

- בעניין: 1. מ' אבו דיאב, ת.ז. _____
2. י' אבו דיאב, נולד בירושלים ביום 21.6.05
3. _____ אבו דיאב, נולד בירושלים ביום 25.10.08
4. _____ אבו דיאב, נולדה בירושלים ביום 31.5.10
5. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה שורצברגר – ע.ר

המעוררים

ע"י ב"כ עו"ד עדי לוסינגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב שמואל הנגיד 27 ירושלים 94269
טל': 02 - 6222808 ; פקס : 03 - 5214947

- נ ג ד -

שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות מחוז ירושלים (אזרחי)
רח' צלאח א-דין 29 ירושלים
טל': 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

המשיב

הודעת ערעור

מוגשת בזאת הודעת ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים, בשבתו כבית משפט לעניינים מנהליים (כב' השופט ד"ר י' מרזל), בעת"מ 53435-01-12 (להלן: "העתירה"), שניתן ביום 26.3.12.

פסה"ד מצ"ב ומסומן עמ/1.

א. פתח דבר

1. זכותו לחיים של אדם, מ' אבו דיאב, יליד ותושב ירושלים, הנאבק במחלת הסרטן, עומדת ביסוד ערעור זה ומעלה באופן מכאיב ומצמרר את סוגיית השלכותיה הבלתי נתפסות של פרקטיקת שלילת התשובות של המשיב, והשימוש חסר הרסן בה.
2. המערער חולה בסרטן ריאות גרורתי במצב מתקדם (שלב 4) אשר פשה במוחו ובעצמותיו. המשיב שלל את מעמדו של המערער ממנו, ללא כל ביסוס, והותיר אותו בחוליו ללא ביטוח בריאות, ללא זכויות סוציאליות, ללא יכולת להבטיח את שלומם של ילדיו, ילידי ישראל, באמצעות הסדרת מעמדם. שוהה בלתי חוקי, נטול זכויות, בארצו ובביתו.
3. המערער מיועד לגירוש מהחיים עצמם.
4. המערער יצא מישראל לרוסיה לשם לימודים גבוהים בפיזיקה, השלים לימודי תואר ראשון, ושני כאשר במהלך לימודיו לדוקטורט, הסתבר לו, כי מעמדו בישראל נשלל משום שבשנות היעדרותו כסטודנט קיבל אזרחות רוסית. המערער שב לירושלים כתייר ולאחר הליך בירוקראטי, במסגרתו הסביר והוכיח, כי למד ברוסיה, וכי קיבל שם מעמד בעקבות נישואיו לשם הקלה על פרנסת המשפחה במקביל ללימודים, הושב לו בשנת 2000 מעמדו כתושב קבע בישראל.
5. בשנת 2006 נשלל בשנית מעמדו של המערער בישראל, שלא כדין, ללא התראה מוקדמת, ללא שימוע, ללא הנמקה, ללא הודעה בכתב, ובגין אותה מסכת של נסיבות בגינן נשלל מעמדו כבר בשנות ה-90, והושב לו בשנת 2000.
6. השאלה העומדת במרכז ערעור זה הינה, האם שלילה שניה ורטרואקטיבית זו, נעשתה כדין ומהו מעמדו של המערער.

7. תשובה לשאלה זו ניתנה, למעשה, על ידי המשיב עצמו, כאשר הודיע ביום 27.9.11, כי בקשת המערער, אשר טעמיה נסובו על עצם פסלות שלילת המעמד, התקבלה. ללמדנו, כי גם לדעת המשיב לא ניתן להפקיע מעמד פעמיים בגין אותן נסיבות.
8. חרף העובדה כי במצבים כגון דא, בהם אין מדובר בהשבת מעמד אלא בביטול עצם הפקעתו, אין רלוונטיות לעמדת גורמי הביטחון, החליט המשיב, שלא כדין, להכפיף את מימוש ביטול החלטתו משנת 2006 לקבלת עמדת הגורמים (נספח 4/ע לעתירה). הגורמים התנגדו מטעמים עקיפים למתן המעמד, והמשיב הזדרז לאמץ את עמדתם – כך עשה גם ביהמ"ש הנכבד קמא, בהותירו את המערער חסר מעמד.
9. בית המשפט הנכבד קמא הסביר כי מעמדו של המערער פקע כדין בנקודה לא ידועה בשנות ה-90 וכי השבת המעמד בשנת 2000 אינה גורעת מהעובדה שהמערער אינו בעל מעמד. בית המשפט הנכבד קמא הסביר, כי בגריעת המערער ממרשם האוכלוסין בשנת 2006, אך יישם המשיב באופן טכני את פוטנציאל פקיעה תמידי של מעמדו המרוחק של המערער, והבהיר, כי אין בהשבתו המעמד בשנת 2000, כדי לגרוע מפוטנציאל הפקיעות, שמומש כדין. הנה כי כן, על פי בית המשפט הנכבד קמא, כעת ראוי המשיב להכפיף השבת המעמד לעמדת הגורמים ולסרב, בלא רחם, להשיבו מטעמים עקיפים, מחמת קשרי המערער החולה.
10. מעמדו של המערער הופקע ממנו למפרע, ללא הליך בזמן אמת אלא בדיעבד, בהליך מעוות, חסר ופסול.
11. תוצאת פסה"ד במישור המשפטי הינה הרחבה משמעותית של קביעות פסה"ד בבג"ץ 282/88 **מוברק עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים ואח'**, פ"ד מב (2) 424 (5.6.88) (להלן - עניין עווד), באופן המעמיד את תושבי ירושלים המזרחית הפקר למעמד רעוע, מעופף תמידית, נתונים לגירושם מביתם בכל עת, על ילדיהם.
12. תוצאת פסה"ד במישור האישי, הינה, גזר דין מוות עבור המערער. בהיעדר מעמד, המערער אינו מקבל את הטיפול הרפואי לו הוא זקוק – ר' מכתב מביה"ח אוגוסטה ויקטוריה, לפיו המערער נזקק לטיפול ביולוגי שאינו קיים שם, אך קיים וניתן בבתי החולים הישראליים. ימיו של המערער הולכים ואוזלים והוא חי בביתו שבירושלים ללא מעמד, ללא ביטוח בריאות, ללא קבלת הטיפול הרפואי לו הוא נזקק, ללא הכרה בזכותו המובנת מאליה להגיע בבטחה לבית החולים לבדיקות, למעקב ולטיפול החלקי אותו הוא מקבל, מבלי להסתכן בעיכוב, במעצר ובגירוש. ימיו של המערער מהולים בייסורי תופת גופניים ונפשיים, בסבל ובחרדה, לא רק לגורלו שלו, אלא גם לעתיד ילדיו הרכים. כבדרך אגב נשלל מעמדו של בנו י' בן השבע בכפיפה אחת עם מעמדו שלו, למרות שהילד נולד וגדל בישראל בלבד. בהיותו שלול מעמד בביתו, נמנע מהמערער להסדיר את מעמדם של שני ילדיו הקטנים, _____ בן שלוש וחצי ו _____ בת השנתיים, ילידי ירושלים - גם הם, נטולי זכויות לחלוטין.
13. אטימות המשיב ובית המשפט הנכבד קמא אל מול ההשלכות החמורות הנובעות להותרת המערער חסר מעמד בישראל, מאלפת במיוחד, משהוחלט על ביטול הפקיעה, וכאשר זו נותרה בעינה מטעמים עקיפים הנוגעים לאחרים - וכאשר ברי, כי מהמערער עצמו לא נובעת כל סכנה לביטחון המדינה או לציבור.
14. מה יהיה על המערער? מה יהיה על אשתו וילדיו?

ב. עיקרי המשגים הנטענים בפסק הדין של בית המשפט קמא

15. טעה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר התווה מצב משפטי לפיו רישיון ישיבת הקבע מרחף לו באוויר כל העת ונתון לשלילה תמידית גם אם בעבר קיבל המשיב החלטה כי הרישיון לא פקע או אם השיב את המעמד. (סעיף 24 לפסה"ד).
16. העתירה נסובה על ההחלטה מיולי 2006 שלא לראות במערער תושב קבע. במסגרת העתירה לא היה על המערער להביא ראיות לאי השתקעותו ברוסיה בשנות ה-90 - ראיות אלה הוצגו בפני המשיב במסגרת ההליך, שבסיומו הושב למערער מעמדו כתושב קבע בשנת 2000. זאת בין אם מעמד הקבע הוסדר ע"י השבתו ובין אם בגין ביטול החלטת הפקיעה (לא ניתן לדעת באשר המשיב לא נימק ואף לא כתב החלטתו מעולם - לא בשנות ה-90, לא בשנת 2000, ולא בשנת 2006. עד היום גם לא ברורה הנמקת הפקעתו החוזרת של המעמד). עמדת ביהמ"ש הנכבד קמא לפיה על המערער להוכיח בפני ביהמ"ש באמצעות ראיות כי מעמדו לא פקע בשנות ה-90, וזאת חרף קיומו וסיומו של הליך להשבת התושבות בשנת 2000 שגויה מן היסוד. המשיב נעדר סמכות לשלול מעמדו של אדם פעמיים בשל סט נסיבות זהה.
17. בהתאם לכך, שגה ביהמ"ש בקביעתו, כי המערער לא הרים את הנטל לסתירת החזקות המנויות בתקנה 11(א) לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, בנקודת הזמן בה התגבשו החזקות ועמדו להכרעה בפני המשיב. (סעיף 18 לפסה"ד). זאת בניגוד לעמדת המשיב עצמו אשר השיב למערער בשנת 2000 את מעמדו בדיוק על שום שכנועו בשמירת זיקות המערער על יסוד ראיות שהציג.
18. טעה ביהמ"ש הנכבד קמא בקביעתו, כי בהתבסס על ההלכה הפסוקה, פקע מעמדו של המערער בהתאם לחוק הכניסה לישראל, אף ללא חזקות ההשתקעות הקבועות בתקנות, אף על פי שהושב בשנת 2000. (סעיף 19 ו- 26 לפסה"ד). עמדת ביהמ"ש הנכבד קמא אינה מתיישבת עם הדין, עם הפסיקה ואף עם עמדת המדינה, כפי שנמסרה לאחרונה לביהמ"ש במסגרת בג"ץ 2797/11 **קרעין ואח' נ' שר הפנים**, בדבר שימוש "זהיר ומבוקר" בסמכות לבטל מעמד של תושב קבע.
19. טעה ביהמ"ש הנכבד קמא בקביעתו, כי נפקות הנתונים העובדתיים בדבר מירב זיקותיו של המערער לישראל ומגוריו בה באופן רציף בעת קבלת החלטה משנת 2006 בדבר גריעתו ממרשם האוכלוסין, הינה בת משקל אך ורק לשם השבת המעמד ואין בנתונים המעידים על זיקות מלאות לישראל כדי ללמד אודות עצם הפקיעה, כי אם ניתן לבצעה על יסוד נתונים קדומים למרות שכבר נבחנו והובילו להשבת המעמד בשנת 2000 (סעיף 22 לפסה"ד).
20. שגה ביהמ"ש קמא בקביעתו, כי טענת המערערים בדבר אי פקיעת הרישיון מוקשית בשל עיתוי העלאתה, אל מול עיתוי ידיעת דבר השלילה בשנת 2008 (סעיף 15 לפסה"ד). זאת תוך התעלמות מהעובדה שהמשיב נמנע מלהודיע למערער על שלילת מעמדו, נמנע גם בהמשך מלנמק את הסירוב, באופן שהוביל לסברת המערער כי מדובר בספקות ביחס למרכז חיים, ותוך התעלמות מכך שעל פי מדיניות המשיב גם מקרים בהם לא נשלל המעמד, כל בקשת שירות מהמשיב כפופה להוכחת מרכז חיים מלא, ורציף במשך שנתיים בישראל.
21. טעה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר קבע כי השימוע המאוחר שנערך למערער בדבר החלטת המשיב, שהועברה למערער באופן בלתי מנומק, בעל פה ובדיעבד, די בו לשם הליך בו מוחלט שלא לראות באדם תושב. זאת תחת הודעה, ושימוע הקודמים להחלטה מנומקת. (סעיף 20 לפסה"ד).

22. לסיכום, שגה ביהמ"ש הנכבד קמא כאשר קבע כי מעמדו של המערער פקע מעצמו במועד לא ידוע בעבר ואף שהושב לו בשנת 2000, כבר לא עמד למערער ביולי 2006, עת החליט המשיב לגרוע אותו ממרשם האוכלוסין. (סע' 16, 21, 28 לפסה"ד)
23. השלכות הטעות הרסניות ונגלות במלוא חומרתן נוכח מצבו הרע והמתדרדר של המערער.

ג. רקע עובדתי

ג.1. יציאת המערער ללימודים ברוסיה, נישואיו והתאזרחותו

24. המערער נולד בירושלים ביום 11.2.1970 וגדל בעיר, כמוהו הוריו והורי הוריו ויתר בני משפחתו מזה דורי דורות.
25. בסוף שנת 1988 יצא המערער ללימודי פיזיקה ברוסיה. בשנת 1994 נישא המערער ל_____, אזרחית רוסיה, ובשנת 1995, קיבל אזרחות רוסית מכוח נישואיו. רכישת האזרחות נעשתה בהליך טכני קצר ונועדה להקל על המערער לעבוד תוך כדי לימודיו האקדמיים, לשם מימון הלימודים ומחייה. המערער השלים ברוסיה תואר ראשון ושני וקיבל דיפלומה במסגרת לימודיו לדוקטורט, אותם לא השלים, משנודע לו על ביטול מעמדו בישראל ומשאושר לו לשוב ארצה כתייר ולפעול לשם השבת מעמדו.
26. אף לא לרגע שקל המערער להשתקע ברוסיה. המערער ואשתו הסכימו ביניהם, עוד טרם החתונה, כי עם סיום הלימודים יעברו עם בתם להתגורר בירושלים. ואכן, ביום 2.10.95, באותה השנה ממש בה קיבל המערער מעמד ברוסיה, הגיש בקשה לאיחוד משפחות בישראל עבור אשתו, בקשה מס' 1899/95. הבקשה סורבה ארבע שנים מאוחר יותר ביום 20.5.99 בנימוק, שלא הוכח מרכז חיים בישראל וזאת בשל שנות מגורי המערער ברוסיה. (סעיף 5 בחלק עיקרי התשובות בכתב התשובה של המשיב לעתירה, המתוארך 5.3.12). תעודת בירור פרטים על נוסע מצ"ב לעתירה ומסומנת שם ע/1.

ג.2. שלילת התושבות לראשונה

27. משנודע למערער, כי המשיב לא רואה בו עוד תושב, ביקש להקדים שובו ארצה, תוך הקרבת התקדמותו האישית והפסקת לימודי הדוקטורט באיבם. תוכניות החזרה של המשפחה ארצה התעכבו בשל סירוב המשיב לחדש את תעודת הנסיעה של המערער, מן הטעם שרכש אזרחות רוסית. לאחר סיום לימודי תואר ראשון ושני בפיזיקה, תוך כדי לימודי הדוקטורט ולאחר מגעים עם המשיב לשם אישור שובו של המערער לישראל למרות קבלת האזרחות הרוסית, המשיב אישר את שובו של המערער לישראל בויזת תייר לשלושה חודשים, שניתנה על גבי דרכונו הרוסי, רק לאחר שהמערער הסביר והוכיח כי שהה ברוסיה לצורך לימודיו, כי רכש אזרחות רק כדי להקל על פרנסת המשפחה, וכי כעת עם סיום הלימודים ברצונו לשוב ארצה. (ר' סעיף 7 לכתב התשובה מיום 3.5.12 ונספח ג שם). העובדות לפיהן המשיב מיאן לחדש את אשרת החוזר של המערער, מיאן להנפיק לו תעודת זהות ואיפשר את כניסתו לישראל כתייר בלבד, מעידות על ביטול מעמדו של המערער ע"י המשיב, או כפי שמגדיר זאת המשיב פקיעת הרישיון.
28. על פי דברי המשיב בדיון בעתירה שהתקיים ביום 7.3.12, עמדת המשיב היא, כי מעמד תושבות הקבע פוקע אוטומטית עם רכישת מעמד זר (פרוטוקול הדיון, עמ' 8, שורות 7-3 ור' גם שורות 8-10). המשיב אכן גרע את המערער ממרשם האוכלוסין בשנת 1999 על שום עמדתו זו, כי המעמד פקע בגין

קבלת מעמד ברוסיה, ותוך מודעות מלאה להחזקת המערער בדרכון רוסי, על גביו ניתנה אשרה לכניסת המערער ארצה **כתייר**.

ג.3. השבת המעמד לראשונה

29. עובר לשובו לישראל, המערער הסביר למשיב, כי לא היתה לו כל כוונה להשתקע ברוסיה, והנה, הרי ביקש להתאחד עם אשתו בישראל, האריך את כרטיס היוצא שלו, ושב לביתו בירושלים מייד כשהותר לו הדבר. לאור הסבריו, מסר המשיב למערער, כי אם יוכיח מרכז חיים בישראל, תשקל בקשתו להשבת מעמדו.

30. המערער פעל כהנחיית המשיב ובשנת 2000, לאחר מתן הסברים, והוכחות מקיפות המעידות על קיום מרכז חיים בישראל, הושב מעמדו בדמות חידוש תעודת זהותו, מתן זכויות סוציאליות מלאות של תושב (ביטוח בריאות וביטוח לאומי) והרשאה לכניסתן של אשתו _____ ובתו _____ (ילידת 12.9.96) לישראל ולהגשת בקשה לאיחוד משפחות, בקשה מס' 275/00. הבקשה התעכבה בשל תיק פלילי שנפתח כנגד המערער (ונסגר בהמשך ללא העמדה לדין), ולא משום שהמערער אינו תושב. (ר' סעיף 8 לתשובת המשיב לעתירה ונספחים ד ו-ה שם).

31. היות והמשיב לא נימק מעולם את החלטותיו ואף נמנע מלהודיע אודותיהן למערער, אשר כל אורחות חייו על כל רובדיהן מושפעות ונפגעות מהחלטות אלה, הרי שלא ניתן לדעת איזו מבין שתי החלופות הבאות התרחשה:

31.1. כנגד המערער עמדה חזקה לפקיעת מעמדו בשל רכישת אזרחות רוסית ומגוריו שם, אולם המערער הצליח להפריך בפני המשיב חזקה זו ולאור זאת החליט המשיב, כי **התשובות לא פקעה מעולם**.

31.2. **מעמדו של המערער פקע** על פי המשיב מהטעמים הנזכרים לעיל, אך **הושב לו**, לאחר שהמשיב השתכנע, כי המערער מקיים מרכז חיים בישראל וכי לא ניתק את זיקותיו מישראל אלא שהה ברוסיה לרגל לימודיו ונישואיו באופן זמני, כשהוא שומר על תוקף כרטיס היוצא, באשר מייד לקראת סיום לימודיו ועוד טרם השלים את לימודי הדוקטורט ביקש לשוב לישראל עם אשתו ובתו ולהסדיר את מעמדן כאן.

כך או כך, ברור ונהיר כי המשיב דן בשלילת/פקיעת מעמדו של המערער והחליט בשנת 2000, באופן מושכל, לאחר דיון בנושא בעקבות ראיות והסברים שהציג המערער על פני תקופה, כי מן הראוי לראות במערער כתושב קבע של ישראל – בין אם באמצעות הקביעה כי המעמד לא פקע, ובין אם על דרך השבת המעמד.

ג.4. מהלך חייו של המערער לאחר השבת המעמד

32. מאז הותרה כניסתו לישראל בשנת 1999 והושב מעמדו בשנת 2000 ועד המועד בו נגרע בשנית ממרשם האוכלוסין בשנת 2006 ולמעשה הופקע ממנו שוב מעמדו – התגורר המערער בישראל (ר' תעודת בירור פרטים על נוסע, נספח ע/1 לעתירה). נציין כי מאז הושב למערער מעמדו בשנת 2000, יצא המערער מישראל על מנת לבקר את בתו ולהשלים את הליך גירושו, כשהוא נמצא בישראל ברציפות משנת 2001. בין אוגוסט שנת 2003 למאי שנת 2006, התקופה שקדמה לשלילת מעמדו לא יצא המערער מישראל כלל.

33. לשכת המשיב, היתה מודעת לרכישת האזרחות הרוסית של המערער. אי לכך, בעת חידוש תעודת זהותו בשנת 2000, סירבה לשכת המשיב להנפיק עבורו תעודת מעבר, ותחת זאת הנחתה את

המערער להשתמש לצורך יציאה לחו"ל בדרכונו הרוסי וכפי שכתב המשיב: "ת.מעבר...נלקחה ונגרסה, יקבל אשרת חוזר על הדרכון הרוסי". (נספח ג, עמ' 14 לנספחי המשיב לכתב התשובה ממרץ 12). מתעודת בירור פרטים על נוסע (ע/1) ניתן לראות שהמערער יצא מהארץ ושב אליה **מכת דרכונו הרוסי**, אך כתושב ישראלי, בידיעה המלאה של המשיב וכאמור, על פי הנחייתו המפורשת, שניתנה עם חידוש מעמדו. במהלך השנים ניתנו למערער אשרות תושב חוזר. כן הנחה המשיב את המערער להיכנס ולצאת מישראל כתושב באמצעות דרכונו הרוסי ולא על פי תעודת מעבר. ניתן לראות כי על גבי בקשה לאשרת חוזר מיום 4.5.06, צוין: "הנ"ל רכש נתינות רוסית דרך אשתו הראשונה. בהתייעצות עם רימה ד. ובדיקת תיק אישי ניתן שירות בעבר **וכן מרכז חייו בארץ**..." (נספח ו לתשובת המשיב לעתירה ממרץ 12. ההדגשה הראשונה במקור. ההדגשה השנייה הוספה - ע.ל.). יתר הכתוב בכתב יד נקטע, אולם עולה בברור מהאמור כי המשיב ראה במערער כתושב לאורך השנים, היה ער לקבלת המעמד ברוסיה וכן ראה בעייתיות עם שלילה מאוחרת וחוזרת של המעמד כשמרכז חייו של המערער מצוי בישראל באופן רצוף, מלא ובלעדי.

34. כאמור, בשנת 2000 לאחר השבת המעמד התיר המשיב למערער להגיש בקשה נוספת לאיחוד משפחות עבור אשתו _____. באופן מצער הנישואין ל _____ לא עלו יפה. לאחר חודשים מעטים בישראל חזרו _____ והבת _____ לרוסיה. בשנת 2001 נפרדו בני הזוג רשמית בבית משפט ברוסיה. בשנת 2003 הוסדרו הגירושים באופן רשמי.

35. ביום 1.3.04 נישא המערער בשנית לא אבו דיאב, תושבת שטחים, ילידת 1986 (עת נישאו היתה אשת המערער בת 18 ולא ניתן לה לקחת חלק בהליך איחוד משפחות). לבני הזוג נולדו שלושה ילדים, הם: יי יליד 21.6.05, _____, יליד 25.10.08 ו _____ ילידת 31.5.10 – שלושת הילדים נולדו בירושלים וחיים בה מיום היוולדם. כפי שיוסבר מייד, שלושתם חסרי מעמד.

36. ביום 27.6.05 הוגשה בקשה לרישום הבן יי במרשם האוכלוסין. תנאי מקדים לקבלת הבקשה, אשר הוגשה בהתאם לתקנה 12 לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1972, לא כל שכן לבחינתה ואישורה הוא היות האב תושב קבע בישראל. לאחר המצאת מסמכים מקיפים המעידים על מרכז חייו המשפחה בישראל, אישר המשיב ביום 9.3.06 את הבקשה והסדיר את מעמדו של יי כתושב קבע בישראל. כאמור, כמו בחינת הבקשה כך גם אישורה המושכל, ניתן על יסוד תנאי מקדמי, והוא היות אביו של יי, הוא המערער, תושב ישראלי.

ג.5. שלילת התושבות בשנית

37. ביום 26.6.06, זמן קצר לאחר שהוארכה אשרת תושב החוזר של המערער ונרשם בנו כתושב קבע במרשם האוכלוסין, ועל פי המשיב לאור קבלת מידע, לפיו המערער ביקש אשרת **כניסה** לרוסיה. החליט המשיב לשלול מהמערער את מעמדו ולגרוע אותו ממרשם האוכלוסין. וכך הסביר זאת המשיב בסעיף 11 לתשובתו לעתירה:

"בעקבות פנייה זו (בקשה לאשרת כניסה לרוסיה – ע.ל.) הוחלט לגרוע את העותר מקובץ הפעילים".

38. ביום 10.7.06 הוחלט לגרוע את המערער מקובץ התושבים. (סעיף 12 לכתב התשובה ממרץ 12). על פי המשיב ההחלטה התקבלה לאחר שהוברר, כי תושבות המערער פקעה, אלא שהמשיב לא ציין כיצד "הוברר" הדבר שתושבותו של המערער פקעה, ומה טיב ההליך בו התקבלה ההחלטה הדרסטית. לאחר שנים ארוכות של מגורים בישראל כתושב קבע ולאחר שהושב למערער מעמדו בשנת 2000. המשיב לא ציין מדוע החלטת הגריעה נעשתה בעקבות בקשה לכניסה בלבד לרוסיה. ותשומת לב לנספח ו' לכתב התשובה, שם מציין המשיב בחוסר נחת בחודש מאי 2006, קודם להחלטה בדבר

שלילת המעמד, ובמסגרת הארכת אשרת התושב חוזר של המערער, כי אף שהמערער רכש מעמד ברוסיה דרך אשתו לשעבר, ניתן לו "שירות" (כלומר המשיב ראה בו תושב – ע.ל.) בהתייעצות עם פקידות המשיב, וכי מרכז חייו בישראל.

39. המשיב ציין בסעיף 12 לכתב התשובה, כי למערער לא נמסרה הודעה בדבר פקיעת המעמד. אולם, לא הוסיף מדוע לא נמסר למערער, כי הוחלט לגרוע אותו ממרשם האוכלוסין שש שנים לאחר שהוחלט לראות בו כתושב קבע, ולאחר שכבר לקח חלק בהליך להשבת מעמדו בגין אותן שנים בהן התגורר ברוסיה וקיבל בה מעמד בשנת 2000.

40. על פי תעודת בירור פרטים על נוסע המעמד נשלל ביום 10.7.2006. לאחר שנים רצופות של שהייה בירושלים, לאחר שהושב למערער מעמדו בשנת 2000 והוא חי בירושלים כל אותן שנים עד להחלטה לבטל את מעמדו כשהוא בעל מעמד של תושב קבע.

ג.6. גילוי אגבי כי ישנן בעיות עם המעמד

41. בשנת 2008 בעת ניסיונו לצאת עם בנו י' מגשר אלנבי לירדן ומשם לביקור ברוסיה, נודע למערער באקראי, בעל פה, כי מעמדו ומעמד בנו י' נשלל. למערער לא ניתנה כל הודעה כתובה בדבר שלילת המעמד והטעמים לה. ההודעה בעל פה לא היתה ברורה. משכך, הניח המערער שבשל גיחותיו לרוסיה מתחילת שנת 2007, לרגל עבודתו שם, מבקש המשיב שלא לחדש את תעודת הזהות שלו, וזאת בדומה להליך שהתרחש בשנת 2000, במסגרתו חודש המעמד לאחר שהמערער סיפק הסברים ללשכת המשיב ולאחר שקיים מרכז חיים רצוף בישראל. עם זאת, המערער לא רצה שבנו י', אשר יצא את ישראל רק בפעם יחידה זו, יסבול מכל עננה שתרחף מעל מעמדו ומיהר להבהיר במכתב ותצהיר מאביו, כי בנו מתגורר בישראל באופן רציף. למיטב ידיעתו של המערער עד להתדיינות בעתירה, מכתבו, אשר גובה בתצהיר, מעולם לא נענה. לאחרונה, במסגרת העתירה הסתבר, כי ביום 21.9.08 השיב המשיב לערר המערער בהודעה לאקונית: "הריני להודיעך כי רישיון ישיבת הקבע שלך פקעה, ובעקבות כך גם רישיון ישיבת הקבע של בנך י', מס' ת.ז. _____ פקעה אף היא." (השיבושים במקור – ע.ל.) המשיב מציין בכתב התשובה, כי המכתב לא הגיע ליעדו משום שנשלח לכתובת שגויה. עם זאת, גם בעיתוי חזרת המכתב בדואר בעיכוב של למעלה משנתיים ממועד הגריעה בשנת 2006, לא מצא המשיב לנכון לשלוח את המכתב בשנית לכתובת הנכונה ולהשיב למערער על פנייתו. תחת זאת, יש חותמת המעידה על חזרת הדואר ושרבוט "לתייק". (נספח ט לתשובת המשיב, סעיף 12 לכתב התשובה). באופן התנהלות זו, יש כדי להביא בתמצית את טיבה של ההתייחסות המזלזלת להחריד של המשיב לפעולת שלילת מעמדו של אדם ושל ילד קטין, ישראלי. התנהלות שמושכלות יסוד בדבר מינהל תקין ורגישות אנושית היא ממנה והלאה.

42. בשנים הבאות ניסה המערער לרשום במרשם האוכלוסין ובתעודת זהותו את ילדיו, _____ ו _____, שכמו בנו י' נולדו בישראל וגרים בה כל חייהם, אך נענה במכתב לאקוני לפיו, "חדלת להיות תושב".

43. למערער נמסר בעל פה, כי עליו לבקש להחזיר את מעמדו לאחר שנתיים של מרכז חיים רציף ובלעדו בישראל. היות ובאותם ימים, בין השנים 2007-2010 המאופרות לשלילת המעמד, עבד המערער ברוסיה ויצא משם לישראל לסירוגין, סבר המערער, כי הדרישה החוזרת להוכחת מרכז חיים לשם הכרה במעמדו נובעת מיציאותיו מישראל לרגל עבודתו וביקורי בתו מנישואין קודמים. ודוקו, כי למערער לא נמסר מתי חדל להיות תושב, מתי נגרע ממרשם האוכלוסין ומאיזו סיבה. המערער שהתבקש לפנות רק לאחר קיום מרכז חיים רציף בירושלים, תר אחר עבודה בירושלים על מנת שיוכל לעמוד בדרישת המשיב ואכן משנת 2010 ועד שהכריעה אותו מחלתו הקשה עבד כמורה בבית ספר בירושלים. ונדגיש, כי המערער ניאות לקבל את הנחיית המשיב ולהמתין טרם בקשת שירות, לא

משום שקיבל את דבר השליחה והצורך בהשבה, אלא מפני שכתושב ירושלים המזרחית הבין, כי אל לו לבקש שירות טרם הוכחת מרכז חיים בלעדי בירושלים, וכי הקמת משפחה בישראל, קיום ביתו והולדת שלושת ילדיו בירושלים אין בהם די על פי המשיב. משטר זה של חובת המתנה לשם קבלת שירות, מאפינת את מדיניות המשיב כלפי כל תושבי ירושלים המזרחית, גם מי שלא נגרעו ממרשם האוכלוסין, אך שהו זמן מה מחוץ לישראל. ר' למשל, עת"מ 742/06 אבו קווידר נ' משרד הפנים (15.4.07) עת"מ 8033/08 רזאן בושנאק נ' שר הפנים (13.4.08),

44. המערער לא יכול היה לשער כי המשיב שלל את מעמדו בשל אותן סיבות בגינן פקע או נשלל המעמד בעבר – אך הושב לו בשנת 2000. כיצד ניתן להעלות זאת על הדעת?

ד. ההליכים להשבת התושבות

ד.1. פניה מנהלית

45. בשנת 2011 לנוכח מצוקת מחלתו ולאחר תקופת קיום מרכז חיים בלעדי בישראל הגיע המערער למשרדי המוקד להגנת הפרט. המערער ידע כי מעמדו נשלל, אולם לא יכול היה להציג בפני המוקד תיעוד מוסבר על כך.

46. עובדת המוקד להגנת הפרט יצרה מיידית קשר טלפוני עם הגב' נעמה ועקנין מלשכת המשיב וביקשה תשובת המשיב באשר לפשר ביטול המעמד. הגב' ועקנין מסרה, כי התושבות נשללה עקב רכישת דרכון רוסי וקיום מרכז חיים מחוץ לישראל.

47. ביום 10.8.2011, הוגשה בקשה להשבת מעמדו של המערער באופן שתבוטל הודעת הפקיעה, חידוש מעמד הילד י', איחוד משפחות עם אשתו והסדרת מעמד הילדים _____ ו_____. בשל הצורך הדחוף בקידום עניינו של המערער הנובע ממחלתו הקשה, אף שילם המערער אגרה לבקשת תושבות, וזאת מבלי לוותר על טענותיו, כי לא היה מקום לשלול מעמדו מלכתחילה, רק על מנת שתטופל בקשתו ללא מחלוקת פרוצדוראלית מול המשיב לגבי הערוץ המתאים לבחינתה. בפנייה נכתב:

אנו פונים אליכם כעת, לאחר קבלת תעודת בירור פרטים על נוסע ועל אף שפניותינו למוסד לביטוח לאומי ולשגרירות רוסיה לקבלת מידע נוסף טרם נענו, בשל מצבו הרפואי המתדרדר של מרשי ולאחר שעם בחינת המקרה ע"י המוקד, התגלה כי שלילת התושבות נעשתה שלא כדין מבחינה מהותית, באשר מרשי לא נעדר מהארץ לאורך השנים האחרונות וזיקותיו אליה מפריכות כל חזקה, ככל שלדעתכם מתקיימת כזו, לניתוק זיקות. גם בשל רכישת אזרחות בשנת 1995, לא ניתן לשלול ממרשי מעמדו, כאשר נושא זה כבר נדון על ידכם לפני שנים והתקבלה החלטה לחדש את המעמד. מרשי בא ויצא משעריה של ישראל כתושב באמצעות דרכונו הרוסי, בידיעתכם ובהנחייתכם – התנהלות זו מטבע הדברים יצרה אצל מרשי הסתמכות ולא ניתן כעת להתנער ממשמעותה. ניסיונכם לעשות כן, הינו הרסני עבור מרשי ועלול לעלות לו בחייו. יתר על כן, שלילת המעמד נעשתה בהליך מינהלי פגום, ללא התרעה מראש, ללא שימוע, לא הודעה בזמן אמת ובכתב וללא הנמקה.

העתק הבקשה מצ"ב לעתירה ומסומן ע/3.

48. ביום 27.9.2011 ולאחר שהתקיים שימוע בו הסבירו המערערים מדוע נסיבות שלילת התושבות הינן תמוהות, וכן התרשם המשיב, בין היתר, ממצבו של המערער, נתקבלה תשובת המשיב, לפיה הוחלט לאשר את הבקשה "בכפוף לתשובות גורמי הביטחון". יצוין כי עקב התפשטות גרורות הסרטן במוחו של מערער, הוא מתקשה להתרכז, לזכור, ולארגן את דבריו קוהרנטית. המשיב התרשם כי זה המצב

- והמעית לשוחח במהלך השימוע עם המערער. תשובת המשיב באשר לאישור רישיון קבע צורפה לעתירה, מסומנת ע/4. פרוטוקול השימוע צורף לכתב תשובת המשיב וסומן שם י"ב.
49. המשמעות המשפטית של ההחלטה מיום 27.9.2011 לקבל את בקשת המערער, הינה שהמשיב עשה טעות, משמעותה שלא ניתן היה לשלול את התשובות בשנית מאותן סיבות בגינם פקעה בעבר והושבה, ושההחלטה משנת 2006 מבוטלת.
50. למרות שעמדת המערערים הייתה והינה, שבנסיבות, כאשר התשובות נשללה שלא כדין, ומשהוחלט, כי דין ההחלטה שלא לראות במערער תושב בטלות, אין מקום לבדיקת גורמי הביטחון, הם סברו, כי משבקשתם התקבלה ועל מנת להגיע לפתרון מעשי ומהיר, ניתן לייתר התערבות משפטית באשר לעמדה זו וזאת לאור הבטחת פקידי המשיב כי יהיו לעזר לשם קבלת הכרעה סופית ללא דחוי.
51. בימים 27.10.2011, ו-20.11.2011 נשלחו תזכורות ללשכת המשיב. בימים 12.12.2011, 15.12.2011, 3.1.2012, 5.1.2012, ו-10.1.2012 ביקרה הח"מ בלשכת המשיב ושוחחה עם פקידי הלשכה על הבקשה ועל מצבו של המערער, כן בהמשך לכך קיימה הח"מ שיחות טלפון כמעט יומיומיות עם הגב' חגית וייס, מנהלת לשכת המשיב, אשר הבטיחה, כי הם מודעים למצבו של המערער ופועלים לזירוז תשובת השב"כ. בכל שיחה עם פקידי השונים של המשיב התעודדו המערערים כי מייד, מייד יושב המעמד. המערערים נדהמו לגלות, כי למשיב לא אצה הדרך. התזכורות מצ"ב לעתירה, מסומנות שם ע/5.
- 2.ד. הליכי ההשגה והעתירה נשוא הערעור**
52. בצר להם, משחלפו כמעט ארבעה חודשים ממתן ההודעה בדבר ההסכמה העקרונית לראות במערער תושב, הכפופה לתשובת גורמים, פנו המערערים ביום 22.1.2012 לוועדת ההשגה. המערערים ביקשו, כי נוכח מצבו הבריאותי הקשה של המערער, שהוכח במסמכים רפואיים תסטה הוועדה מנהליה הרגילים ותורה על מתן תשובה מיידית, וכן על סעד זמני, לפיו יוסדר מעמדו הארעי של המערער. המערערים הפנו את הוועדה לפסק הדין בעת"מ 7112-10-11 **חדרי נ' משרד הפנים**, לפיו מסורות לוועדה סמכויות ליתן סעדי ביניים, ובהם סעד מסוג עשה. ההשגה הבהולה צורפה לעתירה ומסומנת שם ע/6. לאחר בירור מצד הוועדה ניתנה ביום 25.1.2012 החלטת הוועדה, לפיה המשיב ישיב להשגה על פי המועדים הרגילים. החלטות הוועדה צורפה לעתירה וסומנה ע/7.
53. נוכח סירוב הוועדה לראות בעניינו של המערער כעניין אנושי המצדיק דיון מהיר נאלצו המערערים לפנות לביהמ"ש קמא. ביום 26.1.12 הוגשה העתירה נשוא הערעור.
54. בתגובתו לעתירה מיום 9.2.12 הודיע המשיב כי גורמי הביטחון מסרו לפרקליטות, בעל פה, כי הוחלט להמליץ למשיב, שלא לאשר את בקשת המערער לראות בו כתושב קבע ממניעים ביטחוניים. המשיב ביקש מבית המשפט למחוק את העתירה מחמת אי מצוי הליכים לשם מצוי ההליך בוועדת ההשגה, אליה עדיין לא הוגשה תגובתו.
55. ביום 15.2.12 התקיים דיון מקדמי בעתירה, בו נקבע הסדר דיוני, לפיו ההשגה תימחק והעתירה תובא לדיון מהיר לגופה בפני ביהמ"ש, כאשר המערערים מוותרים על זכותם לשימוע בפני המשיב בנוגע לטענות הביטחוניות. בהתאם לכך נקבע, כי המשיב ימסור למערערים עד ליום 22.2.12 פראפרזה בנוגע לסירוב הביטחוני. ביום 22.2.12 מסר המשיב למערערים כי הטעם להמלצת הגורמים הוא "העותר נמצא בקשר עם פעילי ארגון טרור". ביום 5.3.12 הגיש המשיב כתב תשובתו לעתירה.

56. בדיון בעתירה, שהתקיים ביום 7.3.12 טען ב"כ המשיב בניגוד לפסיקה נרחבת וחלוטה של ביהמ"ש, בעניינה לא הגיש המשיב ערעור, כי "האזרחות הזרה – משמעותה פקיעה אוטומטית. לאחר מכן, אם העותר טוען שהפקיעה נעשתה משיקולים של לימודים... והוא טוען כל מיני שיקולים הומניטאריים כמו במקרה הזה, אזי המשיב שוקל אם להחזיר את התושבות אשר פקעה מאליה – כמו במקרה הזה". (פרוטוקול הדיון מיום 7.3.12, עמ' 8, שורות 7-3 ור' גם שורות 10-8). המערער הסבירו, תוך הפניה לכתבי המשיב והנספחים המצורפים להם, כי המשיב ידע, כי המערער קיבל מעמד ברוסיה והפקיע ממנו את מעמדו בגין כך והשיבו בשנת 2000. על כן, לא ניתן היה להפקיע מהמערער פעמיים את מעמדו מתוקפן של אותן נסיבות, שנדונו והוכרעו בשנת 2000. המערער ציינו כי לא התקיימה אף אחת מהעילות לשלילת המעמד (ר' למשל פרוטוקול הדיון מיום 7.3.12, עמ' 7, שורות 12-16). המערער הסכימו לבחינת החומר החסוי על ידי ביהמ"ש הנכבד קמא תוך עמידה על טענתם, כי מעמדו של המערער נשלל שלא כדין, על כן דין החלטת המשיב בטלות, ואין רלוונטיות לחומר בדבר מידע ביטחוני עקיף.

57. ביום 13.3.12 הגישו המערער הודעת עדכון בדבר הודעת המדינה בדנ"ס 5950/11 **זרינה נ' משרד הפנים**, לפיה יש הסכמה ליתן למערער מעמד ארעי ולאחר מכן בהעדר מניעה מעמד של קבע, אף כי בעניינה עמדה מניעה ביטחונית ישירה בשל פעולתה ולא עקיפה כבענייניו של המערער. המערער הסבירו, כי הודעתם זו ניתנת בתגובה לתמיכת המשיב את טענותיו בפסק הדין בעניין **זרינה** ועל אף השוני המהותי בין עניינו של המערער, בו מדובר בבטלות ההפקעה, לעניין **זרינה** בו נקבע על ידי ביהמ"ש העליון, שמדובר בדיני השבת המעמד. המערער הודיעו, כי למרות שבעניין **זרינה** דובר בדיני השבה, ומכאן בקיום בדיקות ביטחוניות בסמכות ולמרות שבאותו עניין דובר על מניעה ישירה ולא עקיפה כבענייניו הוחלט במסגרת העתירה לדיון נוסף להשיב את המעמד. בתגובת המדינה לעניין זה מיום 18.3.12 נטען כי העמדה בעניין **זרינה** נובעת מהנסיבות הפרטניות וכי לא ניתן להסיק ממנה לעניין הכללי.

58. ביום 26.3.2012 ניתן פסה"ד נשוא הערעור.

ה. פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא שגוי - לא מאליו פקע המעמד בשנית, כי אם הופקע בהחלטה מושכלת, יזומה, שערורייתית, החלטה עליה לא עמד אף המשיב

59. הסוגיה העיקרית שעמדה לדיון בעתירה הייתה, האם ההחלטה שמעמד המערער פקע, בעטיה ביום 10.7.06 גרע המשיב את שמו ממרשם האוכלוסין ניתנה כדין. בית המשפט הנכבד קמא קבע, כי מדובר בהחלטה שהתקבלה כדין. (ר' למשל, סעיף 21 לפסה"ד)

60. מדוע על פי פסה"ד מוצדק היה לשלול מהמערער את מעמדו בשלהי שנת 2006, כאשר בשנים שקדמו לשנה זו, מאז הושב לו מעמדו בשנת 2000, חי המערער בישראל בלבד?

61. האם התגלו עובדות שלא היו ידועות למשיב קודם, עת החליט לראות במערער תושב בשנת 2000? לא. על כך אין חולק.

62. האם חל שינוי בחיי המערער המהווה ניתוק זיקותיו מישראל באופן שרישיונו הפך חסר משמעות? (סעיף 14 לעניין **עווד**) לא. מרכז חייו המלא במשמעות היה בישראל.

63. ככל שמבינים זאת המערער, מתאר ביהמ"ש הנכבד קמא את דבר הפקיעה החוזרת כך: למעשה, פקע המעמד מעצמו, בנקודת זמן בלתי ברורה ובלתי חשובה בשנות ה-90 בגין קבלת האזרחות ושנות מגורי המערער ברוסיה. המשיב, שהיה מודע לרכישת האזרחות ולשנות מגוריו של המערער ברוסיה בעבר, בכל זאת ראה במערער תושב, ובין היתר הנפיק לו תעודת זהות והסדיר מעמדו של בנו כתושב

קבע. בכך, אין כדי לומר שהמעמד לא פקע מעצמו, באשר אין זו החלטה של המשיב לקבל, אלא פעולה המתרחשת מעצמה, ללא קשר לדעתו של המשיב עליה. אם כן, בשנת 2006, קובע ביהמ"ש הנכבד קמא, החליט המשיב ליישם באופן טכני את מה שקרה מעצמו זמן רב קודם, במועד שאינו ידוע, ולגרוע את פרטי המערער ממרשם האוכלוסין, פרטים בדבר תושבות, שעוד קודם שכנו שם באופן בלתי מוצדק. (ר' סעיף 21 ו-24 לפסה"ד)

64. בכל הכבוד, תזהו זהו אינה יכולה לעמוד. ביהמ"ש הנכבד קמא מתעלם באופן הצגת הדברים את העובדה המכוננת, כי המשיב לא החמיץ את עובדת קבלת המעמד ברוסיה, ולא הוסיף להתייחס אל המערער כאל תושב עקב טעות או חוסר ידיעה, אלא, כבר שלל בגין עובדה זו את תושבות המערער בשנות ה-90, כאשר רק לאחר הליך מינהלי, החליט בשנת 2000 לבטל החלטה זו ולראות במערער שוב תושב קבע. הנה כי כן, כיצד ניתן לראות במעמד ככזה שפקע, לאחר שהמשיב הודיע למערער בשנת 2000, כי הוא נכון לראות בו כתושב? עובדות משמעותיות אלה אינן כלל שנויות במחלוקת – הרי המערער נכנס לישראל בשנת 1999 באמצעות אשרת תייר לשלושה חודשים. לכניסת המערער לישראל כתייר, קדמו דין ודברים ממושך במהלכם הסתבר לו כי המשיב אינו רואה בו כתושב, אינו מסכים, כי ישוב לביתו, כמובן שאינו מסכים כי יתאחד בישראל עם אשתו ובתו, ואינו מסכים לחדש את תעודת הזהות הישראלית שלו. לאחר שובו ארצה כתייר וקיומם של מגעים להשבת מעמדו, עובר לכינון המדיניות החדשה בנוגע לשלילת תושבות, שהותוותה בתצהיר שר הפנים דאז שרנסקי, הושב למערער מעמד תושב הקבע, תוך התייחסות מפורשת של המשיב למעמדו ברוסיה, בקביעתו כי אשרות חוזר ינתנו על גבי הדרכון. יוצא, אם כן, כי הנימוקים לשלילת התושבות עליהם הסתמך ביהמ"ש קמא, גם אם היו תקפים עד להחלטה לשוב ולראות במערער תושב בשנת 2000, ודאי לא היו תקפים עוד בשנת 2006.

65. אין מנוס מלציין. למעמד תושבות הקבע, הוא המעמד שניתן לילידי ירושלים אשר בני משפחתם חיו בה עוד לפני שהוחלו בה השלטון והמשפט הישראלי, אין חיים משל עצמו. התפוגגותו איננה גזרת שמיים. המשיב הוא זה שבסמכותו לקבוע אם אדם עודו רשאי להחזיק במעמדו או שמא איבד הוא את כל זכויותיו בארצו. גם אם נרצה לומר שלמעמד זה, יש את היכולת לפקוע מעצמו, הרי שנקודת הזמן בה מכריע המשיב באם "נעלמה המציאות", אין עוד לרישיון כל משמעות, והריהו מתבטל מעצמו", (עניין עו"ד סעיף 14) והכרעתו גופה של המשיב, מחייבות הן. ודאי כך, כשאדם, מסתמך על החלטה זו משך שמונה שנים, עד לתגלית המקרית בדבר שלילת המעמד, שנמסרה אגבית בעל פה ובאופן עמום (שכן ללא הנמקה לא יכול היה המערער לדעת כי אין מדובר רק בחובת הוכחת מרכז חיים) על-ידי פקיד בגשר אלנבי.

66. בענייננו התקבלה הכרעה לשוב ולראות במערער כתושב קבע, בשנת 2000. החלטה זו התקבלה על יסוד תשתית עובדתית מלאה – נתוני אמת ללא חולק – אשר הונחה בפני המשיב. מצב בו המשיב יכול להפוך בהחלטתו בכל עת אף ללא שינוי בנסיבות, לקבל החלטות חדשות ולהסבירן בכך שאין הוא אלא מתאר טכנית פעולות שנעשו בעבר על ידי איתני הטבע – שם לחוכא ואתלולא את תושבי ירושלים המזרחית ואת המעמד שניתן להם, אשר יכול לפקוע ולנטוש אותם בארצם ללא מעמד וללא זכויות בכל רגע נתון. אין זה פלא אפוא, כי אף המשיב בעצמו לא הסביר את הדברים כפי שהסבירם ביוזמתו ביהמ"ש הנכבד קמא. כעת, קיבל המשיב מביהמ"ש הנכבד קמא אישור לספק הסבר משונה מעין זה להחלטותיו. לא פחות חשוב, פסק הדין נשוא הערעור מאשר למשיב שלא לנמק כלל החלטותיו ולא לדאוג להודיען לנשואי ההחלטה. הלא כל עוד ביהמ"ש יתווה בדיעבד פיקציות להסבירן ולהכשרתן, מה הצורך בהנמקה? מה הצורך בשאר מיני זוטות כמו הודעה בדבר ההחלטה ורחמנא ליצלן שימוע הקודם לגריעה ממרשם האוכלוסין?

67. פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא סוטה ומרחיב לאין שעור את שנקבע בסוף שנות ה-80 בפסה"ד בעניין **עווד**, לפיו הרישיון יכול "שירחף לו" עד לתובנה באם פקע מעצמו אם לאו (סעיף 15 לעניין **עווד**). כעת, על פי פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא הרישיון אינו מרחף עד לתובנה באם פקע, אלא גם לאחר שמגיע המשיב לתובנה זו, יכול הרישיון להוסיף בריחוף לאין קץ. קיום חזקות לכאורה לפקיעת מעמד, בזמן כלשהו במהלך חיי האדם, מעביר את תקפותו של הרישיון למצב תמידי של ריחוף בחלל ובזמן – שכן המשיב יכול לחזור בזמן לשנות ה-90 לתקופה קדומה שכבר נדונה על ידו בעבר. על פי פסה"ד אין בדיון מצד המשיב במשמעות החזקות בנקודת זמן מסוימת ובהכרעתו בנושא זה, על פי עניין **עווד** "התובנה", כמו גם בהסתמכותו של התושב על הכרעה זו שלוותה במתן תעודת זהות ושירותים, לאורך שנים, כי הוא בעל מעמד בארצו, משום העברת המעמד לעולם הגשמי שעל הקרקע. גם לאחר שהוכרע, כי המעמד לא פקע, וכי הוא תקף לכל דבר ועניין, הרי שלנצח יוכל המשיב על בסיס אותן עובדות, ולאחר מגורים של שנים בישראל, לשנות דעתו ולקבוע, ללא שום מידע חדש, שבעצם למרות החלטתו הקודמת, בכל זאת פקע לו המעמד מעצמו שנים קודם לכן ונותר מופקע. על הדרך פקע לדעת המשיב גם מעמד ילדו של התושב.

68. עמדת ביהמ"ש הנכבד קמא מנוגדת למשמעות הבסיסית של המונח "חזקה", באשר על פי בית המשפט הנכבד קמא גם במקרה בו סתר התושב את החזקות שהועלו נגדו, כפי שעשה המערער בשנת 2000, עדיין ניתן יהיה לראות בו פעם אחר פעם כמי שתושבותו פקעה מכוחן של החזקות אותן הפריך. מה המשמעות של הפרכת החזקות אם גם כשהצליח אדם לשכנע את המשיב כי יש לראות בו תושב, יוכל המשיב לראות בו כמי שמעמדו פקע, בכל נקודת זמן עתידית בה יחפוץ על יסוד אותן נסיבות שכבר נדונו? כן, היעדר כל משקל או רלוונטיות מבחינת ביהמ"ש לעובדה שהמשיב נמנע מלנמק את החלטתו לבטל את המעמד, להשיבו ולבטלו שוב, אף היא מרוקנת מתוכן את הדין הרואה בתנאים שנקבעו בתקנות חזקות בלבד. כיצד יוכל אדם שמעמדו נשלל להפריך את החזקות כאשר אינו יודע דבר היווצרותן? ונשוב למערער, כיצד יכול היה לדעת שהחזקות משנות ה-90 בדבר פקיעת מעמדו, אותן סתר בשנת 2000, קמו לתחייה בשלהי שנת 2008 (רק אז נודע לו כי יש בעיות עם מעמדו ולא נמסר לו ממת). ומשלא יכול היה לנחש מדוע התעוררו מחדש בעיות עם מעמדו, כיצד יכול היה לטעון כנגד ההחלטה לבטל את המעמד ואיזו הזדמנות ניתנה לו לנסות להפריך את החזקות עליהן לא ידע?

69. אם כן, מסתבר, כי המעמד שניתן למערער בשנת 2000, אף שנראה היה אמיתי, שהרי הרישיון ניתן באמצעות תעודת זהות, מגעו היה של תעודת זהות, ואף תמונת התושב נשקפה ממנו, היה רק מקסם שווא. במציאות הבלתי נראית, פקע הרישיון כבר שנים קודם. ניתן תמיד להעלות מן האוב, את אותן חזקות, שכבר נסתרו ונפתרו, ולהפקיע את אותו רישיון. מדי רגע מסוגל הרישיון להפתיע את תושבי ירושלים המזרחית בסגולותיו – כשהם מגלים שלמרות שהיה בידם רישיון, על בסיסו סברו כי הם תושבי קבע בארצם ומכוחו הסדירו מעמד ילדיהם, הרי שלמעשה הרישיון האמיתי, מת, נפח את נשמתו, או על פי המשיב פקע, פקע. כל השירותים שהקנה כל אותן שנים בהן סבר האדם לתומו כי הוא בעל מעמד בארצו, בעל רשות לחיות בביתו, לקבל טיפול רפואי, וכיוצא בזה – אין אלו אלא זכויות יתר מהן נהנה שלא כדין בעת פרפורי הגסיסה של הרישיון.

70. שלילת מעמדו של המערער על פי הרציונל המותווה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא ממחישה את העוולה בקביעת מציאות בה רק תושבי ירושלים המזרחית נדרשים לספק הסברים חוזרים ונשנים לשאיפותיהם האינדיבידואליות למימוש עצמי, לשהייה ולו למשך פרקי זמן קצרים בחו"ל לצורך משפחתי, לימודים או פרנסה, וכן לרצונם לשוב הביתה. רק הם יכולים למצוא עצמם שוהים בלתי חוקיים בביתם לאורך שנים – והם כלל לא ידעו זאת. כעת, על פי פסק הדין, רק הם

כפופים למגבלות קפריזיות, אשר עשויות אף לחול עליהם רטרואקטיבית. מעמדם כה רופף עד כי ניתן לבטלו בכל עת ללא עמידה בדרישות מינימליות המהוות מושכלות יסוד בהליך מינהלי, כגון, הודעה, הנמקה ומתן זכות טיעון.

71. בניגוד לקביעת ביהמ"ש הנכבד קמא, לא מאליו פקע המעמד, אלא על פי החלטתו היוזמה של המשיב. החלטה שבנובמבר 2011 אף הוא חזר בו ממנה. כפי שניתן לראות מהמקרה דן השלכות קביעה שגויה זו עבור תושבי ירושלים המזרחית וילדיהם הינן הרות אסון.

ו. המסגרת הנורמטיבית

72. מכוח סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, רשאי שר הפנים, לפי שיקול דעתו, לבטל רישיון ישיבה. הגם שסמכותו של שר הפנים רחבה באשר **למתן** רישיונות לישיבה בישראל, הרי שאין היא רחבה כלל ועיקר בנוגע **לביטול** רישיונו של מי שהינו כבר תושב ישראלי (והשוו גם בג"ץ 113/52 זקס נ' שר התמ"ס, פ"ד (1) 696, 700, בג"ץ 799/80 שללם נ' פקיד הרישוי לפי חוק כלי הירייה, פ"ד (1) 317, 327 וכן פרופ' דפנה ברק ארוז, הגנת הציפייה במשפט המנהלי, עיוני משפט יז 209, 242).

73. תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית אינם מהגרים. מעמד הקבע ניתן להם בדומה למעמד האזרחות, שניתן לפלסטינים-ישראלים בשנת 1948 בדין ולא בחסד: **"סמכות הביטול של שר הפנים אינה הופכת את ישיבת הקבע לישיבה בחסד. ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים ענייניים יש בכוחם להפעיל את סמכותו של שר הפנים"**. (עניין עוון, סעי' 9).

74. כללים באשר ליישום הסמכות לשלילת המעמד עוגנו בתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974. תקנה 11(ג) קובעת כי **"תוקפו של רישיון לישיבת קבע יפקע... אם בעל הרישיון עזב את ישראל והשתקע במדינה מחוץ לישראל"**. תקנה 11א מונה מצבים המקימים חזקה באשר לרכיב ההשתקעות במדינה מחוץ לישראל:

לעניין תקנות 10 ו-11 יראו אדם כמי שהשתקע במדינה מחוץ לישראל אם נתקיים בו אחד מאלה:

- (1) הוא שהה מחוץ לישראל תקופה של שבע שנים לפחות ובאשרה ורישיון ישיבת ארעי מסוג א/1 - שלוש שנים לפחות;
- (2) הוא קיבל רישיון לישיבת קבע באותה מדינה;
- (3) הוא קיבל את האזרחות של אותה מדינה בדרך של התאזרחות.

75. אין חולק כי החזקות המנויות בתקנה 11א, הינן **חזקות לכאורה**, כאשר ברשותו של התושב לשכנע כי חרף התקיימותן, למעשה לא השתקע מחוץ לישראל:

תקנה 11א לתקנות הנ"ל רק קובעת 'חזקות השתקעות', אם נתקיימה אחת העובדות המנויות בתקנה. חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי בעל הרישיון (בג"ץ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, תק-על 1614 (2) 95, פס"ד מיום 6.6.95, ההדגשה הוספה – ע.ל.)

76. במרץ שנת 2000 עיגן שר הפנים דאז, נתן שרנסקי, בתצהיר את מחוייבות המשיב להשבת מעמדו של אדם אשר שמר על זיקות לישראל או שב והשתקע בה, וכן למי שנגרע ממרשם האוכלוסין מבלי שהודע לו הדבר. זאת בעקבות בג"ץ 2227/98 **המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים ואח'**, שנסוב על הסטייה הרטרואקטיבית של המשיב ממדיניות הגשרים הפתוחים, אשר, בתמצית, עודדה את תושבי ירושלים המזרחית לצאת מירושלים ללא סיכון למעמדם. בסעיף 3.2. לנוהל 5.2.0018, אשר עיגן את תצהיר שרנסקי, ומסדיר את נושא השבת התושבות ובחינת שאלת השלילה נקבע, כי אין בתנאים שהוצבו ביחס למי שנשלל מעמדו בגין שהייה מחוץ לישראל לאורך 7 שנים, כדי לגרוע מהוראות

הדין המסמיכות את שר הפנים להפעיל את שיקול דעתו לשם בחינת השתקעות במקרה של רכישת אזרחות:

אין באמור לעיל, כדי לגרוע מהוראות הדין בכל הנוגע להתאזרחות ולרכישת רישיון ישיבת קבע מחוץ לישראל, ומשיקול דעת משרד הפנים בנוגע ליישומן לאור נסיבותיו האישיות ומכלול זיקותיו של הפונה.

כפי שיורחב להלן, המשיב פעל על פי רציונל זה כשהשיב למערער את מעמדו למרות רכישת האזרחות וזאת כבר בשנת 2000.

ז. המשפט הבין-לאומי

ז.1. מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית

77. על פי המשפט הבין-לאומי, חלים על השטח שנכבש וסופח לירושלים דיני התפיסה הלוחמתית. תושבי האזור הכבוש, על פי הדין הבין-לאומי, הם תושבים מוגנים. כתושבים מוגנים מוטלת על המעצמה הכובשת חובה להגן על זכויותיהם הן מתוקף חובות פרטניות, המעוגנות במשפט הבין-לאומי ההומניטארי (אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 ותקנות האג), והן מתוקף חובתה הכללית של המעצמה הכובשת לשמור על הסדר והחיים הציבוריים, המעוגנת בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907.

הפסיקה פרשה חובה פוזיטיבית זו של המעצמה הכובשת ככזו המחייבת אותה לדאוג לזכויותיהם ולאיכות חייהם של תושבי השטח הכבוש (בג"ץ 393/82 אלמעלמון נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(4) 785, 790-791 (1983) בעמ' 797-798; בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629 (1981); בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6 (1992); בג"ץ 493, 69/81 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 309-310 (1983)).

78. סעיף 49 לאמנת ג'נבה אוסר על המעצמה הכובשת לבצע כל סוג של "העברה בכפייה" של התושבים המוגנים. איסור זה הוא מוחלט, והוא תקף ללא קשר למניע, העומד מאחורי הכוונה לבצע העברה כפויה. סעיף 78 לאמנת ג'נבה מכיר, אמנם, בסמכותה של המעצמה הכובשת לנקוט בצעד של "ייחוד מגורים" לגבי תושבים מוגנים בתחום השטח הכבוש, ואולם זאת רק כצעד חריג והכרחי משיקולי בטחון. לפי הפסיקה, אי אפשר לנקוט בצעד שכזה, אלא אם כן הסכנה הבטחונית, הנשקפת מהאדם נגדו הוא ננקט, אינה ניתנת להסרה אלא באמצעות צעד זה. בכל מקרה אין לנקוט בצעד זה כאמצעי ענישה, אלא אך ורק כאמצעי מניעה (ר' בג"ץ 7015/02 עגורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002)).

79. החלת הדין הישראלי על תחום ירושלים המזרחית ועל תושביו אינה ממעטת מן ההגנות, שמעניק הדין הבין-לאומי ההומניטארי לתושבים. ככל שמדינת ישראל מבקשת לראות בירושלים המזרחית ובתושביה חלק מישראל, הרי שהיא בוחרת להחיל על ירושלים המזרחית ועל תושביה נדבכים נוספים של הגנה נורמטיבית. הדין הישראלי נושא בציקלונו הגנות חוקתיות משלו לזכויות יסוד, ואת התחייבויותיה של ישראל על-פי הוראות משפט זכויות האדם הבין-לאומי.

80. דברים אלה משליכים באופן ישיר על מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית. מעמדם של הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית ניתן להם על כורחם. המשמעות של סירוב לקבל מעמד היתה שלילת הזכות להמשיך ולהתגורר בבתיהם וסיכון בגירוש כפוי. ואכן, בראש ובראשונה מקנה רישיון הישיבה לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית זכות לשהות באופן קבוע בבתיהם וחסינות

מפני גירוש. זוהי אינה אשרת כניסה, כפי שניתנת למהגרים, שלא מכבר הגיעו לישראל (עניין עווד, בעמ' 429-430), אלא מעמד המעיד על מציאות החיים ונותן לה תוקף חוקי (שם, בעמ' 433).

ז.2. החובה לאפשר לתושבים מקומיים לחיות בארצם

81. הדין הבין-לאומי מכיר ברגישות היחסים שבין המעצמה הכובשת לבין התושבים המוגנים, הנמצאים תחת שליטתה, וקובע קווים מנחים. כך, בין היתר, תקנה 45 לתקנות האג אוסרת על המעצמה הכובשת להכריח תושבי שטח כבוש להישבע לה אמונים:

“It is forbidden to compel the inhabitants of occupied territory to swear allegiance to the hostile Power”.

82. בהעדר חובה להתאזרח, ברי כי הרישיון שניתן לתושבי ירושלים המזרחית אינו יכול לכלוא אותם בירושלים המזרחית או בישראל כתנאי לשימור מעמדם. תושבי ירושלים המזרחית – תושבים בעלי מעמד מיוחד – זכאים ככל אדם אחר לעזוב את ביתם ולשוב אליו, ללא שיסתכנו בכך שנסיעה לחו"ל או יציאה לשטחים, ואף רכישת מעמד במדינה אחרת, יובילו להפקעת זכאותם לשוב למולדתם.

83. הוראות הדין הבינלאומי מצדדות בזכותם של אנשים לשוב לארצם, הגם הם אינם אזרחי אותן מדינות:

84. סעיף 13(2) להכרזה האוניברסלית בדבר זכויות האדם (1948) קובע:

כל אדם זכאי לעזוב כל ארץ, לרבות ארצו, ולחזור לארצו.

85. סעיף 12(4) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), אשר אושררה ע"י מדינת ישראל בשנת 1991 (כ"א 1040) מוסיף וקובע:

לא תמנע באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא.

86. באשר לסעיף 12(4) ולעניין האורח השרירותי, קבעה ועדת זכויות האדם של האו"ם בפרשנותה המוסמכת להוראות האמנה, כי משמעות הביטוי כוללת פעולות חקיקה, פעולות מינהליות ושיפוטיות שעשו מדינות:

“In no case may a person be arbitrarily deprived of the right to enter his or her own country. The reference to the concept of arbitrariness in this context is intended to emphasize that it applies to all State Actions, legislative, administrative and judicial, it guarantees that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be reasonable”.
(The Human Rights Committee's General Comment 27, CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 of 2 November 1999, para. 21)

87. בהקשר שלנו, חשוב במיוחד הפירוש שניתן לצירוף "ארצו הוא" ("his own country"), אשר לא נבחר במקרה. ניסיונות שנעשו לצמצם ביטוי זה, כך שהזכות תעמוד רק לאותם אנשים שהם אזרחים במדינה אליה הם מבקשי לשוב, נדחו. זאת כדי שלא תמנע האפשרות גם מאנשים, שעל פי החוק הפנימי באותה מדינה אינם נחשבים כאזרחים בה, לשוב אליה. (ר' לעניין זה: H. Hannum, *the right to leave and return in International Law and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhof, 1987, p.56, ור' עוד, M.J. Bossuyt, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on the Civil and Political Rights*, (1987), 261).
88. הבחירה בנוסח הרחב, דהיינו "ארצו הוא" עולה בקנה אחד עם סעיף 21(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, ולפיו כל מדינה שהיא צד לאמנה מתחייבת להבטיח לכל אדם המתגורר בתחומה, והכפוף לשיפוטה את הזכויות שהוכרו באמנה זו, ללא אפליה מכל סוג שהוא.
89. למען הסר ספק, יש לציין כי הדעת הרווחת בקרב מלומדים היא כי הזכות לשוב על פי סעיף 12(4) לאמנה, היא זכות העומדת לפרטים ולא לקבוצות גדולות של אנשים, אשר גורשו או היגרו למדינה זרה כתוצאה ממלחמות או קונפליקטים.
90. מציאות החיים מזמנת אנשים לעבור להתגורר במדינות זרות, לתקופות שונות וממניעים שונים. אין ללמוד מכך כי ניתקו זיקתם לארץ מוצאם (ר' בהקשר זה: J. Page, S. Plaza, "**Migration Remittances and Development: A Review of Global Evidence**", *Journal of African Economies*, Volume 00, AERC Supplement 2, 245-336, ור' גם: P. Gustafson, "**International Migration and National Belonging in the Swedish Debate on Dual Citizenship**", *Acta Sociologica* 2005; 5; 48).

ח. ואלה נימוקי הערעור

ח.1. אי התקיימות החזקות המנויות בתקנה 11 לתקנות הכניסה לישראל

91. שגה ביהמ"ש בדונו בסעיף 18 לפסה"ד בחזקות המנויות בתקנה 11(א) לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974, תוך שהוא שב בזמן למהלך הדברים בשנות ה-90 אשר כבר נדון והוכרע ע"י המשיב בשנת 2000. ביהמ"ש לא דן בחזקות המנויות בתקנות הנקודת הזמן בה הצדיקו, לדידו של המשיב, גריעת המערער ממרשם האוכלוסין פעם נוספת בשנת 2006 ואילו באשר לחזקות שהתעוררו בשנות ה-90, אלו נדונו והוכרעו בשנת 2000 כאשר לאחר שראה את מעמדו של המערער כמעמד שפקע, החליט המשיב לראות במערער תושב קבע בדיוק על שום שכנועו בשמירת זיקות המערער על יסוד ראיות שהביא. בין היתר הציג המערער למשיב עובר לשנת 2000 תיעוד מלא אודות לימודיו לאורך השנים לתואר ראשון, שני ושלישי, נישואיו והגשת בקשה לאיחוד משפחות בישראל עבור אשתו.
92. כל הדיון בסעיף 18 לפסק הדין הינו דיון במצב עד שנת 2000. אלא שככל שהמעמד פקע בשנות ה-90, הרי שבשנת 2000 החליט המשיב לשוב ולראות במערער, לאחר בדיקה מקיפה של נסיבותיו. כיצד זה שינה המשיב את דעתו דווקא לאחר שנים בהן חי המערער בישראל באופן רציף עם אשתו וילדיו? ביהמ"ש קמא לא ראה בכך כל חשיבות בעניינו של המערער.
93. בעניין עווד, קבע כב' הנשיא ברק, כי המבחן המכריע לעניין ביטול מעמדו של תושב קבע הינו מציאות החיים, בפועל. מציאות זו צריכה להצביע, בצורה ברורה וחד משמעית, על כך שתושב הקבע ביקש לנתק את זיקת הקבע שלו עם ישראל וליצור זיקה חדשה עם מדינה אחרת. לא היא בעניינו.

אדרבא, מציאות החיים של המערער, הצביעה באופן ברור וחד משמעי על כך שהמערער לא ניתק זיקותיו מישראל.

94. יתר על כן, וכמפורט לעיל, לא זו בלבד כי לא התקיימה אף חזקה לפקיעת מעמדו של המערער בשנת 2006, כי אם עמדת ביהמ"ש הנכבד קמא קוראת תיגר על עצם המושג חזקה, כאשר עולה ממנה כי אין כל משמעות לסתירת החזקות וכי ניתן להפיח חיים רטרואקטיבית בחזקות שהופרכו, ללא הנמקה שתאפשר לדעת ולהתמודד עם קיומן הממוחזר.

ח. 2. שלילת תושבות בהלכות בית המשפט

95. טעה בית המשפט הנכבד קמא, עת לא יישם את ההלכות בעניין שלילת תושבות כפי שנקבעו עד היום וקבע, (למשל, בסעיף 21 לפסה"ד), כי החלטת המשיב עומדת במבחני הפסיקה.

96. בהתאם לדין בדבר החלה מצמצמת ומידתית של חוק או מדיניות הפוגעים בזכויות יסוד, הכיר בית המשפט הנכבד בשנים האחרונות בפגיעה העצומה הנגרמת כתוצאה מהקלות הבלתי נסבלת בה נגרעים תושבי מדינת ישראל מירושלים המזרחית ממשלם האוכלוסין ומגורשים ממולדתם ומביתם. בהתאם לכך, התווה בית המשפט שימוש מתון, וזהיר בסמכות לשלילת המעמד.

97. פסה"ד בעניין **עווד**, על פי לשונו ועל פי תכליתו, אמור היה "לשקף את מציאות החיים". מאז ניתן ועד היום, לא זו בלבד שלא שיקף את מציאות החיים, אלא הפך על פי פרשנות המשיב לכלי מינהלי-בירוקרטי דורסני וזורע הרס, לשינוי מציאות החיים ולמשחק נטול עקבות בחיי אדם. בעשרים השנים האחרונות שימשה הפרשנות שמעניק המשיב להלכת **עווד** מכשיר להפקעת מעמדם של אלפים ול"דילול" האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים המזרחית. פסה"ד בעניין **עווד** ניתן לפני 24 שנים, טרם אימצה ישראל אמנות בינלאומיות המחייבות אותה להגן על תושבי המדינה. פסה"ד דן במקרה פרטני, בו השתקע אדם מחוץ למדינת ישראל לאורך שנים ארוכות, רכש אזרחות אמריקאית, בנה את חייו בארה"ב, והגיע לישראל לאורך שנים כתייר. פסה"ד בעניין **עווד** לא עסק בשלילה למפרע של מעמד, כי אם בסמכות ישראל לגרש אדם שנכנס אליה **ושהה בה כתייר**. ברי, כי לו היה רואה המשיב את העותר בעניין **עווד** כתושב לאורך שנים, משיב לו את רישיון ישיבת הקבע, מסדיר את מעמד ילדו בישראל ומחדש פעמיים את תעודת זהותו, תוצאת פסה"ד על הנמקתה המשפטית היתה שונה בתכלית. ברי, כי לו היה משיב המשיב לעותר בעניין **עווד** את מעמדו מספר שנים קודם לכן, ומר **עווד** היה חי בישראל בסוברו, על פי החלטה שקיבל המשיב, כי הוא תושב לאורך 8 שנים תמימות, לא ניתן היה, על פי קביעת פסה"ד **עווד** לקבוע, כי למעשה לא היה תושב בכל אותן שנים.

98. ענייננו ממחיש אפוא באופן מובהק וברור כיצד נעשה שימוש חסר רסן בפסק הדין **עווד**, עד הפך מעמד התושבות להפקר. אין עסקינן ביישום פשטני של פסה"ד **עווד**, כפי שביקש ביהמ"ש הנכבד קמא לתאר את פני הדברים, כי אם פסק דינו של ביהמ"ש קמא יוצק לתוך עניין **עווד** משמעות מרחיקת לכת שלא נודעה בו.

99. בעע"ם 5829/05 **דארי נ' משרד הפנים** (20.9.2007), שב בית המשפט וחזר בנסיבות אותו מקרה על דבר תחולת חוק הכניסה לישראל והתקנות שהוצאו מכוחו על מעמד תושבות הקבע של תושבי ירושלים המזרחית ועל יישומם בנושא שלילת התושבות, אולם ציין בטרם חתימה:

אין במסקנה זו כדי לחתום בהכרח את הגולל על הטענה שיש להבחין בין מי שקיבל מעמד של תושב קבע מכיוון שנולד בישראל (או בשטח שהפך להיות חלק מישראל) וגדל בה לבין מי שקיבל מעמד של תושב קבע לאחר שהיגר לישראל. על העתקת מרכז חיים ניתן ללמוד ממכלול זיקות וקשרים, שאף אחד מהם אינו מהווה מבחן ממצה.

ההבחנה בין מצב בו תושב ישראל מקיים זיקה כלשהי למדינת אחרת לבין מצב בו הגיעה זיקה זו לרמה של ניתוק קשר התושבות עם ישראל אינה תמיד פשוטה (ראו בהקשר שונה, ע"פ 3025/00 הרוש נ' מדינת ישראל, פ"ד נד (5) 111, 124). במסגרת השקילה והאיזון בין הנתונים והזיקות השונות, אפשר ויש משקל גם לשאלה מהו הבסיס שעליו נשען הרישיון לישיבת קבע. מכל מקום, שאלה זו אינה צריכה הכרעה בענייננו ועל כן אותיר אותה בצריך עיון.

100. ודוקו, כי לא בעניין דארי, לא בעניין עווד ולא באף מקרה אחר דובר על שלילה רטרואקטיבית, חוזרת, מחמת אותן הנסיבות בגינן נשלל המעמד בעבר והושב לתושב, באופן ששב והחזיק ברישיון לישיבת קבע לאורך שנים. לשלילה מעין זו התוודענו רק במקרים בהם נמצא כי הרישיון ניתן או הושב על יסוד פרטים כוזבים או תוך הסתרת מידע מהמשיב. אין כל חולק כי אין זהו המקרה דכאן.

ח.3. השתקעות מחוץ לישראל – פרשנות מצמצמת

101. תושבי ירושלים המזרחית מעולם לא ביקשו לרכוש בישראל מעמד, כי אם קיבלו, בעל כורחם, את סיפוחם, יחד עם השטח, שאחרת היו נדונים לגירוש ונישול מבתיהם ואדמותיהם. חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952, חוקק זמן רב טרם סיפחה מדינת ישראל את ירושלים המזרחית לישראל, ועל כן לא נועד במקורו לחול על הסיטואציה המורכבת של תושבי ירושלים מדורי דורות, אשר נראה שהמדינה חפצה באדמתם אך לא בהם.

102. לאחר מתן פסה"ד בעניין דארי אימץ ביהמ"ש את נקודת המוצא האנושית המתבקשת והמובנת מאליה, הנותנת משקל למעמד ומצבם המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית כמעמד שאינו כמעמדו של כל תושב אחר, אשר נכנס לישראל כזר ורכש כאן מעמד, ודאי וודאי שאינו כשל מהגרים שבאו לישראל. לנסיבותיהם המיוחדות כמי שאמהותיהם ואבותיהם התגוררו בירושלים המזרחית לפני סיפוחה לישראל, יש השפעה על הדין החל לגביהם. בהתאם לכך נקבע בשורה של פסקי דין כי יש להשיב את מעמד התושבות ולבטל את החלטת הפקיעה גם במקרים בהם התגורר התושב מחוץ לישראל תקופות העולות על 7 שנים ואף רכש מעמד מחוץ לישראל, באם עלה מהנסיבות כי האדם לא ניתק זיקותיו מישראל ואף במקרים בהם לא ניתן לומר לבטח כי חל ניתוק אשר הוביל להתפוגגות המעמד.

103. בעת"מ 457/06 אבו חאג' נ' שר הפנים (4.5.07) התגורר העותר מספר שנים בארה"ב, רכש אזרחות אמריקאית ובהמשך התגורר מספר שנים בסעודיה, בה עבד. בשונה מענייננו, למשיב לא היה ידוע לאורך השנים על רכישת האזרחות של העותר, וזאת עד לשנת 2006. מייד עת נודע למשיב מפי העותר על רכישת האזרחות, הודיע לו המשיב, כי תושבותו פקעה וכן איפשר לו להציג טענותיו בתוך 45 יום על מנת להפריך את חזקת הפקיעה. ניתן לראות כבר בנקודה זו שוני מהותי מענייננו, בו לא ניתנה הודעת פקיעה, לא ניתנה כל הנמקה ולא ניתנה למערער האפשרות להעלות טענותיו כנגד שלילת מעמדו, אלא לאחר שהתגלה לו דבר השלילה במקרה שנים מאוחר יותר. אולם, השוני המהותי לא נעצר בנקודה זו, עיקרו בעובדה שבענייננו של המערער דן היה המשיב מודע לרכישת המעמד, שלל מהמערער את מעמדו והשיבו בהליך שהתנהל בשנת 2000. מאז ועד למועד גריעת המערער שלא בידיעתו ממרשם האוכלוסין בשנת 2006, התגורר המערער ברציפות בישראל כתושב קבע. בעניין אבו חאג', בו התנהלה העתירה תוך כדי מגורי העותר מחוץ לישראל (בסעודיה) במשך למעלה מארבע השנים, הוחלט בסופו של יום, כי ניתן למערער מעמד זמני לשנתיים בסיומן יוחלט בעניין תושבות הקבע שלו.

104. בעת"מ (י-ם) 279/07 מחסן נ' שר הפנים, (16.1.08) בו שהה עותר במדינה מחוץ לישראל במשך כ-31 שנה, קיבל אזרחות אמריקאית ושב להתגורר בישראל, קבע בית המשפט, כי כאשר אדם עבר להתגורר במדינה זרה, ואף קיבל בה מעמד, עדיין אין הדבר מעיד בהכרח, כי השתקע מחוץ לישראל. ביהמ"ש הגדיר בעניין מחסן את הזכות לתושבות, כדלקמן: "מדובר בשלילת זכות בסיסית של העותר שהיא הזכות לתושבות, הכוללת בין השאר את זכותו של העותר להתגורר במקום בו נולד, יחד עם משפחתו". (סעיף 59 לפסה"ד). מסקנת ביהמ"ש בנסיבות עניין מחסן, בהן נמסר לעותר בסמוך למועד שלילת התושבות דבר גריעתו ממרשם האוכלוסין וזאת לאחר שעוד קודם לכן נכנס לישראל כתייר: "לאור נסיבות אלה, החלטנו של המשיב כי תושבתו של העותר פקעה – החלטה שהתבססה בעיקרה על התקיימות החזקות המנויות בתקנה 11(א) לתקנות ולא על בחינת נסיבות חייו המיוחדות של העותר – אינה סבירה. העותר הוכיח כי למרות התקיימות החזקות, הוא מעולם לא ניתק את הקשר עם ישראל, וזיקתו החזקה ביותר היתה ונותרה לארץ". (שם, סעיף 75) קביעות אלה יפות מקל וחומר במקרה דנן, בו עבר המערער הליך השבת תושבת כבר בשנת 2000, ובמועד ביטול מעמד בשנת 2006, חי בישראל משך שנים כתושב קבע.

105. בעת"מ (י-ם) 8141/08 הדרה נ' מנ"א בירושלים המזרחית, (12.11.2008), התגורר תושב ישראל מירושלים בארה"ב משך למעלה מ-7 שנים ורכש בה מעמד של קבע. נקבע כי "חרף התקיימות בעותר של נסיבות המקימות חזקת השתקעות בארה"ב – משך השהייה בארה"ב וקבלת רישיון לישיבת קבע בה - אין לראות בעותר כמי שהעתיק את מרכז חייו". בית המשפט הנכבד קבע, כי הואיל ומשפחתו של העותר הוסיפה להתגורר בישראל, ובשל שובו להתגורר בישראל שקדמה להגשת העתירה – לא ניתק העותר את זיקותיו לישראל. לפיכך, נקבע כי אין לראות בעותר כמי שרישיונו לישיבת קבע בישראל פקע. בית המשפט הנכבד פסק, בצטטו מן ההלכה שהתגבשה בנושא:

קיומו של מרכז חיים בישראל הוא פועל יוצא של מציאות חיים, אך מציאות חיים זו עשויה להשתנות, שאז "...בעל רישיון לישיבת קבע עלול לאבד את רישיונו אם המציאות משתנה כך שמבחינה אובייקטיבית אין הוא עוד תושב הארץ... על העתקת מרכז חיים ניתן ללמוד ממכלול זיקות וקשרים, שאף אחד מהם אינו מהווה מבחן ממצה" (עע"מ 5829/05 דארי נ' משרד הפנים, לא פורסם, 20.9.07). בין מכלול הזיקות האמורות, יש למנות גם את משך השהייה במדינה זרה, כמו גם קבלת רישיון לישיבת קבע באותה מדינה. לעניין זה קובעת "תקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל ... 'חזקת השתקעות', אם נתקיימה אחת העובדות המנויות בתקנה, אך חזקה זו ניתנת לסתירה על ידי בעל הרישיון..." (בג"צ 7023/94 שקאקי נ' שר הפנים, לא פורסם, 6.6.95). "משמעותה של סתירה החזקה הנה הצגת הוכחה משכנעת מצד בעל הרישיון לכך שחרף התקיימות אחד או יותר מהאירועים המנויים בתקנה 11א, מרכז חייו נותר בישראל... (עת"מ (י-ם) 457/06 אבו חאג' נ' שר הפנים, לא פורסם, 4.5.07). (שם, סעיף 41).

בין היתר, התייחס ביהמ"ש בעניין הדרה, לעובדה שבשנים שקדמו להגשת הבקשה שב העותר והשתקע בישראל, כהיבט המעיד: "בבחינת סוף מעשה במחשבה תחילה, כי שהייתו בארה"ב הייתה זמנית ובדעתו אכן היה לחזור לישראל". (שם, סעיף 9).

בדומה לעניין הדרה בענייננו, שכנע המערער את המשיב כבר בשנת 2000, כי חרף קיומן של החזקות זיקותיו נתונות לישראל. בהתאם לכך השיב לו המשיב את מעמדו כתושב קבע. לאחר השבת המעמד ועובר למועד הפקעתו בשנית, התגורר המערער בישראל, בה הקים את ביתו, ובה נולדו שלושת ילדיו.

106. בעת"מ 666/05 (י-ם) נסרין זידאן נ' שר הפנים (9.3.06), קבע בית המשפט במפורש כי אין לבטל מעמד, כאשר התושב יצא מישראל על מנת לרכוש השכלה אקדמאית. זאת גם כאשר מדובר בלימודים לא רציפים, אשר במקביל להם נרכש מעמד בארה"ב:

בחנית עובדות המקרה מלמדת כי העותרת שוהה שנים רבות בארצות-הברית וכי מכוח נישואיה היא קיבלה תושבות קבע שם. עם זאת, בחנית הנתונים העובדתיים מעידה כי אין מדובר, בשלב זה, בניתוק מוחלט וסופי של הקשר עם ישראל וקיימת הצדקה לשוב ולבחון את נסיבותיו של המקרה בחלוף תקופת זמן נוספת. מדובר בעותרת שעברה להתגורר בארצות-הברית עם בעלה לצורך לימודיו של הבעל לתואר שני ושלישי וכן לצורך לימודיה שלה. מהתעודות שהציגה העותרת עולה כי בחלק ניכר מהתקופה היא היתה סטודנטית ולמדה באוניברסיטה בארצות-הברית. אכן, העותרת עשתה הפסקה בלימודים ללידת בתה, אולם כפי שהצהירה יש בכוונתה לחזור לספסל הלימודים.

יציאת אדם לצרכי לימודים, גם אם לתקופה ממושכת, כפי שארע במקרה שבפנינו, אינה מעידה בהכרח על ניתוק מוחלט של הקשר עם ישראל ובנסיבות אלה מן הראוי שהמשיב יבדוק פעם נוספת את עניינה של העותרת לאחר תקופה נוספת ועל בסיס נתונים עדכניים שתציג בפניו העותרת. ראוי לציין כי, במהלך השנים, שמרה העותרת על קשר עם ישראל ובתקופת חופשותיה מלימודים, היא ביקרה בישראל. בכל הנסיבות האלה מן הראוי כי המשיב יבחן את עניינה של העותרת פעם נוספת. (סעיפים 7 ו-8 לפסה"ד. ההדגשות הוספו – ע.ל.).

יוער, כי בעניין זידאן, נישאה העותרת לאזרח אמריקאי, רכשה מעמד בארה"ב, והגישה את העתירה בעוד היא מוסיפה להתגורר מחוץ לישראל עם משפחתה. בענייננו, לאחר קבלת מעמד ברוסיה עבר המערער הליך השבת מעמד בישראל, מאז ועד למועד שלילת מעמדו התגורר בישראל בלבד, הקים בישראל משפחה חדשה עמה חי כאן, שלושת ילדיו מנישואיו השניים נולדו בירושלים. ודאי שלא ניתן לטעון כלפי המערער "בצורה ברורה וחד משמעית", כי ניתק את קשריו לישראל באופן מוחלט וסופי.

107. בעניין התאזרחות התייחסה כב' השופטת נאוה בן אור בעת"מ (ירושלים) 20173-05-10 עבד נ' משרד הפנים (20.2.2011):

שיקול הדעת של המשיב הינו רחב ביותר... כך גם רשאי הוא לשיקול במכלול שיקוליו את עובדת התאזרחותו של המבקש במדינה זרה... עם זאת, בבית המשפט הובאה הדעה, כי כשמדובר במי שכבר היה בידו רישיון לשיבת קבע, ובאופן מיוחד מי שרישיון כזה היה בידו בהיותו תושב מזרח ירושלים שנולד בישראל (או בשטח שהפך להיות חלק מישראל), אין להוציא מכלל אפשרות כי אמת המידה בעניינו צריכה להיות מקלה יותר, במובן זה שיינתן לעובדה האמורה משקל מיוחד, והנטל שיוטל על המבקש, הגם שהנו נטל משמעותי יסקף "את המורכבות המשפטית ומציאות החיים הייחודית של תושבים אלה".

בענייננו, נשקלו במכלול שיקולי המשיב הרכיבים השונים של נסיבות המערער כשהוחלט להשיב לו מעמדו בשנת 2000 ולא ניתן כב- Déjà vu, לנמק את ההפקעה החוזרת שוב בקיומם של אותם רכיבים ממש. הטעמים בגינם נטען ע"י המשיב ובית המשפט הנכבד קמא, כי פקע המעמד, ככל שהם יפים ומוצדקים, כבר נדונו והוכרעו בשנת 2000 ואין בהם כדי להוריד או להעלות לעניין ההחלטה לבטל את מעמד המערער בשנית ולגרוע את פרטיו ממרשם האוכלוסין בשנת 2006.

108. בעניין זרינה עליו התבסס, באופן שגוי לטעמו של המערער, ביהמ"ש הנכבד קמא (ר' למשל סעיף 26 לפסק הדין), קבלה בתה של תושבת ירושלים מעמד בישראל, אף כי חיה בגדה המערבית כל חייה ועד לבגירותה. המערער באותו עניין שבה לישראל עם בגירותה וביקשה את השבת המעמד בטענה, כי

לא היה מקום לבטלו בעודה קטינה וכי היא עומדת בתנאי הנוהל אשר גובש על יסוד תצהיר שרנסקי. בעניין זרינה, נדונה אפוא שאלת דיני השבת המעמד בנוגע לקטינים ובין היתר ניתח ביהמ"ש את לשון תצהיר שרנסקי בהקשר זה, עניין שכלל לא עלה בענייננו. ודאי שלא עסק אותו עניין בנסיבות בהם כבר הושב המעמד והתבקש לבטלו בשנית רטרואקטיבית. האספקט המשותף בין שני המקרים הוא שאלת נפקות המניעה הביטחונית. היות ובעניין זרינה נקבע במסגרת הערעור כי המעמד פקע כדין ועל כן אין להשיבו בהינתן מניעה ביטחונית ישירה, אזי ככל שיש לעניין זה נפקות הרי היא הפוכה מכפי שביהמ"ש הנכבד קמא ביקש לייחס לה, הואיל ובעניין זרינה, לאחר הגשת עתירה לדיון נוסף נקבע הסדר לפי יושב למערערת מעמדה הארעי ולאחר שנה יושב לה מעמד הקבע – וזאת חרף אישור עצם השלילה/פקיעה במסגרת הערעור ולמרות קיומה של מניעה ביטחונית ישירה.

ח.4. הסתמכות וסופיות

109. המטריה בה אנו עוסקים הינה מצב, בו הרשות המנהלית קיבלה החלטה מושכלת, על בסיס נתונים מלאים בעבר, וכעת היא מבקשת להתנער מאותה החלטה. אין בסיס משפטי להתנערות זו, וההלכה והפסיקה המושרשת בעניין סופיות המעשה המנהלי ואינטרס ההסתמכות מורים בברור, כי דין ההחלטה להתבטל.

110. בבג"ץ 2778/11 קוסנוביץ נ' הוועדה למינוי שופטים (1.12.11) עסק לאחרונה בית המשפט העליון בשינוי החלטת הרשות. שם נאמר:

הנחת המוצא הינה כנגד חזרת הרשות מהחלטתה (ראו, דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א' 373 (2010). ערכו הרב של אינטרס ההסתמכות של הפרט על מעשי הרשות – אינטרס הכרוך בעקרון הסופיות – הוא המוביל לכך שנדרש אינטרס ציבורי משמעותי או שינוי נסיבות אשר יצדיקו חזרה שכזו מהחלטה (בג"צ 159/84 שאהין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור רצועת עזה, פ"ד (לט) 1, 309, 335-336 (1985); בג"ץ 5760/93 פלונית נ' הרץ פ"ד (נ) 4, 194, 202 (1995); זמיר, בעמ' 1396). מהלכה זו נובע גם שהדיון המשפטי בטענה כנגד החלטת הביטול אינו תחום רק לשאלת הסמכות, כי אם נוגע גם לסבירות שיקול הדעת שהפעילה הרשות המינהלית באיזונה בין אינטרס ההסתמכות של הפרט לבין האינטרס הציבורי שמנגד (ברק-ארז, בעמ' 374, 393).

111. ובעניין מעמד, נאמרו הדברים הבאים בבג"ץ 1884/02 דימיטרוב ואח' נ' שר הפנים (16.8.10):

לאור מעמדה הרם של הזכות לאזרחות, לא יוכלו ראיות פחותות משקל לשמש בסיס לשלילתה של זכות זו. כדבריו של השופט מצא בענין מוצ'ניק:
"שלילת תעודת עולה ואזרחות שכבר הוענקו נעשית לאחר שהסתיים ההליך המינהלי, ולפיכך גורמת לפגיעה קשה ביותר באינטרס ההסתמכות והציפייה. לכן נדרשות לביסוסה ראיות מינהליות חזקות במיוחד" (ענין מוצ'ניק, בעמ' 280). (ראו גם בג"צ 3615/98 נימושין נ' משרד הפנים, פ"ד (נד) 5, 780, 787 (2000); ענין מלבסקי, בעמ' 704; ענין מקסימוב, בעמ' 930-931; כן ראו בג"צ 4504/05 סקבורצוב נ' השר לבטחון פנים, פסקה 16 (לא פורסם, 4.11.2009), להלן: ענין סקבורצוב).

112. פסקי הדין בעניין האזרחות עסקו במצב של מסירת פרטים כוזבים, או חוסר בנתונים, במקרה דנן, לא נטען לפרטים כוזבים, או אף הסתרה ולפיכך אינטרס ההסתמכות והסופיות חזקים אף יותר.

113. זאת ועוד, ההגנה של אינטרס הסופיות וההסתמכות ניתנת, לא רק ליכויות מוקנות, אלא בנסיבות מסויימות, אינטרס ההסתמכות עומד בפני עצמו, והמעשה המנהלי עצמו מקים זכות שיש להגן עליה. (ראו, בג"צ 5496/97 מרדי נ' שר החקלאות, פ"ד מה(4) 540, 552 (2001); ראו גם רע"א

7678/98 קצין התגמולים נ' דוקטורי (לא פורסם, 20.6.2005), סעיף 20 לפסק דינה של השופטת פרוקציה).

114. מקרה בו ניתן משקל מכריע לאינטרס ההסתמכות, הינו, למשל, עת"מ 787/06 הייפא תמימי נ' שר הפנים (7.10.07). במקרה זה, העותרת התגוררה מחוץ לישראל במשך 17 שנה. כעשר שנים לאחר ששבה לישראל, נודע לה ע"י המשיב במעבר גשר אלנבי כי מעמדה נשלל שנים רבות קודם לכן. נקבע, כי יש להשיב לעותרת את מעמדה כתושבת קבע מהיום בו נשלל וזאת על פי הוראת תצהיר שרנסקי לגבי מי שלא נמסר לו דבר שלילת מעמדו. החלטת ביהמ"ש נומקה בין היתר על יסוד הסתמכותה של העותרת לאורך השנים על ההתייחסות אליה כאל תושבת:

המשיב שב וטעה בעניינה של העותרת במשך שנים. העותרת הסתמכה על המצג שיצרה התנהלותו. היא הכתה שורשיה כאן וקבעה את מרכז חייה בישראל בלי לדעת כי מדובר בטעות. נוהל שרנסקי, המאפשר בנסיבות מסוימות לראות במי שרשינו פקע כמי שחזר וקיבל רשיון לישיבת קבע בישראל, חל אמנם רק על מי שנגרע ממרשם האוכלוסין משנת 1995 ואילך. ואולם, נוהל זה איננו בגדר חוק או תקנה, כי אם הנחיה מינהלית. הלכה היא כי אם בנסיבות של מקרה מסוים קיימים שיקולים עניינים המצדיקים סטייה מן ההנחיות, הרשות רשאית לעשות כן (בג"צ 389/80 דפי זהב בע"מ נ' רשות השידור, פ"ד לה(1) 421, 429 (1980)). לפיכך נוהל שרנסקי אינו שולל מן המשיב את שיקול דעתו ויכולתו להביא בחשבון נסיבות חריגות, אשר במקרה זה מקורן בהתנהלות מוטעית מצד המשיב. בנסיבות חריגות אלה, יהא זה בלתי סביר להתעלם מהמצב המיוחד אליו נקלעה העותרת ולדחות את בקשתה להשבת רשיונה. (סעיף 14)

115. בעניין תמימי החליט ביהמ"ש בהמשך לדברים האמורים כי יש להשיב לעותרת את רשיון הקבע שלה. זאת ללא כל התניה בבדיקות כאלה או אחרות. גם בענייננו, הסתמך המערער לאורך 8 שנים על השבת מעמדו בשנת 2000. בענייננו הסתמכות המערער אינה מתבססת אך על ההתייחסות המשיב אליו כאל תושב, ואינה נובעת מטעות, אלא הסתמכותו נובעת מהליך השבת תושבות שהסתיים בשנת 2000, במהלכו ניתן לו מחדש מעמד הקבע, ובהמשך לכך בשנת 2000 ובשנת 2004 חודשה תעודת הזהות שברשותו, בשנת 2005 נרשם בנו כתושב קבע במרשם האוכלוסין, וחודשה תעודת היוצא שלו מס' פעמים, כאשר לאורך כל הדרך נכנס ויצא מישראל כתושב ישראלי תוך קבלת אשרות על גבי דרכונו הרוסי. התנהגות המשיב כלפי המערער אינה רק בגדר הבטחה מינהלית, כי אם מדובר במעשה מינהלי שהסתיים - השבת תושבות, אותה מבקש המשיב לשלול למפרע.

116. בעת"מ (י-ם) 1540/09 וזוהי נ' שר הפנים, (5.9.2010) כחלק מהעיקרון המורש של אינטרס ההסתמכות, נקבע, כי עצם הנימוק שנמסר להצדקת לשלילת התושבות מחייב את הרשות, והיא אינה יכולה לסטות ממנו לאחר מכן. כך נקבע בעניין וזוהי:

דומה, כי גם בעניין זה [הנימוק לשלילת התושבות - ע.ל.] מבקשת כיום ב"כ המשיב לבצע "פניית פרסה" ולחזור בה מן המצג המפורש שהוצג בפני העותר במכתב הנ"ל ואשר לעותר נוצר אינטרס הסתמכות על פיו. גישה זו אינה מקובלת עליי, היא עומדת בסתירה למושכלות יסוד של כללי הדין המינהלי לגבי הסתמכות הפרט על מצגה של הרשות ובית המשפט לא יתן לה יד.

ומקל וחומר אנו למדים, שאם הנימוק לשלילת התושבות מחייב לאחר מכן את הרשות ואין לסטות ממנו, הרי שהאקט עצמו של השבת התושבות מחייב את הרשות, והיא אינה יכולה, ככלל, לסטות ממנו. הוא מחייב כלפי אותו אדם וכלפי כולי עלמא.

ח.5. הפרת כללי הצדק הטבעי - משמעות העדר הודעה, שימוע והנמקה

117. אחד מ'בכים הראשוניים של שלטון חוק הוא יידוע התושב אודות הליך המתקיים בעניינו, אודות תוצאות אותו הליך ומתן אפשרות לתושב להיות שותף להליך. בעניינו של המערער החליט המשיב בחדרי-חדרים ואת החלטתו החביא משך תקופה ארוכה במגירתו (או במאגר הנתונים הממוחשב שבידו). משמעות פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא הינה ביטולן המוחלט של זכויות אינהרנטיות הטבועות במשפט הצדק: הודעה בדבר ההחלטה, הנמקה, שימוע לפני קבלת ההחלטה, וקבלת החלטה כשהיא חפה מטעמים זרים. נפרט.
118. ההלכה קובעת חובה להודיע מראש לנפגע על ההחלטה שבדעתה של הרשות לקבל, ולפרט את העובדות, המידע והשיקולים עליהם היא נסמכת. חובת גילוי היסודות העובדתיים עשויה לחייב את גילוי הראיות, עליהן מתכוונת הרשות להסתמך בקבלת החלטתה הפוגעת באדם. כל זאת – לפני קיום השימוע, על מנת שידע האדם למה להתייחס, כך שהשימוע יתמלא בתוכן ממשי. ראו בג"ץ 656/80 אבו רומי נ' שר הבריאות, פ"ד לה(3) 185, 189; ראו גם דברי השופט גולדברג בבג"ץ 4914/94 טרנר נ' מבקר המדינה ואח', פ"ד מט(3) 771 בעמ' 790.
119. בהתאם לסעיף 9(ב) לחוק תיקון סדרי מנהל (החלטות והנמקות), התשי"ט – 1958 (כפי שתוקן בתיקון מס' 4, התשנ"ה – 1995), ביטול רשיון ישיבה של מי ששוהה כדין בישראל מחייב מתן הנמקה.
120. בהיעדר הודעה על שלילת המעמד בזמן אמת, ובהיעדר הנמקה להחלטה, מטבע הדברים, לא יכול היה המערער להעלות טענותיו כדבעי בפני המשיב, כפי שנאמר בבג"ץ 111/53 קאופמן נ' שר הפנים, פ"ד ז 534, 541: "את טענות הצד שכנגד אפשר לסתור רק כשהן ידועות עם ספינקס אי אפשר להתווכח". ור' גם בג"ץ 412/79 אל אסעד נ' שר הפנים פ"ד לד(1) 505, עמ' 513.
121. בהתאם לכך, גם על פי מדיניות המשיב, כפי שמסר אודותיה למוקד להגנת הפרט ביום 12.7.11 במקרה של קבלת מעמד במדינה זרה "ממציא התושב ראיות משלטונות אותה מדינה. כל המסמכים, בין אם שהמציא התושב בעצמו ובין אם לבקשתנו, נבדקים על כל ההיבטים; תוקף, קטינות, מצב אישי וכו' בהתאם לנסיבות המקרה". (סעיף 5 לתשובת הממונה על חוק חופש המידע למוקד להגנת הפרט מיום 12.7.11) והרי זהו בדיוק האופן בו נבחן עניינו של המערער בשנת 2000, עת התקבלה החלטה לראות בו כתושב קבע. ודוקו, כי עמדת המשיב כפי שנמסרה ע"י הממונה על חוק חופש המידע עומדת בניגוד לעמדת המשיב בדיון בעתירה נשוא הערעור דנן בדבר פקיעה אוטומטית.
122. לעומת זאת, בשנת 2006 לא התקיימו אף לא אחד מהמרכיבים הנודעים בכללי הצדק הטבעי, בפסיקה ובהצהרת מדיניותו של המשיב, טרם נגרע המערער ממרשם האוכלוסין. המשיב לא טרח לברר את העובדות בדבר מרכז חייו של המערער בשנת 2006 ואילו בירורו בשנת 2000 הוביל להשבת המעמד.
123. כמתואר לעיל, במקרה שבפנינו לא מצא המשיב לנכון להמתין עם ביטול המעמד עד למיצוי זכות הטיעון של המערער והזדרז ראשית לשלול ממנו מעמדו. המשיב לא מצא לנכון להלום את המהירות בה נשלל המעמד עם מהירות דומה במסירת הודעת דבר השלילה. המשיב לא טרח מעולם להודיע למערער באופן רשמי על שלילת מעמדו בארצו, לא כל שכן לנמק את החלטתו האגרסיבית. זאת בניגוד, לעמדתו הפורמלית המפורשת של המשיב כפי שנמסרה ביום 12.7.2011 ע"י הממונה על חוק חופש המידע, לפיה הוא מודיע על דבר הפקיעה ומאפשר לתושב שהות של 45 יום להעלות את טיעונו בנושא. ר' למשל, גם הודעת המשיב לעותרים למשל, בעניין עמר עליאן ועניין אבו חאג'.

124. אין חולק היום על זכותו של תושב לשימוע בעניין ביטול רישיונו לשיבת קבע. כך גם מתחייב מההלכה הפסוקה. ראו למשל: בג"ץ 3/58 ברמן ואח' נ' שר הפנים, פ"ד יב 1493; ראו עוד סדרה של פסקי דין שניתנו בשנת 1997: בג"ץ 3210/97 אוליוור נגד שר הפנים ואח', תקדין 97(2) 262; בג"ץ 3124/97 אימן ואח' נ' שר הפנים, תקדין 97(2) 360; בג"ץ 3125/97 יוסף ואח' נ' שר הפנים ואח', תקדין 97(2) 681. גם בפסקי הדין בעניין נסרין זידאן והדרה הנזכרים לעיל, נערך שימוע לעותרים, שמעמדם בוטל. ר' והשוו, עת"מ 1063/09 עמר עליאן נ' משרד הפנים (8.3.09), שם הסתבר שההודעה המאפשרת לעותר לממש את זכות הטיעון בנוגע לטענה כי תושבותו פקעה חזרה בדואר. נקבע כי פרק הזמן של 45 יום שניתן לעותר במכתב לשם מימוש זכות הטיעון טרם קבלת ההחלטה, לא חלף, וכי פרק זמן זה עומד לעותר. ר' בעניין זה גם את עע"מ 1038/08 מ"י נ' געאביץ (11.8.09), המתייחס לחשיבות זכות השימוע ביחס לביטול הליך איחוד משפחות עם זרים תושבי שטחים אשר נטען כי עומדת כנגדם מניעה ביטחונית – הדברים יפים ודאי מקל וחומר את עסקינן בתושבי המדינה, טרם ההחלטה להסירם ממרשם האוכלוסין. בעניין געאביץ נפסק:

ככל שהמדובר במקרים שבהם לא ניתן שימוע מוקדם וניתנה החלטה, ככלל היא מקום לשוב וליתן שימוע ולקבל החלטה מחודשת בעקבותיו, בכפוף לאמור מעלה.

ר' ההלכה שנקבעה עוד בבג"ץ 2911/94 באקי נ' מנכ"ל משרד הפנים ואח', פ"ד מח(5) 291, 305, בו נפסק:

כי רשות מוסמכת, שמוטלת עליה חובת שימוע, חייבת לקיים את השימוע לפני ההחלטה. לא עשתה כן, ואפילו הציעה לקיים שימוע לאחר קבלת ההחלטה, הפרה את חובת השימוע.

125. זכות השימוע גוברת בחיוניותה, כשעומדת הרשות לשלול מעמדו של אדם וכרוכה בכך פגיעה בחירותו בשל סיכוני המעצר והגירוש. השוו דברי כב' השופט אור במקרה של ניסיון הגירה במרמה, עקב נישואין פיקטיביים, בבג"ץ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים ואח', פ"ד מט(3) 274, בעמ' 280:

עד שיבוא שר הפנים להחליט על ביטול אשרת עולה, ביטול אזרחות וגירוש אדם מן הארץ, צריך שהתשתית העובדתית שלפניו תהיה מלאה ככל שניתן, וזכות הטיעון שתיתן למי שמבקשים לגרוש – תמוצה (הדגש לא במקור – ע.ל.).

126. אכן, בהתאם לכללי הצדק הטבעי והנחיות בית המשפט, הורה המשיב על קיומם של הליכי שימוע (ר' לעניין זה, למשל: תשובת המשיב בבג"ץ 3122/97 דרוויש נ' שר הפנים; פסק-הדין בבג"ץ 3120/97 מקארי נ' שר הפנים (10.6.1997)). בפועל, פעמים רבות, ובהן המקרה של המערער, שולל המשיב את רישיונות הישיבה ללא הליכי שימוע. כך למשל, בשנת 2007 מתוך 229 מקרים בהם נשלחו הודעות על שלילת תושבות, נערכו 11 שימועים בלבד וגם זאת רק "למגישי העררים ולעותרים". מכאן ניתן להבין, כי גם אז, מדובר בשימועים בדיעבד בלבד. ר' העתק מענה המשיב מיום 13.4.2010 בהתאם להסכמת הצדדים בעת"מ (י-ם) 8476/08 המוקד להגנת הפרט נ' שר הפנים:

<http://www.hamoked.org.il/files/2010/112360.pdf>

127. במסגרתו של בג"ץ 2797/11 קרעין ואח' נ' שר הפנים נדונה עתירתם העקרונית של המוקד להגנת הפרט והאגודה לזכויות האזרח בנושא עוולת שלילת התושבות, הודיעה המדינה:

"מכל מקום, המגמה הכללית לאורך השנים נשמרת והיא שימוש זהיר ומבוקר בסמכות משרד הפנים להודיע לצורך מתן זכות טיעון ובחינת העובדות הצריכות לענין, למי שלכאורה פקעה תושבותו, כי משרד הפנים שוקל לגרעו מן המרשם" (סעיף 43 לתגובת המדינה מיום 29.2.12. הדגשה שלי – ע.ל.).

128. כיצד מתיישבת ההודעה בעניין **קרעין** עם עמדת ביהמ"ש הנכבד קמא לפיה, די בהיוודעות התושב במקרה ובדיעבד על שלילת מעמדו ובשימוע בדיעבד, כדי לעמוד בכללי המינהל התקין הנחוצים לשם גריעת אדם ממרשם אוכלוסין? זאת, מבלי שניתן טעם לכך בזמן אמת, לא כל שכן במסגרת העתירה. עמדת המשיב ובית המשפט הנכבד קמא בעניין דן עומדת בסתירה חדה להודעת המשיב לביהמ"ש בעניין **קרעין**.

129. זאת ועוד. כיצד ניתן לראות בשינוי החזית הרטרואקטיבית של המשיב מהחלטתו בשנת 2000, "שימוש זהיר ומבוקר בסמכות"? הלא, משמעות פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא הינה מתן אור ירוק למשיב לפתוח מחדש להכרעה מקרים רבים ברי פוטנציאל שלילת תושבות לדעת המשיב, בהם נקבע בעבר, כי מעמדו של אדם לא פקע או כי יש להשיב לאדם את מעמדו או להימנע משלילתו. על פי פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא, חילופי פקידים, שינוי במצב רוח אישי או לאומי או סתם איוושת גלים תוביל להחלטה רטרואקטיבית שהנמקתה, כי המעמד פקע מזמן – "בנקודת זמן מוקדמת יותר" (סעיף 24 לפסה"ד) אשר מועדה המדוייק חסר משמעות. אכן ביהמ"ש הנכבד קמא מצא כחסרי משמעות רכיבים רבים בהליך שלילת המעמד. כך לגבי הודעה מוקדמת. כך לגבי שימוע הקודם לגריעה ממרשם האוכלוסין. כך לגבי מתן הנמקה, מסירת הטעמים שהובילו לגריעה בנקודת זמן מסוימת. כך לגבי הטעמים שהובילו להשבת המעמד או לאי הגריעה בנקודת זמן אחרת. הכל בטל בפני ההתרחשות העצמאית של התפוגגות המעמד.

130. על פי המשיב, וכפי שהתקבל ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא, מעמדם של תושבי ישראל מירושלים המזרחית, ניתן להפקעה בקלילות, ללא התרעה, ללא שימוע, ללא הנמקה, ללא הודעה על דבר השלילה, בכל נקודת זמן ואף רטרואקטיבית.

131. למערער לא ניתנה הזדמנות לשמיעה מוקדמת טרם שלילת מעמדו, לא נמסר לו דבר הפקעת מעמדו וגריעתו ממרשם האוכלוסין, גם משגילה באקראי כי איננו תושב בהגיעו לגשר אלנבי למעלה משנתיים מאוחר יותר ומשפנה למשיב בנושא כל שטרם המשיב לכתוב הוא כי המערער חדל להיות תושב וכך גם בנו – ללא הנמקה שהיא. משחזר המכתב הלאקוני למשיב מחמת כתיבת כתובת שגויה, לא טרח הלה לשולחו בשנית – משל מדובר בעניין כה זניח עד כי לא זו בלבד, כי אין חשיבות לידע את התושב (לשעבר) אודותיו, כי אם גם כשהתושב פונה ומבקש תשובות אין כל חובה לזכותו במענה ולו הקמוץ ביותר.

132. התוצאה, על יסוד החלטה שהתקבלה שלא כדיון, תוך הפרת כללי יסוד מכללי הצדק הטבעי, היא שלילת הזכויות להן זכאי המערער כתושב, הותרתו נטול מעמד בעולם, ללא זכויות, בהיעדר יכולת להסדיר את מעמדם של ילדיו הקטינים במולדתו – וחמור מכל, ללא יכולת לקבל טיפול חיוני מציל חיים. במקרה טראגי זה, עלול המערער בחוליו, לשלם בחייו את מחיר החלטתו הפזיזה והפגומה של המשיב אשר אושרה וזכתה לעידוד ע"י ביהמ"ש הנכבד קמא.

ט. אין להתלות את ההכרה במעמד בעמדת השב"כ

133. יש להבחין בין מקרה של השבת מעמד אשר נשלל כדיון, בו אין חולק כי יש מקום לבדיקות ביטחוניות, לבין מקרה בו בוטלה החלטה לפיה המעמד פקע, בו נמצא כי המעמד שריר וקיים, לפחות משנת 2000 ועל כן אין מקום לכל מבחן ביטחוני או אחר.

134. המערער לא הכיר בבקשתו בחוקיות ההודעה משנת 2006 בדבר פקיעת תושבותו. מהות בקשתו לא הייתה השבת תושבות בגין אירועים שהתרחשו לאחר פקיעתה אלא ביטול החלטה לפיה המעמד פקע, החלטה שהתקבלה ללא ביסוס בדיון ועל כן מלכתחילה לא היה מקום לקבלה. בהודעת המשיב

למערער מספטמבר 2011 נאמר באופן כללי שהבקשה נבדקה ואושרה. לא נאמר כי רישיון ישיבת הקבע מוחזר למערער דווקא מכאן ואילך, ולא נשללה אף לא אחת מהטענות שפורטו בבקשתו. טענות שלא נשללו גם בתשובת המשיב לעתירה. במצב דברים זה ובמיוחד נוכח מצבו הזועק של המערער מחד, ומאידך, הדרך נטולת רמז ליישום כלל מינהלי כלשהו בו הילך המשיב בהפקעת התשובות, אין לראות בהחלטה אלא כקבלת טיעוני המערער וביטול ההפקעה הבלתי חוקית. גם ללא קשר להחלטה האחרונה של המשיב, הוסבר לעיל, מדוע שלילת התשובות בשנת 2006, הייתה שלא כדין ודינה בטלות. משכך, הרי שלא היתה כל סמכות ולא היתה סיבה להכפיף את ההכרה במעמדו לבדיקות שב"כ. ביטול הודעת ההפקעה מעיקרה משמעו כי המערער הינו תושב, שאינו כפוף לבחינות כאלה ואחרות לצורך השבת מעמדו. על כך ר' והשוו עת"מ 311/06 מוניר נ' שר הפנים ואח', (21.8.08), בסעיף 4.

י. הסירוב לראות במערער תושב במצבו מטעם עקיף לוקה בחוסר סבירות משווע

135. למעלה ומעבר לצורך יודגש: כנגד המערער ישירות מעולם לא הועלתה כל טענה ביטחונית. המערער מקדיש את כל כוחותיו הדלים למאבק על חייו. המערער סובל ממכאובים עזים. הוא מתקשה לצעוד למעלה מדקות ספורות. הוא מתקשה לדבר, לזכור ולהתרכז ואף לנשום. כיצד הוא יכול לפגוע בביטחון המדינה? אכן המשיב אינו טוען כי המערער עצמו פוגע בביטחון המדינה אלא שהמניעה הביטחונית נובעת מקשריו בלבד. המערער מודע לבעיות ביטחוניות שנטענו בעבר כנגד אחיו ובהווה כנגד אחיה של אשתו (האשה מקבלת היתרי שהייה בישראל לשם ליווי לבית החולים), הוא אף נזכר כי בעבר הוא תושאל בשדה התעופה ובתחנת נווה יעקב בדבר עובדים שונים שעבדו בתחנת הטלויזיה הרוסית בה עבד בעבר.

136. גם אם היתה הצדקה לקבלת עמדת גורמים, הרי שהחלטה לבטל מעמד של אדם שאינה עומדת בתנאי הדין ושלא להשיבו גם משנמצא שהמעמד בוטל באופן מוטעה, ללא יסוד חוקי, ושנשוא ההחלטה חולה אנוש - כל זאת בשל טעם ביטחוני עקיף, קשריו של אדם, ולא מעשיו, הינה בלתי סבירה באופן קיצוני:

ב"כ המשיב טוענת בהקשר זה, כי "משעה שניצב בידי גורמי הביטחון מידע עדכני - כבענייננו - הצביע על קשר עקיף של קרוב משפחה של העותר לארגון טרור, נדרשת בחינה זהירה ושקולה של בקשתו להמשך שהייתו בארץ ושדרוג מעמדו בה". אולם, מדובר בטענה כללית שאינה מסבירה את העיכוב שנפל בטיפול בבקשה במקרה זה.. (עת"מ 413/03 סעדה נ' מנהל מינהל האוכלוסין במזרח ירושלים, בסעיף 10).

קביעתו של בית המשפט בפסה"ד סעדה כי יש לשדרג את מעמדו של העותר, במקרה בו דובר בתושב זר מהשטחים, אשר לגביו נטען כי קיים מידע בטחוני עדכני, יפה על אחת כמה וכמה במקרה שלפנינו, בו מדובר על תושב ישראלי, שמלכתחילה לא היה מקום לשלול את מעמדו, ואשר כנגדו, ישירות, מעולם לא הועלתה טענה ביטחונית או אחרת.

137. בבג"ץ 7444/03 דקה נ' שר הפנים (22.2.2010) (להלן: פס"ד דקה) נקבע באלו נסיבות רשאית הרשות המוסמכת לסרב להיתר איחוד משפחות לבן זוג תושב האזור, מטעמים של קרבת משפחה בין בן הזוג לבין אדם המהווה סיכון בטחוני, דהיינו טעמים עקיפים - בנסיבות בהן אין מידע ביטחוני על מעורבות ישירה שלו בפעילות נגד ביטחונה של ישראל:

... במתח הקיים בין ערך ביטחון החיים לבין זכויות אדם אחרות, ובכללן הזכות למשפחה, גובר שיקול הביטחון רק מקום שישנה הסתברות קרובה לוודאות, כי אם לא יינקטו אמצעים מתאימים הכרוכים בגריעה מזכות אדם, כי אז עלול שלום הציבור להיפגע באופן ממשי.

נטל השכנוע בדבר קיום הסתברות לסיכון ביטחוני במידה המצדיקה גריעה מזכות אדם מוטל על שכם המדינה ... על המדינה לשכנע כי ההסתברות לסכנה לשלום הציבור ניצבת ברמה גבוהה המגיעה, למצער, כדי הסתברות קרובה לוודאות, וכי ההגנה מפניה אינה אפשרית בלא פגיעה בזכות אדם. (פיסקאות 15-16. ההדגשה הוספה – ע.ל.).

138. בפסקה 41 לפס"ד דקה, מחייב בית המשפט את משה"פ להבדיל בין סיכון ישיר וסיכון עקיף:

... הסיכון הקיים ממבקש היתר, שכל כולו נובע מקשריו המשפחתיים עם גורמים הקשורים לטרור, הוא עניין מורכב, הנתון להערכת הסתברויות, ומחייב הפעלת שיקול דעת זהיר. את הסיכון העקיף יש לאמוד בזהירות, ולייחס לו אך את משקלו היחסי הראוי, ולא יותר מכך. יש להיזהר מהסקת מסקנה גורפת לפיה כל מבקש היתר, בעל קשר משפחתי למי שקשור לפעילות טרור פסול, מניה וביה, מאיחוד משפחות. יש לבחון את מידת ההסתברות במקרה הקונקרטי כי מבקש היתר עצמו יהיה נתון להשפעה ולחץ של בני המשפחה, ויהפוך בכך מקור סיכון ביטחוני ישיר.

139. מבחינת הסיכון העקיף, קובע בית המשפט בעניין דקה, כי יש להיעזר ב"נתונים אובייקטיביים",

כגון: נתון בדבר שהות ארוכת שנים בישראל, אשר חרף קשרי משפחה לגורמי טרור, לא עלה כל מידע שהוא, על מעורבות כלשהי מצדו של אותו אדם בפעילות נגד ישראל. נתון כזה עשוי להפריך, ולו לכאורה, חזקה של מניעה ביטחונית עקיפה.

140. בעניין דקה נפסלה החלטת המשיב על אף מידע ביטחוני משמעותי ועוצמתי בעניין בני משפחתה של

מוזמנת זרה מהשטחים בהליך איחוד משפחות (על טיבה החמור של המניעה הביטחונית העקיפה, ר' סעיף 7 לפסה"ד). בענייננו, אין המדובר בזר, אלא באדם, שנולד וחי בישראל כמעט כל חייו המבקש להוסיף לחיות בביתו ובארצו בזמן שנותר לו, להתמודד עם מחלתו הקשה בכבוד כשהוא מוקף בבני משפחתו האוהבים – הוריו, אשתו וילדיו, וכאשר נודע לו על שלילת מעמדו בדיעבד לאחר שחי בישראל מתוקף רישיון לישיבת קבע משך 8 שנים, מאז הושב לו מעמדו, לאחר שנדונו אותן הנסיבות ממש בגינן נשלל מעמדו בשנית. בעניין דקה נדונה גם סוגיית ההסתמכות כמרכיב אשר משפיע על נקודת האיזון בהחלטה שלא ליתן מעמד מטעמים ביטחוניים:

נראה, כי ניסוח זה מצביע על כך כי במסגרת האיזון הנדרש בין הערכים הנוגדים, ינתן משקל רב יותר לאינטרס הציפיה של בני זוג שכבר זכו להתאחד בישראל, ומבקשים להמשיך באיחוד זה, לעומת בני זוג שבקשתם להתאחד טרם אושרה עובר למועד הקובע. לצורך הוראת המעבר הראשונה, הצדקה חוקתית לפגיעה בזכות למשפחה כאשר ניתן היתר בעבר לאיחוד המשפחה ומבקשים את הארכתו מותנית בקיום אינטרס ביטחוני בעל עוצמה מיוחדת. לגבי מי שטרם הותרה כניסתו עובר למועד הקובע, עשויה להידרש מניעה ביטחונית בעלת עוצמה פחותה כדי להכשיר סירוב למתן היתר על-פי הוראת המעבר השניה. (שם, סעיף 30)

היבט ההסתמכות לעניין מאזן השיקולים ודאי חזק במיוחד שעה שאדם הינו תושב קבע ולא זר המבקש מעמד וכאשר המשיב החליט להשיב לאדם את מעמדו כתושב קבע, שמונה שנים טרם נודע לו דבר השלילה החוזרת הנסמכת, כך מסתבר, על אותן נסיבות נושנות שכבר התבררו לפני שנים. ההסתמכות ודאי גוברת כאשר המשיב נמנע מלמסור ובהמשך לנמק דבר ההחלטה שלא לראות במערער תושב ומשהנחה אותו להתמודד עם השלילה העלומה כעבור שנתיים – לאחר למעלה מעשור שנות ישיבה בישראל.

141. אכן, לשמירה על הביטחון יתכן מחיר, אשר יכול שיכלול גם פגיעה מידתית בזכויות אדם. דא עקא,

כי לא כל חשש לשמירת הביטחון מצדיק פגיעה חריפה, וודאית, וגורפת, שאין ממנה חזרה. פגיעה כזו אינה מידתית, חוסר סבירותה זועק.

יא. רמיסת זכויות יסוד

142. שגה בית המשפט הנכבד קמא, עת לא שקל את סבירות החלטת המשיב, לאור הפגיעה בקשת הזכויות של המערער, אדם חולה סרטן במצב סופני, הנרמסות כתוצאה מהחלטתו הבלתי מנומקת והבלתי מבוססת של המשיב – החלטה שלמעשה כבר בוטלה, אך הוכפפה לבדיקת גורמים שאינה רלוונטית ביחס למי שהחלטה כי מעמדו פקע בטלה מיסודה.

יא.1. קדושת החיים

143. בג"ץ 2098/01 פלוני נ' פקידת סעד ואח', ניסוב על עניינו של נער סמוך לבגרותו, חולה סרטן, אשר סירב לקבל טיפול כימותרפי בשל הכאבים והסבל הרב שטיפול זה הסב לו. כב' המשנה לנשיא (כתפקידו אז) אלון מתאר בפסק דינו את מאמצי בית המשפט לשכנע את הילד להסכים להמשך הטיפול מרצונו. הסכמתו (הזמנית) של הנער פטרה לבסוף את בית המשפט מלדון בגופן של שאלות משפטיות הנוגעות "לערכי יסוד של חופש האדם מחד גיסא וטובת האדם מאידך גיסא, והאיזון בין ערכים אלה".

144. בפרשת **יעל שפר** שוב עלה בחריפות טראגית הניגוד בין ערכי יסוד, הנוגעים לקדושת החיים ולחופש הבחירה. המסקנה של בית המשפט הנכבד, מפי כב' המשנה לנשיא (כתפקידו אז) אלון, התבססה על זכויות היסוד לחיים ולכבוד על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, כשמשמעותן נבחנת לאור מקורות ישראל, ביניהם החובה לרפא והחובה להתרפא בעולם ההלכה והערך העליון של האדם שנברא בצלם. "נרה עדיין בוער ומאיר לכל מי שמצוי בקרבתה. בתנאים אלה, ובמצאות זו, קדושת חייה של יעל, גם במצבם הסופני, היא הערך הבלעדי והקובע, וכל התערבות ופגיעה בהם עומדת בניגוד מוחלט לערכים של מדינה יהודית ודמוקרטית". (ע"א 506/88 **יעל שפר, קטינה, באמצעות אמה נ' מדינת ישראל**, פ"ד מ"ח (1), 87, 196).

145. גם נרו של המערער, מ' אבו דיאב בוער ומאיר לכל המצוי בקרבתו. כל מבוקשו הוא להתמודד במאבק המכאיב אל מול מחלתו בתנאים מינימליים ומבלי שמדינתו תאבק בו ותגזול ממנו במקביל, את כל האמצעים הנדרשים לבן אנוש כשאסון תוקף אותו.

146. אין עימות במקרהו של המערער בין ערכי היסוד של מדינת ישראל בדבר כבוד האדם וקדושת חייו ובין חירותו או חופש הבחירה. והינה במקרה של המערער המדינה אינה מתערבת על מנת להגן על ערך האדם וקדושת חייו "משום האינטרס שלה בשימור החיים, בהגנה על החלש, על החסוי ועל הקטין" (כדברי כב' השופטת שטרסברג-כהן ברע"א 5587/97 **היועץ המשפטי לממשלה נ' ב' אכר (קטין) על-ידי הוריו ואפוטרופסיו הטבעיים**, פ"דנא (4) 830, 866).

147. אדרבה, מסכנים המשיב ובית המשפט הנכבד קמא במודע את סיכויי הריפוי ולמצער, הארכת החיים של אדם חולה, על ידי כך שהם מסרבים לראות בו תושב, על שום קשריו, תוך התעלמות מהשלכות ההחלטה על סיכוייו של המערער להתגבר על מחלתו.

148. התנהלות זו של המשיב ופסק דינו של ביהמ"ש קמא אשר אישר אותה עומדים בניגוד לחובה של כל רשות מרשויות השלטון, כפי שחוקקה בסעיפים 4 ו-11 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, להגן על חייו, על גופו ועל כבודו של אדם.

149. מעניין לראות בהקשר זה את נוהל מס' 5.2.0038 בדבר "טיפול בבקשה לעיכוב הרחקה/מתן מעמד זמני מטעמים רפואיים", לפיו אין לגרש זר השוהה שלא כדין בישראל, אם ימצא כי לא יזכה לטיפול רפואי בארץ מוצאו ואף במקרים מסוימים יש ליתן לו מעמד זמני:

מטרת הנוהל:

סעיף 2 לחוק זכויות החולה, תשנ"ו 1996 – קובע" מצב חירום רפואי – נסיבות שבהן אדם מצוי בסכנה מיידיית לחייו או קיימת סכנה מיידיית כי תיגרם לאדם נכות חמורה בלתי הפיכה, אם לא יינתן לו טיפול רפואי דחוף."

מטרת הנוהל הינה לקבוע אפשרות לעכב הרחקה / לתת מעמד זמני לשוהה בלתי חוקי, הנתון במצב חירום רפואי כהגדרתו בחוק, ועד לייצוב מצב רפואי, במסגרת אשפוז במוסד רפואי מוכר.

150. בענייננו קורה אבסורד, כאשר המערער, שאיננו זר, אינו זכאי למעמדו ולביטוח בריאות בארצו שלו, וזאת גם לאחר קבלת החלטה לפיה לא היה כל מקום לשלול את מעמדו. נוהל 5.2.0038 מצ"ב לעתירה וסומן שם ע/8.

151. ור' גם סעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות חברתיות ותרבותיות, 1966 (אושרה ע"י מ"י ביום 3.8.91) המחייב את המדינה לנקוט בצעדים ליצירת תנאים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה. ודוקו, שכפי שצוין גם בדיון בעתירה היות והמערער אינו מתגורר ברוסיה אין הוא זכאי בה לביטוח בריאות המכסה טיפול רפואי במחלת הסרטן. יצוין, עוד כי דרכונו של המערער אינו בתוקף מזה שנה וחידושו אורך כחצי שנה. מעבר לכך, המערער נתמך ע"י משפחתו, הוריו, אשתו ושלושת ילדיו, אשר הוא מבקש להיות לצדם בכל רגע שנותר לו. ודאי הם אינם יכולים ואינם מורשים לעקור כולם לרוסיה. בכל מקרה במצבו מזהירים רופאיו מפני טיסה. (ר' מסמך רפואי אשר צורף לבקשה לסעד זמני ולקיום דיון דחוף). עוד יצוין, כי בתו מנישואין קודמים של המערער עברה להתגורר בגרמניה, כך למערער אין כל אדם קרוב ברוסיה.

2.א. הזכות לחיי משפחה

152. התנהלות המשיב כמפורט לעיל, אשר אושרה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא פוגעת בזכותו של המערער למעמד בארצו וכפועל יוצא מכך להחרבת זכותו החוקתית לחיות כדין בארצו ובביתו לצד אשתו וילדיו. זכותו של כל אדם להינשא ולהקים תא משפחתי הינה זכות יסוד בשיטתנו המשפטית, שאין לפגוע בה, ואשר נגזרת מזכותו של כל אדם לכבוד. בבג"ץ 7052/03 **עדאלה** – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (14.5.06) שדן בעניין חוקתיותו של חוק האזרחות והכניסה לישראל, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הנשיא ברק, אשר היה בדעת מיעוט ביחס לתוצאה הסופית של פסק הדין, סיכם, בהסכמת שמונה מתוך אחד עשר השופטים שישבו בדיון, את ההלכה שנקבעה בפסק הדין לעניין מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל:

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל. (פסקה 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

153. קביעת הזכות לחיי משפחה כזכות חוקתית, קביעה שאושרה בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש (11.1.12) גוררת אחריה את הקביעה, כי כל פגיעה בזכות זו צריכה להיעשות בהתאם לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – רק משיקולים כבדי משקל. זאת בהסתמך על תשתית ראייתית מוצקה המעידה על שיקולים כאלה.

154. היום, כשהוא חולה אנוש, זקוק המערער במיוחד למימוש חיי משפחתו בביתו ובארצו. לא פחות מטיפול רפואי, אותו אין הוא זוכה לקבל, נזקק המערער לתמיכת משפחתו ולידיעה כי ביכולתו להבטיח את מעמדה ושלומה של משפחתו הקרובה.

יא.3. זכויות הילדים – הפגיעה בי', _____ ו _____

155. הכרעת פסק דינו של ביהמ"ש קמא המאשרת את החלטת המשיב שלא לבטל את החלטת ההפקעה, רק על שום עמדת גורמים עקיפה, פוגעת באופן אנוש בשלושת ילדיו הקטנים-י', _____ ו _____.

156. מעמדו של הילד י', ילדי שנת 2005, נשלל, ללא הסבר, בכפיפה אחת עם מעמדו של אביו, אף כי אין חולק כי י' נולד בירושלים ומתגורר בה כל חייו. יצוין כי בעניינו של הילד י', בהתאם לקבוע בפסק הדין, מוגשת בימים אלו השגה נפרדת לוועדת ההשגה.

157. מעשה שלילת מעמדו הבלתי מוצדק של האב משבית כל היבט נורמטיבי של חיי המשפחה. טובת ילדיו הקטנים של המערער נפגעת קשות. ראשית, חיי אביהם עומדים בסכנה של ממש, משלא ניתן מענה רפואי למחלתו עקב שלילת המעמד. שנית, ללא מעמד לאב, נותרים גם הילדים שנולדו וחיים בירושלים כל חייהם ללא מעמד, הילד י', כאמור, נושג ממעמדו, טובתם של הילדים נפגעת אנושות מכך - על כל רובד ורובד של עקרון טובת הילד. לשלילת התושבות ובעקבותיה אי הסדרת מעמד בני משפחתו של המערער גם השפעה נפשית אשר נזקיה בהקשר זה למערער החולה, לאשתו וילדיו בלתי הפיכים. על החרדה העוטפת אותם ממילא מתווספת גם אימה עמוקה הנובעת מאי הביטחון שהילדים יוכלו להמשיך לחיות בביתם ובארצם. בכל אלה יש כדי לגרום לנזק חמור ובלתי הפיך לילדים. המשיב מפר בגסות את הדין הבינלאומי והישראלי ואת הוראות האמנה לזכויות הילד, ומתעלם מהשיקול של טובת ילדי המערער, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

158. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו. הזכות של ילדים קטינים לחיות לצד הוריהם הוכרה כזכות אלמנטרית וחוקתית ע"י בית המשפט העליון. ראו: דברי השופט גולדברג בבג"ץ 1689/94 הררי ואח' נ' שר הפנים, פ"ד נא (1) 15, בעמ' 20, מול האות ב.

159. האמנה בדבר זכויות הילד קובעת שורה של הוראות המחייבות הגנה על התא המשפחתי של הילד. כך נאמר במבוא לאמנה:

[המדינות החברות באמנה זו] משוכנעות כי המשפחה, כקבוצת יסוד לחברה וכסביבה טבעית להתפתחותם ורווחתם של כל בניה, ובפרט הילדים, מן ההכרח כי יובטחו לה הבטחה וסיוע, ככל הנדרש, באופן שתוכל לשאת במלוא אחריותה בתוך הקהילה [...]

[...] הילד לשם פיתוח אישיותו המלא וההרמוני, מן הראוי כי יגדל בסביבה משפחתית באוירה של אושר, הבנה ואהבה [...].

סעיף 3(1) לאמנה קובע:

**בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה
סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מינהל
או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה....**

160. הוראות האמנה בדבר זכויות הילד זוכות להכרה הולכת וגוברת כמקור משלים לזכויות הילד וכמדריך לפרשנות "טובת הילד" כשיקול על במשפטנו: ראו ע"א 3077/90 פלונית ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(2) 578, 593 (כב' השופט חשין); ע"א 2266/93 פלוני, קטין ואח' נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, בעמ' 232-233, 249, 251-252 (כב' הנשיא דאז שמגר); דנ"א 7015/94 היועץ המשפטי לממשלה נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 66 (כב' השופט דורנר); בג"ץ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 98(3) 443) בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

4.א. רמיסתן עד זק של זכויות נוספות – חוסר הישע שבהתמודדות עם מחלה ממארת ללא מעמד

161. להחלטת המשיב השלכות קשות וחמורות על חיי המערער בקשת זכויות נוספות. המערער נותר ללא מעמד בביתו, ובארצו, בהיעדר אפשרות, במצבו, לחיות במקום אחר. המערער חולה אנוש, אינו זכאי לביטוח בריאות ובשל כך אינו מקבל את טיפול לו הוא זקוק להתמודדות עם מחלת הסרטן המכלה בו.

162. זכויות של המערער לחירות ובטחון נפגעות שכן, בהיעדר מעמד, נתון המערער בכל עת למעצר ולגירוש. חופש התנועה של המערער נפגע, באשר ללא מעמד, אין הוא יכול לנוע מחוץ לביתו ללא עיכוב. במצבו של המערער היבט זה עשוי לסכן את חייו של המערער אשר נאלץ לנוע תדיר בין ביתו לבין בית החולים, אוגוסטה ויקטוריה, בו ניתן לו טיפול מינימלי.

163. המערער, חסר הישע בחוליו, אינו יכול (ואף ללא מעמד אינו מורשה) לעבוד ולהתפרנס. המערער אינו זכאי לזכויות סוציאליות אשר יבטיחו את שלומו ושלומו משפחתו בזמנים קשים אלו אליהם נקלעו. בני המשפחה חיים בעוני מרוד בתנאים תברואתיים קשים, בצפיפות ועליבות.

164. כבודו של המערער כאדם נפגע משמנעת ממנו תשתית בסיסית לקיום אנושי לצד משפחתו ברגעים השפופים ביותר אליהם נקלע אדם בחייו.

165. כאשר הוחלו החוק והמשפט הישראלי על ירושלים המזרחית, הוחלו עמם גם עקרונות השוויון, כבוד האדם וחירותו. בבוא המשיב להפעיל את סמכותו לביטול תושבות הקבע של המערער ובבוא ביהמ"ש הנכבד קמא להפעיל ביקורת שיפוטית על החלטת המשיב, מחובתם היה לתת את המשקל הראוי לזכויות האדם של המערער, כתושב קבע של המדינה מירושלים המזרחית ובראשן הזכות לחיים עצמם. החלטת המשיב, כמוה פסק דינו של ביהמ"ש הנכבד קמא עומדים בניגוד לעקרונות של מדינת חוק, לערך השוויון ולכבוד האדם.

**"כעת רק מחבקים.
מחבקים את החי.
מסגלים לצודו
בדילוג הלב בלבד"¹.**

166. לא, לא, לא!

167. לא ניתן להשלים עם גזרת פסק דינו של בית המשפט קמא על המערער ועל תושבי ירושלים המזרחית.

168. המקום שבו יש לפרוס טיעונים משפטיים בנוגע למה שכה ברור אל העין ואל הלב, עלוב הוא לקורא ולכותב.

169. הפגיעה בכבודו ובקדושת חייו של המערער, הפגיעה בילדיו כה קיצונית היא, משפילה, ואכזרית. הפגיעה היא עמוקה והרסנית גם כלפי תושבי ירושלים המזרחית אשר מעמדם, כפי שעולה מפסק הדין נשוא הערעור, הינו שברירי ונידף, נתון במסע בלתי פוסק בחלל ובזמן, לסמכות המשיב להפקיעו למפרע שוב ושוב בשל אותן הנסיבות.

170. החלטת המשיב אשר אושרה בפסק דינו של בית המשפט הנכבד קמא, מבטאת כשל מוסרי וקהות חושים לזכויות אנושיות בסיסיות ובראשן הזכות לחיים.

171. על פסק דינו השגוי של ביהמ"ש הנכבד קמא להתבטל.

172. הדין והמוסר גם יחד מחייבים השבת מעמד תושבות הקבע של המערער ללא דיחוי נוסף.

עדי לוסטיגמן, עו"ד
ב"כ המערערים

ירושלים, היום, 29.4.2012

¹ חי, מאת ויסלבה שימברוסקה, מתוך שלהי המאה, הוצאת קשב לשירה, עמ' 74.