

## ישיבת קבע בישראל וסמכותו של שר הפנים

אמנון רובינשטיין\*, לי רוזן\*\*

"הקניית שיקול־דעת מוחלט לרשות אינה עולה בקנה אחד לא עם עקרון שלטון החוק ולא עם קיומו של משטר דמוקרטי. ישראל היא דמוקרטיה ושליט בה עקרון שלטון החוק."<sup>1</sup>

מאמר זה עוסק בשאלת הרשיונות לישיבה בישראל. שאלה זו נוגעת בעיקר ללא־יהודים הרוצים לשהות דרך קבע בישראל. מספרם של האנשים המבקשים לשהות בישראל, בין לתקופה מוגבלת ובין לישיבת קבע, אינו גבוה, אך מדובר בסוגיה חשובה לכל משטר ליברלי. בישראל רשיון ישיבת קבע מעניק למחזיקים בו מגוון זכויות רחב, ומהווה אחד הקריטריונים לקבלת אזרחות לא מכוח חוק השבות. בידי שר הפנים הסמכות הבלעדית להעניק רשיון זה. מתן הסמכות רחבת ההיקף לשר הפנים, ללא קביעת קריטריונים או אמות מידה ברורים להפעלתה, פותח פתח להשפעה רבה של תפיסתו האידיאולוגית והפוליטית של השר המכהן, וזאת בניגוד לעקרון שלטון החוק, הדורש קריטריונים ברורים להפעלת סמכות. לצד סמכות זו השר נהנה מפטור יוצא דופן מהחובה לנמק את החלטותיו לעניין מתן אשרות הקבע. משכך, קשה לקיים ביקורת שיפוטית על החלטותיו של השר ולבחון את השיקולים שהובאו בחשבון בעת ההחלטה, את הלגיטימיות שלהם ואת המשקל שניתן להם. למעשה, שר הפנים זוכה בשיקול דעת בלתי מוגבל, וקובע לבדו את עתיד הבקשות של לא־יהודים לישיבת קבע בישראל. שר הפנים, כפי שנראה, יכול לשלול כליל את תהליך ההתאזרחות. מטרת מאמר זה היא להצביע על הבעייתיות הנובעת ממגמה ארוכת שנים זו, ולעודד את הדיון בה, באשר מגמה זו פוגעת באופייה של מדינת ישראל

\* פרופסור למשפטים, אוניברסיטת רייכמן; חתן פרס ישראל לחקר המשפט לשנת 2006.

\*\* מתמחה בלשכתו של כבוד השופט אלכס שטיין, בית המשפט העליון.

1 בג"ץ 4804/94 חברת סטיישן פילם בע"מ נ' המועצה לביקורת סרטים, פ"ד נ(5) 661, 699 (השופט חשין) (1997) (ההדגשה הוספה).

כמדינה דמוקרטית וליברלית. מדיניות זו פוגעת באוכלוסיות הלא-יהודיות שחיות שנים רבות בישראל, ועלולה להגביר את המתח בין אזרחי המדינה לבין הלא-יהודים השוהים בה. יש לציין כי הבעיה אינה מתעוררת לגבי רוב האוכלוסייה הערבית בישראל, שכן לרובם המכריע יש אזרחות, הכוללת, כמובן, זכות לישיבת קבע.

מבוא

- פרק א: תיאור המצב המשפטי והעובדתי  
 פרק ב: ההיסטוריה החקיקתית של סמכות שר הפנים ופטור ההנמקה  
 פרק ג: הצעות במישור הנורמטיבי למיתון הקשיים  
 סיכום

## מבוא

אזרח זר הנמצא בישראל זקוק לרשיון ישיבה על מנת לשהות בארץ באופן חוקי.<sup>2</sup> קיימים סוגים שונים של רשיונות ישיבה בישראל, המאפשרים שהייה לתקופות משתנות בהתאם למטרת השהייה.<sup>3</sup> לצד כל אשרה מוענקות זכויות שונות, וכן מוטלות חובות שונות. במאמר זה נתמקד ברישיון לישיבת קבע בישראל. רישיון זה מקנה את רוב הזכויות האזרחיות, הפוליטיות והחברתיות, ולפיכך קבלתו היא גורם קרדינלי בקביעת רמת חייו של הפרט ואיכותם, בשלבה את זכויות היסוד של האדם – כבוד וחירות.<sup>4</sup>

2 ס' 1(ב) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952.

3 שם, ס' 2.

4 המעוגנות בס' 4-5 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ראו בג"ץ 7803/06 אבו ערפה נ' שר הפנים, פס' 47-48 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם באר"ש, 13.9.2017), שבו עומד השופט פוגלמן על הזכויות הנשללות מאדם כאשר נלקח ממנו הרישיון לישיבת קבע: "ביטול הרישיון – וכפועל יוצא: הרחקתו של הפרט מישראל – פוגעים כמובן בכבודו ובחירותו של הפרט. לצד זאת, שלילת הרישיון עלולה להוביל גם לפגיעה חמורה בזכות לחיי משפחה, אשר הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית הנגזרת מזכות האדם לכבוד... ביטול רישיון ישיבת קבע שבדי הפרט פוגע גם בזכאותו לזכויות ולהטבות רבות המוקנות למי שאוחז רישיון מסוג זה – זכויות והטבות החורגות מעצם הזכות לשבת, דרך קבע, בשטח המדינה. בין היתר, תושב קבע זכאי לזכויות סוציאליות לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; לזכות לשירותי בריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; לזכות הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות (סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965); לחופש תנועה מלא ברחבי המדינה (שכן הוא נושא בתעודת זהות ישראלית לפי סעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965); ולאפשרות להיות

מעמד רשמי במדינה הוא מרכיב מהותי בזהותו של אדם. כך, באמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), שאושרה בישראל,<sup>5</sup> נקבע בסעיף 16 כי "לכל אדם הזכות, כי יכירו בו, בכל מקום שהוא, כאישיות בפני החוק". אין כאן אישור מפורש לזכות לישיבת קבע, אך אחת הפרשנויות שנתן האו"ם לאמנה זו היא שהזכות לא להיות מגורש מהארץ מוקנית גם לתושבי קבע, ואלה זכאים גם לזכות כניסה קבועה לארץ.<sup>6</sup> אשרה ורישיון לישיבת קבע ניתנים בישראל מתוקף סעיף 2(א)(4) לחוק הכניסה לישראל, והזכות להעניק אשרה זו נתונה באופן מלא בידיו של שר הפנים ושלוחיו. מאז ומתמיד ראו שרי הפנים את הסמכות המסורה להם על פי החוק כסמכות המעניקה להם שיקול דעת מוחלט בהחלטה אם ולמי להעניק רישיון לישיבת קבע. לאורך השנים גיבשו רוב שרי הפנים מדיניות של אי-מתן אשרות ישיבת קבע ללא-יהודים, וניתן להסיק כי המניע לכך הוא שמירת רוב יהודי במדינת ישראל ומניעת כניסתם של זרים "אלא במקרים חריגים, שקיימים בהם שיקולים מיוחדים".<sup>7</sup> יש לשער, לכן, שברוב המקרים לא יוענק רישיון ישיבת קבע ללא-יהודי.<sup>8</sup>

עיון בחוק הכניסה לישראל ובתקנות שהוצאו מכוחו<sup>9</sup> מעלה כי בעוד ההליך והתנאים שיש לעמוד בהם על מנת לקבל אשרות ביקור או אשרות ישיבה ארעיות לסוגיהן מוסדר בתקנות הכניסה לישראל, הקריטריונים למתן אשרות לישיבת קבע אינם קבועים בחוק ואף לא בתקנות. זאת, אף שבית המשפט העליון ביקר את שר הפנים על כך, בקובעו:

"אכן, חובתו של שר הפנים לבחון כל מקרה על-פי נסיבותיו... אולם בכך אין להצדיק מצב שבו אין בכתובים קריטריונים כלליים לחריגים... קיומם של קריטריונים להפעלת שיקול-הדעת המסור לנושא משרה שלטונית, הוא אחד מסממניו של מינהל תקין, והוא עולה בקנה אחד עם שלטון החוק. כשם שאין

מועסק בשירות המדינה ובתפקידים ציבוריים נוספים (סעיף 16(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1969 [צ"ל 1959]).

5 אמנה בינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966) (אושרה ב-1991 ונכנסה לתוקף ב-1992).

6 נעמה כרמי "דינו כדין מי שעלה לפי חוק זה: המבוי הסתום של פרשת סטמקה, תכליתו של חוק השבות והזיקה בין שבות לאזרחות" **משפט וממשל** י 151, 179 (2006).

7 דבריו של הנשיא ברק בבג"ץ 8093/03 **ארטמייב נ' משרד הפנים**, פ"ד נט(4) 577, 584 (2004): "מדיניותו של שר הפנים דהאידיגא, כמוה כמדיניות שנקטו בה שרי הפנים שלפניו, היא שלא להעניק אשרות לישיבת קבע לזרים, אלא במקרים חריגים, שקיימים בהם שיקולים מיוחדים."

8 יוער כי ליהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל יש זכות קנויה לאשרת עולה – ראו ס' 1-3 לחוק השבות, התש"י-1950.

9 תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974.

במדינת חוק חוקי סתר... כן אין בה קריטריונים שבסתר למתן רישיונות והיתרים שבכוחו של בעל משרה לתתם על-פי דין.<sup>10</sup>

אולם הלכה למעשה לא שינה משרד הפנים את דרכו, והסתפק בקביעת ארבעה קריטריונים כלליים ורחבים, שאף אינם מפורסמים לציבור. קריטריונים אלו יוצגו בהמשך המאמר. מאמר זה ידון בסמכות המוחלטת שניתנה לשר הפנים ובבעייתיות הכרוכה בכך. דיון זה בולט בהעדרו מהדיון הישראלי, אף שאימתן תושבות קבע לאלה המבקשים להשתקע בישראל, כלומר סירובו של השר, פוגע קשות בזכויותיהם.

### פרק א: תיאור המצב המשפטי והעובדתי

אפשרות הכניסה לישראל והישיבה בה למי שאינו אזרח ישראלי נעשית על פי חוק הכניסה לישראל.<sup>11</sup> סעיף 2(א) לחוק כולל ארבעה סוגים של אשרות ורישיונות לישיבה בישראל, אשר נבדלים זה מזה במשך הישיבה ובזכויות המוענקות עימה. כך, אשרה ורישיון לישיבת מעבר אורכה עד חמישה ימי ישיבה; אשרה ורישיון לישיבת ביקור אורכה עד שלושה חודשים; אשרה ורישיון לישיבת ארעי אורכה עד שלוש שנים; ואשרה ורישיון לישיבת קבע היא לזמן בלתי מוגבל.

הרישיון האחרון הינו המשמעותי ביותר, מכיוון שנוסף על כך שהוא מעניק זכות שהייה קבועה ובלתי מוגבלת בישראל, נלוות אליו זכויות רבות נוספות, כגון מתן תעודה מזהה,<sup>12</sup> הזכות לביטוח בריאות ממלכתי,<sup>13</sup> אפשרות עיסוק בשירות המדינה ובתפקידים

10 בג"ץ 1689/94 הרי"ג נ' שר הפנים, פ"ד נא(1) 15, 19–20 (1994).

11 ס' 1(א) לחוק הכניסה לישראל קובע כי "מי שאינו אזרח ישראלי, תהיה כניסתו לישראל על פי אשרת עולה או על פי אשרה לפי חוק זה". כניסה לישראל (או ישיבה בה) לא כחוק נחשבת עברה לפי ס' 12 לחוק הכניסה לישראל, והעונש בגינה יכול להגיע עד לשנה מאסר בפועל לפי ס' 12(4) לאותו החוק.

12 ס' 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965.

13 חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995. רוב סעיפי החוק חלים על תושבי ישראל. כך, למשל, ס' 150 לחוק מגדיר "מבוטח" לעניין ביטוח נפגעי תאונות כ"תושב ישראל שמלאו לו 18 שנים, וטרם הגיע לגיל הפרישה". דוגמה נוספת היא ס' 195 לחוק, שבו יש הגדרה זהה ל"מבוטח" לעניין ביטוח נכות. אולם החוק אינו מגדיר מיהו תושב ישראלי. בתיקון מס' 60 לחוק הביטוח הלאומי, שהתקבל בשנת 2002, נוספו לחוק שני סעיפים רלוונטיים לפרשנות: ס' 2 מונה את האנשים שאינם נחשבים תושבים, ובעל רשיון ישיבת קבע אינו נכלל ברשימה זו, דהיינו, החוק אכן חל על יושבי ישיבת קבע בישראל; וס' 405, שכותרתו "הוראה מיוחדת לגבי תושב קבע", קובע למעשה כי אם ניתנו לאדם אשרה ורישיון לישיבת קבע בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, יחול עליו החוק מייד עם המצאת הראיות למשרד הפנים שמכוחן ניתנו לו האשרה והרישיון (כלומר, החוק יחול עליו עוד לפני קבלת הרישיון בפועל). יוער כי בהתאם לס' 2 לחוק ביטוח בריאות ממלכתי,

ציבוריים<sup>14</sup> וזכויות פוליטיות (דוגמת זכות ההצבעה לרשויות מקומיות).<sup>15</sup> נוסף על כך, מכיוון שתושב קבע נושא כאמור תעודת זהות ישראלית, הוא יכול לקבל כל שירות מרשויות המדינה, ותנועתו בישראל חופשית ואינה מוגבלת. רשיון ישיבת הקבע אינו מעניק רק זכויות, אלא מעמיד גם חובות למחזיקים בו. כך, לדוגמה, הוא מטיל חובת נאמנות למדינה,<sup>16</sup> חובה לשרת שירות ביטחון<sup>17</sup> ועוד. יתרה מזו, בגיר שאינו זכאי לאזרחות מכוח חוק השבות<sup>18</sup> יכול לרכוש אזרחות רק בתנאי שמתקיימים לגביו התנאים המקדמיים הקבועים בסעיף 5 לחוק האזרחות, שאחד מהם הוא זכאות לשבת בישראל ישיבת קבע.<sup>19</sup> המשמעות היא שלגבי אדם שאינו יהודי, קבלת אשרה ורשיון לישיבת קבע היא מפתח הכרחי לחברותו במדינת ישראל כאזרח, ותנאי בלעדיו אין להיחפכותו לאדם שווה זכויות ושווה חובות בישראל.

הסמכות להעניק רשיונות היא נרחבת, ומתלווה אליה יסוד משמעותי של שיקול דעת, המאפשר לשר לקבוע לבדו את המדיניות בנוגע למתן רשיונות הקבע. משכך, בידי שר הפנים יש גם היכולת והכוח להחליט לבדו על המתווה של מתן האזרחות בישראל

- 
- התשנ"ד-1994, תושב הוא "מי שהוא תושב לענין חוק הביטוח הלאומי", ובהתאם לס' 3, חוק ביטוח בריאות ממלכתי חל על כל מי שנחשב תושב ובכך מקנה זכאות לשירותי בריאות.
- 14 ס' 16(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1959.
- 15 ס' 11(א) לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965, וס' 1 לחוק מרשם האוכלוסין קובעים כי תושב שיכול לבחור הוא אזרח, עולה לפי חוק השבות או מי שנמצא בישראל עם רשיון לישיבת קבע. על פי רוברט דאהל, פרופסור למדע המדינה מאוניברסיטת ייל ששימש נשיא האגודה האמריקנית למדע המדינה, אחד התנאים הבסיסיים לקיום דמוקרטיה הוא זכות השתתפות מלאה בחיים הפוליטיים לכל אוכלוסיית המבוגרים המתגוררים דרך קבע במדינה. ראו André Blais, Louis Massicotte & Antoine Yoshinaka, *Deciding Who Has the Right to Vote: A Comparative Analysis of Election Laws*, 20 ELECTORAL STUD. 41, 42 (2001).
- 16 ס' 131 לחוק העונשין, התשל"ז-1977.
- 17 על פי חוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986, לשירות ביטחון נקראים יוצאי צבא. יוצא צבא מוגדר בס' 1 לחוק כ"אזרח ישראלי או תושב קבוע". כלומר, מי שאינו אזרח או תושב קבע, אלא נמצא בארץ במעמד אחר, יכול להתגורר בארץ מבלי שייקרא לשירות ביטחון. הטלת חובת שירות ביטחון על יושבי קבע יוצאת מתוך הנחה שהם עתידים ליהפך לאזרחים. הטלת חובה זו על בני דתות אחרות או על נציגים של חברות זרות שיש להן עסק בישראל היא בבחינת הטלת נטל בלתי סביר.
- 18 חוק השבות מעניק לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל את הזכות לעלות לישראל. לאחר מכן – לפי ס' 2(א) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 – תוענק לו אזרחות: "כל עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, יהיה לאזרח ישראלי מכוח שבות..."
- 19 מלבד הזכאות לישיבת קבע, החוק דורש הימצאות של המבקש בישראל במשך שלוש מתוך חמש השנים שקדמו ליום הגשת בקשתו, ידיעת השפה העברית, ויתור על אזרחות קודמת ועוד. יוער כי לפי ס' 6(ד) לחוק האזרחות, שר הפנים רשאי לפטור את המבקש מעמידה בתנאי הזכאות לישיבת קבע בישראל, אם מצא סיבה מיוחדת המצדיקה זאת, בהתאם לשיקול דעתו.

ללא-יהודים.<sup>20</sup> במשרד הפנים נקבעו כמה קריטריונים אשר עמידה באחד מהם מהווה לכאורה הצדקה להענקת אשרת הקבע, אולם לא זו בלבד שקריטריונים אלו עמומים, כלליים ואינם קובעים אמות מידה אמיתיות, הם מוסתרים מעיני הציבור ומעולם לא פורסמו במתכונת רשמית. זאת, אף שסעיף 6 לחוק חופש המידע, התשנ"ח-1998, קובע כי הנחיות מנהליות שרשות ציבורית פועלת על פיהן ואשר יש להן חשיבות לציבור צריכות להיות נגישות לעיון הציבור. לנוכח החשיבות של קבלת הרישיון לשיבת קבע מבחינת המבקשים, חשוב להם מאוד לדעת מהם הקריטריונים לקבלתו. על כך יפורט בהמשך.

קיבוצם של הקריטריונים לצורך כתיבת מאמר זה נעשה על סמך פסקי דין ספורדיים ועל בסיס תגובתו של משרד הפנים על בקשה מיוחדת שהעבירה אליו האגודה לזכויות האזרח בישראל. הקריטריונים שנקבעו הם אלה:

- א. בן זוג מנישואים כדין לאזרח ישראל או לתושב קבע של מדינת ישראל היושב בישראל, ומרכז חייהם נמצא בישראל.<sup>21</sup>
- ב. הורה קשיש ובודד של אזרח או תושב קבע בישראל, אשר אין לו ילדים אחרים או בן זוג מחוץ לישראל.
- ג. ילד קטין הנלווה להורה שקיבל זכות לשיבת קבע בישראל או אזרחות ישראלית, ובלבד שהורה זה החזיק בקטין כדין במשך כשנתיים לפחות סמוך לבואו עימו לישראל.

ד. מקרים חריגים שבהם יש מקום להענקת רישיון לשיבת קבע מסיבות הומניטריות או כאשר יש למדינת ישראל אינטרס מיוחד במתן רישיון זה.<sup>22</sup> בית המשפט העליון פסק בעבר כי ישיבה ארוכה בארץ אינה מצדיקה כשלעצמה מתן רישיון לשיבת קבע,<sup>23</sup> וכי "אין רצונו של תושב זר להימצא בקירבת בן משפחתו שהוא אזרח או תושב ישראל, משמש טעם מספיק ליתן רישיון לשיבת קבע בישראל".<sup>24</sup> יתר על כן, גם נסיבות חייהם של מבקשי הרישיון – למשל, אם נולדו, גדלו והתחנכו בישראל –

20 יתרה מזו, גם אם מבקש האזרחות כבר קיבל רישיון ישיבת קבע משר הפנים, ועמד בכל שאר התנאים המוקדמים הנדרשים, ס' 5(ב) לחוק האזרחות קובע כי השר יעניק לו את האזרחות רק "אם ראה זאת לנכון". כלומר, גם במצב דברים זה ניתן מקום לשיקול דעתו של שר הפנים.

21 ראו ע"מ 9018/04 סאלם נ' משרד הפנים, פס" 7 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 12.9.2005): "נישואין עם תושב ישראלי אינם מקנים לבן הזוג הזר זכות לשיבת קבע לאלתר. מכוח הסמכות להחליט מי רשאי לבוא ולהשתקע בתחום המדינה, ניתנה למשיב [=שר הפנים] סמכות לבקר ולפקח על הליכי הקניית הזכויות לבן הזוג הזר... במסגרת פיקוח זה, רשאי המשיב לבחון האם בני הזוג קבעו את מרכז חייהם בישראל. רישיון לשיבת קבע בישראל נסמך על מציאות של ישיבת קבע, כאשר הרישיון נותן תוקף חוקי למציאות קיימת. כאשר לא הוכח שמרכזו של בני הזוג הוא בישראל, ממילא אין לרישיון במה להיאחז והבסיס ההומניטרי להענקת הרישיון לשיבת קבע אינו מתקיים..."

22 בג"ץ 4156/01 דימטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289 (2002).

23 בג"ץ 656/87 מנצח נ' שר הפנים (פורסם בנבו, 7.3.1988); בג"ץ 2400/00 לימקול נ' מדינת ישראל – משרד הפנים (פורסם באר"ש, 5.2.2002).

24 בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, פס" 2 לפסק הדין (1997).

אינן רלוונטיות ואינן מובאות בחשבון בעת קבלת ההחלטה אם להעניק אשרת ישיבת קבע למבקשים.

אם כן, מדינת ישראל מקיימת משטר המאפשר לבני לאום הרוב לעלות לישראל ולרכוש בה אזרחות באמצעות חוק השבות אך מקשה מאוד על מהגרים לא יהודים לקנות מעמד קבע במדינה.<sup>25</sup> המדיניות מתעלמת מנסיבות חייהם הייחודיות של המבקשים, גם כאשר מדובר באנשים אשר שוהים בישראל שנים רבות ומהווים חלק מהמרקם החברתי בה. ככל שלאדם יש זכויות במדינה וחובות כלפיה, מתחזקת זיקתו אליה ולשאר הפרטים החיים בה. אם המדיניות מתעלמת מנסיבות חייהם של אנשים אלו – שישראל היא מרכז חייהם, שעברית היא שפתם ושהתרבות הישראלית היא תרבותם – ומונעת מהם מעמד קבע בישראל (ובהמשך לכך רכישת אזרחות ישראלית), היא יוצרת שוני בלתי מוצדק ובלתי מוסרי, אשר פוגע פגיעה קשה בזהותם ובתחושת ההשתייכות שלהם. זאת ועוד, ד"ר יובל לבנת, ראש הקליניקה לזכויות פליטים באוניברסיטת תל אביב, סקר במאמר שפרסם את הפגיעות הנפשיות, החברתיות והכלכליות הנגרמות כתוצאה ממעמד ארעי נמשך.<sup>26</sup> חיים במדינה ללא רשיון קבע הם חיים רצופי חוסר ודאות, המתאפיינים בתחושת אי-שליטה, בפרט בתחומים מרכזיים בחיים כמעסוקה, חינוך, בריאות ועוד.

העובדה שהמחוקק טרם קבע קריטריונים ברורים שיש לעמוד בהם על מנת לקבל רישיון לישיבת קבע יוצרת אי-בהירות משפטית, ולמעשה מותירה לשר מרחב שיקול דעת רחב עד כדי כך שהוא נחשב **מוחלט**, אפילו בקרב בתי המשפט. אף שבית המשפט העליון קבע בעבר כי "שיקול-דעת סטטוטורי לעולם אינו מוחלט",<sup>27</sup> קבע השופט אֶלון בעניין **בנטלי** כי "שיקול הדעת של שר הפנים והבאים מכוחו לעניין זה הוא שיקול-דעת מוחלט, והחלטתו אף אינה טעונה הנמקה".<sup>28</sup>

25 אורן יפתחאל ואסעד גאנם "לקראת תאוריה של משטרים אתנוקרטיים: הפוליטיקה של התפשטות אתנו-לאומית" **מדינה וחברה** 4, 761 (2004); סמי סמוחה "המשטר של מדינת-ישראל: דמוקרטיה אזרחית, אי-דמוקרטיה או דמוקרטיה אתנית?" **סוציולוגיה ישראלית** ב 565 (2000).

26 יובל לבנת "פליטות ומעמד קבע במדינת המקלט" **לוינסקי פינת אסמרה – היבטים חברתיים ומשפטיים של מדיניות המקלט בישראל** 343 (טלי קריצמן-אמיר עורכת, 2015).

27 בג"ץ 742/84 **כהנא נ' יו"ר הכנסת**, פ"ד לט(4) 85, 91 (1985).

28 בג"ץ 740/87 **בנטלי נ' שר הפנים**, פ"ד מב(1) 443, 444 (1988). ראו גם את דבריו של השופט ברנזון בבג"ץ 482/71 **קלרק נ' שר הפנים**, פ"ד כז(1) 113, 116–117 (1972): "לפי סעיף 3, רשאי שר הפנים להאריך רשיון כזה עד לתקופה של שנתיים ימים. בעניין זה, כמו בשאר העניינים לפי חוק זה, שיקול-דעתו של השר (ושל מי שפועל על-פי העברת סמכויות מהשר) הוא מוחלט, כי סעיף 9 לחוק לתיקון סדרי המינהל (הנמקות), תשי"ט-1958, קובע שחובת ההנמקה אינה חלה על החלטות לפי חוק הכניסה לישראל." ראו גם את דבריו של השופט לוין בבג"ץ 100/85 **בן ישראל נ' מדינת ישראל**, פ"ד לט(2) 45, 47 (1985): "...נפסק לא אחת, כי לשר הפנים שיקול-דעת מוחלט בנדון, שהרי אין הוא חייב אפילו לנמק את החלטתו..."

גם לשיטתו של השופט לנדוי:

"על-פי הדין שיקול-דעתו של שר הפנים או של מי שהוסמך על-ידו, להרשות או לסרב את הכניסה למדינת ישראל וישיבת-קבע בה לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, לאדם שאינו אזרח המדינה או זכאי לעלות אליה לפי חוק השבות – הוא שיקול-דעת מוחלט..."<sup>29</sup>

שיקול דעת מוחלט ללא הנחיות או קריטריונים ברורים עלול לעלות כדי שרירותיות. בעניין סבח קבע השופט ג'ובראן כי "חקיקה נעדרת קריטריונים ברורים לקביעת הקצאת משאבים כשלעצמה הופכת את הקריטריונים לשרירותיים"<sup>30</sup>. באופן דומה, בדיון על אודות הטבות המס שניתנו לתושבי יישובים שנמנו ברשימה פרטנית בפקודת מס הכנסה, ללא קריטריונים ברורים שלפיהם הוגדרו תנאי הזכאות והיקפה, קבעה הנשיאה (בדימ') ביניש:

"מן החובה החלה על המדינה לנהוג בשוויון בהקצאת משאבים – או למצער לחלקם בהתאם להבחנות רלוונטיות – נגזרת החובה להנהיג קריטריונים על-פיהם יוגדרו תנאי הזכאות והיקפם המשתנה של המשאבים המוקצים... חלוקת משאבים ללא קריטריונים יוצרת מראית עין של חלוקה שהיא שרירותית, שאין בה הגיון פנימי... מנגד, חלוקת משאבים הנסמכת על קריטריונים מחזקת את אופייה האובייקטיבי של החלוקה ומסייעת בהגשמת עקרון השוויון. היא אף מוצדקת מבחינה תועלתנית, שכן היא מבטיחה את שימוש היעיל של המשאב החברתי ואת ניצולו המיטבי..."<sup>31</sup>

29 בג"ץ 209/73 לאפי נ' שר הפנים, פ"ד כח(1) 13, 15–16 (1973) (ההדגשה הוספה).  
 30 בג"ץ 2311/11 סבח נ' הכנסת, פס' 33 לפסק דינו של השופט ג'ובראן (פורסם באר"ש, 17.9.2014).  
 31 בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל, פס' 36 לפסק הדין (פורסם באר"ש, 22.5.2012). בהקשר דומה, במסגרת דיון באי-קיומו של נוהל להקצאת קרקעות לצורכי ציבור על ידי רשות מקומית לגופים חיצוניים, מתחה השופטת שטרסברג-כהן את הביקורת הבאה: "אכן, הדין מסמין את העירייה לעשות פעולות שונות בקרקע שבבעלותה... על-אף חשיבותם הציבורית של המקרקעין שבידי הרשויות, אין החוקים הרלוונטיים לעניין ניהול מקרקעי המדינה, כמו גם לעניין ניהול מקרקעי העירייה, מפרטים את תוכן המדיניות הקרקעית שאותה צריכה הרשות לנקוט ואינם מספקים כל הנחיות בדבר השיקולים הנוגעים להפעלת הסמכות לעריכת דיספוזיציות במקרקעין. על חסר זה נמתחה ביקורת, ואני שותפה לה... למרבית התמיהה, לא קיימות הוראות נוהל בעניין הפעלת סמכויותיהן של עיריות בכל הנוגע להקצאת קרקעות שבבעלותן. ראוי הוא שהיועץ המשפטי לממשלה ידאג לכך שייקבע נוהל הקצאות ללא דיחוי, ברוח האמור בהודעתו, וזאת כדי למנוע הקצאות שלא כדיון." ראו בג"ץ 3638/99 בלומנטל נ' עיריית רחובות, פ"ד נד(4) 220, 227 (2000). השופטת שטרסברג-כהן אף ציטטה את היועץ המשפטי לממשלה לשעבר, פרופ' זמיר, שאמר כי "מתן תמיכות מאוצר המדינה ללא מבחנים מנחים בשאלה מי ראוי לקבל תמיכה, ומה השעור הראוי



קריטריונים אומנם לא נקבעו, אך במהלך שני העשורים האחרונים השתנה יחסו של בית המשפט העליון לסמכותו של שר הפנים, וגם הוא הכיר בכך שסמכות זו אינה יכולה להיות מוחלטת. בבג"ץ **סטמקה** ניתן לראות את שינוי המינוח המתיחס לשיקול דעתו של השר בדבריו של השופט חשין:

"שלא פְּעוּלָה הוא הבא בשערי־הארץ וחוק השבות אינו חל עליו. מי־שאינם עולים, כניסתם לארץ ושהייתם בארץ שליט עליהן חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, והתקנות שהותקנו מכוחו. הכניסה והשהייה הן על־פי רישיונות, ולשר הפנים – ולשלוחיו – **שיקול־דעת רחב** אם יעניקו לפלוני רישיון כניסה ושהייה ואם יסרבו לו."<sup>32</sup>

ברי כי שיקול דעת רחב אינו שיקול דעת מוחלט. גם בבג"ץ **קו לעובד** מציינת השופטת פרוקצ'יה, ברוח עמדותיו של השופט חשין, כי "שיקול הדעת הנתון לשר הפנים בכל הקשור למתן היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל הוא רחב עד מאוד"<sup>33</sup>, ונראה כי היא נזהרת מלהשתמש במילה "מוחלט". על השינוי שחל בהתייחסותו של בית המשפט העליון לעניין שיקול דעתו של השר הגיב אברהם פורז, שר הפנים של ישראל בשנים 2003–2004, באומרו כי בית המשפט אומנם קבע ששיקול הדעת אינו מוחלט, אך הלכה למעשה שיקול הדעת עודנו מוחלט, וגם בית המשפט יודע זאת.<sup>34</sup> פורז הוא שהעניק לעבריים מדימונה ולקהילת הנוצרים הגרמנים מזכרון יעקב (קהילת בית־אל) אשרות לישיבת קבע.

קבוצת העבריים מדימונה היא קבוצה של עולים מארצות הברית שהחלו להגיע לישראל בסוף שנות השישים והתיישבו בדימונה. הקהילה נדחתה על ידי הזרם המרכזי של היהדות הרבנית ולא הוכרה כקהילה יהודית אותנטית.<sup>35</sup> מכיוון שהמדינה לא הכירה ביהדותם, היא לא העניקה להם אזרחות מכוח השבות. רק בשנות התשעים, לאחר שנים של חיים בישראל ללא מעמד חוקי כלשהו, קיבלו בני הקבוצה מעמד של תושבים ארעיים. אף שהם לא היו חייבים בכך, החלו חברי הקהילה להתנדב לשירות בצה"ל,

של תמיכה בכל מקרה, לא זו בלבד שיש בו כדי להביא לבזבוז כספי המדינה, אלא הוא עלול גם להשחית את המידות ולערער את האמון של הציבור במערכת השלטון... " (שם, בעמ' 228).

32 בג"ץ 3648/97 **סטמקה נ' שר הפנים**, פ"ד נגד(2) 728, 753 (1999) (ההדגשה הוספה).  
33 בג"ץ 11437/05 **קו לעובד נ' משרד הפנים**, פ"ד סד(3) 122, פס' 24 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2011). ראו גם את דבריו של המשנה לנשיא (בדימ') חשין בבג"ץ 4542/02 **עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל**, פ"ד סא(1) 346, 402 (2006): "...אין בו במשפט ישראל שיקול דעת 'מוחלט'..."

34 ריאיון טלפוני עם אברהם פורז, שר הפנים בשנים 2003–2004 (27.4.2018).

35 לקריאה נוספת על סוגיות שונות של זהות "יהודית-שחורה" ראו JONAS ZIANGA, FROM THE PROMISED LAND: MODERN DISCOURSE ON AFRICAN JEWRY (2011).

ובעקבות זאת, שנים מספר לאחר מכן, החליט פורז בשנת 2003 להעניק לקבוצה מעמד קבע.<sup>36</sup>

קהילת בית-אל היא קהילה של נוצרים גרמנים שהגיעו לישראל בשנת 1963. חברי הקהילה עזבו את הזרמים השונים בנצרות ויצאו מהכנסייה. הם החלו להאמין בתנ"ך, וחרתו על דגלם את הסיסמה "מי שיברך את מדינת ישראל ותושביה יבורך הוא בעצמו". אומנם, הקהילה הזעירה (אשר בשנת 2004, בעת קבלת תושבות הקבע, מנתה כ-400 נפשות) נתקלה בקבלת פנים "צוננת" בישראל, שכללה ציורי צלבי קרס על קירות בתיים וניסיון של המועצה המקומית זכרון יעקב להפקיע את אדמותיהם. אולם חרף זאת החלה הקהילה בייצור מערכות מיגון ללוחמה כימית, ובכך פיתחה בישראל תעשייה ייחודית של ייצור מערכות לסינון אוויר נגד לוחמה כימית וביולוגית. במלחמת המפרץ (1991) החל פיקוד העורף להשתמש במוצרים של תעשיות בית-אל. בזכות תרומתם זו למלחמה, החליט פורז בשנת 2004 להעניק לחברי הקהילה אשרות תושבות קבע, בציינו כי קהילת בית-אל תרמה רבות לבטחון המדינה.

מדובר בשתי אוכלוסיות ספציפיות, מיוחדות ויחידות, שהענקת אשרות הקבע לחבריהן נעשתה מתוך החלטה ליברלית עצמאית של שר הפנים. החלטה זו משקפת, לטעמנו, את הרגשתם של מבקשי הרישיון לשיבת קבע כי הם חלק מהמרקם החברתי בישראל, ואת התגייסותם לטובת המדינה כאילו היו אזרחים מן המניין. עם זאת, קשה להתעלם מן העובדה שהחלטה זו תאמה את השקפת עולמו הפוליטית של שר הפנים דאז פורז, איש מפלגת שינוי, אשר הכריז בתקופתו: "הגישה שלי... היא גישה הומנית, שלא רואה בכל אדם שאיננו יהודי את אויב העם."<sup>37</sup>

ב-16 במאי 2017 העלתה חברת הכנסת יעל גרמן שאילתה ישירה לשר הפנים דאז, אריה מכלוף דרעי, ובה ביקשה לדעת מהן אמות המידה למתן אשרה ורישיון לשיבת קבע, ואם אלה פורסמו. שר הפנים, איש מפלגת ש"ס, השיב במענה חמקמק כי "חוק הכניסה נותן שיקול דעת נרחב לשר הפנים להעניק רישיונות שהייה ובכללם קבע ולאורך השנים גובשו נהלים למתן תושבות קבע, בנסיבות מסוימות."<sup>38</sup> הנהלים שאליהם התכוון שר הפנים הם נוהל לבני זוג של תושבי קבע, נוהל ידועים בציבור, נוהל הורה קשיש ונוהל הורה חייל. אולם נהלים אלו נכונים לאוכלוסיות נקודתיות בלבד שיש להן קרוב אזרחי ישראלי. דיני האזרחות הישראליים אינם מתייחסים לגורלם של לא-יהודים ללא קרבה כזו, ומותירים כאמור את הנושא לשיקול דעתו הבלעדי של שר הפנים ולהחלטות אד הוק שלו.<sup>39</sup>

36 אסף שפירא "מהגרים ואזרחות בישראל: חוק האזרחות והכניסה לישראל במבט השוואתי" **אזרחות על תנאי – על אזרחות, שוויון וחקיקה פוגענית** 437 (שרה אוסצקי-לזר ויוסף ג'בארין עורכים, 2016).

37 רון דרוור ויואב כספי "פורז מציג: המהפכה האזרחית" **עורך הדין** 45, 46 (יולי 2004).

38 שר הפנים, מענה לחברת הכנסת יעל גרמן "מענה לשאילתה ישירה – אשרה ורישיון לשיבת קבע" (4.7.2017).

39 אמנון רובינשטיין וברק מדינה **המשפט החוקתי של מדינת ישראל** כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות 1117 (מהדורה שישית, 2005); שלמה אבינרי, ליאב אורגד ואמנון רובינשטיין **התמודדות עם הגירה גלובלית: מתווה למדיניות הגירה לישראל** 26 (נייר עמדה, מרכז מציל"ה, 2009).

מכאן שבישראל אין מסלול מובנה עם נוהל מוסדר לקבלת רישיון לישיבת קבע, והמדיניות הנהוגה כבר שנים ארוכות היא שאין להעניק אשרות קבע לזרים למעט במקרים חריגים מאוד, שבהם קיימים שיקולים מיוחדים ונסיבות יוצאות דופן.<sup>40</sup> מתן הסמכות לשר להעניק אשרות ורשיונות היא אומנם סמכות רשות, ומשכך אינה מחייבת אותו להפעילה, אך היא כוללת חובה מתמדת ומתמשכת של הפעלת שיקול דעת סביר בהחלטה אם להפעילה אם לאו.<sup>41</sup> אנו מניחים שמדיניות זו של שר הפנים לא להעניק אשרות ישיבת קבע חוסה תחת האמתלה שאי-מתן הרישיון ללא-יהודים מהווה אמצעי של המדינה להגן על אופייה היהודי. זאת, בפרט לנוכח העובדה שרוב השנים היה שר הפנים ממפלגה דתית או ימנית. אולם חוק השבות הוא המבסס את הרוב היהודי במדינת ישראל, בהעניקו לכל יהודי שהביע את רצונו להשתקע בישראל את הזכות לעלות לארץ, לקבל תעודת עולה ובהמשך לכך אזרחות. החשיבה על שמירה וביסוס של רוב יהודי בישראל נכונה על פי אמרתו של בית המשפט העליון,<sup>42</sup> אך השאלה היא אחרת: האם מספר קטן של מבקשי ישיבת קבע, הרוצים להשתקע בישראל, מסכנים רוב זה? בשאלה זו יש לדון בכנסת ובבית המשפט.

על אף נסיונותינו הרבים מאוד לגלות כמה בקשות לרישיון ישיבת קבע הוגשו למשרד הפנים וכמה מביניהן אושרו, לא עלה בידינו להשיג מידע זה, אף לא באמצעות בקשה לפי חוק חופש המידע מרשות האוכלוסין וההגירה. הרשות דחתה את מתן המידע שוב ושוב, והאריכה את מועד מתן התשובה מטעמים שונים, כגון עומס רב המוטל על הרשות, הצורך בעיבוד נתונים מול גורמים מקצועיים שונים וכדומה. עם זאת, בתשובה לאותה שאלתה שהוזכרה קודם לכן, שהעלתה חברת הכנסת גרמן, נמסר משר הפנים דרעי כי בשנים 2012–2017 ניתנו לכ-4,500 אנשים רשיונות ישיבת קבע. יש להדגיש כי נתון זה כולל בתוכו אוכלוסיות החוסות תחת נהלים מיוחדים, שכבר הזכרנו קודם, כגון נוהל הליך מדורג לבני זוג או נוהל ידועים בציבור. יש לשער כי המספר שניתן אינו משקף את מספר הבקשות שהופנו למשרד הפנים, וידוע למחברים כי בקשות רבות סורבו. כמו כן ניתן לשער כי לרוב המבקשים שבקשתם אושרה יש קרבה לאזרח יהודי, שבזכותה הם זכו ברישיון הישיבה.

40 ראו, לדוגמה, עניין **מנצח**, לעיל ה"ש 23.

41 בג"ץ 297/82 **ברגר נ' שר הפנים**, פ"ד לז(3) 29, 45 (1983).

42 כך, בבוחנו את מדיניות השר, הגיע בית המשפט העליון למסקנה כי "מדיניות המשיב היא שלא ליתן לזרים אשרות לישיבת קבע בישראל, אלא במקרים ומשיקולים מיוחדים. אין אנו מוצאים כל פגם במדיניות זו". ראו עניין **מנצח**, לעיל ה"ש 23. בפסיקה זו אשרר בית המשפט את מדיניות השר וחזיק אותה.

## פרק ב: ההיסטוריה החקיקתית של סמכות שר הפנים ופטור ההנמקה

כפי שהצגנו בפרק הקודם, המחוקק לא קבע בחוק קריטריונים ברורים שיש לעמוד בהם על מנת לקבל רישיון לישיבת קבע ואשר השר בוחן אותם כבואו להחליט בעניין, וגם הרשות עצמה לא קבעה אמות מידה מנחות פנימיות, או לכל הפחות אין היא מפרסמת אותן לציבור.<sup>43</sup> לצד הסמכות הרחבה, שר הפנים נהנה גם מפטור מהחובה לנמק את החלטותיו לעניין מתן אשרות הקבע. סעיף 9(ב) לחוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות), התשי"ט-1958 (להלן: סעיף הפטור וחוק ההנמקות, בהתאמה), מחריג את החלטות שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל מתחולת החוק.<sup>44</sup> הענקת סמכות שבשיקול דעת ופטור מהנמקה היא פרדוקס, שהרי הצורך בהנמקה מתחייב דווקא מקום שיש מרחב שיקול דעת, וזאת כדי להבין את השיקולים שהובילו להחלטה. ללא הנמקה, המבקש מוצא את עצמו תלוי באוויר בחוסר ודאות – הוא אינו יודע אם בקשתו נשקלה ברצינות וכראוי, ואף אינו יודע מה עליו לעשות על מנת שסיכוייו בעתיד לקבל את מעמד הקבע יעלו.

יתרה מזו, פטור מחובת הנמקה הופך את שיקול הדעת של שר הפנים לכזה שאי אפשר להעביר עליו ביקורת שיפוטית או פרלמנטרית שתבחן את השיקולים שהובאו בחשבון בעת ההחלטה ואת הלגיטימיות שלהם. ביקורת שיפוטית היא הכרחית, שכן היא מחזקת את אמון הציבור במערכת.<sup>45</sup> היא מצמצמת שרירות שלטונית ובכך תורמת למערכת יחסים ראויה בין הרשות המנהלית לבין האזרח. ביקורת על שיקול הדעת המנהלי היא הכרחית במדינה דמוקרטית וליברלית; היא מבטיחה את קיומו של שלטון החוק במובנו המהותי, מכיוון שהיא מונעת שימוש בכוח שלטוני באופן עריץ,<sup>46</sup> והיא מוודאת כי האיזון בין העקרונות והערכים בעת הפעלת שיקול הדעת נעשה באופן ראוי. הביקורת השיפוטית מגשימה את שלטון החוק גם במובן הפורמלי, "שמשמעותו כי כל רשויות השלטון כפופות לחוק, והכול כפופים לביקורת שיפוטית שנועדה להבטיח את

43 יוער כי אף שהנחיות מנהליות פנימיות נחשבות לעיתים על ידי משפטנים כנורמות "גמישות" יותר, במקרים מסוימים הן מצמצמות את שיקול הדעת של הרשות המנהלית אף יותר מאשר תקנות באותו עניין. יואב דותן "החובה לקבוע כללים מנהליים" **משפטים** כג 437, 442 (1994). דותן מסביר כי הדבר נובע משתי סיבות עיקריות: האחת, הרשות מושפעת לא רק מהמעמד הנורמטיבי של ההנחיות, אלא גם מצורת הניסוח, וככל שהניסוח מהודק וצר יותר, מרחב ההחלטה של הפקיד מצטמצם; והאחרת, סטייה של רשות מנהלית מהנחיותיה היא נדירה, ולדברי דותן אף ייתכן שהיא בגדר "פיקציה משפטית ריקה מתוכן".

44 למעט החלטות על ביטול רישיון ישיבה של מי ששוהה בישראל כדין (ראו הסיפה של סעיף הפטור בחוק ההנמקות).

45 בג"ץ 142/70 שפירא נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין, ירושלים, פ"ד כה (1) 325, 334-335 (1971).

46 להרחבה על אי-סבירות ושרירותיות מנהליות ראו דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ב 619 (2010).

כיבוד החוק".<sup>47</sup> במצב הנוכחי קיים "חור שחור", המהווה פתח לאי-סבירות ולשרירותיות, שהן שתי רעות חולות של כל שיטת משפט דמוקרטית, ובפרט של המשפט המנהלי.<sup>48</sup>

בית המשפט העליון קבע בפסקי דין כי הסמכות הרחבה של שר הפנים אינה פוטרת אותו מביקורת בית המשפט, וכי שיקול דעתו חייב להיות נתון לביקורת כמו שיקול דעתה של כל רשות אחרת. השופט חשין התייחס לעניין זה באומרו כי "מניין עילות הביקורת עליו כמניין עילות הביקורת על שיקול-דעת אחר, שיקול-דעת שאינו 'מוחלט'".<sup>49</sup> אף על פי כן, בפועל, לנוכח פטור ההנמקה, קיים קושי רב לבקר את ההחלטות האילמות.<sup>50</sup> כפי שאמר השופט לנדוי, "עם ספינקס אי-אפשר להתווכח".<sup>51</sup> בית המשפט אינו רשאי לחייב את חשיפת הנימוקים על מנת לבקרו, ולפי פרוף' שוחטמן, "בית-המשפט מצווה שלא לבקר את החלטות השר כשאין הן מנומקות".<sup>52</sup> אכן, לא נמצא ולו פסק דין אחד שבו בית המשפט דורש את נימוקי ההחלטה של שר הפנים,<sup>53</sup> וזאת אף שהפטור אמור לחול בין הרשות לאזרח, ולא בין הרשות לבית המשפט.<sup>54</sup> ההלכה שהתפתחה היא שהרשות צריכה להתנדב לפרוש את נימוקיה לפני בית המשפט למען הביקורת השיפוטית,<sup>55</sup> והמשמעות, כפי שעמד עליה פרוף' יואב דותן, היא שרק אנשים שידם משגת לשלם שכר טרחה לעורך דין ושאר הוצאות משפט ויכולו, אולי, לקבל את נימוקי ההחלטה.<sup>56</sup> זוהי פרקטיקה שמובילה להפליה, והיא אינה יכולה להתקבל על הדעת. מדובר בפגיעה עמוקה בעקרונות הדמוקרטיים, ובפרט בעקרון האיזונים והבלמים (checks and balances), שהוא בשורשיה של הדמוקרטיה. עמד על כך השופט ריבלין:

- 47 בג"ץ 1993/03 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ראש-הממשלה, פ"ד נז(6) 817, פס' 9 לפסק דינו של השופט ריבלין (2003).
- 48 ברק-ארז, לעיל ה"ש 46, בעמ' 723.
- 49 בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, פס' 7 לפסק דינו של השופט חשין (1992). ראו גם את דבריו של השופט זילברג בבג"ץ 328/60 מוסא נ' שר-הפנים, פ"ד טז 69, 74 (1962): "...דיסקרציה זאת איננה דיסקרציה חפשית, חלים עליה כל הכללים החלים, לפי פסיקת בית-משפט זה, על כל שאר הפעולות של הרשות המבצעת... הרי יש דין ויש דיין בישראל...". ראו גם בג"ץ 2828/00 קובלבסקי נ' שר הפנים, פ"ד נו(2) 21, 28 (2003); בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 434 (1988).
- 50 למעט אם חשפה הרשות את שיקוליה תוך כדי ההליך המשפטי. ראו אליאב שוחטמן "על שיקול דעת מוחלט" וסמכות הביקורת של בית-המשפט הגבוה לצדק" הפרקליט מ 218, 221–222 (1992).
- 51 בג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר-הפנים, פ"ד ז 534, פס' 1 לפסק דינו של השופט לנדוי (1953).
- 52 שוחטמן, לעיל ה"ש 50, בעמ' 225.
- 53 יואב דותן "חובת ההנמקה של רשויות מינהל וגופים נבחרים" מחקרי משפט יט 5, 28–29 (2002).
- 54 יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך ב – ההליך המינהלי 1286 (מהדורה שנייה מורחבת, 2011).
- 55 דותן, לעיל ה"ש 53, בעמ' 30.
- 56 שם, בעמ' 31.

"עקרונות אלה כולם – שלטון החוק, הפרדת הרשויות תוך איזונים ובלמים ביניהן, סמכות הביקורת השיפוטית וכן מנגנוני הביקורת הדמוקרטיים הנוספים – ניצבים כעמודי תווך במשטר הדמוקרטי. הם תנאי-בלעדי-אין לשמירת זכויות האדם, ואלה הן גרעין המשטר הדמוקרטי, החותר לקידום טובת האדם."<sup>57</sup>

חובת ההנמקה היא גם חלק מדוקטרינת הצדק הטבעי. כללי הצדק הטבעיים אומצו מהמשפט האנגלי (באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו), אך המשיכו לצמוח באופן עצמאי במשפט הישראלי.<sup>58</sup> הכללים האנגליים שנקלטו חייבו שימוע ואסרו משוא פנים, אולם לא כללו את חובת ההנמקה, וזו צמחה בתוך משפטה של המדינה.<sup>59</sup> לדבריו של המשנה לנשיא ברק:

"הצדק הדיוני מחייב קיומם של כללי הצדק הטבעי, שעניינם מתן הזדמנות לכל צד להשמיע טענותיו, איסור על משוא פנים וחובת הנמקה."<sup>60</sup>

היסטוריית החקיקה של סעיף הפטור מעוררת בעיה קשה אף היא. כבר בשנת 1955 הוציאה הממשלה הוראה שכל עובדי המדינה המחליטים החלטות במשרדם צריכים לכתוב את הנימוקים להחלטתם בתוך גליון הרישום של התיק.<sup>61</sup> הוראה זו לא נאכפה, ובשנת 1956, בפסק דין אחגיג', ביטל השופט ברנזון את טענת הרשות שהיא אינה חייבת בחובת הנמקה, ויצר לראשונה במשפט הישראלי את ההלכה המחייבת עובדי מדינה לפרט בכתב את הנימוקים להחלטותיהם.<sup>62</sup> אולם בכך לא היה כדי לאכוף את הוראת הממשלה, ובהמשך, בשנת 1957, העלה חבר הכנסת יוסף שופמן הצעת תיקון לפקודת הפרשנות.<sup>63</sup> התיקון כלל הוספת סעיף "חובת עובד ציבורי לנמק", שלפיו עובד ציבור שהתבקש להשתמש בסמכות שניתנה לו על פי דין לא יסרב לבקשה "אלא במתן הודעה מנומקת בכתב למבקש".<sup>64</sup> בדברי ההסבר לחוק עמד שופמן על חשיבותה של חובת ההנמקה:

57 עניין ראש-הממשלה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 835.  
 58 שמעון שטרית "היחס בין כללי הצדק הטבעי והוראות דיוניות מן החקיקה" הפרקליט לא 42, 43 (1977).  
 59 זמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1270.  
 60 בג"ץ 3914/92 לב נ' בית הדין הרבני האזורי בתל-אביב-יפו, פ"ד מח(2) 491, 502 (1994) (ההדגשה הוספה).  
 61 ציטוט של החלטת הממשלה נמצא ברוח מבקר המדינה בשנה העוקבת להחלטה – ראו מבקר המדינה דין וחשבון שנתי מס' 6 – לשנת הכספים 1954/55 129 (1956).  
 62 בג"ץ 143/56 אחגיג' נ' המפקח על התעבורה, פ"ד יא 370, 372 (1957).  
 63 הצעת חוק לתיקון פקודת הפרשנות, התשי"ז-1957, ה"ח 318.  
 64 שם.

"הימנעות כזו ממתן נימוקים להחלטות אדמיניסטרטיביות גורם [כך במקור] לתקלות לשני הצדדים: אין לדעת האם ואיך שקל הפקיד בדעתו לפני מתן ההחלטה, מאידך גיסא אין לשכנע את האזרח בצדקת ההחלטה, אם לא נמסרה לו ההחלטה יחד עם נימוקים הגיוניים ומשכנעים מצד האדמיניסטרציה."<sup>65</sup>

הצעתו של שופמן הועלתה לקריאה ראשונה בתאריך 1.7.1957, שם חזרו חברי הכנסת ועמדו על חשיבותה של ההנמקה. שופמן פתח את הדיון באומרו כי המדינה חזקה בהרבה מן האזרח, וכי האחרון כפועט ליד מנגנוניה, ולכן על כל פקיד לנהוג בשיקול דעת מדוד, מכיוון שהוא הקובע את היחסים בין האזרח למדינה.<sup>66</sup> יתרה מזו, שופמן ציין כי כאשר מקבלים תשובה סתמית, אין מחפשים דרכים חוקיות להילחם בהחלטה, אלא תרים אחר פרוטקציות ואמצעים פסולים כדי לשנותה. חבר הכנסת עזרא איכילוב אמר כי "הדבר היחידי שיש להצטרע עליו הוא, שהתיקון המוצע בא עשר שנים בערך לאחר קום המדינה, ולא שנה או שנתיים לאחר מכן."<sup>67</sup> הצעת החוק עברה בקריאה הראשונה והועברה לדיון בוועדת החוקה, חוק ומשפט (עדיין ללא הפטור לשר הפנים). בישיבת הוועדה בתאריך 26.2.1958 הציע חיים כהן, היועץ המשפטי לממשלה, להפריד את התיקון מפקודת הפרשנות לחוק עצמאי, והניח לפני חברי הוועדה נוסח מחודש. הצעת החוק שהונחה לפני חברי הוועדה אינה מפורסמת במאגר הכנסת המקוון, אך ניתנת לעיון בארכיון הכנסת, ומעיון בה עולה כי היא כבר כללה את הפטור לשר הפנים. ההצעה יצאה ממסגרת פקודת הפרשנות, אך נחשבה עדיין תיקון חוק בלבד (ולא הצעת חוק חדשה), ומשכך לא כללה דברי הסבר. לשון אחר, לא נכתבו כלל טיעונים מדוע יש לפטור את שר הפנים מחובת ההנמקה. בתאריך 17.11.1958 החלו הקריאות השנייה והשלישית, הפעם לנוסח החדש והעצמאי שהציע כהן. תחילה הסתייגו שר המשפטים פנחס רוזן וחבר הכנסת דוד בר-רב-האי מסעיף הפטור והציעו למחוק אותו, אולם בגמר הדיון, בתאריך 15.12.1958, הם ויתרו על התנגדותם. מכיוון שלא נרשמו מתנגדים נוספים, עבר הסעיף בהצבעה מבלי שהתקיים שום דיון בפטור לשר הפנים. כך הועבר סעיף חוק כה קיצוני בלי קריאה ראשונה, ולמעשה בלי מתן נימוק כלשהו לכנסת. שינויים במהלך הדיון בוועדה לקראת הקריאות השנייה והשלישית, לרבות הכנסת סעיפי חוק שלא נזכרו בנוסח הצעת החוק המקורית, מקובלים מאוד בכנסת, והמגבלה היחידה בתקנון הכנסת היא שהשינוי אינו יכול להיחשב "נושא חדש".<sup>68</sup> בדיון בוועדה

65 שם.

66 פרוטוקול ישיבה מס' 317 של הכנסת ה-3, 2276 (1.7.1957) (להלן: פרוטוקול ישיבה 317 של הכנסת).

67 שם, בעמ' 2279.

68 הוראה זו קיימת עד היום. ראו ס' 85(א) לתקנון הכנסת – החלטות בענייני נוהל כללי האתיקה והחלטות ועדת האתיקה (מעודכן ליום 6.4.2021): "ועדה רשאית לתקן הצעת חוק שהיא דנה בה לפי פרק זה, ורשאית היא לתקן גם סעיפי חוק שלא נזכרו בנוסח הצעת החוק שאושר בקריאה הראשונה, ובלבד שהתיקונים לא יחרגו מגדר הנושא של הצעת החוק." סעיף זה היה קיים בנוסח זהה כמעט במסמך "נוהל ונוהג בכנסת (פרק תקנון וקובץ החלטות)", מאוגוסט 1955, שהיה תקף

לא העלה איש מחברי הוועדה טענה כזו. פרופ' אמנון רובינשטיין השתמש בטכניקה דומה לשם ביטול העברה של משכב זכר (שהיה אסור גם בין בוגרים מסכימים) תוך כדי דיון הוועדה בהצעת הממשלה לתקן דינים הנוגעים בעברות מין. אך קיים הבדל בין שני המקרים: הצעתו של היועץ המשפטי לממשלה (הוספת סעיף הפטור) גרעה מזכויות האדם, ואילו הצעתו של פרופ' רובינשטיין הרחיבה כמובן את זכויות האדם – את זכות האדם לבטא את מיניותו. קיים הבדל נוסף בין שני המקרים: ועדת החוקה, חוק ומשפט דנה בהצעת התיקון בנוגע למשכב זכר, שכן חבר הכנסת פרופ' אבנר שאקי הופיע לפני הוועדה והתנגד לביטולה של עברת משכב זכר, והוועדה, לאחר דיון, החליטה לדבוק בתיקון; לעומת זאת, החרגת חובת ההנמקה עברה בוועדה ללא דיון של ממש.

אופן חיקוקו של סעיף הפטור, בדרך לא דרך, מצביע על פגם מן השורש במתן הפטור. אכן, במהלך השנים נרשמו כמה נסיונות של חברי כנסת לבטל את סעיף הפטור, אך ללא הצלחה. הצעת החוק האחרונה בנושא הועלתה בשנת 2015 על ידי חברי הכנסת דב חנין, איימן עודה, יוסף ג'בארין ועבדאללה אבו מערוף.<sup>69</sup> בהצעתם ביקשו חברי הכנסת לבטל את הפטור שניתן לשר הפנים. לדבריהם, "שיקול הדעת המסור למשרד הפנים אינו יכול לשמש מקור להפקרות ולשרירות". עוד טענו המציעים כי מתן נימוק להחלטה "מקשה את התחושה של שרירות שלטונית, הנוצרת שעה שלפונה אין מושג על בסיס אילו נתונים התקבלה ההחלטה הגורלית בעניינו". בסיס ההצעה היה כי "אין בקביעת חובת מתן מענה וחובת הנמקה על ידי משרד הפנים כדי לפגוע בביטחון המדינה".<sup>70</sup> יתרה מזו, סעיף 3(2) לחוק ההנמקות קובע מפורשות כי עובד ציבור יהיה פטור מחובת ההנמקה "כשבטחון המדינה או יחסי חוץ שלה מחייבים שלא לגלות נימוקי ההחלטה", וסעיף 3(5) קובע כי עובד ציבור יהיה פטור מהנמקה גם כאשר "יש בגילוי הנימוקים, לדעת עובד הציבור, משום גילוי סוד מקצועי או ידיעה סודית כמשמעותם לפי כל דין". סעיפים אלו חלים גם על משרד הפנים, ומשכך השיקול הבטחוני והשיקול של סודות מדינה אינם יכולים להוות הסבר למתן הפטור הגורף הנוסף. אולם הצעת תיקון החוק לא הועלתה לדיון, והמצב המשפטי נשאר על כנו.

מלבד הנימוקים של "בטחון המדינה" ו"ידיעה סודית", ייתכנו לכאורה שני נימוקים נוספים לסעיף הפטור – נימוק היעילות והנימוק הדמוגרפי. באשר לנימוק היעילות, כבר בהתייחסו להצעתו המקורית לתיקון חוק הפרשנות הסביר חבר הכנסת שופמן כי

בשנים הרלוונטיות. לפי ההוראה היה אפשר להוסיף להצעת תיקון החוק, גם בוועדה שלאחר הקריאה הראשונה, אם התוספת היא לעצם הנושא. אולם "אם מתעוררת שאלה אם התיקון הוא לעצם הנושא או לא מועבר הענין לוועדת הכנסת... אם אין זה שייך לנושא החוק יש להעבירה למליאת הכנסת לדיון בקריאה ראשונה" (שם, בעמ' 30). יש לציין כי גם בעניין זה נהג בית המשפט וממשיך לנהוג באיפוק, ונמנע מלהתערב בהליכי חקיקה של הכנסת, גם כאשר אפשר לטעון שהייתה חריגה כלשהי מנושא ההצעה. ראו בג"ץ 5160/99 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' ועדת חוקה, חוק ומשפט, פ"ד נג 92, 95 (1999).

69 הצעת חוק לתיקון סדרי המינהל (החלטות והנמקות) (תיקון – החלטות לפי חוק הכניסה לישראל), התשע"ה-2015, פ/1232.

70 שם.



שיקולים של נוחיות אדמיניסטרטיבית אינם צריכים ואינם יכולים לגרוע מן החובה המוטלת על כל מי שממלא תפקיד ציבורי לנמק.<sup>71</sup> נדמה לנו כי לאחר שעמדנו על חשיבותה של חובת ההנמקה והמשמעות הגורלית של קבלת רישיון לישיבת קבע בישראל, טענה בדבר יעילות אינה יכולה לעמוד. יעילות אינה חזות הכל, והתועלת שבה אינה יכולה לגבור באופן אוטומטי על כל נזק.<sup>72</sup> כך או כך, מקבל החלטה צריך להפעיל שיקול דעת, ואנו סבורים כי העלאת שיקולים רלוונטיים, כתיבתם וחשיפתם למבקש אינן מעמסה כבדה לנוכח השפעתה המכרעת של החלטה על האינטרסים של המבקש. באשר לטיעון הדמוגרפי, יטען הטוען כי בשנים הראשונות של המדינה, כאשר חוקק החוק, מטרת הפטור הייתה להעניק לשר את האפשרות לא לתת מעמד ללא-יהודים, וזאת על מנת לבנות רוב יהודי במדינת היהודים. זו ההגנה שנוקטים שרי הפנים גם כיום. לטענה זו התייחסנו בפרק הקודם, ונתייחס אליה גם בפרק הבא.

### פרק ג: הצעות במישור הנורמטיבי למיתון הקשיים

בפרק קצר זה, לקראת סיום המאמר, ברצוננו להעלות שלוש הצעות אשר עשויות – עם מחקר נוסף ופיתוח ראוי, תוך התאמה רלוונטית לישראל – לשפר את המדיניות הנהוגה כעת באשר למתן רישיונות לישיבת קבע.

בפרק הקודם דנו בפטור מהנמקה המוקנה לשר הפנים לצד סמכותו הרחבה ויוצאת הדופן ושיקול הדעת הכמעט-מוחלט הנלווה אליה. לדעתנו, מצב דברים זה עשוי להוות מקרה מיוחד במשפט המנהלי שבו ההיוועצות, שהיא בגדר רשות לגבי שר הפנים, עשויה ליהפך לחובה.<sup>73</sup> קביעה כזו יכול שתיעשה על ידי פרשנות של בית המשפט שלפיה החלטה ללא קבלת עמדה מגוף רלוונטי תהיה החלטה שהתקבלה בהתבסס על תשתית חסרה, ועל כן תיפסל בהיותה החלטה מנהלית פגומה.<sup>74</sup> בהנחה שהפטור מחובת ההנמקה לא יבוטל, מהלך זה עשוי להוות פתרון רך יותר. חובת ההיוועצות מגבילה, ולו במעט, את שיקול הדעת של הגורם המחליט. כאשר יהיה על שר הפנים להיוועץ עם הנוגעים בדבר, תיווצר הוגנות או לפחות מעט שקיפות. ברי כי על המייעצים להיות עצמאיים, ולא עובדי משרד הפנים, ואף להיבחר על ידי המחוקק, ולא על ידי שר הפנים.

71 פרוטוקול ישיבה 317 של הכנסת, לעיל ה"ש 66, בעמ' 2277.

72 ראו, לדוגמה, ע"מ 3908/11 מדינת ישראל הנהלת בתי המשפט נ' עיתון דה מרקר באמצעות עיתון הארץ בע"מ, פס' 3 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם באר"ש, 22.9.2014).

73 ראו בג"ץ 8850/02 פסטינגר נ' שר המשפטים, פ"ד נח(2) 696, פס' 9 לפסק הדין (2004) ("...קיום היוועצות רצונית" מוקדמת בנוגעים בדבר היא אמצעי חשוב ומקובל לגיבוש החלטה מינהלית ראויה הנסמכת על תשתית עובדתית בדוקה..."); זמיר, לעיל ה"ש 54, בעמ' 1226.

74 שם.

אפשרות אחרת, שגם מטרתה היא צמצום שיקול דעתו של שר הפנים אך באמצעות בית המשפט, היא מתן צו מוחלט המחייב את הרשות לקבוע הנחיות (ולפרסמן). לא יהיה זה מעשה תקדימי; מתחילת שנות השמונים הוציאו בתי המשפט כמה צווים המורים לרשויות מנהל לקבוע הנחיות כלליות כתנאי להפעלת סמכותן. כך, למשל, בתחום של חלוקת קצבאות כספיות ומתן תמיכה ממשלתית קבע השופט ברק, בבג"ץ **צבן**, כי "מבחינת הצורה, חייבים להיקבע קריטריונים ברורים וגלויים, שעל פיהם תיעשה ההחלטה באשר לתמיכה הכספית".<sup>75</sup> החלטות כאלה ניתנו גם בהקשר של הענקת רשיונות וזכוונות, הכנסת גורמים חדשים לפעילות בתעשיית הדלק ועוד.<sup>76</sup> הנחיות המפורטות קריטריונים ברורים עשויות להיות האמצעי היעיל ביותר למניעת שרירות מנהלית, וכמובן לאפשר, כאמור, פיקוח וביקורת שיפוטית.

אפשרות נוספת היא קביעת מכסה למספר הרשיונות שיוענקו בכל שנה, כפי שנעשה לפי חוק ההגירה והאזרחות של ארצות הברית.<sup>77</sup> בחוק האמריקני מפורטות שבע דרגות העדפה למהגרים, שבמסגרתן ניתנת עדיפות לקרובי משפחה של אזרחי ארצות הברית ולבעלי מקצועות מבוקשים.<sup>78</sup> אפשרות זו צריכה להיות מיושמת בישראל תוך התחשבות בעיקרון "קשה מבחון, רך מבפנים", אותו הציעו פרופ' אמנון רובינשטיין ופרופ' ליאב אורגד בכנס שנערך בשיתוף פעולה בין מרכז מציל"ה לבין המכון למחקרי ביטחון לאומי (2013). לפי עיקרון זה, סלקטיביות ותנאים קפדניים בכניסה למדינה הם אפשריים, אולם לאחר מכן יש לנקוט יחס מקל כלפי השהים בה, כך שלאחר תקופה שתקבע של שהייה בארץ כדין תתאפשר רכישת מעמד של תושבות קבע. דהיינו, הפתרון הוא איזון בין צורכיהם של המהגרים לישראל והשוכנים בה שנים ארוכות לבין הצרכים הלאומיים של ישראל, ביניהם שמירה על רוב יהודי, שיקבעו את מספר הרשיונות שיינתנו ואת אופן מתן הרשיונות. כן יוער כי בניגוד לארצות הברית, שבה

75 בג"ץ 59/88 **צבן נ' שר האוצר**, פ"ד מב(4) 705, 706 (1989).

76 להרחבה ולדוגמאות נוספות ראו דותן, לעיל ה"ש 43.

77 חוק ההגירה והאזרחות של ארצות הברית משנת 1965 (Immigration and Nationality Act, 8 U.S.C.) קובע מכסות להענקת ויזות, תוך התחשבות במערכת מובנית של העדפת הגירה – למשל, של אנשי מקצוע. מידע ופרטים נוספים על סוגי ההעדפה ואחוזי המכסה ראו באתר הרשמי של המחלקה לבטחון המולדת של ארצות הברית – [www.uscis.gov](http://www.uscis.gov). ההגבלות אינן חלות על קבוצות מסוימות, כגון ילדים של אזרחים אמריקנים חוקיים, כשלמטרות הגירה "ילד" פירושו רווק מתחת לגיל עשרים ואחת. ראו U.S. Dept. of State, The Operation of the Immigrant Numerical Control System, [travel.state.gov/content/dam/visas/Immigrant%20Visa%20Control%20of.pdf](http://travel.state.gov/content/dam/visas/Immigrant%20Visa%20Control%20of.pdf). System\_operation%20of.pdf. ראו גם יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" **מחקרי משפט** טז 55, 72 (2000).

78 יוער כי גם בארצות הברית קיימת בעיה דומה, מאחר שלקונגרס נתונה הסמכות להסדיר את התחום של כניסת זרים. עם זאת, אף שהליך ההגירה בארצות הברית אינו נקי מבעיות, הוא ברור יותר ומופרד מסוגיית הדת. ראו יפה זילברשץ "על הגירת זרים שאינם יהודים לישראל – פתיחת דיון בעקבות בג"ץ חוק האזרחות והכניסה לישראל" **משפט וממשל** י 87, 115 (2007); Liav Orgad, *Creating New Americans: The Essence of Americanism Under the Citizenship Test*, 47 Hous. L. Rev. 1227 (2011).

קיימת הפרדה בין דת למדינה, בישראל חוק השבות שולל את ההבחנה האמריקנית, ומעניק העדפה ללאום היהודי במדינה, ומדובר בהבדל מהותי.

## סיכום

בעת כתיבת מאמר זה נערך דיון בבג"ץ, שהתקיים בהרכב מורחב של אחד-עשר שופטים, על אודות חוקתיותו של חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי (להלן: חוק-יסוד הלאום).<sup>79</sup> מפלגות הליכוד והבית היהודי, שהיו שותפות לקואליציה בכנסת התשע-עשרה, הסכימו במסגרת ההסכמים הקואליציוניים ביניהן לקדם במשותף את חקיקתו של חוק יסוד זה.<sup>80</sup> סעיף 1(ג) לחוק-יסוד הלאום קובע כי "מימוש הזכות להגדרה עצמית ללאומית במדינת ישראל ייחודי לעם היהודי". עולה החשש כי חוק-יסוד הלאום מעניק משנה תוקף למדיניות של אי-הענקת רשיונות ישיבת קבע ללא-יהודים, בהגינה על הרוב היהודי בישראל. ישראל מסתכנת בהפיכתה ממדינת לאום למדינה לאומנית.<sup>81</sup> המשמעות של רעיון הדמוקרטיה המתגוננת, שהוצג על ידי בית המשפט העליון בפסק הדין בעניין ירדור,<sup>82</sup> היא שניתן להגביל חלק מזכויות האוכלוסייה במדינה דמוקרטית במצבים שבהם יש סכנה לכאורה לעצם קיום המדינה<sup>83</sup> או למרכיבים בסיסיים באופייה. לא נראה שיש עוררין על היות המדינה יהודית, שהרי אמירה זו עוגנה בהכרזת העצמאות, בחוקי היסוד של זכויות האדם ובפסקי דין שונים. המדיניות של מתן אשרות קבע בישראל צריכה להיות פרי של איזון ראוי בין שמירה על צביון יהודי לבין שיקולים דמוקרטיים, שהרי ישראל מוגדרת בחוקי היסוד של זכויות האדם כמדינה

79 בג"ץ 5555/18 חסון נ' כנסת ישראל (פורסם באר"ש, 8.7.2021), שבמסגרתו נדחו חמש-עשרה העתירות נגד חוק-יסוד הלאום.

80 "הסכם קואליציוני לכינון הממשלה ה-33 למדינת ישראל, שנערך ונחתם בתאריך ד' בניסן התשע"ג, 15 במרס 2013, בין סיעת 'הליכוד – ישראל ביתנו' בכנסת ה-19 לבין סיעת 'הבית היהודי – מייסודם של האיחוד הלאומי והמפד"ל החדשה (הבית היהודי)' בכנסת ה-19" ס' 50 (ספריית הכנסת, 2013), זמין בכתובת [www.knesset.gov.il/docs/heb/coalition2013\\_1.pdf](http://www.knesset.gov.il/docs/heb/coalition2013_1.pdf).

81 בדעת מיעוט סבר השופט קרא כי ס' 1(ג) ושני סעיפים נוספים בחוק-יסוד "קובעים הסדרים בלתי חוקתיים, בהיותם שוללים את ליבת הזהות הדמוקרטית של המדינה ומזעזעים את אמות הסיפים של המבנה החוקתי". ראו עניין חסון, לעיל ה"ש 79, בעמ' 161. בהיות השופט קרא במיעוט, נדחו כאמור העתירות ללא ביטול הסעיף, ונקבע כי "טענת העותרים בדבר שלילה גורפת של הזכות להגדרה עצמית של קבוצות מיעוט, על שני מובניה, דינה להידחות". שם, פס' 70 לפסק דינה של הנשיאה חיות (ההדגשה במקור).

82 ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365, 368–390 (1965).

83 בעניין ירדור, שם, הזכות שהוגבלה הייתה הזכות להתמודד בבחירות לכנסת. בפסק הדין נקבעה זכותה של הדמוקרטיה להתגונן מפני מי שמעוניין לפגוע בעצם קיומה של המדינה.

יהודית ודמוקרטיה. יתרה מזו, ניתן לטעון כי בענייננו המתח שבין המונחים "יהודי" ו"דמוקרטי" מתרכך, ונוצרת הרמוניה חוקתית,<sup>84</sup> שהרי אהבת הגר היא ערך גרעיני במרכיב היהודי,<sup>85</sup> והיא עולה בקנה אחד עם הענקת רישיון לשיבת קבע לזרים, ובכך נוצרת סינתזה עם המרכיב הדמוקרטי.

הכרזת העצמאות, מלבד קריאתה להקמת מדינה יהודית, קראה גם להקים מדינה דמוקרטית, שבה יקום שוויון זכויות חברתי ומדיני גמור.<sup>86</sup> ככל מדינה, גם מדינת ישראל אינה חייבת לתת אזרחות אוטומטית לאיש. אדם שאינו יהודי ואשר מעוניין לבוא לארץ ולהתיישב בה צריך להגיש בקשה, וכך גם אדם המבקש להשתקע בה וליהפך ליושב קבע. אולם על ההחלטה להתקבל על פי אמות מידה ברורות ובהתאם לעקרונות שלטון חוק החלים במדינה דמוקרטית וליברלית כישאל. מדיניות המעניקה עדיפות בהגירה ובאזרחות קיימת גם במדינות אחרות,<sup>87</sup> אך בדיני האזרחות הישראלים הבעיה העיקרית היא שקבלת ההחלטות נעשית על פי שיקול דעתו הבלעדי של שר הפנים, שגם פטור על פי חוק מחובת ההנמקה. בדרך זו השר הוא הקובע לבדו את מכסת הרשיונות הניתנים, ובכך גם את מספר האזרחים הלא-יהודים בישראל. בידיו בלבד נמצאים חוק הכניסה לישראל וכן חוק האזרחות. יתר על כן, יש להתחשב בכך שמתן רישיון לשיבת קבע אינו מוביל בהכרח לבקשת התאזרחות. כך הדבר, למשל, לגבי המבקשים לייצג דרך קבע ממסד דתי שאינו יהודי הקיים בישראל, וכך גם לגבי נציגים קבועים של חברות זרות שיש להן עסקים בישראל.

עמדנו על כך שמתן רישיון לשיבת קבע מעניק זכויות אזרחיות ומטיל חובות אזרחיות, ולכן למתן רישיון לשיבת קבע יש השפעות רחבות היקף בישראל.<sup>88</sup> רק התחשבות בנסיבות האישיות של מבקש האשרה, יחד עם האינטרס הציבורי בשמירת צביונה המוסרי של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, תהווה הפעלה מושכלת של סמכות שר הפנים, ותבטיח את הגשמת תכלית החוק בשלמותה. משכך, אנו מדגישים כי על המחוקק לקבוע קריטריונים אמיתיים, ברורים ונגישים לציבור, אשר עמידה בהם תזכה ברשיון לשיבת קבע. זאת, תוך התוויית מדיניות לגבי מתן רישיונות אלו. אנו סבורים כי יש לערוך שינוי חקיקתי בנוגע לפטור הגורף מהנמקה שקיבל שר הפנים לעניין החלטות בדבר מתן רישיונות אלו, או לכל הפחות להורות לשר הפנים לפרסם את אמות המידה שלפיהן הוא מפעיל את שיקול דעתו ומקבל את החלטותיו. כמו כן הצענו כי יש לראות את ההיוועצות כחובה שעל שר הפנים לקיים בבואו לקבל החלטה באשר לבקשה המוגשת לו. יש לשמור על שקיפות נרחבת ככל האפשר,

84 בג"ץ 5026/04 דיזין 22 – שארק דלוקס רהיטים בע"מ נ' ראש ענף היתרי עבודה כשבת – אגף הפיקוח משרד העבודה והרווחה, פ"ד ס(1) 38, פס' 15 לפסק דינו של הנשיא ברק (2005).

85 דברים י' 19: "ואהבתם את הגר, כי גרים הייתם בארץ מצרים."

86 הכרזה על הקמת מדינת ישראל, ע"ר התש"ח 1.

87 לשם השוואה ראו אלכסנדר יעקובסון ואמנון רובינשטיין ישראל ומשפחת העמים – מדינת לאום יהודית וחכירות האדם (2003).

88 כך, למשל, הטלת חובת שירות בצה"ל משפיעה על מספר המתגייסים בישראל, מתן זכות לקצבת ביטוח לאומי משפיע על תקציב הבריאות וכולי.

בהתחשב בהשפעה הרבה שיש להחלטות על חיי המבקשים, ובכך גם לאפשר ביקורת שיפוטית אמיתית למען שמירה על הליך מנהלי תקין. שיקול דעת מוחלט שאינו חייב בהנמקה ואינו מבוקר על ידי בית המשפט הוא דבר ללא תקדים במשפט הישראלי, והוא אינו מתקבל על הדעת במדינה דמוקרטית. מתן סמכות זו בשילוב הפטור מהנמקה מותיר את עקרון שלטון החוק עלי ספר בלבד.

אומנם, אנו עוסקים כאמור במספר קטן של מבקשי רישיון לישיבת קבע, שכולם אינם אזרחים, ולכן מדובר בזכויות של פרטים שמספרם אינו גדול בהשוואה לאוכלוסיית המדינה, אך משטר דמוקרטי נבחן ביחסו לאדם היחיד. מומחים קבעו כי האדם היחיד, הפרט, הוא החובה הבסיסית של המשפט כולו,<sup>89</sup> וחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קיבל עיקרון זה. לאדם יש זכות שינהגו בו לפי החוק, ולא לפי רצונו הסובייקטיבי של שר הפנים. אכן, ראוי ששר הפנים ישקול את האינטרס הלאומי של הרוב היהודי בישראל, אך אין הוא רשאי למנוע על הסף, ללא הנמקה, את האפשרות להשתקע דרך קבע בישראל.

---

89 פיליפ סנדס רחוב מזרח מערב – על המקורות של ג'וסייד ופשעים נגד האנושות 206 (עודד פלד מתרגם, 2019).