השתק פלוגתא:

"משהיה לבעל דין 'יומו בבית המשפט' לפי המונח האמריקני, דהיינו, לאחר שניתנה לו שעת כושר להביא את כל ראיותיו ולהשמיע את כל טענותיו בפני בית המשפט, משתיקים אותו כאשר הוא מבקש לחזור ולהתדיין בעניין בו נפסק במשפט הראשון..." (ע"א 718/75 עמרם נ' סקורניק, פ"ד לא(1) 29, 35 (1976)).

49. הכלל של השתק פלוגתא עשוי לחול גם בשעה שרק אחד מבעלי הדין היה צד לדיון קודם:

"העיקרון של השתק פלוגתא מבוסס על איזון בין זכות כל צד להתדיינות להשמיע את דבריו, לבין הרצון למנוע התדיינות כפולה באותו עניין בין אותם צדדים. על כן הכלל הוא שהשתק פלוגתא חל רק כאשר הן הצדדים והן העניין הנדון זהים הן במשפט הקודם והן במשפט הנוכחי. אולם ההגיון מחייב כי במקרים שצד אחד, נגדו מעלים טענת השתק פלוגתא, היה גם צד בדיון הקודם, והעניין הוא אותו עניין, גם אז יפעילו את העיקרון של השתק פלוגתא אם מן הצדק לעשות כן, ואם אין נימוק מיוחד שיצדיק התדיינות נוספת בנושא." (דב"ע מח/3-120 אל על נתיבי אוויר לישראל בע"מ – רובינשטיין, פד"ע כ 493, 450-449).

ועוד –

"אמנם כלל הוא, שתורת ההשתק חלה כרגיל אך ורק כאשר הצדדים להליך הקודם והחדש זהים המה. ברם, אין זה כלל בל יעבור... הנימוק ביסוד חריג זה נעוץ הן בשיקול, שלא יהא זה צודק להרשות לבעל דין, שהיה לו יומו בבית המשפט... לפתוח מחדש דיון בשאלה, שכבר נדונה והוכרעה סופית נגדו, והן בשיקול, שלפיו אינטרס הציבור הוא שלא יהא בית המשפט פוסק דבר והיפוכו באותה שאלה גופה ולא ישחית זמנו לריק." (ע"א 450/82 מדינת ישראל נ' חירם לנדאו עבודות עפר, כבישים ופיתוח בע"מ, פ"ד מ(1) 658, 669 (1986) (להלן – עניין חירם לנדאו)).

50. בעניין חירם לנדאו מנה בית המשפט את השאלות שיש לשאול, כדי לקבוע האם הכרעה קודמת תופסת לטובת בעל דין בהליך חדש:

"(1) האם המחלוקת שהוכרעה בהליך הקודם זהה לזו העומדת לדיון בהליך המאוחר?
 (2) האם הייתה בהליך הקודם הכרעה סופית לגוף השאלה האמורה?
 (3) כלום היה האדם שנגדו מועלית הטענה שההכרעה הקודמת תופסת (בענייננו – מדינת ישראל) בעל דין, או במצב של 'צדדיות' (privity) לבעל דין, בהליך הקודם?" (שם, בעמ' 670).

51. בהתקיים מבחנים אלה, הרי שדבקוה של הרשות בעמדתה המשפטית, שנדחתה על ידי בית המשפט, נגועה בחוסר תום לב. יפים לעניינו דבריה של השופטת בן-פורת בעניין חירם לנדאו:

"... יש להצטער צער רב על כך, שהיה צורך בהליך זה מראשיתו. מותר לצפות, שהשלטון ישמש דוגמה ומופת, וכי משנקבע בניגוד לדעתו, מה שנקבע בתקדים, יהיה הוא זה שיודיע ללא דיחוי על תוצאה זו לכל הזוכים באותו מכרז, בין אם נתנו דעתם על הפירוש האמור ובין אם לאו... המדינה אף הגדילה לעשות ביחסה למשיבה חוסר תום לב, במקום לפשפש במעשיה, ולהיות ערה לניגוד בין אומד הדעת, שיוחס לה בתקדים, לבין הפירוש שבו המשיכה לדבוק." (שם, בעמ' 672).

52. ואכן, התעלמות המערערת מהלכה שנפסקה בבית המשפט לעניינים מינהליים חמורה במיוחד, כיוון שאף היועץ המשפטי לממשלה מחזיק בעמדה, לפיה פסיקה עקרונית של בית המשפט מוסמך מחייבת את המדינה:

"עמדת המדינה היא כי... המדינה מכבדת פסק־דין סופי שאין עליו ערעור כלפי כל מי שהחלטה עשויה לחול עליו, גם אם לא היה צד להליך." (רע"א 3126/00 מדינת ישראל נ' א.ש.ת. ניהול פרויקטים וכוח אדם בע"מ, פ"ד נז(3) 220, 254 (2003)).

ור' גם: בג"ץ 155/97 ע.ג.ע. אלונים חברה לשירותים בע"מ נ' שר הפנים (פסק דין מיום 12.2.2001).

53. ואכן, חובת תום הלב המחמירה המוטלת על הרשות, מצריכה כמו מעצמה, כי המערעת תערער על פסיקה, שדעתה אינה נוחה ממנה, או שתקבל על עצמה את ההלכה שנפסקה על ידי בית המשפט לעניינים מינהליים, ותנהג על פיה גם ביחס לאחרים. עמד על כך בית המשפט לעניינים מינהליים:

"... יש להצטער על כך שהמדינה אינה רואה עצמה חייבת לפעול על בסיס פסיקה סופית של בית המשפט המחוזי, עליה לא הוגש ערעור... אין לקבל את עמדת המשיב שהחליט להתעלם מפסקי דין של בית משפט זה ולא לכבדם. זו דרישה בסיסית המצופה מכל אזרח ובוודאי שעל רשויות המדינה לגלות בעניין זה דוגמה ומופת." (עת"ם (י-ם) 1277/04 זכריה נ' שר הפנים (פסק דין מיום 24.5.2005, סעיפים 8-10 לפסק הדין)).

54. סיכומם של דברים: אם דעתה של המערעת אינה נוחה מן הקביעות המשפטיות של בית המשפט לעניינים מינהליים, או אם סבורה היא, ששגה בית המשפט, פתוחה בפניה הדרך לערער על פסק הדין, ואולם היא אינה רשאית להתעלם מפסיקה, שעליה לא ערערה, ולהמתין לפסק דין ה"מתאים", לשיטתה, לערעור. כשם שברור למערעת שהכרעה של בית המשפט העליון בעניין קונקרטי חורצת הלכה ומחייבת אותה, כך עליה לאמץ את הלכותיו של בית המשפט לעניינים מינהליים, עליהן לא ערערה, ולשנות את מדיניותה בהתאם להן. המערעת לא נהגה כך באשר לפסק הדין בעניין דוקמאק, שההלכה שביסודו שימשה את בית המשפט לעניינים מינהליים בפסקי הדין נשוא הערעורים כאן. המערעת לא ערערה על פסק הדין באותו עניין, וחרף זאת המשיכה להתדיין על אודות סוגיה שהוכרעה זה מכבר. בנסיבות אלה אין זאת אלא שהדין הוא כהכרעת בית המשפט בעניין דוקמאק, והמערעת מושתקת מדיון בפלוגתא שהוכרעה (ר' והשוו: עע"ם 4259/05 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' מזויבה (פסק דין מיום 5.7.2006, סעיף 7 לפסק הדין)).

IV. עמדת בעלי הדין באשר לבקשת המבקשות להצטרף כידידות בית המשפט

55. ב"כ המשיבים בעע"ם 1038/08, עו"ד נגיב זאיד, נתן הסכמתו לצירוף המבקשות.

56. המשיבים בעע"ם 7493/08 אינם מיוצגים, ולא ניתן היה לקבל את תגובתם לבקשה.

57. הבקשה הועברה גם לבי"כ המערערת, אולם תגובתו טרם נתקבלה.

18 בינואר 2009

עודד פלר, עו"ד
בי"כ המבקשת 2

יותם בן הלל, עו"ד
בי"כ המבקשת 1