



## בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 2386/11

לפני: כבוד הנשיאה (בדימ') מ' נאור  
כבוד המשנה לנשיאה ח' מלצר  
כבוד השופט י' דנציגר

העותרים: מחמוד צאלח ו-11 עותרים נוספים

נגד

המשיב: מנהל הלשכה האזורית למנהל אוכלוסין

התנגדות לצו על תנאי

בשם העותרים: עו"ד מוניר עזאם

בשם המשיב: עו"ד ראובן אידלמן

### פסק-דין

המשנה לנשיאה ח' מלצר:

1. בעתירה שבפנינו הוצא צו על תנאי, שכוון אל המשיב, והורה לו להתייצב וליתן טעם מדוע לא יקבע בית המשפט כי עליו לאשר את בקשת העותרים לקבלת מעמד בהתאם להחלטת ממשלה מס' 2492, מתאריך 28.10.2007, שכותרתה: "היתרי שהייה זמניים לתושבי איו"ש, השוהים במזרח ירושלים תקופה ממושכת ללא אשרה כדין" (להלן: החלטת הממשלה), וזאת נוכח כך שהעותרים, לטענתם, התגוררו בשטח המקנה זכאות כאמור, ועמדו בשאר תנאי החלטת הממשלה.

אביא להלן את הנתונים הדרושים להכרעה בעתירה.

2. העותר 1, יליד שנת 1966, נשוי לעותרת 2, ילידת שנת 1970 (להלן, בהתאמה: העותר ו-העותרת). העותרים 3-12 הם ילדיהם המשותפים של העותר והעותרת. כלל העותרים רשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני כתושבי אזור יהודה ושומרון (להלן: האזור).

3. נימוקי הסירוב לאפשר לעותרים להנות מהחלטת הממשלה – מבוססים, בין היתר, על הליכים אזרחיים, שהתנהלו בעניין נכס מקרקעין המצוי בכפר בית צפאפא במזרח ירושלים, והידוע כגוש 30283 בחלקה 15 (להלן: הנכס), והם יפורטו בהמשך, ככל הצריך לענייננו.

4. בתאריך 28.01.1993 יצחק הרשקוביץ (להלן: הרשקוביץ) הגיש תביעה לבית משפט השלום בירושלים כנגד העותר, הוריו של העותר: עלי אברהים סלאח ו-חסאן שי'חה סלאח (להלן יחד: העותר והוריו), וכן שניים מאחיו של העותר, ובגדרה הוא תבע את סילוק ידם מהנכס (ראו: ת"א 1074/93).

5. בתאריך 20.03.1994 מנחם גוטסמן (להלן: גוטסמן) הגיש תביעה נוספת לבית משפט השלום בירושלים כנגד העותר והוריו בטענה כי בעקבות סירובם של העותר והוריו להתפנות מהנכס – הוא נאלץ למכור את החלקה, ובה הנכס, להרשקוביץ במחיר נמוך יחסית מזה שהיה יכול לקבל עבורו (ראו: ת"א 3242/94).

6. בתאריך 12.10.1994, הדיון בשתי התביעות הנ"ל אוחד, ובהמשך הדרך כתב התביעה תוקן מספר פעמים, כך שלבסוף הרשקוביץ נותר תובע יחיד, הוריו של העותר היו נתבעים 1 ו-5, ו-העותר היה נתבע 3. בתאריך 24.02.1997 הוגש כתב תביעה מתוקן, במסגרתו הרשקוביץ טען כי בשנת 1988 הוא רכש את הנכס ממנחם ו-לייבא גוטסמן, תושבי ארה"ב. לטענתו של הרשקוביץ, במועד הרכישה הנכס היה פנוי מכל אדם, או חפץ, אולם לאחר רכישת הנכס התברר לו כי העותר והוריו פלשו לנכס, כאשר כל ניסיונותיו לפנותם מהנכס – כשלו. הרשקוביץ טען כי העותר והוריו הם מסיגי גבול בנכס, ואין להם כל זכות בו. לפיכך הרשקוביץ תבע את סילוק ידם של העותר והוריו מהנכס, וכן תבע מהם תשלום דמי שימוש ראויים בנכס, ופיצויים בגין עגמת נפש.

7. העותר והוריו טענו, מנגד, כי הם מחזיקים בנכס ברציפות ונוהגים בו מנהג בעלים מאז שנת 1966 (למעט בתקופת מלחמת ששת הימים). עיקרי טענותיהם של העותר והוריו סוכמו על ידי בית משפט השלום הנכבד כדלקמן:

"לטענת הנתבעים: (ביניהם העותר והוריו – ח"מ), ביום 25/07/66 רכשה הנתבעת 5 (אימו של העותר – ח"מ), ביחד עם בעלה, הנתבע 1 (כאן ולהלן – אביו של העותר – ח"מ), מהארמני סמבאת קסריגי'אן (להלן: הארמני), מי שהיה הבעלים של הנכס, את הקרקע והבית נשוא התובענה, שבנייתו טרם הושלמה. בתמורה שילמו הנתבעת 5 ובעלה הנתבע 1, סך של 1,000 דנר ירדני, לארמני, וכן התחייבו להשלים את בניית הבית. העיסקה נערכה בדרך של חוזה הלוואה. בסמוך לאחר המכר, יצא הארמני לחו"ל ולא שב, שכן הוא נפטר שם בשנת 1966... התמורה... לא הוחזרה מעולם לנתבעת 5 ולבעלה הנתבע 1. הנתבעים מחזיקים בנכס ברציפות מאז שנת 1966 ונוהגים בו מנהג בעלים. לטענת הנתבעים, העברת הבעלות בנכס לתובע (הרשקוביץ – ח"מ) או לגוטסמן, נעשתה על יסוד תצהירים כוזבים, לפיהם המוכר הארמני היה הבעלים והמחזיק של הנכס. התובע וגוטסמן או מי מהם רכשו את הנכס בידיעה, שהנכס נמכר ושייך לנתבעים ומוחזק על ידם או תוך התעלמות מכך. גוטסמן מעולם לא דרשו לקבל לחזקתם את הנכס ו/או דמי שכירות ומעולם לא נהגו בו מנהג בעלים. מכאן טוענים הנתבעים כי הם רכשו את הנכס, או כי התשלום ששילמו לארמני והשקעותיהם בנכס, הם בגדר דמי מפתח, המקנים להם מעמד של דיירים מוגנים בנכס... (ראו: שם, פסקה 3).

8. במסגרת ההליכים בפני בית משפט השלום הנכבד – העותר והוריו ביקשו להסתמך על מסמך בשפה הערבית, שכותרתו היא כותרת: "חוזה-הסכם", והנושא את התאריך 25.07.1966 (להלן: המסמך). העותר והוריו טענו כי הארמני הצהיר במסמך כי הוא סיכם עם הוריו של העותר שהם ישלימו את בניית הנכס, ויתגוררו בו בקביעות, וזאת עד שהארמני יחזיר להם סך של 1,000 דנר, שאותו, לטענתם, הארמני לווה מהם.

יצויין כי במסגרת המשפט העיד מר דוד דוד, ששימש מפקח במנהל מקרקעי ישראל וכמרכז נפת מזרח ירושלים בתקופה הרלבנטית, ובעדותו – בית משפט השלום הנכבד נתן אמון מלא. מר דוד דוד מסר כי העותר והוריו השתלטו על הנכס בשנת 1981, ובהקשר זה הוא העיד, בין השאר, כדלקמן:

"משנת 1981 הבית לא היה מאוכלס... לאט לאט עלי [אביו של העותר – ח"מ] התחיל להשתלט על הבית עם הכנסת הטליות שלו והוא התחיל לשאול אותי מי הבעלים של הקרקע כדי שהוא יוכל לקנות אותו או לשכור אותו ואז

הלכתי לטאבו במיוחד לנושא הזה והוצאתי את הבעלות של הקרקע והגעתי לרישום על שם יהודי בשם גוטסמן, ועשיתי מאמצים כבירים לאתר את האיש ולא מצאתי אותו... עשיתי מאמצים כבירים למצוא את גוטסמן כי רצייתי לעזור לעלי (אביו של העותר – ח"מ) לרכוש או לשכור את הנכס..." (ראו: פסקה 7.2. לפסק הדין; ההדגשה שלי – ח"מ).

9. בתאריך 14.10.2004, לאחר שמיעת ראיות, בית משפט השלום הנכבד (כב' השופט י' מילנוב) קיבל את תביעתו של הרשקוביץ (להלן: פסק הדין). במסגרת פסק הדין נקבע, בין היתר, כי המסמך – איננו מהימן, ואף איננו קביל, וזאת בהסתמך, בין השאר, על חוות דעת של מומחים. עוד נקבע כי טענת העותר והוריו לפיה הם התגוררו בנכס כבר מאז שנת 1966 – נסתרה בראיות (אף כי נקבע שהם התגוררו בנכס לפני שנת 1987 – ראו פסקה 42 להלן). בסיכום הדברים בית משפט השלום הנכבד פסק כי לעותר והוריו: "אין כל זכות בנכס, וכי הם פלשו לנכס שלא כדין וללא כל זכות" (ראו: פסקה 8 לפסק הדין). נוכח האמור, בית משפט השלום הנכבד נתן צו לסילוק ידם של העותר והוריו מהנכס, וכן חייב אותם בדמי שכירות, או דמי שימוש ראויים, ובהוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין. בצד זאת, התביעה לפיצוי בגין עוגמת נפש נדחתה, בין היתר, בשל העדר תשתית ראייתית מספקת.

באותו מועד (14.10.2004) – בית משפט השלום הנכבד, עיכב לבקשת בא-כוח העותר והוריו את צו סילוק היד (בלבד) עד למתן פסק דין בערעור, או עד למתן החלטה אחרת של בית משפט של ערעור.

10. העותר והוריו הגישו ערעור על פסק הדין לבית המשפט המחוזי בירושלים. בתאריך 22.05.2005, במסגרת הליכי הערעור, בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופטים: מ' גל, צ' זילברטל, ו-י' ענבר) נתן תוקף של פסק דין להסכמה שהושגה בין הצדדים, שעיקרה הוא בכך שהרשקוביץ התחייב לא לנקוט בהליכי הוצאה לפועל לפינויים של העותר והוריו מהנכס, וזאת בכפוף לכך שתוך 45 יום העותר והוריו יגישו תביעה בעניין טענתם לבעלות בנכס, וכן כי הם יפקידו כתבי ערבות של שני צדדים שלישיים על סך של 100,000 ש"ח כל אחד, להבטחת פינויים מן הנכס, ככל שתביעתם אכן תדחה.

11. בתאריך 09.11.2006 הוריו של העותר, והם בלבד, הגישו לבית המשפט המחוזי בירושלים תביעה למתן פסק דין הצהרתי, נושא בעלותם הנטענת בנכס (ראו: ת"א (י-ם) 8494/06).

12. בתאריך 07.07.2009 בית המשפט המחוזי הנכבד (כב' השופט י' שפירא) דחה את תביעת הוריו של העותר למתן פסק דין הצהרתי (להלן: פסק הדין השני). במסגרת זו נקבע כי דין תביעת הוריו של העותר להידחות, וזאת, בין היתר, הן לנוכח העובדה שלא הרימו את הנטל שרביץ עליהם לביסוס התובענה, והן מכוח הקביעה כי המסמך שהציגו ועליו נשענו להוכחת טענת הבעלות שלהם הסתבר כמזויף. בצד דחיית התביעה, הוריו של העותר חוייבו בהוצאות משפט, ובשכר-טרחת עורך-דין בסך של 50,000 ש"ח.

13. הוריו של העותר הגישו ערעור על פסק הדין השני לבית משפט זה. בתאריך 31.08.2009, הורתה חברתי, השופטת (כתארה אז) א' חיות, כי הוריו של העותר לא יפוננו מן הנכס עד להכרעה בערעור.

14. בתאריך 16.12.2009 בית משפט זה (כב' השופטים: א' חיות, ע' פוגלמן, י' עמית) דחה את הערעור (ראו: ע"א 6286/09). במסגרת זו נקבע, בין היתר, כי נוכח הממצא לפיו המסמך איננו אותנטי: "נשמט יסוד המסד עליו נשענת תביעת המערערים (הוריו של העותר – ח"מ) לבעלות בנכס ודי בכך על מנת לדחותה" (ראו: שם, בפסקה 5). בצד דחיית הערעור נקבע כי הסעד הזמני בערעור שניתן יותר על כנו למשך תקופה של 120 ימים, וזאת כדי לאפשר להוריו של העותר להיערך לפינויים מן הנכס.

15. ביני לביני, בתאריך 28.10.2007 התקבלה החלטת הממשלה, נושא העתירה שלפנינו, שכותרתה: "היתרי שהייה זמניים לתושבי איו"ש, השוהים במזרח ירושלים תקופה ממושכת ללא אשרה כדין", ואשר מורה, בחלקה הרלבנטי לענייננו, כדלקמן:

"א. שר הפנים לא יעניק רשיון לישיבה בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, לתושב אזור יהודה ושומרון (איו"ש) השוהה בישראל שלא כדין, אשר מבקש רשיון ישיבה בישראל על בסיס טענה כי מרכז חייו היה בירושלים המזרחית, בשטח שהוחל עליו בשנת 1967 שיפוט, המשפט והמינהל של מדינת ישראל (להלן - מזרח ירושלים), עובר לחודש יוני 1967, אף שלא התפקד במפקד 1967 כתושב מזרח ירושלים.

ב. 1) תושב איו"ש הרשום במרשם האוכלוסין באיו"ש והמתגורר, שלא כדין, במזרח ירושלים, ברציפות משנת 1987 ועד ליום הגשת בקשתו בהתאם להחלטה זו, ואשר בניית גדר הבטחון באזור ירושלים, פגעה באופן ממשי במרקם חייו, במובן של מניעה או הכבדה קשה לקיים קשר עם שטחי איו"ש, רשאי שר הפנים לאשר את המשך ישיבתו במזרח ירושלים, עפ"י היתר שהיה זמני שיינתן על ידי מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, בשים לב לנסיבותיו האישיות.

(2) היתר כאמור בסעיף קטן (1) יינתן לאחר ששוכנע שר הפנים, או מי שהוסמך לכך על ידו, על בסיס ראיות אובייקטיביות מהימנות, כי המבקש התגורר ברציפות במזרח ירושלים משנת 1987 ועד ליום הגשת בקשתו, ובהיעדר מניעה פלילית או ביטחונית לאישור הבקשה. היתר זה יתחדש מעת לעת בהתקיימות תנאים אלה.

(3) היתר כאמור יינתן ויחודש גם לילדו הקטין הסמוך על שולחנו של מי שבקשתו אושרה לפי החלטה זו...

ג. אין בהיתר שהיה זמני לפי החלטה זו משום הכרה כלשהי בזכותו של המחזיק בו לשבת בישראל, למעט עפ"י האמור בהיתר, ואין בו כדי להעניק זכויות לפי כל דין בישראל. הערה בענין זה תכלול בהיתר....".  
(ההדגשות שלי – ח"מ).

16. בעקבות החלטת הממשלה – משרד הפנים פירסם הנחיות בנוגע להגשת בקשה להיתר שהייה זמני במזרח ירושלים. בהנחיות אלו נקבע, בין היתר, כי על מי שמגיש בקשה בהתאם להחלטת הממשלה להמציא מסמכים וראיות לכאורה להוכחת מגוריו ברציפות במזרח ירושלים החל משנת 1987 ועד למועד הגשת הבקשה (מש/5).

17. בתאריך 21.01.2008 העותרים הגישו למשיב בקשה לקבלת היתרי שהייה זמניים במזרח ירושלים מכוחה של החלטת הממשלה. בתאריך 16.03.2010, לאחר התכתבות שנוהלה בין הצדדים – העותרים פנו למשיב, תוך שהם צירפו לפנייתם את: פסק דינו של בית משפט השלום הנכבד, תצהיר עדות ראשית מטעם אביו של העותר בהליך האזרחי, וכן מסמכים שונים להוכחת דרישת המגורים במזרח ירושלים (מש/8).

18. בתאריך 12.12.2010 העותרים שבו ופנו למשיב וצירפו לפנייתם, לבקשת המשיב, מסמכים שונים להוכחת זכאותם להיתר שהייה זמני מכוח החלטת הממשלה, וביניהם: חשבונות חשמל ומים; תעודות לימודים של חלק מהעותרים 3-12; אישור על כך שהנכס מצוי במזרח ירושלים במשמעות החלטת הממשלה ותצהיר מטעמו של העותר, במסגרתו הוא מסר כי החל משנת 1987 ועד למועד זה הוא מתגורר בנכס, אשר היה נושא למחלוקת משפטית (אזרחית). העותר מסר עוד כי הוא התגורר בנכס עם הוריו עד לשנת 1990 וכי מאז הוא ממשיך להתגורר שם יחד עם העותרת והעותרים 3-12 (ראו: מש/10, פסקאות 2 ו-10). אעיר כי דברי העותר הנ"ל אינם מתיישבים לכאורה עם דבריו בשימוע שנערך לו בידי המשיב, והנזכרים בפסקה 20 שלהלן, ואשר מהם עולה כי הוא עזב יחד עם יתר בני משפחתו את הנכס בחודש מרץ 2010.

העותרת וההליכים בפנינו

19. בתאריך 27.03.2011 העותרים הגישו את העתירה שבכותרת, כשליצידה בקשה למתן צו ביניים. עוד באותו היום, חברתי, השופטת א' חיות (כתארה אז), הורתה כי עד למתן החלטה אחרת המשיב ימנע מהרחקתם של העותרים מהארץ.

20. בתאריך 23.08.2011, כחלק מטיפול המשיב בבקשתם של העותרים – המשיב ערך לעותרים שימוע, אשר במהלכו העותרים המציאו מסמכים נוספים להוכחת דרישת המגורים. במסגרת השימוע, העותר מסר כי הוא התגורר עם הוריו בנכס לאורך השנים, כאשר בשנת 1988 הוא הוסיף לנכס שני חדרים. העותר מסר עוד כי הוא ויתר בני משפחתו אינם מתגוררים עוד בנכס החל מחודש מרץ 2010, וכי הוא מתגורר כעת בבית חדש, המצוי אף הוא בבית צפאפא. העותרת ציינה כי היא מתגוררת בבית צפאפא מאז נישואיה לעותר, כאשר לדבריה כל ילדיו של העותר נולדו לאחר שנת 1987 (מש/12).

21. בתאריך 06.12.2011 מנהלת לשכת רשות האוכלוסין במזרח ירושלים דחתה את בקשת העותרים לקבלת היתרי שהייה זמניים בהתאם להחלטת הממשלה. בהחלטתה נקבע כי יש לדחות את הבקשה (מבלי להדרש לשאלת הוכחת דרישת המגורים הרציפה, נושא החלטת הממשלה) גם בשל פלישת העותר והוריו לנכס, וכך נאמר על ידה בהקשר זה:

“... בהתאם לפסקי הדין השונים שניתנו, מרשך (העותר – ח"מ), הוריו ואחיו, פלשו לבית בבית צפאפא, למרות היותו כבעלות אחרים והתגוררו בו שלא כדין עד למועד פינויים בשנת 2010... מבלי להידרש לשאלת קיומן או היעדרן של ראיות אובייקטיביות מהימנות למגורים רצופים של מרשך במזרח ירושלים משנת 1987, כנדרש בהתאם לתנאים הקבועים בהחלטת הממשלה, מתן היתר שהייה למי שפלשו לבית במזרח ירושלים והחזיקו בו ללא כל זכות במקרקעין, גם לאחר שניתן נגדם צו לסילוק יד ממקרקעין, ונדחתה תביעתם למתן סעד הצהרתי כי הם בעלי הבית, ועתה טוענים לזכאות מכוח החלטת הממשלה בשל מגורים רצופים באותו בית משך למעלה משני עשורים, אינו עולה בקנה אחד עם תכליתו של ההסדר הקבוע בהחלטת הממשלה. בשל נסיבות אישיות אלה הוחלט לסרב את הבקשה שבנדון...” (ראו: מש/9; ההדגשה שלי – ח"מ).

22. בתאריך 19.12.2011 בא-כוח המשיב הגיש את תגובתו המקדמית לעתירה, ובה טען כי דין העתירה להידחות, בהעדר עילה להתערבות שיפוטית בהחלטת המשיב. לשיטת בא-כוח המשיב, החלטת הממשלה נועדה ליתן מענה זמני לתושבי האזור, הרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, אשר בנו את ביתם בירושלים, והתגוררו בו ברציפות מאז שנת 1987, הגם שלא היו בידיהם היתרי שהייה בישראל, ואשר הקמת

גדר הביטחון באזור ירושלים פגעה באופן ממשי במרקם חייהם, במובן של מניעה, או הכבדה קשה לקיים קשר עם שטחי האזור. בא-כוח המשיב טען כי קבלת היתר שהייה זמני מכוח החלטת הממשלה איננה בגדר זכות קנויה. לשיטת בא-כוח המשיב, החלטת הממשלה קובעת רשימת תנאי סף מצטברים, אשר עמידה בהם היא אמנם תנאי הכרחי לקבלת היתר זמני, אולם היא איננה תנאי מספיק, ולפיכך גם אם התנאים שנקבעו בהחלטת הממשלה התקיימו במלואם, עדיין נותר בידי שר הפנים שיקול דעת האם יש ליתן היתר שהייה זמני, וזאת בשים לב לנסיבותיו האישיות של המבקש.

23. בא-כוח המשיב טען עוד כי בקשתו של העותר איננה עולה בקנה אחד עם תכליתו של ההסדר הקבוע בהחלטת הממשלה, בהיותה נסמכת כל כולה על מגורים בנכס, אליו, כך נטען, העותר והוריו פלשו, לפני שנת 1987, והחזיקו בו מכוח חוזה יד משך למעלה משני עשורים, וזאת, לשיטתו, ללא זכות קניינית כלשהי, וגם לאחר שניתן נגדם בשנת 2004 צו שיפוטי לסילוק יד מהנכס במסגרת פסק הדין – עד לפינויים ממנו בשנת 2010. לשיטת בא-כוח המשיב, די בנסיבות אלו כדי להצדיק, במקרה דנן, את דחיית בקשתם של העותרים למתן היתר שהייה זמני לפי החלטת הממשלה.

24. בתאריך 14.01.2013 התקיים בפנינו דיון בעתירה.

במסגרת הדיון, בא-כוח העותרים טען כי מתקיימים בעותרים התנאים שנקבעו בהחלטת הממשלה, ולמיטב הבנתו – כל מי שעמד בדרישות אלו נענה, ולפיכך החלטת המשיב בעניינם של העותרים לא היתה סבירה ומידתית. עוד נטען כי העותר והוריו שילמו בדיעבד דמי שימוש ראויים עבור תקופת השימוש בנכס, והם אף חוייבו בהוצאות משפט, והדבר, כך נטען, מרפא את הפגם שנפל בהתנהלותם, ככל שהיה כזה.

בא-כוח המשיבים טען, מנגד, כי נסיבותיהם האישיות של העותרים – אינן מצדיקות מתן היתר שהייה זמני לפי החלטת הממשלה.

בסיום הדיון, ולאחר שהתעוררו במכלול שאלות הבהרה בעיקר בהתייחס לפלישה הנטענת, הורינו כי בא-כוח המשיב ימציא את עמדתו בעניין עובר לדיון נוסף שייקבע, וכן את פסקי הדין בהם נדון ענינו של העותר בהתייחס לפלישה הנטענת, וכי בא-כוח-העותרים יוכל להגיב על כך.

25. בתאריך 15.03.2013 בא-כוח המשיב הגיש הודעה משלימה מטעמו, בהתאם להחלטתנו מתאריך 14.01.2013 ובגידרה הוא פירט אודות ההליכים האזרחיים, נושא



הנכס, וחזר וטען כי הכרה בזכאות להיתרי שהייה זמניים במזרח ירושלים לעותרים איננה עולה, בנסיבות העניין, בקנה אחד עם תכליתה של החלטת הממשלה. בהקשר זה הוא אף גרס כי הקביעות העובדתיות בהליכים האזרחיים הם בבחינת ממצא עובדתי חלוט, המלמד על התנהלותם הפסולה, כך נטען, של העותר והוריו, שעל יסודה הם מבקשים כעת לבסס זכאות מכוח החלטת הממשלה.

בא-כוח המשיב הוסיף כי ביני לביני גם ניתן פסק דין ב-בג"ץ 9366/10 טורחי נ' מדינת ישראל (29.01.2012) (להלן: עניין טורחי), שקבע כי הסמכות העניינית לדון בעתירות כנגד החלטות בבקשות מכוח החלטת הממשלה נתונה גם לבית המשפט לעניינים מנהליים. בא-כוח המשיב ציין כי למרות זאת, בשים לב לשאלה המצויה במוקד העתירה, שאיננה עובדתית-ראייתית בעיקרה, הרי שאין מקום למחיקת העתירה בשל סעד חלופי, שהרי העתירה הוגשה כ-10 חודשים לפני מתן פסק הדין ב-עניין טורחי.

26. בתאריך 21.03.2013, לאחר קבלת ההודעה המשלימה מטעם המשיב – התקיים דיון המשך בעתירה. במסגרת הדיון, בא-כוח העותרים טען, בין היתר, שוב כי הסכסוך האזרחי, נושא הנכס, איננו רלבנטי לצורך מתן היתר שהייה זמני לפי החלטת הממשלה. בא-כוח המשיבים, חזר, מנגד, על עמדתו כי נסיבותיהם האישיות של העותרים אינן מצדיקות להעניק להם היתרי שהייה זמניים. במסגרת הדיון הקשינו בשאלות נוספות, ובפרט ביחס להסדר שמכוח החלטת הממשלה, לרבות השאלה האם גם במקרים אחרים המשיב מבחין בין מגורים שלא כדין מכוח פלישה לבין מגורים שלא כדין מכוח שהייה בלא היתר. לבסוף הורינו כי בא-כוח המשיב יתייחס לשאלות שהועלו בדיון, וכי בא-כוח העותרים יוכל להגיב על כך.

27. בתאריך 29.05.2013 המשיב הגיש הודעה משלימה מטעמו, ובה מסר כי לאחר בדיקת כלל הבקשות לקבלת היתרי שהייה במזרח ירושלים לפי החלטת הממשלה, שאושרו עד למועד זה, עולה כי החל ממועד מתן החלטת הממשלה – לא אושרה בקשה להיתר שהייה מכוחה, מקום שמגורים אלו נעשו ללא כל זכות במקרקעין בהם המבקש התגורר בתקופה הנדרשת. עם זאת המשיב הבהיר כי אין מדובר במדיניות גורפת, באשר כל בקשה נבחנת לפי נסיבותיה. בא-כוח המשיב עדכן עוד כי בעקבות הערותינו בדיון, עניינם של העותרים הובא לבחינה פעם נוספת בפני מנהלת לשכת רשות האוכלוסין במזרח ירושלים, אשר בתאריך 26.05.2013, חזרה והחליטה שלא לאשר את בקשתם, וזאת, בין היתר, נוכח התנהלותם, נושא הפלישה לנכס (ראו: מ/ש/14).

28. בתאריך 15.07.2013, לאחר ששבנו ועיינו במכלול החומר, איפשרנו לבא-כוח העותרים להמציא לבא-כוח המשיב ראיות נוספות, שיש בהן כדי לשכנע כי העותרים התגוררו בנכס ברציפות מאז שנת 1987 ועד ליום הגשת הבקשה, כנדרש בהחלטת הממשלה. עוד קבענו כי לאחר שבא-כוח המשיב יבדוק את החומר שיומצא לידי, תוגש הודעה מעדכנת, וכי בא-כוח העותרים יוכל להגיב עליה.

29. בתאריך 15.08.2014 לאחר שהעותרים הגישו מסמכים נוספים, אשר נבדקו בידי המשיב – בא-כוח המשיב עידכן כי המסמכים הנוספים הנ"ל, כשהם עומדים במנותק מפסקי הדין האזרחיים בעניינו של העותר – אינם מוכיחים ברמה הראייתית הנדרשת את מגוריהם הרצופים של העותרים, ובפרט של העותר, במזרח ירושלים מאז שנת 1987, כנדרש על פי החלטת הממשלה.

30. בתאריך 30.03.2015 התקיים דיון המשך בעתירה, במסגרתו בא-כוח המשיב ציין כי המשיב, אשר חזר ובחן את עניינם של העותרים, עומד על עמדתו. בסיום הדיון, הורינו על מתן צו על תנאי, כמפורט בפסקה 1 שלעיל.

31. בתאריך 22.09.2015 המשיב הגיש את תשובתו לצו על תנאי. במסגרת זו, בא-כוח המשיב מסר, בין היתר, כי בכלל הבקשות למתן היתר שהייה זמני מכוח החלטת הממשלה, שאושרו עד למועד התשובה הובאו ראיות מטעם המבקשים להיותם בעלי זכות קניינית להתגורר כדין בנכס בו הם מתגוררים במזרח ירושלים מאז שנת 1987. בא-כוח המשיב גם עדכן כי בתאריך 09.06.2013 הוגש כנגד העותר, ונאשם נוסף, כתב אישום לבית משפט השלום בירושלים ובו הוא הואשם בתקיפת פקח של עיריית ירושלים בשנת 2013 (ראו: ת"פ 55485-12-13). בהקשר זה יש לציין כי בתאריך 12.01.2016, העותר, והנאשם הנוסף, הודו במיוחס להם בכתב אישום מתוקן, במסגרת הסדר טיעון, בעבירה של הפרעה לעובד ציבור, והושת עליהם, ללא הרשעה, עונש של התחייבות שלא לבצע את העבירה, נשוא כתב האישום – למשך שנתיים (ראו: פסקה 35 לכתב התשובה מטעם המשיבה מתאריך 22.09.2015).

32. בתאריך 21.12.2015 התקיים בפנינו דיון בהתנגדות לצו על תנאי ובו באי-כוח הצדדים חזרו על עיקרי טענותיהם. בא-כוח המשיב מסר בדיון כי מתוך 850 בקשות להיתר שהייה זמני לפי החלטת הממשלה – המשיב אישר 168 בקשות, כאשר מתוך הבקשות, שנדחו – 19 בקשות סורבו בשל מניעה בטחונית, או פלילית, ו-2 בקשות סורבו בשל ביגמיה (הוצהר עוד כי שאר מרבית הבקשות סורבו בשל אי התמלאות

התנאים הקבועים בהחלטת הממשלה). הנה כי כן, המשיב לא הצליח להראות כי דחה בקשות שעמדו בתנאי החלטת הממשלה מכוח שיקול דעתו הכללי, בנסיבות אחרות מאלו שנמנו לעיל והכוללות: מניעה ביטחונית, או פלילית, או בשל ביגמיה, שאף היא עבירה פלילית.

לאחר סקירת השתלשלות העניינים אציג עתה את טענות הצדדים.

#### טענות הצדדים

33. לטענת בא-כוח העותרים, יש לפרש את הביטוי: "והמתגורר, שלא כדין", המופיע בהחלטת הממשלה, כחל, בין השאר, על מבקש היתר שהייה זמני, שנעדר זכות במקרקעין בהם הוא מתגורר. בנוסף, לשיטת בא-כוח העותרים, יש ליתן לביטוי: "בשים לב לנסיבותיו האישיות" המופיע גם הוא בהחלטת הממשלה פירוש מצמצם, לפיו המשיב רשאי לשקול במסגרת זו אך ורק נסיבות אישיות המסייעות למבקש היתר שהייה הזמני. לגישתו, יש לפרש את החלטת הממשלה כנגד המנסח, וכי קיומו של ספק בפרשנותו של ביטוי זה, ככל שקיים, אמור לפעול, בנסיבות העניין, לטובת העותרים.

34. בא-כוח העותרים טוען עוד כי העותרים עומדים בדרישות הקבועות בהחלטת הממשלה. לטענתו, קיומו של סכסוך אזרחי בעניין הנכס, במסגרתו הוריו של העותר ו-העותר, חויבו בדמי שימוש ראויים ובהוצאות משפט, ואשר את קיומו הם גילו במסגרת בקשתם להיתר שהייה זמני – איננו מהווה שיקול רלבנטי לעניין מילוי הדרישות הכלולות בהחלטת הממשלה. לשיטת בא-כוח העותרים, למעט העותר – יתר העותרים כלל לא היו צד להליכים מושא הנכס, ואין זה צודק כי יגרם להם נזק, כתוצאה מהתנהלות קרוביהם. זאת ועוד – יש להתחשב בשותם הממושכת של העותרים 3-12 במזרח ירושלים, ומאידך גיסא יש לייחס את ההתנהלות הפסולה בעניין הנכס, ככל שישנה כזו, לאביו של העותר, ולו בלבד.

35. בא-כוח המשיב טוען, מנגד, כי דין העתירה להידחות, וכי דין הצו על תנאי שהוצא – להתבטל, בהעדר עילה להתערבות בשיקול דעתו של המשיב. לטענת בא-כוח המשיב, תכליתו של ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה איננו מתן היתרי שהייה זמניים למי שפלש למקרקעין בירושלים ללא זכות קניינית כלשהי, והחזיק בהם בחוזק יד במשך למעלה משני עשורים, ומצא לנכון להתפנות ממנו רק לאחר שניתן פסק דין בבית משפט זה, שדחה את הערעור. לשיטת בא-כוח המשיב, החלטת הממשלה קובעת,

לפנים משורת הדין, מענה זמני, למי שעמדו בתנאיה, וזאת בכפוף לשיקול דעתו הרחב של שר הפנים, ובשים לב, בין היתר, לנסיבותיו האישיות של המבקש. בא-כוח המשיב טוען כי פרשנותו של הביטוי: "שלא כדין", נושא החלטת הממשלה, איננה עוסקת בדרישה למגורים ממושכים ללא זכות במקרקעין בהם המבקש גר בתקופה הנדרשת, אלא במגורים ללא היתר שהייה כדין בישראל. בא-כוח המשיב מוסיף וטוען כי הביטוי: "נסיבותיו האישיות", אשר נוסף במכוון להחלטת הממשלה, נועד לעגן את העיקרון לפיו לא כל מבקש, אשר הציג, לכאורה, ראיות אובייקטיביות למגוריו במזרח ירושלים מאז שנת 1987, יהיה זכאי אוטומטית להיתר שהייה זמני.

36. לטענת בא-כוח המשיב, המסמכים שהעותרים המציאו, כשבוחרים אותם במנותק מפסקי הדין האזרחיים בעניינם, אינם מוכיחים ברמה הראייתית הנדרשת את מגוריהם הרצופים במזרח ירושלים מאז שנת 1987 ועד למועד הגשת הבקשה. לשיטת בא-כוח המשיב, גם בהנחה כי דרישת המגורים הנ"ל אכן מתקיימת בעניינם של העותרים, הרי שדין העתירה להידחות בשל נסיבותיו האישיות של העותר, אשר יחד עם הוריו ושניים מאחיו – החזיקו בנכס בחוזק יד במשך למעלה משני עשורים, על אף שניתן נגדם צו שיפוטי לסילוק יד כבר בשנת 2004. לטענת המשיב, בנסיבות אלו, מתן היתר שהייה זמני לעותרים מכוח החלטת הממשלה מנוגד לתכליתה של החלטת הממשלה, ולאינטרס הציבורי, והדבר עלול להביא למצב בו חוטא יצא נשכר. בא-כוח המשיב מוסיף כי עניינם של יתר העותרים תלוי כל כולו בענייניו של העותר, שהרי אין באפשרותם של יתר העותרים להיתלות בעותר לצורך הזכאות למתן היתר שהייה זמני, אך בו בזמן להתנער מנסיבותיו האישיות, נושא פלישתם של העותר והוריו לנכס, כשהדבר פועל לחובתם.

לאחר הצגת טענות הצדדים אעבור עתה לליבון הדברים.

דיון והכרעה

37. לאחר עיון בעתירה, במסמכים שצורפו לה, שמיעת טיעוני באי-כוח הצדדים בדיונים שהתקיימו בעתירה, וקבלת השלמות מטעמם, הגעתי לכלל מסקנה כי דין העתירה – להתקבל, וכך אציע לחברתי ולחברי שנעשה.

אביא את הנימוקים למסקנה זו מיד בסמוך.

38. סוגיית תושבי האזור המתגוררים שנים רבות במזרח ירושלים, שלא כדין, נדונה על ידי הדרג המדיני, בשלבים שונים. בשלב ראשון, בשנת 1998 הותווה הסדר, אשר תמציתו היתה כי אדם אשר יוכיח מגורים ברציפות בירושלים לכל המאוחר מתאריך 31.12.1972, יוכל לקבל היתר שהייה זמני (ראו: בג"ץ 10219/08 שקיר ואח' נ' מדינת ישראל (12.06.2011); סעיף 2 לחוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), תשס"ג-2003).

כאמור בשנת 28.10.2007 נתקבלה החלטת הממשלה. החלטת הממשלה נועדה ליתן מענה לתושבי האזור, הרשומים במרשם האוכלוסין הפלסטיני, ומתגוררים שלא כדין במזרח ירושלים משנת 1987, ואשר בניית גדר הביטחון באזור ירושלים פגעה באופן ממשי במרקם חייהם – להמשיך ולשהות במזרח ירושלים על פי היתר שהייה זמני, שיינתן על ידי מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון, וזאת בהתאם לתנאים המנויים בה (ראו: בג"ץ 8595/09 אלקונבר ואח' נ' משרד הפנים (17.12.2009)). ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה, מתמזה לפי לשון החלטת הממשלה, בהענקת היתרי שהייה זמניים. אין מדובר בראשיתו של תהליך, שבסופו עתיד הזכאי לפי הסדר זה לקבל מעמד שונה, אלא מדובר בהיתרי שהייה שאינם "משודרגים" בסופו של הליך למעמד אחר כל עוד הוראות השעה בתוקף (ראו: עניין סורחי, פסקה 8).

39. החלטת הממשלה משקפת את הצורך בפתרון הומניטרי למתגוררים בפועל במזרח ירושלים במשך שנים ארוכות, גם אם שלא כדין (ראו: "הודעת מזכיר הממשלה בתום ישיבת הממשלה מתאריך 28.10.2007", סעיף ה.4).

החלטת הממשלה קובעת, כאמור, רשימה של תנאים, אשר בהתקיימם – שר הפנים רשאי להעניק לתושב האזור היתר שהייה זמני. במסגרת זו המבקש נדרש להראות, בין היתר, על בסיס ראיות אובייקטיביות מהימנות, כי הוא מתגורר, שלא כדין, בשטח המוניציפאלי של מזרח ירושלים ברציפות מאז שנת 1987 וכן עליו להראות כי בניית גדר הפרדה פגעה באופן ממשי במרקם חייו, מאחר שנפגעה יכולתו לקיים קשר עם שטחי האזור (ראו: עניין סורחי). הראיות המינהליות המוגשות למשיב בהתאם להחלטת הממשלה צריכות לעמוד במבחן של מהימנות, ולהניח תשתית לתמיכה בטענותיו של המבקש (ראו: בג"ץ 81/09 רדאידה ואח' נ' מנהלת קו התפר (21.09.2011)).

40. בעתירה שלפנינו מתבקשת ביקורת שיפוטית על שיקול דעתו של המשיב לעניין היתרי שהייה מכוח החלטת הממשלה. תפקידו של בית המשפט, בהקשר זה מתמקד בבחינת תקינות המעשה המינהלי, תוך הקפדה שהסמכות הופעלה על-ידי הרשות בגדרי סמכותה, משיקולים ענייניים, במידתיות ובתוך מתחם הסבירות (השוו: ע"מ 9018/04 מונא נ' משרד הפנים (12.09.2005)).

סמכותה של הרשות נקבעת על פי הדין השייך לעניין, אשר קובע את מסגרת סמכותה של הרשות, ואת מתחם שיקול דעתה (ראו: בג"ץ 164/97 קונטרס בע"מ נ' משרד האוצר, אגף המכס והמע"מ ואח', פ"ד נב(1) 289, 391 (1998) (להלן: עניין קונטרס); בג"ץ 2887/04 אבו מדיגס נ' מינהל מקרקעי ישראל (15.04.2007)). בפסיקתנו נקבע כי היקף שיקול דעתו של שר הפנים בנושא כניסתם של זרים לישראל, והשתקעותם בה הוא רחב (ראו: בג"ץ 4156/01 דימיטרוב נ' משרד הפנים, פ"ד נו(6) 289, 293 (2002); בג"ץ 1905/03 עכל נ' מדינת ישראל (05.12.2010) (להלן: עניין עכל)). בצד זאת, על החלטתו של משרד הפנים לעמוד בעילות הביקורת המקובלות במשפט המינהלי, דהיינו על החלטתו של משרד הפנים להתבסס על תשתית עובדתית ראויה, להישען על כלל השיקולים הרלבנטיים, ועליהם בלבד, ולהיקבע במידתיות תוך איזון ראוי ביניהם במסגרת מתחם הסבירות (השוו: בג"ץ 4380/11 פלונית נ' מדינת ישראל – שר הפנים, פסקה 5 (26.03.2017)). בפסיקתנו נקבע בהקשר למהות הביקורת השיפוטית בעניינים כגון אלו כדלקמן:

“לשר הפנים מוקנה, אם כן, שיקול דעת רחב בנושא כניסתם של זרים לישראל והשתקעותם בה... בצד האמור יש לזכור, כי שיקול דעת זה נתון לביקורתו של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת, במסגרת עילות הביקורת “הרגילות” שחלות על הפעלת כל שיקול דעת מנהלי. על שר הפנים להפעיל, אם כן, את שיקול דעתו בתום לב, על יסוד שיקולים ענייניים, בשוויון, במידתיות ובסבירות... משמעותה של הפעלת ביקורת שיפוטית איננה המרת שיקול דעתה של הרשות בשיקול דעתו של בית המשפט, ואף לא בחינה של השאלה אם ניתן היה לקבל החלטה נכונה יותר מזו שנתקבלה על-ידי הרשות. הביקורת השיפוטית מתמצה בשאלה אם שיקול הדעת הופעל בהתאם לכללי המשפט המנהלי...” (ראו: עניין עכל, בפסקה 11).

41. העתירה שלפנינו מעלה צורך בהכרעה בטענות פרשניות שונות לגבי רכיבים שונים בהחלטת הממשלה. פרשנותה של החלטת הממשלה תיעשה באמצעות גישת הפרשנות התכליתית, שהיא הדוקטרינה הפרשנית הרווחת בשיטתנו (ראו: אהרן ברק

פרשנות במשפט (כרך שני) 79-84 (1993) (להלן: ברק); ע"מ 9094/07 סנצ'ס נ' משרד הפנים (04.03.2013) (להלן: עניין סנצ'ס)).

בענייננו, נקודת המוצא לדיון, כבכל טקסט משפטי אחר, היא לשונה של החלטת הממשלה, אשר מהווה את המסגרת שבגבולותיה נעשית מלאכת הפרשנות (ראו: ע"מ 5718/09 מדינת ישראל נ' סרור (27.04.2011) (להלן: עניין סרור); עניין סנצ'ס; בג"ץ 2944/10 קוריצקי נ' בית הדין הארצי לעבודה (13.10.2015)). על הפרשן לחלץ בהקשר זה את המשמעויות שיש להן עיגון לשוני בטקסט. הנה כי כן באשר להחלטת הממשלה יש ליתן למילותיו של הטקסט המשפטי את אותן משמעויות המצויות ב"מתחם האפשרויות הלשוניות", דהיינו כאלו שהמילים יכולות "לשאת" מן הבחינה הלשונית. אם לאחר שלב זה נותרת יותר ממשמעות אפשרית אחת, על בית המשפט לבחור את הפרשנות המגשימה את תכליתה של החלטת הממשלה (ראו: בר"מ 6372/15 זרביב נ' מדינת ישראל (16.01.2017); עיינו: ברק, בעמ' 201-204, 249-251).

42. נוכח העקרונות הנ"ל – אעבור עתה לבחינת פרשנותם של התנאים המנויים בהחלטת הממשלה, ושאלת התקיימותם של תנאים אלו בנסיבות המקרה דנן. בפתח הניתוח אציין כי חרף הספקות שהמשיב מוצא במסמכים השונים שהעותרים הגישו, הרי שבשים לב לקביעתו השיפוטית של בית משפט השלום הנכבד (שהפכה ברבות ההליכים לחלוטה), לפיה העותר והוריו התגוררו בנכס לפני שנת 1987 (ראו: פסקה 7.2 לפסק הדין; פסקה 17 לפסק הדין השני), הרי שאצא מתוך נקודת הנחה כי דרישה זו מתקיימת, בנסיבות, ואעבור לניתוח שאר התנאים הנדרשים.

43. דרישת המגורים – משמעותה של דרישת המגורים, נושא החלטת הממשלה, לא זכתה עד כה לדיון בפסיקתנו (לדיון בדרישת המגורים, בהקשרים אחרים, ראו: בג"ץ 4/51 שוואלב נ' רשיש ואח', פ"ד ה' 207, 215 (1951); בג"ץ 192/85 חורי נ' עאסי, פ"ד מ(2) 463, 466 (1986); ע"א 4127/95 זלקינד נ' בית זית, פ"ד נב(2) 306, 314-322 (1998)). בענייננו, בית משפט השלום הנכבד קבע, כזכור, כי העותר והוריו פלשו לנכס, וזאת ללא שהיתה להם כל זכות בו (ראו: פסקה 8 לפסק הדין; פסקאות 14 ו-18 לפסק הדין השני). בהמשך, בית המשפט המחוזי הנכבד דחה את תביעת הוריו של העותר למתן פסק דין הצהרתי לעניין בעלותם הנטענת בנכס, וערעור על פסק הדין לבית משפט זה – נדחה. לפיכך, וחרף טענות העותרים בעתירה בנושא זה – ניתן לקבוע כי פלישת העותר והוריו לנכס מהווה את נקודת המוצא העובדתית לענייננו, וממנה נפנה לבדיקת התקיימותם של תנאי החלטת הממשלה.

44. התקיימותה של דרישת המגורים, נושא החלטת הממשלה, במקרה דנן, מעוררת שתי שאלות:

ראשית, האם דרישת המגורים מתקיימת במקרה בו מבקש החלטת הממשלה התגורר במזרח ירושלים במקרקעין בהם אין לו זכות קניינית, או מעין-קניינית.

שנית, האם דרישה זו מתקיימת גם במקרה בו מבקש היתר השהייה מכוח החלטת הממשלה פלש למקרקעין במזרח ירושלים.

45. החלטת הממשלה קובעת, בין היתר, כי על מבקש ההיתר להראות שמתקיים בו התנאי שמוצג שם כך:

“המתגורר, שלא כדון, במזרח ירושלים...” (ההדגשה שלי – ח”מ).

לשיטתי, הן הפרשנות הנטענת בידי העותרים, לפיה דרישת המגורים, נושא החלטת הממשלה, מתקיימת גם במקום בו אין למבקש היתר השהייה הזמני – זכות קניינית, או מעין קניינית במקרקעין במזרח ירושלים, והן הפרשנות הנטענת בידי המשיב, לפיה כדי לעמוד בדרישת המגורים הנ”ל – המבקש נדרש להראות כי היתה לו זכות קניינית, או מעין קניינית במקרקעין – נכללות במסגרת מתחם החלופות הלשוניות האפשריות. לפיכך יש לבחון איזו מבין פרשנויות אלו הולמת יותר את תכליתה של החלטת הממשלה. אוסיף פה כי לגישתי, ונוכח היסוד ההומניטרי, העומד ביסוד החלטת הממשלה, ספק פרשני צריך, בנסיבות, לפעול לטובת העותרים ולרעת המנסח (השוו: עניין סנצ’ז, פסקה 17 לחוות דעתי).

נוכח התיקון הלשוני – יש לעבור איפוא עתה לבחינת תכליותיו של ההסדר, (וכך נאמר גם על ידי המשיב בסירובו – מש/19), ולעניין זה אפנה מיד בסמוך.

46. תכליתה של החלטת הממשלה הינה מתן היתר שהייה זמני למי ש”בניית גדר הבטחון באזור ירושלים, פגעה באופן ממשי במרקם חייו, במובן של מניעה או הכבדה קשה לקיים קשר עם שטחי איו”ש”, וזאת הגם שהמבקש התגורר במזרח ירושלים שלא כדון. נוכח תכלית זו, אשר איננה ממוקדת בהגנה על הקניין הפרטי, אלא במתן היתר שהייה זמני למי שהתגורר בפועל במזרח ירושלים, בתקופה הקבועה בהחלטת הממשלה, ועמד ביתר תנאיה – סבורני כי אין הצדקה לדרוש מהמבקש להראות כי יש לו זכויות



קנייניות, או מעין-קנייניות במקרקעין בהן הוא שהה בתקופה הנדרשת בהחלטת הממשלה. משכך, לגישתי, דרישת המגורים, נושא החלטת הממשלה, היתה עשויה להתקיים, למשל, גם במגורים על דרך של בר רשות, או בשהייה כמערה, או בגן ציבורי כלשהו, המצויים במזרח ירושלים (עיינו גם: עת"מ (י-ם) 834/06 שקיראת ואח' נ' שר הפנים (17.09.2009)).

47. ב-ע"מ 3911/05 חוה נ' מועצה מקומית אזור (23.10.2006) (להלן: עניין חוה) נדונה, בין היתר, השאלה האם ניתן לראות במי שמתגורר בתחום מועצה מקומית, בבית שבו לא מוקנית לו זכות קניינית כלשהי, כמי שפסול מלכהן חבר מועצה, שכן: "מקום מגוריו הקבוע שוב אינו בתחום המועצה", כנדרש לפי סעיף 101(1) לצו המועצות המקומיות (א) התשי"א-1950 (להלן: הצו). ב-עניין חוה, חברי, השופט (כתוארו אז) א' גרוניס, קבע בדעת מיעוט (לעניין התוצאה), כי "מקום מגורים קבוע", נושא הצו, איננו דורש בהכרח חזקה במקרקעין באותו מקום, וכך נאמר על ידו שם:

"... התנאי שבסעיף 101(א) לצו מדבר על מקום מגורים קבוע. אין הוא מדבר כלל על בעלות במקרקעין בתחומי הרשות המקומית ואף לא על חזקה במקרקעין. בהחלט יתכן שמקום מגוריו הקבוע של אדם יהיה במקום מסוים, אף אם אינו בעל זכויות כלשהן במקרקעין באותו המקום. כך למשל, מקום מגוריו הקבוע של אדם בגיר המתגורר עם הוריו בדירתם, ייחשב כנמצא בתחומי אותו יישוב, אף אם אין הוא חייב בתשלום ארנונה ואף אם אין לו זכות כלשהי במקרקעין. ניתן אף להרחיק לכת ולקחת דוגמה של אדם חסר בית (Homeless), המוצא מחסה מדי ערב ברחוב או בגינה כלשהי בתחומה של עיר. אף אם מקום המחסה של אותו אדם משתנה מדי יום ובלבד שהוא נמצא בתחומי אותה רשות מקומית, יש לומר שמקום מגוריו הקבוע הינו בתחומה של אותה רשות...". (שם, בפסקה 4 – ההדגשות שלי – ח"מ; השקפה שונה הביע השופט (כתוארו אז) ס' ג'ובראן שם (בדעת הרוב לעניין התוצאה), ואילו השופטת ע' ארבל (שהצטרפה לדעת הרוב לעניין התוצאה) הוסיפה למרכיב המגורים הנדרש בצו תנאי נורמטיבי של מגורים כדין, עליו אעמוד בפסקה הבאה).

בנסיבות אלו, סבורני כי דרישת המגורים מתקיימת במקרה דנן, וזאת חרף העובדה כי לעותר אין ולא היתה על פי הקביעות השיפוטיות בהליכים האזרחיים הנ"ל זכות קניינית, או מעין-קניינית בנכס.

48. שאלה נוספת המתעוררת בענייננו היא האם ראוי לקרוא לתוך לשונה של החלטת הממשלה רכיב נורמטיבי לפיו דרישת המגורים לא תתקיים במקום בו מבקש

היתר שהייתה זמני פלש למקרקעין. בהקשר זה, ב-עניין חוה, חברתי, השופטת ע' ארבל, קבעה ביחס לביטוי: "מקום מגורים קבוע", נושא הצו שם, כדלקמן:

"התנאי בסעיף 101(1) לצו מדבר על מקום מגורים קבוע, ואין הוא מדבר על בעלות במקרקעין בתחום הרשות ואף לא על חזקה במקרקעין... עם זאת, לטעמי בית המשפט אינו יכול להתעלם מ"נסיבות המגורים" ומדרכו הפתלתלה של המערער בניסיונו להציג מקום מגורים קבוע בתחום הרשות... בנסיבות עניין זה אין תנאי "מקום המגורים הקבוע" מתמלא כדין... יש לפרש את הוראת סעיף 101(1) אף היא כמכילה רכיב נורמטיבי, ולקבוע כי מקום המגורים הקבוע הנדרש מחבר מועצה מכהן הינו מקום מגורים קבוע כדין... לפיכך, גם במסגרת הדרישה למקום מגורים קבוע בתחומי המועצה, יש לדרוש מחבר המועצה לעמוד בסטנדרטים הראויים לאדם המכהן בתפקיד מעין זה כשליח ציבור... על נבחר הציבור להתגורר במקום מגורים של קבע וכי המגורים הם כדין. מגורים של פלישה, ומגורים במסגרת תכנית בנין עיר שלא אושרה אינם מגורים כדין... כך גם אדם שאינו מתגורר כדין בתחומי המועצה. כלום יעלה על הדעת שאדם אשר פלש לבית לא לו וקבע שם את משכנו יוכל להיחשב כגר במקום באופן קבוע ולפיכך יוכל לשמש כחבר המועצה באותו אזור מגורים? התשובה בעיני הינה חד משמעית..." (ראו: שם, פסקאות 5-10; ההדגשות שלי – ח"מ; עיינו גם בפסקה 24 לחוות דעתו של השופט ג'ובראן).

49. בענייננו, בשים לב לתכליתה של החלטת הממשלה, עליה עמדתי לעיל, ובשונה מתכליתו של הצו, נושא הדיון ב-עניין חוה הנ"ל, והסוגיה שנתבררה שם – סבורני כי אין הצדקה לדרוש פה ממי שמבקש היתר שהייתה זמני מכוח החלטת הממשלה: "עמידה באמות מידה גבוהות מהרגיל", ו"רמה מוסרית גבוהה" (ראו: עניין חוה, פסקה 6), כפי שראוי לתבוע מאדם המבקש לכהן כשליח ציבור. במקרה שלפנינו התנאי המוקדם הקבוע בהחלטת הממשלה דורש לכאורה דווקא את ההפך – שמבקש ההיתר יראה כי התגורר שלא כדין במזרח ירושלים. ממילא אני בדעה כי דרישת המגורים, נושא החלטת הממשלה, מתקיימת אף במקרה דנן – בו העותר התגורר בנכס בפועל (אפילו עשה כן תוך ביצוע פלישה לנכס).

50. במאמר מוסגר אוסיף גם אם הייתי מוכן להניח כטענת המשיב, וכאמור אינני סבור כן, כי החלטת הממשלה מציבה סטנדרט מוסרי לפיו פלישה למקרקעין מהווה תנאי מספיק לשלילת האפשרות לקיים את דרישת המגורים מכוחה – מסופקני האם, בנסיבות העניין, די בפגם שנפל במעשי העותר, כדי לשלול, כשלעצמו, את האפשרות לקבלת היתר שהייתה לפי החלטת הממשלה. בהקשר זה, ניתן ללמוד, בשינויים המחוייבים, מהפרשנות המצמצמת יחסית שניתנה במשפט האמריקני לתנאי של

“אישיות מוסרית טובה” (good moral character), הנדרש, בין היתר, לצורך מתן אזרחות (naturalization) לפי החקיקה הרלבנטית שם (ראו: (C.F.R. § 316.10(b)(3)(iii)). כך, למשל, נקבע בפסיקה האמריקנית כי אי תשלום של חיוב אזרחי בידי מבקש אזרחות – איננו מהווה, כשלעצמו, תנאי מספיק לפסול את התקיימותה של הדרישה ל“אישיות מוסרית טובה” (ראו: *Abuhekal v. United States* (2011) U.S. Dist. LEXIS (70301, Minn. Civil No. 10-4687, 15-16). גם בפסיקה אירופאית מצינו כי פלישה לנכס – איננה כשלעצמה עילה להרחקה של שוהה בלתי חוקי מהמדינה אליה הגיע, ועניין זה אמור להידון רק על פי דיני ההגירה במשפט הציבורי, או במסגרת הליך פלילי (עיינו: פסק הדין של ה- Conseil d'État בבלגיה מתאריך 23.10.2003 בתיק מס' – A. 142.917 – 14.890).

עניין זה מביא אותנו לבירור נוסף של משמעות התיבה: שלא כדין בתנאי הרלבנטי שבהחלטת הממשלה. על כך בפסיקה הבאה.

51. החלטת הממשלה כוללת, כזכור, את התנאי: “המתגורר, שלא כדין, במזרח ירושלים...”. סבורני כאמור כי אף הביטוי “שלא כדין”, נושא החלטתה הממשלה, יכול להכיל הן את הפרשנות הנטענת בידי העותרים, לפיה מדובר גם בשהייה ללא זכות במקרקעין כדין, והן את הפרשנות הנטענת על ידי המשיב, לפיה מדובר במגורים ללא היתר שהייה כדין. בצד זאת, בשים לב לתכליתה של החלטת הממשלה והקשר הדברים במכלול, סבורני כי דרישת המגורים שלא כדין, משמעה רק מגורים ללא היתר שהייה כדין (במשפט הציבורי) מבלי להתייחס לזיקה הקניינית. במסקנה זו תומכת לשון הכותרת של החלטת הממשלה, הקוראת כך: “היתרי שהייה זמניים לתושבי איו”ש השוהים במזרח ירושלים תקופה ממושכת ללא אשרה כדין” (ההדגשה שלי – ח”מ). אף האמור ברישא של החלטת הממשלה מלמדת כי היא חלה על שוהים בישראל שלא כדין, ולשונה הוא: “שר הפנים לא יעניק רשיון לישיבה בישראל... לתושב אזור יהודה ושומרון (איו”ש) השוהה בישראל שלא כדין” (ראו: שם, סעיף א’; ההדגשה שלי – ח”מ).

נותר איפוא לברר עדיין מה משמעות הדיבור: בשים לב לנסיבותיו האישיות (של המבקש) בהחלטת הממשלה.

52. “בשים לב לנסיבותיו האישיות” – החלטת הממשלה איננה מפרטת את היקפן וטיבן של הנסיבות האישיות אותן ניתן לשקול במסגרת הפעלת שיקול דעתו לצורך מתן היתר שהייה זמני מכוחה. סבורני כי בשים לב לשיקול הדעת הרחב, המוקנה,



התייחסות לתכלית החקיקה, להקשר הדברים, ולערכי היסוד של השיטה (ראו: ברק-ארו, בעמ' 641-639).

55. במסגרת הביקורת השיפוטית על החלטתה של רשות מינהלית במקרה נתון יש לבדוק, בין היתר, גם את האיזון הפנימי והמשקל שנתנה הרשות לכל אחד מן השיקולים השונים, שנמצאו ענייניים ורלבנטיים (ראו: בג"ץ 5853/07 אמונה תנועת האישה הדתית לאומית נ' ראש הממשלה, פ"ד סב(3) 445 (2007)). ב-עניין עכל, חברי, השופט ע' פוגלמן, קבע לעניין זה כדלקמן:

"כידוע, במסגרת הביקורת השיפוטית נבחן, בין היתר, האיזון הפנימי בין השיקולים שהפעילה הרשות המנהלית. שיקול-דעת מנהלי "אשר אינו נותן משקל ראוי לאינטרסים השונים שעל הרשות המינהלית להתחשב בהם בהחלטתה" ייפסל בשל חוסר סבירות (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה (1) 421, 437 (1980)... החלטה מינהלית תוחזק, אפוא, כהחלטה סבירה "אם היא תוצאה של איזון בין שיקולים שונים שהינם רלוונטיים לעניין, ואם ניתן לשיקולים אלה משקל הולם בנסיבות העניין. החלטתה של הרשות עשויה להיות פגומה, גם אם שקלה שיקולים ענייניים בלבד, אם האיזון הפנימי בין השיקולים היה מעוות" (עע"מ 8284/08 תעשיות אבן וסיד בע"מ נ' מנהל מקרקעי ישראל (13.9.2010) בפסקה 30) (ראו: עניין עכל, בפסקה 17; ההדגשה שלי – ח"מ).

56. בפסיקתנו נקבע עוד כי: "אפשר באופן עקרוני כי שיקולים מתחום המשפט הפרטי יוכלו להשפיע על החלטה של רשות מינהלית. הדבר תלוי בכל מקרה בהקשר, במהות הסמכות, במיחות הרשות, בנסיבות המקרה" (ראו: עניין קונטרס, בעמ' 310; עע"מ 3286/02 ועדת ערר לקרקע חקלאית ושטחים פתוחים נ' חברת דור אנרגיה 1988 בע"מ, פסקה 15 (26.10.2003)).

בצד זאת, ב-בג"ץ Bristol-Myers quibb Company 5379/00 נ' שר הבריאות, פ"ד נה(4) 447 (2001), השופט י' אנגלרד, פסק, בהקשר לסוגייה שנדונה שם, כדלקמן:

"בדונו בשיקולים הראויים להישקל בעת מתן רישיונות נקודת המוצא של בית-משפט זה היא כי הגנה על הקניין הפרטי, כשלעצמה, אינה נמנית עם השיקולים האלה... כעיקרון, המשימה להגן על הקניין הפרטי... נתונה היא בידי בעל הזכות" (ראו: שם, בעמ' 471; ההדגשה שלי – ח"מ).

57. במקרה דנן, אף אם אניח כי פלישת העותר לנכס הינה אכן שיקול רלבנטי לצורך בחינת בקשה להיתר שהייה זמני לפי החלטת הממשלה, לפי תכליתה, הרי שבנסיבות המקרה יוצא הדופן שבפנינו סבורני כי החלטתו של המשיב לדחות את בקשת העותרים להיתר שהייה זמני על יסוד הפלישה לנכס – חורגת ממתחם המידתיות, במידה המצדיקה את ביטולה. עמדתי זו מבוססת על כך שקיים העדר איזון פנימי בין השיקולים, אשר המשיב שקל במסגרת החלטתו. לגישתי, חרף הפגם שנפל בהתנהלותם של העותר והוריו, אשר אכן, מעורר אי נחת, בלשון המעטה – הדבר איננו מצדיק כי ינתן לפגם, בנסיבות העניין, המשקל המכריע שהוענק לו על ידי המשיב לצורך דחיית בקשת העותר להיתר שהייה זמני מכוחה של החלטת הממשלה (ראו גם: בג"ץ 720/82 אליצור נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 22 (1983)).

58. מסקנתי זו מבוססת כאמור על תכלית ההסדר שנקבע בהחלטת הממשלה, הכוללת יסוד הומניטרי, ואשר עניינה בהיתר שהייה זמני, אשר, כזכור, אין בו משום הכרה כלשהי בזכותו של המחזיק בו לשבת בישראל. תומכים בעמדה זו גם הצטברותם של השיקולים הבאים:

(א) הפגם בהתנהלות, שיסודו בפלישת העותר והוריו לנכס – לא בוצע כלפי רשות מינהלית, לרבות הרשות המינהלית ממנה מבוקש היתר שהייה הזמני, נושא החלטת הממשלה, והוא ממוקד במישור של המשפט הפרטי (השוו: עניין קונטרס; עניין חוה; אבחנה זו מצויה גם בפסיקה אמריקנית הקובעת כי אי תשלום מס חמור יותר, בהשוואה לחיוב אזרחי שלא שולם ואשר יש ליתן לו משקל מופחת בנסיבות – ראו: *Puciaty v. US Dept. of Justice, Ins*, 125 F. Supp. 2d 1035 (D. Haw. 2000)).

(ב) העותר לא הסתיר במסגרת בקשתו מהמשיב את הסכסוך האזרחי, נושא הפלישה לנכס (ראו: מש/8, מש/10, פסקאות 2, ו-4), ובסופם של ההליכים האזרחיים, כאשר פקע הסעד הזמני, שניתן במסגרת פסק הדין בערעור – הנכס התפנה מיושביו, ולטענת העותרים אף דמי השימוש הראויים שנפסקו, שולמו.

(ג) בנסיבות הנ"ל היה מקום ליחס לטובתם של העותרת ועשרת ילדיהם (העותרים 12-3), את העובדה שהם מתגוררים במזרח ירושלים מעת לידתם ולהעניק לה משקל רב מזה שניתן לה על ידי המשיב (ראו: עניין עכל, פסקה 16; ע"מ 9890/09 נוואה נ' משרד הפנים (11.07.2013)). יפים לענייננו גם דברים שנאמרו ב-בג"ץ 394/99 מקסימוב נ' משרד הפנים, פ"ד נח(1) 919 (2003):

"חשוב לזכור כי כל אחד מהפונים למשיב בבקשת מעמד בישראל הוא עולם ומלואו, וכי כל החלטה המתקבלת בעניינו – על-ידי המשיב או על-ידי רשות אחרת הפועלת מטעמו – עשויה להיות הרת גורל ובעלת השפעה דרמטית על חייו, על כבודו ועל יתר זכויותיו של הפונה..." (ראו: שם, בעמ' 934).

בהקשר לכך אוסיף כי המשיב טוען כי חל בענייננו הכלל: "שלא יהא חוטא נשכר" (ראו: משנה, מסכת חלה ב', ז'), ואולם אף פריסתו של כלל זה בנסיבות כגון אלו שבפנינו – אינן חד משמעיות (ראו: מכון משפטי ארץ (עידו רכניץ ואיתמר ורהפטיג) "תום לב ואין חוטא נשכר" בתוך: הצעת חוק דיני ממונות תשע"א-2011 7-8 (2012)). יתר על כן – בא-כוח המשיב הודה בדיון כי המקרה המתעורר כאן הוא ייחודי, ומלבד בנסיבות שתוארו בפיסקה 32 שלעיל (מניעה ביטחונית, פלילית, או ביגמיה) – השר לא עשה עד כה שימוש בשיקול דעתו כדי לשלול היתר זמני ממי שענה לתנאי החלטת הממשלה.

(ד) זאת ועוד – אחרת. ניתן לקרוא על עשרת ילדיהם של העותר והעותרת, אשר מתגוררים במזרח ירושלים מאז לידתם, ואין חולק כי לא נפל כל אשם בהתנהלותם – את קושיית הנביא: "אָבוֹת אָכְלוּ בֶסֶךְ וְשָׁנִי בָנִים, תִּקְהֵינָה?" (ראו: ירמיהו, לא, כח-כט). סוגיה קרובה של הפעלת עיצום כנגד אדם בשל מעשיו הרעים של קרובו, או של חברו, עלתה אצלנו בשתי פרשות, ונפסק כי נורמה, או החלטה שכזו נגועה בחוסר מידתיות (ראו: בג"ץ 281/82 שילה-אשכנזי נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד לז(1) 95 (1982); בג"ץ 3477/95 בן-עטייה ואח' נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט(5) (1996)). על כן, בנסיבות, גם לא ניתן להפריד את עניינם של: העותרת, וילדיהם (העותרים 3-12) מעניינו של העותר.

59. נוכח כל האמור לעיל – סבורני כי דין העתירה להתקבל, ודין הצו-על-תנאי שהוצא להפוך למוחלט, במובן זה שהמשיב יאשר את בקשת העותרים לקבלת היתר שהייה זמני בהתאם להחלטת הממשלה, וכל זאת בכפוף להעדר מניעה פלילית, או ביטחונית, שנוצרה לאחר הגשת העתירה, וכך אציע לחברתי ולחברי לעשות.

בנסיבות העניין אציע עוד כי לא נעשה צו להוצאות.

המשנה לנשיאה

השופט י' דנציגר:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הנשיאה (בדימ') מ' נאור:

אני מצטרפת בהסכמה למסקנה אליה הגיע חברי המשנה לנשיאה ח' מלצר.

איני משוכנעת כי מתקיים "תיק"ו לשוני", כמילותיו של חברי המשנה לנשיאה מלצר, בין שתי הפרשנויות שהציעו בעלי הדין ביחס לדרישת המגורים שלא כדין אשר בהחלטת הממשלה מושא העתירה. מכל מקום, בין אם ייתכנו שתי פרשנויות אפשריות מבחינה לשונית ובין אם לאו הרי שנכונה בעיניי הפרשנות שהתקבלה על ידי חברי בסופו של דבר בעניין זה. אף לטעמי לסכסוך האזרחי לגבי נכס המקרקעין בו התגוררו העותרים לא צריכה להיות משמעות לענייננו.

הנשיאה (בדימ')

הוחלט כאמור בפסק דינו של המשנה לנשיאה ח' מלצר.

ניתן היום, כ"ו בכסלו התשע"ח (14.12.2017).

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה

הנשיאה (בדימ')