

**בית המשפט העליון
בירושלים**

בר"ם 7065/20

- בעניין: 1. אבו טיר, ת"ז _____
2. בלאל, דרכון ברזיל, _____
3. **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517**

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או דניאל
שנהר (מ"ר 41065) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836) ו/או
נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או אהרון מילס קורמן (מ"ר
78484) ו/או עו"ד מאיסא אבו סאלח - אבו עכר (מ"ר
52763)

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

המבקשים

- נ ג ד -

משרד הפנים רשות האוכלוסין וההגירה

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים
רח' מח"ל 7, ירושלים
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581

המשיב

בקשת רשות ערעור

מוגשת בזאת בקשת רשות ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מנהליים בירושלים,
מיום 26.8.2020, בעמ"ן 38126-12-19, במסגרתו דחה בית המשפט הנכבד ערעור שהגישו
המבקשים על פסק דינו של בית הדין לעררים בירושלים מיום 28.10.2019 בערר (י-ם) 3111-
19.

פסק הדין בעמ"ן 38126-12-19 מצ"ב ומסומן **בר"ע 1**.

פסק הדין בערר (י-ם) 3111-19 מצ"ב ומסומן **בר"ע 2**.

פתח דבר

בפתח הדברים תבקש המבקשת 3 לשוב ולהדגיש, כי עמדתה העקרונית, כפי שהובאה בעתירות
בבג"ץ 10650/03 **אבו גווילה נ' שר הפנים** ובג"ץ 5030/07 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים** כי
חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 הינו חוק פוגעני, בלתי חוקתי
ובלתי מידתי, שדינו בטלות, עומדת בעינה גם בשנת 2020, ואף ביתר שאת. בד בבד, הואיל וברי
למבקשת 3 כי אין בכוונת מי מהרשויות לחרוג ממנהגן מזה שנים רבות ולמחוק חוק דראקוני
זה מספר החוקים, רואה המבקשת 3 חשיבות רבה לעשות ככל אשר לאל ידה על מנת לצמצם
את פגיעתו הקשה של חוק זה למינימום האפשרי. נפנה עתה לדברים כסדרם.

הסוגיה המשפטית העומדת בבסיס בקשת הערעור דכאן, מעלה שאלה עקרונית שההשלכות של המענה לה רחבות ונוגעות למעמדם האזרחי ולזכויותיהם של רבים שחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה) התשס"ג-2003 (להלן: **הוראת השעה**) הוחל על עניינם, הגם שמעולם לא נרשמו במרשם האוכלוסין של האיזור. נסביר.

פסק הדין הנתקף בערעור זה עסק בשאלת תושבותו באיזור של מי שחי באיזור מספר שנים, לא נרשם במרשם האוכלוסין שלו וניתק את זיקותיו לאיזור לפני שנים. השאלה היא אם כן: האם מרגע שהוגדר אדם כ"תושב האיזור" בהתאם להוראת השעה הרי שמדובר במעמד סטאטי ניצחי ובלתי הפיך או שמא מדובר בהגדרה המעידה על מציאות חיים מסויימת הפוקעת כאשר מציאות חיים זו אינה מתקיימת עוד.

בע"מ 1621/08 **מדינת ישראל נ' חטיב**, (להלן: **הלכת חטיב**) (פורסם בנבו) נקבע כי תושבותו של מי שחי באיזור אך לא נרשם במרשם האוכלוסין שלו, תיקבע בהתאם למבחן "מירב הזיקות". כמו כן, ובהמשך ישיר לפסק הדין בהלכת חטיב, ניתנו שני פסקי דין שהפכו זה מכבר לחלוטים, האחד בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים – עמ"ן 20474-08-16 **סלאחאת ואח' נ' משרד הפנים** (להלן: **עניין סלאחאת**) – והשני בבית הדין לעררים בירושלים – ערר (י-ס) 3412-17 **סדר ואח' נ' משרד הפנים** – (להלן: **עניין סדר**) שנחשב לבית דין מומחה לעניין חוק הכניסה לישראל. בשני פסקי דין אלו נקבע כי אכן תושבות האיזור למי שאינו רשום באיזור אינה נצחית ויכולה שתפקע ככל שהאדם עזב את האיזור וזיקותיו אליו פסקו.

דא עקא, שבפסק הדין שבעניינינו מתבקשת רשות הערעור דכאן, התעלם בית המשפט הנכבד מהרציונאלים ומהקביעות החלוטות שנקבעו בהלכת חטיב ובעניין סלאחאת וסדר בשאלת תושבותו באיזור של אדם שלא רשום באיזור ולא מתגורר בו לאורך שנים ובהתאמה תפוגת מעמד תושבות האיזור למי שאינו רשום בו, גם אם נחשב תושב האיזור בעבר. בית המשפט הנכבד קמא קובע, בין השאר, בפסק דינו באופן תמוה כי קבלת הפרשנות למונח "תושב אזור", לפיה בחינת מרכז חייו של המערער מחייבת את המסקנה כי כיום המערער איננו עוד תושב אזור ועל כן אין להחיל עליו את הוראות חוק הוראת השעה, מרוקנת מתוכן את תכליתה הביטחונית של הוראת השעה. עוד מסיק בית המשפט הנכבד קמא בפסק דינו בהתבסס על פסק הדין בבג"ץ 813/14 **פלונים נ' שר הפנים** (פורסם בנבו) – שהמבקשת 3 אף הייתה צד לו ואשר עסק אף ובעיקר במי שרשום במרשם האוכלוסין של האיזור – על כך שתושבות האיזור לעולם אינה פוקעת אף למי שאינו רשום באיזור וניתק את זיקותיו אליו לפני שנים רבות.

לעמדת המבקשים ובהתאם לכללים שנקבעו בבר"ע 103/02 **חניון חיפה בע"מ נ' מצת אור**, הרי שלאור ההשלכות הרחבות ומרחיקות הלכת שיש לסוגיה שליבונה מתבקש בבקשה על זכויותיהם ומעמדם האזרחי משפטי עליהם ועל רבים אחרים, יש מקום למתן רשות הערעור בפני ערכאה שלישית, ומכאן בקשה זו. על קשיות ההלכה והצורך בהכרעת בית משפט נכבד זה ניתן ללמוד גם מכך שמדובר בפסק דין הנוגד פסק דין חלוט אר באותה סוגייה ממש אשר ניתן מלפני בית המשפט המחוזי (עניין סלאחאת הנזכר) ויושם על ידי בית הדין לעררים (עניין סדר הנזכר). פסק הדין אינו נוגד פסיקה חלוטה זו שלא מדעת שכן הפסיקה הוזכרה בחלק העובדתי של פסק הדין כמקורות אליהם הפנה ב"כ המבקשים דאז, ואף על פי כן פסק הדין מנחה את

המשיב באופן הנוגד את פסק הדין בעניין סלאחאת וזאת ללא כל אבחון או התייחסות עניינית לקבוע בו.

העתק מפסק הדין בעניין סלאחאת מצ"ב ומסומן בר"ע/3.

העתק מפסק הדין בעניין סדר מצ"ב ומסומן בר"ע/4.

ואלו טעמי הבקשה:

עניינה של הבקשה לרשות ערעור בתמצית

1. ביום 23.6.2019 הוגש ערר לבית הדין לעררים בירושלים כנגד החלטת המשיב מיום 22.5.2019 לסרב לבקשה לשדרוג מעמדו של המבקש 2, אזרח ברזילאי שהתגורר באיזור עם אמו תושבת קבע מירושלים המזרחית במשך מספר שנים עובר למגוריו בישראל. בערר נטען כי המבקש 2 שמעולם לא נרשם באיזור וחי בישראל מזה שנים רבות אינו תושב איזור ועל כן הוא זכאי שמעמדו ישודרג ככל אזרח זר שאינו תושב איזור.
2. יודגש כבר עתה, כי במסגרת הערר ואף במסגרת הערעור שהוגש על פסק דינו של בית הדין לעררים לבית המשפט קמא נטענו על ידי המבקשים דכאן טענות נוספות המצדיקות לעמדתם את שדרוג מעמדו של המבקש 2. ברם, בקשת הערעור דכאן מתמקדת ועוסקת אך ורק בטענות העקרוניות הנוגעות לבקשת שדרוג מעמדו של העורר משנת 2018 ואילך ולקביעותיו של בית המשפט הנכבד קמא בעניין הגדרתו של מי שהיה בעבר תושב האיזור בפועל, לא נרשם באיזור עזב אותו וניתק את זיקותיו עימו.
3. כאמור לעיל, ביום 28.10.2019 ניתן פסק דינו של בית הדין לעררים בירושלים שדחה את הערר שהגישו לו המבקשים. בין השאר וככל שהעניין נוגע לסוגיה דכאן אבחן בית הדין בפסק דינו את עניינם של המבקשים מעניין סלאחאת וקבע כי יש לדחות את הבקשה לשדרוג מעמדו של העורר בטענה שהוגשה בשיהוי.
4. ביום 17.12.2019 הוגש לבית המשפט הנכבד קמא ערעור – עמ"ן 38126-12-19 כנגד פסק דינו של בית הדין לעררים וביום 26.8.2020 ניתן בבית המשפט הנכבד קמא פסק הדין שכנגד הקביעות העקרוניות שנקבעו בו מוגשת בקשת רשות הערעור דכאן.
5. כפי שיפורט להלן, לעמדת המבקשים ובכל הכבוד הראוי, שגה בית המשפט הנכבד קמא בפסק הדין שבנדון כשקבע כי קבלת הפרשנות שהמבקשים מבקשים ליתן להגדרה "תושב האיזור" משמעה ריקון הוראת השעה מתכליתה הבטחונית. עוד שגה בית המשפט הנכבד באופן בו התייחס להלכת חטיב ללא לרדת לשורשה ובקביעתו כי עמדת המבקשים אינה עולה עם הלכות שנקבעו בפסיקת בית משפט נכבד זה. כמו כן שגה בית המשפט הנכבד קמא כאשר הקיש מקביעות בית משפט נכבד זה בפסק הדין בבג"ץ 813/14 שעסק בתושבי האיזור החיים באיזור ורשומים בו לעניינם של מי שהוגדרו כתושבי האיזור הגם שאינם רשומים בו, עזבו אותו ואין להם זיקות ממשיות אליו. לבסוף שגה בית המשפט כאשר התעלם מפסקי הדין החלוטים בעניין סלאחאת ובעניין סדר שאינם הלכה מחייבת אך התוו זה מכבר את האופן בו יש להתייחס למי שחיו באיזור אך לא נרשמו בו, עזבו אותו ואין להם עוד זיקות אליו. נפנה לדברים כסדרם.

החלק העובדתי

הצדדים

6. **המבקשת 1** (להלן: **המבקשת**) תושבת קבע המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית ואמו של **המבקש 2** (להלן: **המבקש** וביחד עם המבקשת: **המבקשים**).
7. המבקשת **3** (להלן גם: **המוקד**) היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע בין השאר לתושבי ירושלים המזרחית ובני משפחתם שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות.
8. **המשיב** הוא שר הפנים שרשות האוכלוסין וההגירה האחראית להחלטה לראות במבקש תושב איזור לעד, היא אחת מזרועותיו.

הרקע העובדתי ומיצוי ההליכים

9. להלן הרקע העובדתי הדרוש לבירור בקשת הערעור.
10. המבקשת, תושבת קבע בישראל המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, נישאה בשנת 1991 לאזרח ברזיל שהתגורר באיזור עובר לחיקוקה של הוראת השעה אך לא נרשם בו.
11. בשלהי אותה שנה עברו המערערת ובן זוגה להתגורר בברזיל שם נולדו להם שלושה ילדים ביניהם המבקש שנולד להוריו ביום 19.8.1992.
12. בשנת 1997, בהיות המבקש כבן שש, שבה משפחת המבקשים ועברה מברזיל לישראל וכחצי שנה לאחר מכן הגישה המבקשת ללשכת המשיב בקשה לאיחוד משפחות עם בן זוגה וילדיה.
13. בקשה זו סורבה על ידי המשיב ביום 8.2.1998. לאחר סירוב הבקשה ועד לשנת 2005 התגוררה משפחת המבקשים באיזור. עוד יצוין כי בשנת 1999 שב אבי המשפחה לחיות בברזיל ובשנת 2003 התגרש מהמבקשת. לאחר שובה של המבקשת לירושלים בשנת 2005 עם ילדיה היא הגישה שתי בקשות נוספות לאיחוד משפחות עם ילדיה, (בקשות לאחמ"ש שמספרן בהתאמה 153/07 ו- 46/08). לאחר שהבקשה משנת 2007 סורבה על ידי המשיב בטענות להיעדר מרכז חיים אושרה בסופו של יום הבקשה משנת 2008.
14. קיצורו של עניין עד כה – ומעבר להתנהלות הלא חוקית של המשיב המאריך בניגוד מוחלט להוראות החוק אשרות תייר עד אין קץ למי שחי כדין בישראל שנים כה רבות אך אינה חלק מבקשת ערעור זו – המבקש שהינו יליד 1992 חי כשש שנים בברזיל, שבע שנים באיזור מתוכן ארבע שנים עובר לבואה לעולם של הוראת השעה, וחמש עשרה שנים נוספות בירושלים כשבידו אשרת תייר ותו לא.
15. ביום 23.9.2018 הגישו המבקשים בקשה לשדרוג מעמדו של המבקש בישראל וזאת לאור אי היותו תושב האיזור. זאת בין השאר, בהתבסס על העובדה שמעולם לא נרשם באיזור, שעזב אותו לפני שנים רבות ללא שיש לו זיקות לאיזור.

16. ביום 19.2.2019 ניתנה החלטת המשיב המסרבת לבקשה לשדרוג מעמדו מהטעם שבשל מגוריו באיזור בשנים 1997-2005 הוא מוגדר כתושב האיזור גם כיום.
העתק מהחלטת המשיב מיום 19.2.2019 מצ"ב ומסומן בר"ע/5.
17. ערר פנימי שהוגש בעניין סורב אף הוא על ידי המשיב ביום 22.5.2019.
העתק מחלטת המשיב מיום 22.5.2019 מצ"ב ומסומן בר"ע/6.
18. ביום 23.6.2019 הוגש ערר בעניין לבית הדין לעררים וביום 28.10.2019 דחה בית הדין את הערר.
העתק מכתב הערר (י-ם) 3111-19, מצ"ב ומסומן בר"ע/7.
19. ערעור שהגישו המבקשים לבית המשפט הנכבד קמא כנגד פסק דינו של בית הדין לעררים נדחה כאמור אף הוא. כנגד קביעותיו העקרוניות של בית המשפט הנכבד קמא בפסק דין דהתם מוגשת בקשת הערעור דכאן.

הטיעון המשפטי

20. בכל הכבוד בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא נפלו מספר שגיאות הנוגעות כולן לשאלה כיצד יש לפרש את המונח תושב איזור במשמעות הוראת השעה ובאשר לנקודת הזמן הרלוונטית – האם יש נקודת זמן רלוונטית סטאטית יחידה או שמא הרלוונטיות משתנה עם השינויים במציאות החיים – לגבי מי שהתגוררו באיזור, מעולם לא נרשמו בו וששלב מסוים איבדו את זיקותיהם אליו. לעמדת המבקשים טענותיהם בעניין מצדיקות הן את מתן הרשות להגשת הערעור והן את התייחסותו של בית המשפט הנכבד לסוגיה שהכרעה בה כאמור מרחיקה בהרבה מעבר לעניינם של המבקשים דכאן. להלן יתייחסו המבקשים אחת לאחת לטעויות שנפלו לדידם בקביעותיו העקרוניות של בית המשפט הנכבד קמא בפסק הדין.

תושב האיזור במשמעות הוראת השעה והלכת חטיב

21. סעי' 1 להוראת השעה שתוקן כידוע בשנת 2005 מגדיר כתושב האיזור:

מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור, ולמעט תושב יישוב ישראלי באזור.

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

22. ברם, בעוד שהגדרתו של אדם הרשום במרשם האוכלוסין של האיזור כתושב האיזור הייתה פשוטה לכאורה, נדרש בית משפט נכבד זה לשאלת הגדרתו של אדם שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האיזור בע"מ 1621/08 מדינת ישראל נ' חטיב (להלן: עניין חטיב). לעניין קביעת תושבות באיזור למי שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האיזור נקבע בהלכת חטיב כי תיידרש, מטבע הדברים, בחינה מהותית – בהתאם למבחן מירב הזיקות – באשר לתושבותו בפועל של אדם.

23. אמת המידה שנקבעה בהלכת חטיב משמעה כי ייתכנו מצבים בהם אדם שלא היה רשום באיזור אך התגורר בו או שהיה בעל זיקות אחרות אליו לא יוגדר כתושב האיזור.

24. לעמדת המבקשים שתפורט להלן, הפרשנות אותה הם מבקשים לאמץ להגדרה של תושב האיזור עבור מי שאינו רשום באיזור אינו מתגורר בו שנים ואיבד כל זיקה ממשית אליו, מתיישבת עם תכליתו הנטענת הביטחונית, בעוד שדווקא פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, לו יוותר על כנו, מבקש להרחיב את חוק הוראת השעה אל מעבר למתחם שהוקצב לו, בלשונו ובתכליתו, לפיו תושב אזור הוא " מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור". על פי בית המשפט הנכבד קמא תושב אזור הוא גם מי שלא רשום ולא מתגורר באזור.

פסק הדין בבג"ץ 9794/02 אלעביד נ' שר הביטחון

25. בסעיף 44 לפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, מצביע בית המשפט על פסק הדין בבג"ץ 9794/02 אלעביד נ' שר הביטחון (להלן: עניין אלעביד), אשר עסק באזרח מצרי שהתגורר במשך 3 שנים ברצועת עזה בטרם עבר לחיות בשטחי ישראל ובטרם הוגשה עבורו בקשה לאיחוד משפחות, כראיה לכך שמי שאינו רשום באיזור נותר תושב איזור לנצח מכח מגוריו באיזור.

26. דא עקא, שלעמדת המבקשים אין הנדון דומה לראיה ממספר טעמים. ראשית פסק הדין בעניין אלעביד קדם בכמה שנים להלכת חטיב העומדת בבסיס בקשת רשות ערעור זה. הלכת חטיב היא ההלכה הנוהגת שבמסגרתה נקבעה אמת המידה של מבחן מירב הזיקות להגדרתו של מי שאינו רשום באיזור כתושב האיזור. יצוין כי בעניין סלאחאת מתייחס בית המשפט הנכבד בסעי' 15 לפסק דינו לעניין אלעביד ומבהיר בין השאר בדיוק עניין זה – כי עניין אלעביד עדיין לא החיל על העותרים את אמת המידה שנקבעה רק מאוחר יותר בהלכת חטיב.

נקודת הזמן הרלוונטית אינה סטאטית ומשתנה עם מציאות החיים

27. הבדל מהותי נוסף המתקיים בין עניין אלעביד לבין עניינם של המבקשים דכאן וטענתם העקרונית בסוגיה בה בתבקשת הכרעה, נוגע לשאלה מהי נקודת הזמן הרלוונטית לבחינת תושבותו באיזור של אדם. האם ייתכן כי בכל הנוגע לקביעה האם אדם הוא תושב האיזור, ישנה נקודת זמן רלוונטית סטאטית, אחת ויחידה שהיא בבחינת נקודת אל-חזור גם בחלוף שנים רבות, עזיבת האיזור וניתוק הזיקות אליו?

28. לעמדת המבקשים הרלוונטיות של נקודת הזמן, כמו הזמן עצמו, אינה סטאטית ומשתנה כל אימת שמציאות החיים משתנה, כך שנקודת זמן שייתכן והייתה רלוונטית במועד מסוים יכולה להפוך לאי רלוונטית במועד אחר.

29. מהכלל אל הפרט. עניין אלעביד עסק כידוע בבג"ר שנישא לתושבת ישראל, כאשר המעבר מהאיזור לשטחי המדינה והגשת הבקשה לאיחוד משפחות עבורו נעשו עם המעבר הפיזי מהאיזור. לפיכך, באותה עת, מועד הגשת הבקשה לאיחוד משפחות היא נקודת הזמן שהייתה רלוונטית לקביעה האם העותר דהתם נחשב אכן לתושב האיזור.

30. בעניינו של המבקש דכאן לעומת זאת, ובניגוד לקביעת בית המשפט הנכבד קמא שהתייחס למועד הגשת הבקשה לאיחוד משפחות עבורו לפני 13 שנים כנקודת הזמן הרלוונטית, מדובר במי שחיים בישראל שנים רבות ללא כל זיקה לאיזור, כאשר נקודת הזמן הרלוונטית לעניין דכאן היא שנת 2018, בה הוגשה הבקשה לשדרוג מעמדו בטענה כי חדל להיות תושב האיזור. בשנת 2018 המבקש חי בישראל כעשור ומחצה ברציפות ללא כל זיקה ממשית לאיזור.

פרשנות המבקשים אינה מרוקנת את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מתוכן

31. עוד שגה בית המשפט הנכבד קמא בקובעו בסעי' 46 לפסק דינו כי פרשנות המבקשים למונח "תושב איזור" מרוקנת למעשה את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מתוכן.

32. אדרבה, עמדת המבקשים לפיה כל מי שלא היה רשום באיזור עזב אותו ונותר ללא זיקות אליו חדל בנקודת זמן מסויימת להיות תושב האיזור, היא פועל יוצא ישיר ומתבקש של לשון הוראת השעה – וכן מי שמתגורר באזור – מהלכת חטיב ומפסקי הדין בעניין סלאחאת ובעניין סדר, שאף הם למותר לציין אינם מרוקנים את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מתוכן.

33. האם הלכת חטיב הקובעת שאדם שחי באיזור ולא נרשם שם אינו תושב האיזור לאור העובדה שמירב זיקותיו אינם לאיזור מרוקנת את התכלית הבטחונית של הוראת השעה מתוכן? ברי שלא. הלכת חטיב קובעת למעשה כי ככל שמתברר שמירב זיקותיו של אדם אינם לאיזור הרי שלא נובעת ממנו סכנה בטחונית. זאת, אף מדובר במי שהתגורר באיזור או שהיה בעל זיקות אליו אך בהתאם לאמת המידה שנקבעה התברר כי מירב זיקותיו אינם לאיזור.

34. הנה כי כן, כפי שהלכת חטיב – כמו גם עניין סלאחאת ועניין סדר – אינה מרוקנת את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מתוכן אלא קובעת כי אדם שמירב זיקותיו אינם לאיזור אינו מהווה סכנה בטחונית ועל כן אין מקום שהוראת השעה תחול עליו, טוענים המבקשים דכאן שבנקודת זמן מסויימת – ובעניינם הפרטני שנת 2018 בה הוגשה בקשה לשדרוג מעמדו של המבקש – כל מי שאינו רשום באיזור, עזב אותו ואינו בעל זיקות ממשיות אליו, חדל להיות תושב האיזור שנובעת ממנו סכנה בטחונית ועל כן הוראת השעה אינה חלה עליו עוד.

35. זאת ועוד. לאור תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מחד והפגיעה בזכויות יסוד מאידך נקבע עוד בעע"ם 5718/09 **מדינת ישראל נ' סרור** (סעי' 31 לפסק הדין) כי יש להפעיל את הוראת השעה **באופן מידתי** ככל הניתן תוך צמצום הפגיעה בזכויות אדם למינימום הנדרש. חלוף הזמן הוא כידוע מימד חשוב המשליך על מידתיותה של הוראת השעה.

רבות נכתב על-ידי חבריי על שהחוק המתוקן נחקק במתכונת של הוראת שעה שהוארך כתריסר פעמים. בגלגול הקודם של התיק בעניין עדאלה סבר חברי המשנה לנשיאה אי ריבלין כי סיווג זה של החוק מהווה נימוק לכך שאין צורך להתערב בו. לשיטתו במסגרת דיון זה, **חלוף הזמן הרב וההארכות הרבות של החוק**

המתקון לא רק שאינם מחזקים את עמדת המדינה, אלא ייתכן שההפך מכך. לתפיסתי, די לומר שאין במצב המשפטי האמור כדי לסייע לעמדת המדינה.

השעה ארוכה היא ואינה משתנה. האקלים הקשה מלווה אותנו בכל עונות השנה, למשך שנים רבות. בשבתנו בבית משפט זה, מחויבים אנו בעת הביקורת השיפוטית להסתכל גם על השעון. דעתי היא, כאמור, שאין מקום להורות על בטלות החוק בשל היותו לא חוקתי. עם זאת, טוב תעשה המדינה אם תגבש חוק שיתייחס לנושא ההגירה בהקשר הנוכחי ובכלל. על פי ההודעה המעדכנת של בא כוח המדינה, כך אכן פועלים הגורמים במרץ רב. אמנם, היה ולא, מנקודת מבטה של הביקורת החוקתית מצופה לשניים. האחד, שדיון בדבר הארכת החוק המתקון יהיה דיון מקיף ויסודי – מהותי ולא פורמאלי. השני, **שהרשות המחוקקת תהיה קשובה למציאות המשתנה, כדי לבחון אם הפגיעה עודנה מוצדקת.**

(סעיף 7 לפסק דינו של כב' השופט הנדל בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (פורסם בנבו).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

36. ככל שנוקפות השנים חלה שחיקה שאך הולכת וגוברת במידתיות שביקש המחוקק להקנות לחוק הדראקוני בכך שקבע אותו כ"הוראת שעה" ולא כחוק קבוע לכאורה. ברי כמו כן, כי ככל שמדובר במי שבקשה זו מוגשת בעניינו, קרי, אדם שנכנס לאיזור למספר שנים, בעניינו כקטין ולא מבחירה, מעולם לא נרשם בו, עזב אותו לפני שנים ונטע שורשים בישראל, אותה מידתיות שביקש המחוקק להקנות להוראת השעה מאבדת מכוחה לחלוטין. השינוי במציאות החיים שהיא אינה סטאטית מביאה בהכרח לכך שבנקודת זמן מסוימת, אדם שמעולם לא היה רשום באיזור, עקר ממנו וזיקותיו אליו הלכו ונעלמו, איבד עם האיזור כל קשר של ממש, ועל כן מעמדו באיזור המעיד לכאורה על מציאות חיים שאינה קיימת עוד מתפוגג אף הוא.

37. מטעמים אלו סבורים המבקשים ששגה בית המשפט הנכבד קמא בקובעו כי פרשנותם למונח תושב האיזור, פרשנות הנובעת ישירות מלשון החוק מהלכת חטיב ומפסקי הדין החלוטים בעניין סלאחאת ובעניין סדר, מרוקנת את תכליתה הבטחונית של הוראת השעה מתוכן. כאמור, יישום הלכת בית המשפט עד כה אינו מרוקן מתוכן את החוק, כי אם מנסה להותירו בגדר תכליתו הנטענת הביטחונית – בעוד שדווקא פסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, לו יוותר על כנו, מבקש להרחיב את חוק הוראת השעה אל מעבר למתחם שהוקצב לו, בלשונו ובתכליתו, לפיהם תושב אזור הוא " מי שרשום במרשם האוכלוסין של האזור, וכן מי שמתגורר באזור אף שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האזור". על פי בית המשפט הנכבד קמא תושב אזור הוא גם מי שלא רשום ולא מתגורר באזור. עמדה זו אינה מתיישבת, לא עם לשון החוק הקובע במפורש שעסקינן במי שמתגורר באזור, לא עם הצורך

לפעול באופן מידתי ולצמצם את הפגיעה הקשה שבחוק זה ככל הניתן, לא עם אמת המידה שנקבעה בהלכת חטיב ואף לא עם פסקי הדין בעניין סלחאת ובעניין סדר.

בג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים

38. עוד שגה בית המשפט הנכבד קמא בפסק דינו כשהקיש לעניינם של המבקשים מפסק הדין בבג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים.

39. דא עקא, שלעמדת המבקשים, ובכל הכבוד הראוי אין הנדון דומה לראיה. העניין דהתם עסק בנושא שונה לחלוטין. בעניין דהתם ביקשו העותרים – שאף המבקשת 3 דכאן הייתה ביניהם – לראות בתושבי האיזור הרשומים במרשם האוכלוסין של האיזור וחיים בישראל במשך שנים רבות כמי שזכאים לשדרוג מעמדם. לחלופין ביקשו העותרים דהתם שייקבע חריג בסעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003, שייאפשר לתושבי האיזור הרשומים באיזור וחיים בישראל משך תקופה ממושכת, באמצעות היתר לשהייה בישראל במסגרת איחוד משפחות, יקבלו לכל הפחות רישיון לישיבת ארעי (אשרה מסוג א/5). בשלב מסוים התבקשו ב"כ העותרים בסדרת העתירות דהתם להבהיר לבית המשפט הנכבד מה בקשתם ממנו. המבקשת 3 בעניין דכאן הבהירה לבית המשפט הנכבד כי מבחינתה אין צורך בסעד חוקתי וניתן לפתור את העניין באימוץ עקרון העיפרון הכחול ומתן פרשנות לפיה לאחר מספר שנים לא ייחשב אדם כתושב האיזור **וזאת גם אם הוא רשום במרשם האוכלוסין של האיזור**.

40. ברם בפסק הדין דהתם דחה בית המשפט בין השאר את עמדת המבקשת 3 דכאן לעניין פרשנות הוראת השעה:

לדעתי דין הטענות הנוגעות לפרשנות החוק להידחות. בדיונים על-פה לפנינו עלתה הטענה שלפיה ניתן לפרש את חוק האזרחות (הוראת שעה) כך שמי ששוהה בישראל כדין משך שנים ארוכות (וככלל הציעו חלק מהעותרים פרק זמן של חמש שנים), לא ייראה כ"תושב אזור" שעליו חל החוק. **ואולם, החוק קובע מפורשות כי "תושב אזור" הינו "מי שרשום במרשם האוכלוסין של האיזור, ... דהיינו, החוק אינו מגדיר תושב אזור על סמך זיקה בפועל לאזור, אלא על בסיס הרישום במרשם האוכלוסין.**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

41. הנה כי כן, שגה בית המשפט הנכבד קמא כאשר ביקש להקיש מפסק הדין בבג"ץ 813/14 פלונים נ' שר הפנים אשר עסק במי שרשום במרשם האוכלוסין של האיזור לעניינו של המבקש דכאן העוסק במי שלא רשום באיזור ואך עזב אות וואיבד אליו זיקות.

42. כפי שגם מציין בית המשפט הנכבד קמא בפסק דינו הנתקף בבקשה זו, בעניין דהתם קבע בית המשפט הנכבד כי הפרשנות שמבקשים העותרים מבית המשפט לאמץ אינו עולה בקנה אחד עם לשון החוק ותכליתו. ברם, העניין דהתם עסק בעניין הפוך בתכלית לעניינינו. כאמור, ככל שהעניין נוגע למי שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האיזור לשון הוראת

השעה מבהירה כי היא עוסקת במי שמתגורר באיזור ולא במי שעקר ממנו ואיבד אליו זיקות. מטעם זה לעמדת העותרים, דווקא הפרשנות שמבקש בית המשפט הנכבד קמא לאמץ להוראת השעה אינה מתיישבת לא עם לשון החוק ותכליתו ואף לא עם הלכת חטיב והקביעות שבאו בעקבות הלכה זו בעניין סלאחאת ובעניין סדר.

עמדת המבקשים עולה בקנה אחד עם לשון הוראת השעה, תכליתה ועם ההלכה הפסוקה

43. נוכח כל האמור, סבורים המבקשים כי אף קביעת בית המשפט הנכבד קמא בסעי' 48 לפסק דינו לפיה עמדתם אינה מתיישבת עם לשון הוראת השעה, תכליתה ועם ההלכה הפסוקה, בטעות יסודה.

44. כפי שהבהירו המבקשים, לשון החוק עוסקת במי שמתגורר באיזור ולא במי שהתגורר בו לפני שנים רבות ואיבד זיקות אליו ושבהתאם להלכת חטיב מירב זיקותיו שלא לומר כל זיקותיו אינם עוד לאיזור. בנוסף וכאמור, אף בג"ץ 813/14 פלוניס נ' שר הפנים שממנו מבקש בית המשפט הנכבד קמא להקיש לעניין דכאן, עסק בעניין שונה בתכלית והתייחס אף ובעיקר למי שרשום במרשם האוכלוסין של האיזור על כל המשתמע מכך.

45. לשון החוק והלכת חטיב לעומת זאת, העוסקים בשאלת תשובותו באיזור של מי שאינו רשום בו כמו המבקש דכאן, קובעים באופן ברור כיצד יש לראות את המונח "תושב האיזור" בהוראת השעה כאשר מדובר במי שאינו רשום ואינו חי שם שנים רבות.

46. בעניין סלאחאת ובעניין סדר שבו והבהירו בית המשפט ובית הדין לעררים בהתאמה, כי אכן כפועל יוצא וישיר של החוק ושל הלכת חטיב, בשלב מסויים ובהתקיים מספר תנאים, תפסיק הוראת השעה לחול על מי שלא נרשם באיזור, עקר ממנו ואיבד את זיקותיו אליו.

בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ואח'

רישיון לישיבת קבע, משניתן, נסמך על מציאות של ישיבת קבע. כאשר מציאות זו שוב אינה קיימת, פוקע הרישיון מתוכו הוא. אכן, רישיון לישיבת קבע - להבדיל ממעשה התאזרחות - הוא יצור כלאיים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטיטוטיובי, המעמיד את הזכות לישיבת הקבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע. כאשר מציאות זו נעלמת, אין עוד לרישיון במה שיתפוס, והריהו מתבטל מעצמו, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי (השווה בג"צ 81/62 [6]). אכן, "ישיבת קבע", מעצם מהותה, משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו. אך **משנעלמה המציאות, אין עוד לרישיון כל משמעות, והריהו מתבטל מעצמו.** (מתוך פסק הדין בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ואח').

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

47. פסק הדין בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ואח' (להלן: הלכת עווד) שמתוכו מצטטים המבקשים עסק כידוע בשאלת מעמדם האזרחי של האוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית שהעותר השתייך אליה.

48. המבקשת 3 מסתייגת אמנם מהלכת עווד כאשר עמדתה העקרונית והעקבית הינה שמעמדה של האוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית הוא מעמד עמוק ויחודי שאינו יכול לפקוע כשם שמעמדו של אזרח אינו פוקע גם אם עזב את ארץ אזרחותו ולא שב אליה מעולם. עם זאת, הגיונו של המשיב עצמו דורש כי התייחסות מצד המבקשים להלכת עווד בהקשר ישיר לפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא.

49. העותר בהלכת עווד, היה בן הארץ הזאת ותושב קבע שנולד וחי כל חייו בירושלים, נרשם במרשם האוכלסין במעמד גבוה של תושב קבע. המבקש דן לעומתו, לא נולד וחי באיזור שנים רבות, לא נרשם בו, וברור שלא זו בלבד שלא החזיק במעמד גבוה כשל העותר בעניין עווד אלא שכלל לא החזיק במעמד. לבסוף וכבעניין עווד, גם המבקשים דכאן העתיקו את מגוריהם מהאיזור ונטעו שורשים בירושלים.

50. הדעת נותנת כי הרציונאל שהיה תקף לקביעות בהלכת עווד תקף מקל וחומר לעניינם של המבקשים דכאן. לא ייתכן כי המשיב יטען מחד שמעמד של תושב קבע בישראל מבטא מציאות חיים שמתבטלת לאחר שנים ספורות ובאותה נשימה יטען כי מעמדו של אדם שכלל לא נרשם באיזור הוא מעמד נצחי וסטאטי שאינו מבטא מציאות חיים וכאשר גם לאחר שנים רבות שהוא אינו חי עוד באיזור ונטע שורשים בירושלים, הוא עדיין ייחשב על ידו כתושב איזור. ואכן, בסעי' 11 לפסק דינו של בית המשפט הנכבד בעניין סלאחאת ישנה הפנייה להלכת עווד בדיוק בעניין זה.

51. הנה כי כן, עמדת המבקשים לא זו בלבד שהיא עולה בקנה אחד עם לשון הוראת השעה ותכליתה אלא שהיא עולה בקנה אחד עם הלכת חטיב כמו גם עם קביעותיהם של בית המשפט קמא ובית הדין לעררים בעניין סלאחאת ובעניין סדרה ואף עם הרציונאל העומדים בבסיס הלכת עווד. קביעותיו של בית המשפט קמא בפסק דינו העומד בבסיסבקשת ערעור זו לעומת זאת, אינן מתיישבות לעמדת המבקשים עם לשון החוק ותכליתו, עם הלכת חטיב ועם הקביעות שנקבעו בעקבות הלכת חטיב בעניין סלאחאת ובעניין סדר.

התעלמות בית המשפט קמא הקביעות בעניין סלאחאת ובעניין סדר

52. לעמדת המבקשים שגה בנוסף בית המשפט הנכבד קמא כאשר התעלם באופן מוחלט מפסקי הדין בעניין סלאחאת ובעניין סדר. נסביר.

53. פסקי הדין שבנדון אמנם בגדר הלכה ואינם מחייבים לכאורה את בית המשפט קמא ללכת בעקבותיהם ולפסוק ברוחם. עם זאת, דווקא בסוגיה כה רגישה, מן הראוי היה כי בית המשפט לא יתעלם מאותם פסקי הדין ויבהיר מדוע החליט לסטות מהנקבע בהם. בפרט וביתר שאת, לאור העובדה שבית המשפט הנכבד קמא היה מודע היה לקיומם של פסקי הדין בעניין סלאחאת ובעניין סדר שהיוו חלק מטענותיהם בערעור שהגישו לו כפי שאף עולה מסעי' 21 לפסק דינו. בנוסף היה ראוי שבית המשפט הנכבד היה מתייחס לפסקי הדין

הנ"ל בפסק דינו לאור העובדה כי הם פועל יוצא ישיר של הלכה נוהגת שנפסקה בבית משפט נכבד זה.

54. לדאבון לב, תחת התייחסות לעניין סלאחאת ולעניין סדר ביכר בית המשפט הנכבד קמא ליתן פסק דין שלעמדת המבקשים מתעלם וסותר את פסקי הדין שניתנו בעניין סלאחאת ובעניין סדר ושאינו עולה בקנה אחד עם לשון הוראת השעה ותכליתה.

סיכום

55. להבנת המבקשים פסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא, מתעלם ממשמעות הקביעות בהלכת חטיב כמו גם מפסקי הדין שקדמו לו בבית המשפט קמא ובבית הדין לעררים בעניין סלאחאת ובעניין סדר ולמעשה אף מלשון החוק ותכליתו הביטחונית. פסק הדין של בית המשפט הנכבד קמא כולל מספר קביעות שלעמדת המבקשים אינן יכולות לעמוד. מדובר בסוגיה בעלת השלכות רוחב המתנקזת לשאלה האם אדם שאינו רשום באיזור, התגורר בו, עקר ממנו ואיבד את זיקותיו אליו ייחשב לנצח "תושב האיזור" במשמעות הוראת השעה אם לאו. הלכת חטיב ופסקי הדין החלוטים בעניין סלאחאת ובעניין סדר הבהירו בפשטות כי בהתאם ללשון החוק ותכליתו המענה לשאלה זו הוא בשלילה, וכי ההגדרה של המונח תושב האיזור בהוראת השעה לגבי מי שאינו רשום במרשם האוכלוסין של האיזור ואינו מתגורר בו עוד אינה סטאטית ותלויה במציאות החיים של אותו אדם.

56. בחלוף למעלה מ-17 שנים מאז חוקקה הוראת השעה על פגיעתה הקשה ומשברי כי אין מדובר בחוק זמני כפי שהוצג בשעתו כלל ועיקר, נדמה כי לא ניתן להפריז בחשיבות שיש להכרעה בעניינם של מי שמעולם לא נרשמו באיזור, התגוררו בו תקופת מה בעבר הרחוק ואיבדו אליו זיקות ממשיות. המחוקק ולשון החוק הכריעו אולי בשאלת תושבותו של מי שרשום במרשם האוכלוסין של השטחים אך לגבי מי שאינו רשום שם ולשון החוק ברורה, לא ייתכן כי ניתן להרחיבה עד כדי תושבות נצחית. לשון החוק ותכליתו בעניינם של מי שאינם רשומים במרשם האוכלוסין של האיזור, חלוף הזמן, וקיומה של פסיקה נוגדת שלא קיבלה כל התייחסות בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא מצדיקה ומצריכה מתן רשות ערעור על מנת שסוגיה זו תלוּבן כדבעי.

57. אשר על כן, מתבקש בית המשפט הנכבד לקבל את בקשת רשות הערעור תוך חיוב המשיב בהוצאות בתשלום שכ"ט עו"ד והוצאות משפט.

ירושלים, 16 אוקטובר 2020

בנימין אחסתרובה, עו"ד
ב"כ המבקשים

(ת.ש.111426)