

אבו מיאלה זיאד

ע"י ב"כ עו"ד סופי טיקוצקי
רחוב החבצלת 12 ג', ת.ד. 850, ירושלים, 91008
טלפון: 02-6221611; פקס: 02-6235277

המערער

-נגד-

המוסד לביטוח לאומי

ע"י ב"כ עוה"ד ר. חן ו/או ו. מנסור גבארין ו/או ר. ניסים ו/או
מ. אבירם ו/או ד. ירושלמי ו/או י. קונה ו/או ה. אהרוני בן שימול ו/או
צ. רטר ו/או ע. רישין נקש ו/או ג. בחוס ו/או ב. קמינסקי ו/או
ס. עבאסי
רחוב פל-ים 8, חיפה, 33095
טלפון: 04-8544781; פקס: 04-8134931

המשיב

עב"ל 14782-11-16

1. מחמד עדנאן בקרי
2. בקרי הייתם
3. גהאד אלבקרי
4. עדנאן בקרי
5. זינאלדין בקרי

ע"י ב"כ עו"ד סורחי סאמר
רחוב אל רשיד 7, בנין אהראם
ת.ד. 66181, ירושלים, 91511
טלפון: 6277087; פקס: 6277017

המערערים

- נגד -

המוסד לביטוח לאומי

ע"י ב"כ עו"ד ארנה רוזן-אמיר ו/או עו"ד רועי קרת ו/או אח
משדרות וייצמן 13, ירושלים 91909
טלפון: 02-6709351; פקס: 02-65110010

המשיב

היועץ המשפטי לממשלה

באמצעות ב"כ עו"ד מהמחלקה למשפט העבודה בפרקליטות המדינה
רחוב מח"ל 7, מעלות דפנה, ירושלים 9149301, ת"ד 49333
טל': 073-3928129; פקס: 02-5419660

מתייצב להליכים

עמדה מטעם היועץ המשפטי לממשלה

בהתאם להחלטות בית הדין הנכבד, ובהמשך להודעות בדבר התייצבותו להליכים, מתכבד בזאת היועץ המשפטי לממשלה להביא את עמדתו בשאלות שהגדיר בית הדין הנכבד והנוגעות לזכויות המערערים בשני ההליכים בהתאם לחוק הביטוח הלאומי (נוסח משולב), התשנ"ה-1995 (להלן: "החוק" או "חוק הביטוח הלאומי"), ולחוקים נוספים שהמשיב (להלן גם: "המוסד לביטוח לאומי" או "המוסד") מופקד עליהם.

א. פתח דבר

1. שלוש סוגיות הציב בית הדין הנכבד בשני ההליכים שבכותרת, שבהן ביקש את התייחסותו של היועץ המשפטי לממשלה:

א. מדיניות המוסד לביטוח לאומי, שגובשה לאחר דיון במשרד המשפטים, ואושרה על ידי בית דין נכבד זה, שלפיה במקרה שבו הבית ממוקם חלקו בישראל וחלקו מחוצה לה יש לקבוע את התושבות לפי מבחן "רוב הבית" (הן בהליך בעניין אבו מיאלה והן בהליך בעניין בקרי);

ב. מיקומם של המבנים ביחס לקו תחום השיפוט המוניציפלי של ירושלים (בהליך בעניין בקרי);

ג. תחולת מדיניות שמירת הזכויות הסוציאליות שהוחלה על תושבי צור באחר ושכונת הדואר שהתגוררו במועד הרלבנטי מחוץ לתחום השיפוט המוניציפלי אך בצד הישראלי של גדר הביטחון, בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, גם על תושבים בשכונות אחרות שעומדים בתנאי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה כאמור (בהליך בעניין אבו מיאלה).

2. הסוגיה הראשונה עניינה מדיניות "רוב הבית", המאשרת את מדיניות המוסד לביטוח לאומי. בהתאם למדיניות זו, כאשר בית מגורים מצוי על קו תחום השיפוט, ייקבע מקום המגורים של דייריו לפי מיקומו של רוב שטח הבית.¹ אם רוב שטח הבית מצוי בשטח המוניציפלי של ירושלים, בהיתר בניה כדין, יראו בדייריו כגרים בירושלים, ואם רוב שטח הבית מצוי מחוץ לתחום השיפוט המוניציפלי, יראו בדיירים כגרים מחוץ לירושלים, ומחוץ לשטח מדינת ישראל. זאת, כדי לקבוע אם זכאים הדיירים לזכויות מכוח החוקים שעליהם אחראי המוסד לביטוח לאומי, ואשר מתנים את הזכות בתושבות. בענייננו, קבע בית דין קמא, כי בתי המערערים מצויים מחוץ לתחום השיפוט של ירושלים, בין אם כל הבית ובין אם רובו מצוי מחוץ לתחום השיפוט, ולפיכך קבע, כי המערערים אינם זכאים לזכויות שתבעו. היועץ המשפטי לממשלה יטען להלן, כי אין מקום להתערב במדיניות המוסד לביטוח לאומי הקובעת את מקום המגורים בהתאם למיקומו של רוב שטח הבית.

3. הסוגיה השנייה עניינה מיקומם של המבנים ביחס לקו תחום השיפוט המוניציפלי בהליך בעניין בקרי, ולמען הסר כל ספק, לנוכח הנסיבות המיוחדות בהליך זה, תצורף לעמדת היועץ המשפטי לממשלה תעודת שר חוץ, המהווה ראיה קונקלוסיבית בעניין זה. התעודה תוגש בנפרד בהליך בעניין בקרי בלבד.

4. הסוגיה השלישית עניינה הנחיית היועץ המשפטי לממשלה משנת 2013, הקובעת שניתן לשמור על זכויות סוציאליות של תושבי צור באחר ושכונת הדואר האוחזים ברישיון לישיבת קבע, שהתגוררו במועד הרלבנטי (מועד הוצאת צו תפיסה לצורך הקמת גדר הביטחון) מחוץ לתחום המוניציפלי אך בצד הישראלי של גדר הביטחון. המערער בהליך בעניין אבו מיאלה, המתגורר בא-טור, טוען, כי יש להחיל את עקרונות הנחיית היועץ המשפטי לממשלה גם על עניינו, אף שההנחיה אינה חלה במפורש על שכונת א-טור. היועץ המשפטי לממשלה יבהיר, כי העובדות

¹ ראו למשל עב"ל 130/07 בדרן דאנע סמר – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.3.2008); עב"ל 1273/01 המוסד לביטוח לאומי – אבו רמילה פרחא (פורסם בנבו, 6.1.2004).

שנקבעו בעניינו של המערער אבו מיאלה אינן מעידות על כך שהמערער התגורר בשכונת א-טור במועד הכרזת צו התפיסה לבניית גדר הביטחון. משכך, ממילא אף אם יוחלט על החלת העקרונות שנקבעו בעניין צור באחר ושכונת הדואר, הרי שבנסיבות אלה, לא היו מוענקות לו זכויות כלשהן. מעבר לכך יובהר, כי לכל שינוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה עשויות להיות השלכות רוחב משמעותיות, וכיוון שמדובר בסוגיות רגישות ובעלות חשיבות ביטחונית ומדינית, נדרש ליועץ המשפטי לממשלה זמן נוסף כדי לברר סוגיה זו. יצוין, כי סוגיה זו הופנתה ליועץ המשפטי לממשלה על ידי בית הדין הנכבד רק ביום 17.4.2019, וכי אף שנערכו כמה ישיבות בנושא זה על-ידי הגורמים הרלוונטיים, נותרו שאלות נוספות המצריכות ליבון. לפיכך, מבקש היועץ המשפטי לממשלה להשלים את התייחסותו בנושא זה בהמשך, ככל שיהיה בכך צורך אם ייקבע כי המערער אבו מיאלה מתגורר בשכונת א-טור לפני מועד צו התפיסה ביום 3.2.2005.

5. להלן תפורט עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה.

ב. התשתית העובדתית

ב.1. העובדות בעניין המערער אבו מיאלה

6. המערער בעל תעודת זהות ישראלית ומתגורר בבית קרקע בחלקת אביו שברחוב אל חרדוב, בשכונת א-טור. ביתו נמצא בצידה הישראלי של גדר הביטחון.

7. בית דין קמא קבע בפסק דין חלקי מיום 6.8.2013, כי החלטות המוסד לביטוח לאומי טרום המועד ביום 19.5.2009 התיישנו, ולפיכך ביתו של המערער, שבו התגורר בשנית מאז שנת 2006, הוא הבית הרלוונטי לעניינו.

8. על ביתו של המערער ניתנו חוות דעת באמצעות מפות מדידה מאת מר יהושע כרמלי, מנהל מרחב ירושלים בעבר במרכז למיפוי ישראל (להלן: "**מפ"י**") מחודש מאי 1999 וכן מחודש דצמבר 2013 מאת מר חגי לייבושור, מנהל מרחב ירושלים במפ"י כיום.² בהתאם לחוות דעת אלו נקבע, כי ביתו מצוי מחוץ לתחומה המוניציפלי של עיריית ירושלים ומחוץ לתחום המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל.

9. בהמשך לכך, נקבע בהליך קמא, כי משעה שבית המערער מצוי מחוץ לתחום המוניציפלי של ירושלים, כולו או לכל הפחות רובו, הרי שהמערער אינו מוגדר כ"תושב" כמוגדר בחוק הביטוח הלאומי.

10. המערער טען, כי לא נבחנה הטענה לגבי מי שבינם מצוי "על קו גבול לא מסומן", כאשר מתקיים מבחן מירב הזיקות. המערער הוסיף וטען, כי יש להחיל בעניינו את המדיניות שאומצה

² חוות הדעת משנת 2013 התבססה על מפת צילום אוויר שהוגשה בעת הדיון בבית דין קמא. ראו פסקה 44 לפסק הדין בהליך קמא.

לעניין שכונת הדואר וצור באחר, שתושביהן מתגוררים "בצד הישראלי של גדר ההפרדה ... אף אם בתיים אינם מצויים בתחום ישראלי".³

11. המערער טען עוד, כי קביעת בית דין קמא, המחייבת את המערער להוכיח שמרבית ביתו מצויה בשטח ישראל – "מנותקת מהמציאות בה חי המערער כאשר אין בין ביתו לבין שטחי הרשות הפלסטינית כל שטח אורבני שהיה מאפשר לו לצאת מביתו לנהל חיים של תושב הרשות, ושעה שביתו מצוי בפאתי השכונה הירושלמית א-טור, והוא נפרד משטחי הרשות ע"י שטח ריק לא בנוי וגדר ההפרדה".⁴

2. העובדות בעניין המערערים בני משפחת בקרי

12. המערערים 2-4 הם בניו של המערער 1, אשר התגוררו בפרקי זמן שונים בביתו בכפר עקב. המערערים היו מבוטחים על ידי המוסד לביטוח לאומי עד סוף חודש יולי בשנת 2010 (למעט המערער 3, אשר ביטוחו לא הופסק במועד האמור בשל תקלה של המוסד לביטוח לאומי). למערערים כולם בתים בבעלותם בכפר עקב.

13. בשנת 2011 רכשו המערערים (למעט המערער 3) בית אחר בכפר עקב, בו הם מתגוררים ברוב ימות השבוע (למעט ימי שישי ושבת), והמוסד לביטוח לאומי שב וביטח אותם. במסגרת ההליך שהתנהל בבית הדין האזורי לעבודה בעניין המערערים, הם טענו כי תביעתם הוגשה בשים לב לרצונם לשוב ולהתגורר בבית האב, מבלי שתישלל תושבותם. בשים לב לכך, וכן בשים לב להליכים השונים שהתנהלו בעניינו של המערער 2, במסגרת ההליך קמא נבחנו מיקומם של בית האב ובית המערער 2 ביחס לתחום המוניציפלי של ירושלים.

14. במהלך שמיעת הראיות במסגרת ההליך קמא, הגישו המערערים תעודות מהנדס ומודד מוסמך מטעמם, אשר לפיה אחד הבתים נמצא מחוץ לתחום שיפוט ירושלים, ואילו הבית השני נמצא ברובו (68%) בתחום שיפוט ירושלים. בחוות הדעת האמורה, לא פורט איזה מן הבתים הוא בית האב ואיזה מהם הוא בית הבן. בהמשך לכך, הוגשה על ידי המערערים חוות דעת נוספת סותרת מטעם אותו מומחה, שלפיה שני הבתים נמצאים בתחום השיפוט של ירושלים.

15. מטעם המוסד לביטוח לאומי הוגשו שתי תעודות עובד ציבור אשר נערכו על ידי הגורמים המוסמכים במרכז למיפוי ישראל. תעודה אחת ניתנה ביחס לבית הבן, השנייה ביחס לבית האב. לפי התעודות והעדויות, בית הבן נמצא ברובו מחוץ לתחום ישראל, ובית האב כולו נמצא מחוץ לתחום ישראל. בהמשך לכך, ובשים לב לעבודות ועדת מומחים שבוצעה במרכז למיפוי ישראל בשנת 2014, הוגשה תעודת עובד ציבור נוספת מטעם מרכז מיפוי ישראל, אשר תוצאותיה היו זהות לתוצאות התעודות הקודמות, והן כי בית האב כולו נמצא מחוץ לתחום, ובית הבן ברובו מחוצה לו.

³ סעיפים 9-10 לסיכומי המערער בבית הדין הארצי, בהליך זה.
⁴ סעיף 23 לסיכומי המערער בבית הדין הארצי, בהליך זה.

16. בית הדין האזורי לעבודה קבע בפסק דינו, כי יש להעדיף את קביעותיו של מרכז למיפוי ישראל בתעודות שהוגשו מטעמו, ואשר תוצאותיהן היו זהות. זאת, בשים לב להיותו גוף שמפיק תעודות רשמיות של מדינת ישראל, ושקובע מוצרי מיפוי ממלכתיים הנחוצים לתכנון שטחי מדינת ישראל; וכן, בשים לב להיותו גוף חיצוני למוסד לביטוח לאומי ובלתי תלוי.

17. בהתאם לכך, נדחתה תביעת המערערים לעניין מיקום הבתים ונקבע, כי קביעת המוסד לביטוח לאומי שלפיה המערערים לא היו תושבים בתקופות מגוריהם בבית האב ובבית הבן בדין יסודה.

ג. הטיעון המשפטי

ג.1. מדיניות "רוב הבית"

(1) עיקרון הטריטוריאליזם

18. החוקים שעליהם מופקד המוסד מבוססים, כפי שנראה להלן, בין היתר על עקרון הטריטוריאליזם, הקובע כי תנאי בסיסי לקבלת הזכויות הסוציאליות הוא "תושבות".⁵

19. כך קבע בית דין נכבד זה בדב"ע נד/233-0 המוסד לביטוח לאומי – רדואן, פד"ע כח (1) 103 (1996) בעמודים 112-113:

"תנאי התושבות בישראל כתנאי לתחולה של מרבית ענפי הביטוח לפי החוק מושתת, בין השאר, על הזיקה היציבה שבין המבוטחים לבין המדינה, זיקה שאין בה מהזמניות או מהארעיות, והיוצרת מחויבות של החברה כלפי המבוטחים בתחום הביטחון הסוציאלי..."

20. וכן נקבע בעב"ל 344/09 אכלאס חלאק – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 31.1.2013) בעמודים 15-16:

"הזיקה היציבה בין המבוטחים לבין המדינה, אשר הינה פועל יוצא של התושבות, היא זו אשר יוצרת מחויבות מצד המדינה לתושביה, שעה שלמי שאינו תושב צריכה לדאוג מדינת תושבותו. וכלשון חברתי השופטת (כתוארה אז) נילי ארד בעניין נוסייבה: "תקציבו של המוסד לביטוח לאומי מוגבל, ומשכך יש ליתן עדיפות בכל הנוגע לחלוקת הקצבאות לכל מי שהינו תושב המדינה בפועל" (בעב"ל 1465/04 האלה נוסייבה – המוסד לביטוח לאומי, [פורסם בנבו] ניתן ביום 18.5.06). על טעמי מבחן התושבות עמד בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ סולומוטין, בקובעו כי: "אך ברור הוא כי המדינה תיתן עדיפות להקצאת משאבים לסיפוק צרכיהם הסוציאליים של תושביה הקבועים ... כלפיהם נושאת המדינה באחריות מיוחדת. אין פירוש הדבר כי אין למדינה חובה גם כלפי אחרים הנמצאים בתחומה ... עם זאת אין להניח קיומה של חובה חוקתית לשוויון בהקצאת משאבים ... בין בעלי מעמד בישראל לאלה

⁵ ראו למשל בל (י-ם) 11525-03-11 סימון עוואד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 13.6.2017).

שאינם תושביה, ובלבד שזכויות היסוד לחיים ולשלמות הגוף של כל אדם באשר הוא תכובדנה" (להלן: עניין סולומטין); ולאור "האחריות המיוחדת" של המדינה לתושביה בכפוף למשאביה, אין בהסדר זה אפליה בין תושבי ישראל למי שאינם תושביה אלא קיימת שונות מהותית רלבנטית. (וראו: בג"ץ 890/99 מיכאל חלמיש - המוסד לביטוח לאומי ואח', [פורסם בנבו] ניתן ביום 17.9.00).

21. בחירת המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי אף בפסקי הדין לעיל, להעדיף את תושבי מדינת ישראל על פני מי שאינם, היא בבחינת "עניי עירך קודמים". בחירה זו מבטאת את האחריות שנוטלת המדינה על כלל תושביה ואת עקרון הסולידריות והאחריות ההדדית⁶ שבין תושבי ישראל. לצורך מילוי תכלית החוק, הוטלה חובת תשלום דמי הביטוח על המבוטחים, תושבי מדינת ישראל, ללא קשר לשאלה אם ייהנו מגמלה כלשהי, שכן עצם תשלום דמי הביטוח אינו מזכה בקצבה, כל עוד לא מתקיימים במבוטח תנאי הזכאות הנדרשים על פי החוק. כך, תושב ישראל, לרבות מי ששירת בה, עבד בה ושילם בה דמי ביטוח רוב ימיו, אינו זכאי לגמלאות המבוססות על תושבות, ברגע שעזב את ישראל ותושבותו בה הסתיימה.

22. משקל מבחן התושבות במסגרת מירב הזיקות, לצרכי הזכויות והחובות בהתאם לחוק הביטוח הלאומי, נידון כאמור כבר בפסיקה אשר קבעה, כי תנאי סף לקביעת תושבות הוא מגורים בשטח ישראל הלכה למעשה, וכך נאמר על ידי בית דין נכבד זה בעב"ל (ארצי) 1549/04, **מוחמד עלי זעטרי טויל ואח' – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 31.1.2006):

"תנאי התושבות מבטא את הזיקה בין המבוטח והמדינה, ומשמעותו בין היתר, מגורים של קבע בתחומי מדינת ישראל. כאמור בפסק דין עב"ל 1261/04 **נבילה נוואפלה - המוסד לביטוח לאומי** מיום 17.5.05 ודב"ע מד/10-0 **המוסד לביטוח לאומי נ' רחמים אקדרקס** פד"ע טו 417. מן הכלל אל הפרט, יש להוכיח מגורים של קבע במדינת ישראל לצורך תושבות. לא די במקום העבודה של המערער, מקום מגורי המשפחה המורחבת, תשלום דמי הביטוח הלאומי ובעובדה שילדיהם לומדים בבית ספר בירושלים בכדי להפכם לתושבי ישראל." (ההדגשות הוספו – י"ב).

23. עוד נאמר בעב"ל 48134-10-12 **המוסד לביטוח לאומי – יאסמין מחרום** (פורסם בנבו, 3.11.2014) בעמוד 9:

"במקרים רבים בהם נזקק בית הדין להכריע בשאלת תושבותו של מבקש גמלה, השאלה בדבר מקום מגוריו היא השאלה המרכזית השנויה במחלוקת, ועל פיה תוכרע שאלת התושבות. זאת, נוכח העובדה שמקום המגורים מצביע על זיקה מרכזית ומשמעותית בבחינת מרכז חייו של

⁶ עב"ל (ארצי) 39020-11-13 **גאסר עטאללה – המוסד לביטוח לאומי** 1, 15 (פורסם בנבו, 25.6.2018).

מבקש הגמלה' (עב"ל 190/99 רחמיאן - המוסד לביטוח לאומי, [פורסם
בנבו] פד"ע לו 548 (2001);

24. וכן פסק בית דין נכבד זה בעב"ל (ארצי) 39020-11-13 גאסר עטאללה – המוסד לביטוח לאומי
(פורסם בנבו, 25.6.2018) (להלן: "עניין עטאללה") בעמוד 19:

"כפי שפורט לעיל, תושבות של מבוטח נבחנת בראש ובראשונה על בסיס
המקום בו הוא מתגורר הלכה למעשה. משכך, בענייננו, שעה שמקום
מגורי המערערים איננו נכלל בשטחי מדינת ישראל, הרי שאין מקום
לקביעה כי המערערים הם תושבים. ודוק, בחינת "מירב הזיקות"
לירושלים אינה יכולה להקים את הזכות להיחשב כתושב ירושלים,
מקום בו המגורים אינם בתחומי מדינת ישראל. בנסיבות המקרה, ועל
אף הטענות שמקום עבודת המערער היא בירושלים, שהוא מקבל
שירותים מעיריית ירושלים, ומקום לימודי הילדים בירושלים, אין די
בכך לקביעה כי קמה זכאות להיכלל בגדר תושבים."

25. וכך נאמר בב"ל (י-ם) 11525-03-11 סימון עוואד – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו,
13.6.2017):

"על כן גם לנוכח חוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והכללים שקבע וגם
לנוכח פסיקת בית הדין לעבודה, יש לדחות את תביעת התובע. מקום
מגוריו הינו מחוץ לתחום המוניציפאלי והוא אינו תושב... מבחן מרב
הזיקות לא יכול להקים להם זכות להיחשב כתושב (דבע נא/01-43, פאוזי
נ' המוסד, עב"ל ארצי 190/09 רחמיאן נ' המוסד)."

(2) מדיניות רוב הבית – הכרעה על פי הרוב

26. מדיניות המוסד לביטוח לאומי, הדורשת שמרבית שטח בית המגורים יימצא בתוככי מדינת
ישראל לצורך קביעת תושבות דייריו, יש בה כדי לבסס עיקרון פשוט ומקובל, שלפיו כאשר
נדרשת הכרעה לכאן או לכאן, הדרך ההוגנת וההגיונית תטה את הכף לצד שגדול יותר מבחינה
כמותית. משכך, הימצאות רוב שטח הבית בצד אחד של הקו מצדיקה הכרעה שדיירי המבנה
ייחשבו תושבי אותו צד. כל חלוקה אחרת תגדיל באופן לא שוויוני את האחריות של צד אחד
על חשבון הצד השני, ותהיה שרירותית כשלעצמה.

27. וכך נקבע בעב"ל (ארצי) 1273/01 המוסד לביטוח לאומי – אבו רמילה פריחה (פורסם בנבו,
6.1.2004), בעמ' 2 לפסק הדין:

"בנסיבות האמורות, משרוב רובו של הבניין בו ממוקמת דירת המשיבה
נמצא מחוץ לגבולות המדינה, הגיוני יותר לקבוע כי התושבות תוכרע על
פי מיקום רובו של הבניין. כיוון שכך יש לקבוע, כי מסקנת הדברים הינה,
כי המשיבה התגוררה בתקופה הרלבנטית מחוץ לתחומי מדינת ישראל.

אין האמור מתיישב רק עם הגיונם של דברים, אלא אף תואם הוא את ההלכה."

28. בעבר כבר הוצע לבית דין נכבד זה לקבוע באופן אחר את המדד להיות רוב הבית בשטח ישראל וכך נפסק בעב"ל (ארצי) 130/07 **בדראן (דענא) סמר – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 3.3.2008) באשר לבית אשר מודד מוסמך מטעם המוסד לביטוח לאומי קבע כי 54.2% ממנו נמצא מחוץ לשטח ישראל:

"המוסד לביטוח לאומי קבע הנחיותיו לאחר שקיים דיון מקיף במשרד המשפטים לגבי אותם בתים המצויים על קו התפר במזרח ירושלים ובעקבות אותו דיון הוצא מסמך מיום 19.3.01 הקובע את ההנחיות הבאות:

".... כדי לפתור את בעייתם של תושבים אלה סוכם, כי מי שלפחות 50% משטח ביתו הבנוי (לעניין זה "שטח הבית הבנוי" רק שטח הקרקע שעליו נבנה מבנה בהיתר בניה כדן. בניה לגובה לא תלקח בחשבון) נמצא בתחום המוניציפלי של העיר ירושלים יוכר כתושב ירושלים על כל המשתמע מכך, לענין תשלום גימלאות, תשלום דמי ביטוח ודמי ביטוח בריאות. לצורך קביעה זו יסתייע המוסד במודד הממשלתי או מי שמטעמו.

נוסח השאלה שיש להפנות למודד: "מהו שטח המבנה ואיזה אחוז ממנו נמצא בשטח ישראל ואיזה אחוז ממנו נמצא בשטחי י"ש"ע (מבנה או חלק ממבנה אשר נבנה ללא קבלת היתר בניה כדן לא ילקח בחשבון)"

...

בהתייחס לטענת בא כוח המערערת כי הבדיקה הנכונה היתה צריכה להיות בדיקת החלוקה הפנימית בתוך הבית והיכן מצויים חדרי השנה הרי שכאשר אנו בוחנים את הקריטריון המוצע על ידי בא כוח המערערת בהשוואה לקריטריון שנקבע על ידי המוסד לביטוח לאומי ברי לנו כי הקריטריון הסביר יותר הוא הקריטריון הקובע אחידות בבדיקה לגבי כולם ואין הוא תלוי בחלוקה פנימית כזו או אחרת של המערערת, חלוקה שיכולה להשתנות מעת לעת ואף אין בה קנה מידה לקביעה היכן מרכז חייו של כל אחד מן הדיירים." (ההדגשות במקור – י"ב).

29. חלוקות מעין אלו, בעלות רציונל דומה, כבר נקבעו בעבר בהקשרים אחרים בפסיקה. כך למשל קבע בית המשפט העליון בבש"א 1045/12 **דלק נדל"ן בע"מ נ' צבי וינמן** (פורסם בנבו, 22.2.2012) במסגרת בקשה לעיכוב ביצוע פסק דין:

"לדעתי, סיטואציה מורכבת ובעייתית כגון זו שלפני מחייבת פיתרון "אמצעי" ולא פיתרון "קצה". המקרה שלפני מלמד כי לעיתים מאזן הנוחות אינו מוביל לתשובה חד משמעית וברורה בבחינת שחור-לבן, ועל

בית המשפט להפעיל שכל ישר ולמצוא פיתרון מאוזן, בדמות עיכוב ביצוע חלקי. בתי המשפט פעלו בדרך זו בעבר במקרים מסוג זה, תוך התאמת הפיתרון בהתאם לנסיבות המקרה. במסגרת זו ניתן לחשוב על מנגנונים ואיזונים מגוונים – הן בנוגע לשאלה איזה חלק מהסכום יעוכב (האם יש לנקוט ב"כלל אצבע" של 50%-50% בבחינת איזון מלא בין הצדדים או לנקוט ב"אחוז משתנה" בהתאם לנסיבות המקרה, ובין היתר בהתאם לסיכויי הערעור) והן בנוגע לאופן העיכוב...

בנסיבות העניין, ולאחר ששקלתי את מכלול הנתונים והאינטרסים, סבורני כי יש להורות על עיכוב ביצוע חלקי באופן הבא: המבקשת תפקיד 50% מהכספים שנפסקו לטובת המשיב בפסק הדין מושא הערעור בקופת בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו, עד להכרעה בערעור. ההפקדה תבוצע לא יאחר משבעה ימי עסקים מיום מתן החלטה זו. יתרת הכספים (50%) תשולם למשיב ללא עיכוב, ולא יאחר משבעה ימי עסקים מיום מתן החלטה זו. סבור אני כי פיתרון זה מאזן בצורה האופטימאלית, בשים לב לנסיבות העניין, בין זכויות שני הצדדים."

30. לפיכך, מדיניות המוסד באשר לרוב הבית תואמת מבחנים של סבירות, מידתיות, שכל ישר ושוויון.

(3) הצבת גבולות ותחומין

31. מטבעם של זכויות וחוקים שהם מוגבלים ותחומיים. על כך נקבע בדעת רוב בבג"ץ 516/86 גמליאל שהינו נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מד (1) 143, 149-150 (1989):

"ודאי ואין צריך לומר, שגם לפי קנה מידה של מגורים במרחק מסוים וקבוע מדירת הנכה יקרו מקרים, שלא יהיו כלולים במסגרת המרחק שייקבע, ופלוני נכה עלול להיפגע בגלל שיעור של מטר אחד ואף פחות מכשיעורו, שעה שמן הצדק היה, לפי הרגשתנו, שעוול זה הנגרם לו על לא עוול בכפו יימנע הימנו. אך כך דרכה של תורת המשפט, שיש שעיקרון מסוים, שבדרך כלל טוב הוא לכשעצמו וטוב לבריות הימנו, שגורם הוא במקרה קונקרטי מסוים לעוול; תופעה מעין זו אין מנוס הימנה, ואין בה כדי להצדיק התערבותנו בה (ראה בג"צ 156/75 [3] הנ"ל)."

32. אף בבג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר (פורסם בנבו, 1.4.2007) נדחתה טענת העותרת להפליה הפוגעת בזכויותיה לשוויון ולחופש העיסוק בשל אי קבלת פיצויים כשם שקיבלו עסקי התיירות שהיו מצויים ב"אזור ההגבלה", כהגדרתו בתקנות מס רכוש וקרן פיצויים (תשלום פיצויים) (נזק מלחמה ונזק עקיף), תשל"ג-1973, עקב מלחמת לבנון השנייה. וכך נקבע בדעת רוב:

"את הצורך בקביעת גבולות ותחומין, מידות ושיעורין, מוצאים אנו, כמובן, גם במקורותינו. כך, כדוגמה, נקבע במשנה כי גוזל שנפל משובך ופלוגי מצאו, יוכל להיוותר בידי פלוני אם נמצא במרחק הגדול מ-50 אמה מהשובך; ואם נמצא במרחק הקטן מ-50 אמה, הרי שיש להשיבו לבעל השובך. הלכה זו נקבעה, כפי שמבארת הגמרא, על בסיס ההנחה שהגוזל, המכונה "המדדה", לא יכול היה להתרחק מהשובך יותר מ-50 אמה; ובלשונו של ר' עוקבא בר חמא: "כל המדדה – אין מדדה יותר מחמשים" (בבלי, בבא בתרא, כג, ב). על-כן, אם נמצא הגוזל מעבר למרחק של 50 אמה מהשובך, הוא נחשב כהפקר ופלוגי רשאי לנכסו לעצמו. גבול זה אינו שרירותי בפני עצמו, משום שהוא נתמך ברציונאל. ברם, גם גבול זה, כמו כל גבול, אינו נקי מקשיים, כמו בעיית העמימות שקיבלה ביטוי בקושייתו המפורסמת של האמורא ר' ירמיה, ששאל מה הדין כאשר רגלו אחת של הגוזל בתוך תחום 50 האמה, ורגלו השנייה מחוצה לו. בשל קושייתו זו הורחק ר' ירמיה מבית המדרש; וכך מובא הדיון בעניין זה בתלמוד:

"תנן: ניפול הנמצא בתוך חמשים אמה – הרי הוא של בעל השובך ... חוץ מחמשים אמה – הרי הוא של מוצאו ... בעי רבי ירמיה: רגלו אחת בתוך חמשים אמה, ורגלו אחת חוץ מחמשים אמה, מהו? ועל דא אפקוה לרבי ירמיה מבי מדרשא" (שם).

כל כך למה? בשל ההכרה בחשיבות שבעצם קביעת השיעורין. זאת חרף שולי השרירותיות עליהם עמדנו, וחרף בעיית העמימות העולה מקושייתו של ר' ירמיה. כפי שהסביר זאת השופט זילברג:

"מוטב שיהא גוזל אחד מני אלף ממון המוטל בספק, ואל תיעקר הלכת שיעורין מישראל!" (מ' זילברג כך דרכו של תלמוד (תשכ"ד), בעמ' 47; וכן מ' זילברג "קושיותיו של ר' ירמיה - שיטה או אופי?" בספר באין כאחד – אסופת דברים שבהגות ובהלכה (צ' טרלו ומ' חובב עורכים, תשמ"ב), בעמ' 151-159; ראו גם השופט ח' כהן בספרו המשפט (מהדורה 2, תשנ"ז) בעמ' 271, 470), וכן הרב ע' שטינזלץ "מדוע הוצא רבי ירמיה מבית המדרש?" סיני נ"ד (תשכ"ד)).

די באמור עד כה כדי לדחות את העתירה.

וכן הוסיף וכתב:

"לאחר ששקלתי את טענות הצדדים, באתי למסקנה כי דין העתירה להידחות. זאת, על אף שיכול אני בהחלט להבין את התסכול שנגרם לעותרת. אכן, בכל מקום בו נקבעים גבולות ותחומין – יהיה זה גבול גיאוגרפי, משקל או זמן – תמיד יהיו שימצאו עצמם מחוץ לתחום. זהו

קושי אינהרנטי שאנו מחויבים להכיר בו ולהשלים עמו. בית משפט זה כבר נדרש בעבר לסוגיה דומה, בעתירה שהגיש קיבוץ יחיעם, המצוי כ- 10 קילומטרים דרומית לגבול שבין ישראל ולבנון, להיכלל ברשימת יישובי קו העימות, שכללה את כלל היישובים המצויים עד מרחק של 9 קילומטרים מהגבול."

33. כמו כן, כבר נקבע בעב"ל (ארצי) 130/07 בדראן (דענא) סמר – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 3.3.2008) בעמוד 4 על ההלכה בענייננו:

"הגם שבבחינה אחידה ושרירותית יש מי שעלול להיפגע ולעתים אף באופן גבולי, כמו המערערת שבפנינו, אין בכך כדי לפסול אותה כאשר עומדת היא במתחם הסבירות."

34. וכן קבע בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים בעניינים מנהליים בעע"מ 1966/09 אחמד עבד אל חפז עואד עטון – שר הפנים (פורסם בנבו, 22.11.2011) (להלן: "עניין עטון") בעמוד 23:

"פשיטא, למדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, גבולות אשר רק העובר אותם נכנס בשעריה ונמצא על אדמתה. משפחתם של המערערים קבעה את מקום מגוריה מאות מטרים ספורים מגבולה המוניציפאלי של העיר ירושלים. אמת, יתכן כי בנסיבות הללו גם העומד בפתחה של המדינה יחוש עצמו כאילו בא בקרבה. אך לא כך הוא, שכן קו הגבול – גם אם לאחדים נחזה הוא כקביעה נוקשה ושרירותית – רק הוא שביכולתו להצביע על מקום הימצאו של אדם. ובמילים אחרות, זהו טבעו של קו הגבול, "שאנו נמצא תמיד מצדו האחד... או מצדו השני" (דברים שנכתבו בהקשר אחר מפי חברתי הנשיאה בע"פ 534/04 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד נט(4) 885, 902 (2005); ובאותה רוח ראו גם את בג"ץ 8803/06 גני חוגה בע"מ נ' שר האוצר, [פורסם בנבו] בפסקה 6 (1.4.07)). "מקרי גבול הקוראים תיגר על מגבלות החוק קיימים תמיד. השאלה היא אינה כיצד החוק מתמודד עם מקרי הגבול, אלא מהי מטרת החוק, ומהו הרציונל המנחה אותו" (ע"פ 534/04 הנ"ל, בעמ' 902).

(4) אי התערבות בהחלטות הרשות המוסמכת

35. המוסד לביטוח לאומי הוא רשות מנהלית, והחלטותיו התקבלו במסגרת הסמכות שניתנה לו בחוק. הלכה היא מאז ומקדם, כי על פעולתה של כל רשות מינהלית חלה חזקת החוקיות, שמהותה, כי הרשות פעלה בהתאם לחוק ועל הטוען אחרת מוטל נטל הראיה להוכיח כי פעולת הרשות אינה כדין.

ראו: בג"ץ 4733/94 נאות ואח' נ' מועצת עיריית חיפה ואח', פד"י מט(5), 111, 130-131 (1996).

36. בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק פסק בשורה ארוכה של פסקי דין, כי בבחינת שאלת סבירותה של החלטת הרשות המינהלית אין בית המשפט שם את שיקול דעתו במקום שיקול דעתה של הרשות, והשאלה הנשאלת היא אם יש בהחלטת הרשות משום חוסר סבירות קיצוני המצדיק התערבותו של בית המשפט.

ראו בג"ץ 389/80 **דפי-זהב בע"מ נ' רשות השידור ואח'**, פ"ד ל"ה (1) 421, 442 (1980); בג"ץ 197/83 **סיטאר אופנה בע"מ נ' שר התעשייה והמסחר ואח'**, פ"ד ל"ז (2) 388, 391-392 (1983).

37. וכן נקבע בבג"ץ 1843/93 **פנחסי נ' כנסת ישראל**, פ"ד מט(1) 661, 699 (1995):

"הביקורת השיפוטית היא בעלת אופי משפטי. בית המשפט אינו עושה עצמו רשות שלטונית-על. בית המשפט אינו בוחן את יעילותה של ההחלטה השלטונית. השופט אינו שואל עצמו, אם הוא היה מקבל החלטה זו אילו הוא היה חבר ברשות השלטונית המחליטה. השאלה היחידה אשר בית המשפט שואל את עצמו היא, אם ההחלטה השלטונית היא חוקית. הביקורת השיפוטית היא ביקורת החוקיות ולא ביקורת התבונה. על כן, אם החלטת הרשות השלטונית היא במתחם הסבירות או החוקיות, היא לא תיפסל. תפקידה של הביקורת השיפוטית הוא אך לשמור שלא תהא חריגה מגבול החוקיות, תהא תבונתה של ההחלטה אשר תהא".

38. הלכה זו נכונה שבעתיים לענייננו, באשר בידיו של המוסד לביטוח לאומי הופקדה אחריות כבדה על משאבי הציבור מחד ועל רווחתו של אותו ציבור מאידך. המוסד לביטוח לאומי הוא המוסמך לשקול את השיקולים הנדרשים ואת רוחב היריעה לצורך יישומו של החוק המצוי באחריותו.

(5) השלכות שינוי מדיניות רוב הבית

39. שינוי מדיניות רוב הבית, או שינוי המשקל שניתן למקום המגורים בתוך מבחן מירב הזיקות, עלול להוביל להכרה בתושבי שכונות רבות המצויות בשטחי הרשות הפלסטינית, אשר חלק מתושביהן מתגוררים בבתים על קו תחום המשפט, השיפוט והמנהל של מדינת ישראל, כתושבי מדינת ישראל לצורך קבלת גמלאות. תושבים אלו לא שילמו עד היום תשלומים למוסד לביטוח לאומי. בנוסף קיים חשש, כי שינוי מדיניות רוב הבית עלול לתמרץ בנייה בלתי חוקית על הקו מתוך ציפייה או ניסיון להיכלל בתנאים המזכים בגמלאות.

40. עוד יצוין, כי במסגרת בחינת בקשות למתן מעמד לבני זוג וילדים של תושבי קבע, נדרשת רשות האוכלוסין לבדיקת מקום המגורים. תושב קבע רשאי להגיש בקשה למתן מעמד בישראל עבור בני משפחתו תוך עמידה בתנאים שונים, ובהם – מגורים בישראל. בבדיקת מקום המגורים נסמכת רשות האוכלוסין, בין היתר, על בדיקות המוסד לביטוח לאומי ועל הכרתו באדם כ"תושב" לצורך גמלה לפי חוק הביטוח הלאומי. שינוי מדיניות רוב הבית משמעה דה פקטו

הרחבת האפשרות לקבלת מעמד בישראל למי שבפועל הינו תושב אזור ומתגורר בפועל בשטחי הרשות הפלסטינית ולא בישראל. תוצאה זו, אינה ראויה לגישתו של היועץ המשפטי לממשלה.

(6) סיכומו של דבר – אי התערבות במדיניות רוב הבית

41. הזכאות לקבלת שירותי בריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 ומרבית הגמלאות לפי חוק הביטוח הלאומי והנשיאה בחובה לשלם דמי ביטוח בריאות ודמי ביטוח לאומי עבורם, מותנית בכך שהזכאי הוא בעל רשיון ישיבה בישראל שהינו אף תושב ישראל, הלכה למעשה. משמע, בחירתו של המחוקק להתנות קבלת שירותים מסויימים בתנאי התושבות, הלכה למעשה, לא נעשתה באופן אקראי, אלא תוך שקילת כלל השיקולים הרלוונטיים לנושא. זוהי איפוא הזיקה העיקרית שאליה עלינו להידרש בבחינת שאלת התושבות.

42. לגישת היועץ המשפטי לממשלה אפוא, אין מקום לשנות את מבחן מירב הזיקות כך שיפחת משקלו של מקום המגורים, ויש להותיר קריטריון זה כקריטריון העיקרי והחיוני לקביעת התושבות.

43. מדיניות רוב הבית נועדה ליצור הסדר מאוזן, סביר ומידתי ביחס למציאות המורכבת הקיימת מטבעה בקווי תחומי שיפוט שונים וקל וחומר במציאות גדר הביטחון הישראלית. ההבנה כי כל חלוקה אחרת של אחוז בית המגורים תגדיל באופן לא שוויוני את האחריות של צד אחד על חשבון הצד השני מובילה למסקנה כי מדיניות זו, אשר עוגנה בפסיקה של בית דין נכבד זה, היא ההגונה והנכונה ביותר, ומכל מקום, אינה חורגת ממתחם הסבירות באופן המצדיק התערבות בה, בייחוד משעה שמדובר בנושא רגיש בעל השלכות נוספות – מדיניות, פוליטיות, ביטחוניות ותקציביות.

2.ג. תעודת שר חוץ – מיקומם של בתי המערערים בעניין בקרי

44. כמפורט בפתח דבר, למען הסר ספק ובשים לב לנסיבות המיוחדות של המקרה בעניין משפחת בקרי, הוחלט על הנפקת תעודת שר החוץ, אשר זכתה בפסיקה למעמד קונקלוסיבי והיא מהווה ראיה חלוטה לעובדות הנזכרות בה.⁷

3.ג. הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין צור באחר ושכונת הדואר

45. כאמור לעיל, טען המערער אבו מיאלה, כי יש להחיל בעניינו את המדיניות שאומצה לעניין שכונת הדואר וצור באחר וכי אי החלתה עליו מהווה אפליה אסורה ובלתי מוצדקת.

46. על מנת להתייחס לטענת העותר יורחב הרקע להנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין שכונת אלו.

⁷ בג"ץ 2124/15 ישראל ספירו ואח' נ' שר הפנים, פסקה ו' לפסק הדין (פורסם בנבו, 25.5.2017), עוד לעניין מעמדה של תעודת שר החוץ והוכחת גבולות המדינה באמצעותה ראו ע"א 2561/09 שמא איסמאעיל עומרי (אלנג'אר) נ' רשות הפיתוח, מנהל מקרקעי ישראל, פסקאות 14-17 לפסק דינה של השופטת ארבל (פורסם בנבו, 24.2.2011). בקשה לדיון נוסף נדחתה בדנ"א 1995/11 שמא איסמאעיל עומרי (אלנג'אר) נ' רשות הפיתוח, מנהל מקרקעי ישראל, בפרט פסקאות 5-6, (פורסם בנבו, 14.8.2011).

47. עניינה של ההנחיה הוא בשאלת תושבותם של אוחזי רישיון לשיבת קבע המתגוררים בשכונת צור באחר ובשכונת הדואר (דחית אלבריד).

48. שכונות אלו נמצאות מצדה הישראלי של גדר הביטחון ברצף אורבאני לירושלים, אך חלקים מהן מחוץ לשטח ישראל, מקום שבו הגדר בנויה בשטחי האזור (להלן: "תוואי הגדר"). שטחים ואזורים אלו יכוננו להלן בשם "השטחים המיוחדים".

49. הרקע לפנייתם של ועד הכפר צור באחר (ו-52 תושבים) לבית הדין האזורי לעבודה בשנת 2005, מקורו בהחלטה שהתקבלה, בהסכמת הצדדים, במסגרת עתירת ועד הכפר צור באחר לבית המשפט העליון.

50. כרקע להבהרת התמונה העובדתית, יצוין כי תחילה תוכנן התוואי המקורי של הגדר בסמוך לתחום המוניציפלי של ירושלים. הקושי באזור צור באחר התעורר כיוון שבמהלך השנים בנו תושבי הכפר מבנים שונים מחוץ לתחומה המוניציפלי של ירושלים, הנמצאים במרחק מהכפר, בעוד שרוב הכפר נמצא בתחומיה המוניציפליים של ירושלים. כבר במסגרת בחינת התוואי החלופי, בין היתר מטעמים הומניטריים, הוחלט להיענות לדרישת התושבים, ותוואי הגדר שונה בהתאם ובהסכמה. הנחת המוצא הייתה, כי מאחר שנציגות תושבי צור באחר עמדה מאחורי הסדר התוואי החדש והסכימה לו, הרי שבמסגרת הסדר מוסכם כאמור, שוקללו מכלול האינטרסים של תושבי הכפר ועמדת נציגות הכפר משקפת את הסכמתם לתוואי החדש (בין היתר, מטעם זה דחה בית המשפט העליון את העתירה).

ראו: בג"ץ 940/04 **עבד אלרחמן אברהים ואח' נ' המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון ואח'** (פורסם בנבו, 24.11.2004, להלן: "בג"ץ צור באחר" או "עניין צור באחר").

51. כאמור, לאחר ההסכמה שהושגה במסגרת בג"ץ צור באחר עם נציגות תושבי השכונה, התארגנו 52 תושבים, כוועד הכפר, ותבעו את זכויותיהם כתושבי ישראל, וזאת לנוכח טענתם שתוואי הגדר הופך אותם לתושבי ישראל לכל דבר ועניין (יצוין, כי חלק זה של הכפר, מחוץ לשטחה של ישראל, מכונה גם "ואדי חומוס") ראו: ב"ל 10177/05 **ועד הכפר צור באחר ו-52 אח' נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 11.4.2005).

52. בעניין צור באחר, נדרש היועץ המשפטי לממשלה ליתן את עמדתו לעניין, וזאת בהתחשב בכך שאין חולק על כך שמיקום הגדר ממזרח לבתי התובעים אינו בשטחה המוניציפלי של ירושלים, אך המדובר במעין "זרוע" של הכפר צור באחר, כפר שרובו בשטחה של ירושלים ומדינת ישראל. יצוין, כי ברקע להחלטת היועץ עמדה, בין היתר, ההנחה לפיה יצרה הגדר מציאות חדשה לגבי התובעים, בכך ש"כלאה" אותם בישראל, ופגעה ביכולתם לקבלת שירותים מהרשות הפלסטינית.

53. לאחר דיון, הוחלט כי המוסד לביטוח לאומי (הנתבע שם), יגיש הודעה, אשר תיתן ביטוי להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, כפי שתפורט להלן. לנוכח מהות ההודעה והעולה ממנה, ולאחר שבהודעה חוזר המוסד לביטוח לאומי על עמדתו, כי תוואי גדר הביטחון בכפר הותווה בהסכמה במסגרת עתירת התושבים לבית המשפט העליון, וכי אין חולק על כך שבתי התובעים

נמצאים מחוץ לשטח המוניציפלי של ירושלים ומחוץ לתחום המשפט השיפוט והמנהל של מדינת ישראל, בסעיף 6 להודעה שהוגשה מטעם המוסד לביטוח לאומי נכתב, כי:

"התובעים, כאמור, גרים מחוץ לתחומי מדינת ישראל ולפיכך הם אינם תושבים לעניין חוק הביטוח הלאומי. ואולם, על רקע מכלול האמור ובשים לב לכך שמדובר בכפר הומוגני אחד, הנחה היועץ המשפטי לממשלה את הנתבע להודיע שכל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום וכל עוד תתקיים גדר ההפרדה במתכונת המתוכננת, יראה הנתבע במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי חל עליו, הן לעניין הזכויות והן לעניין החובות המוטלות לפיו לאמור:

א. הוא בעל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952.

ב. הוא תושב הכפר צור באהר לרבות בשטח הכפר שבין גדר ההפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר דרך קבע ושלא באופן ארעי."

54. בדיון שהתקיים ביום 11.4.2005, ניתן תוקף של פסק דין להסכמות הצדדים, תוך הסתייגות התובעים מלשון סעיף 6 להודעת המוסד לביטוח לאומי, אשר צוטט לעיל. פסק הדין קובע תחילה, כי: "הנתבע שלח הודעה ביום 10.4.05, על דעת היועץ המשפטי לממשלה. ב"כ התובעים לאחר שעיין בה, נתן הסכמתו לאמור בסעיף 6 בה, מהמילים "ובשים לב...". לאחר מכן נקבע, כי:

"לאור הסכמת הצדדים, וההודעה, ובשים לב לכך שמדובר בכפר הומוגני אחד, ועל פי הנחיית היועץ המשפטי לממשלה לנתבע, הרי שכל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום, וכל עוד תתקיים גדר ההפרדה במתכונת המתוכננת, יראה הנתבע במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי וחוק ביטוח בריאות חלים עליו הן לעניין הזכויות והן לעניין החובות המוטלות לפיהם, לאמור:

א. הוא בעל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952.

ב. הוא תושב הכפר צור באהר, לרבות בשטח הכפר שבין גדר ההפרדה והתחום המוניציפאלי של ירושלים, והוא גר בכפר דרך קבע ושלא באופן ארעי."

55. עמדתו של היועץ המשפטי לממשלה הינה, כי תושבי צור באהר שפנו לבית הדין האזורי לעבודה בירושלים, כמו גם יתר התושבים המתגוררים באותם שטחים מיוחדים, מתגוררים כולם מחוץ לתחומי מדינת ישראל, ובשל המציאות המיוחדת שנוצרה בגין הקמת גדר הביטחון ומיקומה כאמור, הוחלט את שהחלט בעניינם.

יצוין, כי בעניין זה הוגשו כמה עתירות מנהליות אשר בגינן ניתן פסק דינו של בית המשפט העליון בעניין עטון, שהוזכר לעיל.

56. בפסק הדין בעניין עטון, עמד עניין צור באחר והמשמעות שיש ליתן לו, כחלק מן המחלוקת שבין דעת הרוב (כב' השופט אדמונד לוי וכב' השופט גרוניס) אל מול דעתה החולקת של כב' הנשיאה בייניש. כב' הנשיאה סברה, כי ההסכמה שגיבשה המדינה בבית הדין לעבודה, להמשיך ליתן לבעלי רישיון לישיבת קבע בישראל המתגוררים בצד הישראלי של גדר הביטחון (מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל) זכויות סוציאליות, מעידה על הכרה מצדה כי לנוכח מורכבותה וייחודיותה של המציאות שנוצרה, יש צורך לקיים בחינה מהותית של שאלת מרכז החיים והזיקות לישראל של המתגוררים באזור זה. כב' השופט לוי וכב' השופט גרוניס בדעת הרוב קבעו, כי הסכמה זו, על הריכוך שהיא מייצרת באשר להיקף הפגיעה בתושבי הקבע המתגוררים באזור זה, דווקא מקלה על דחיית הבקשה ליתן לילדיהם סטטוס של תושב. וכך קבע לעניין זה השופט לוי:

"לדידי, הנחת יסוד ברורה מובלעת בהוראות אלה, והיא כי **החוק מחיל עצמו על מי שנמצא בשטח המדינה ולא מחוצה לה**. פשיטא, למדינת ישראל, ככל מדינה ריבונית, גבולות אשר רק העובר אותם נכנס בשעריה ונמצא על אדמתה. משפחתם של המערערים קבעה את מקום מגוריהם מאות מטרים ספורים מגבולה המוניציפאלי של העיר ירושלים ... אמת, לקבלת מעמד של תושב נלוות גם זכויות סוציאליות שונות שלא ניתן להמעית בחשיבותן (ראו למשל את סעיפים 150, 158, 195, 223 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב] תשנ"ה-1995). יחד עם זאת, בעבר כבר הוכרה האפשרות להעניק זכויות כגון אלה גם למי שאינו 'תושב ישראלי', כאשר נמצאה לכך הצדקה, ובייחוד במצבים שבהם נמצאה זיקה הדוקה בין מבקש הזכות למדינה (ראו את סעיף 378(ב)(1) לחוק הביטוח הלאומי וכן את בג"ץ 890/99 חלמיש נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד נד(4) 423, 431 (2000); בג"ץ 494/03 עמותת רופאים לזכויות אדם נ' שר האוצר, פ"ד נט(3) 322, 333 (2004)). מעבר לכך, חברתי הנשיאה עמדה על כך שהכרה במצבם הייחודי של תושבי ואדי חומוס, אף הובילה בעבר לכך שהמדינה נאותה להושיט ידה גם מעבר לקו הגבול הבלתי-נראה החוצה את טבורה של שכונת צור-באהר (ראו בפסקה 3 לפסק-דינה). כך או אחרת, איני סבור כי הפתרון לסוגית הזכויות הסוציאליות ימצא בפרשנות שהציעה חברתי הנשיאה לתקנה 12."

57. כהמשך לכך, במהלך שנת 2006, בעניינה של תושבת שכונת הדואר, ניתנה הסכמתו של היועץ המשפטי לממשלה ובעקבותיה ניתנה הודעת המוסד לביטוח לאומי, לראות בה כתושבת לצורך רציפות הזכויות והחובות בהתאם לחוקים. יצוין, כי באותו מקרה מדובר היה בתקופה שבה טרם הושלם תוואי הגדר במלואו באזור זה (מדובר בתובעת במסגרת תיק ב"ל 1235/05 **נעמת אללה ראגיה נ' המוסד לביטוח לאומי**). עמדת היועץ המשפטי לממשלה במקרה זה הייתה, כי התובעת מתגוררת אף היא באזור של רצף אורבאני בין ירושלים לשטחי האזור, אשר נמצא

בתחום שבין הגדר לתחום המוניציפלי של ירושלים ומצוי במרחק קטן מקו התחום וככזו – חל עליה הרציונל של הנחיית היועץ המשפטי לממשלה בעניין צור באחר.

58. ואולם, תם ולא נשלם. היועץ המשפטי לממשלה נדרש פעם נוספת לעניינים אלו של זכויות וחובות תושבי השטחים המיוחדים בהתאם לחוקים אלו, בעקבות שני הליכים שהתבררו בבתי הדין לעבודה, כולל בית דין נכבד זה: ב"ל 11-03-21942, **מוחמד ג'אלב עסילה נ' המוסד לביטוח לאומי** (התיק נסגר – נמחק, 28.4.2013) ועב"ל (ארצי) 39020-11-13 **גאסר עטאללה – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 25.6.2018).

59. **בעניין עטאללה** עמדת המוסד לביטוח לאומי הייתה, שבהתאם להלכה הפסוקה, כמפורט לעיל, תושבות נקבעת על פי מקום המגורים, ומקום מגוריהם של התובעים נמצא מחוץ לשטחה של ישראל. כמו כן, נטען כי שכונת הדואר נבנתה ברובה מחוץ לשטחה המוניציפלי של ירושלים, שלא כמו שכונת צור באחר.

60. לאחר דיונים רבים שהתקיימו אצל היועץ המשפטי לממשלה, ביום 9.4.2013, הגיש המוסד לביטוח לאומי בהליכים אלה (**בעניין עטאללה**, ההודעה הוגשה עוד בעת התנהל ההליך בבית הדין האזורי לעבודה: ב"ל 10-12-12500, **עטאללה גאסר ואח' נ' המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 29.9.2013) הודעה בהתאם להנחיית היועץ המשפטי לממשלה, וזו לשונה:

"כל עוד המצב המשפטי והמדיני יעמוד בתוקפו כפי שהוא היום, וכל עוד תתקיים גדר ההפרדה במתכונת הנוכחית, יראה המוסד במי שמתקיים בו כל האמור להלן, כמי שחוק הביטוח הלאומי חל עליו הן לעניין הזכויות והן לעניין החובות המוטלות לפיהם:

1. התובע מחזיק ברשיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952, וכל עוד הוא מחזיק באשרה כאמור.

2. התובע מתגורר דרך קבע באזור הכפר צור באחר או באזור שכונת הדואר, בשטח שבין גדר ההפרדה הביטחונית ובין התחום המוניציפלי של ירושלים (להלן – השטח המיוחד).

3. התובע התגורר בשטח מיוחד כאמור בסעיף 2, במועד הקובע לגבי אותו שטח, והוא מתגורר ברציפות באותה יחידת דיור שבה הוא התגורר במועד הקובע, ואם במועד הקובע הוא התגורר בבית הוריו בשטח המיוחד – גם אם הוא עבר להתגורר בבית אחר בשטח מיוחד שנמצא על קרקע השייכת להוריו או להורי בן זוגו, ומאז הוא מתגורר ברציפות באותו בית. תובע הטוען שהוא מתגורר בקרקע השייכת להוריו או להורי בן זוגו שאינה צמודה לבית ההורים יידרש לראיות אובייקטיביות להוכחת טענה זו.

בהודעה זו –

'תובע' – למעט תובע שבמועד הקובע שכר בית בשטח המיוחד והוא אינו בן משפחה של המשכיר. לעניין זה, 'בן משפחה' – כהגדרתו בהגדרה 'עובד' בסעיף 1 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

'המועד הקובע' – מועד קביעת תוואי הגדר הביטחוני כמפורט להלן:

צור באהר – ינואר 2004 (מועד מתן צו התפיסה (יהודה והשומרון), התשס"ד-2004).

שכונת הדואר – 8 במרץ 2005 (מועד מתן צו התפיסה 57/05/ת' (יהודה ושומרון), התשס"ה-2005).

לעניין זה –

תובע שבמועד הקובע הייתה כתובתו המדווחת למוסד כתובת אחרת שאינה בשטח מיוחד – חזקה שהתגורר בכתובת המדווחת לגביו באותה שעה.

תובע שלא הייתה לגביו כתובת מדווחת במועד הקובע, יידרש לראיות אובייקטיביות בדבר המועד בו החל להתגורר במקום מגוריו הנטען עתה, כמתבקש בנסיבות העניין וחלוף הזמן.

תובע שמתגורר ביחידת דיור שבנייתה הסתיימה לאחר המועד הקובע, חזקה שהחל להתגורר בשטח המיוחד לאחר המועד הקובע.

4. התובע אינו מפגר בתשלום דמי ביטוח לאומי ודמי ביטוח בריאות בעד תקופה העולה על שנים עשר חודשים ואין לו חובות עבר בעד התקופה העולה על שנים עשר החודשים האמורים.

למען הסר ספק יובהר כי לא יינתנו זכויות לפי דברי חקיקה שהמוסד לביטוח לאומי מופקד על ביצועם לבני משפחה של תובע שאינם עומדים במלוא התנאים האמורים בסעיפים 1 עד 4."

61. הנחיה זו של היועץ המשפטי לממשלה אמנם תואמת את ההנחיות שהתקבלו בעניין שכונת צור באהר ושכונת הדואר, אולם יש להדגיש, כי זו ההנחיה הראשונה אשר התקבלה לאחר השלמת הגדר ואשר כוללת התייחסות לשתי השכונות גם יחד.

62. העולה מן המצב העובדתי בשטח הוא, כי **לאחר השלמת גדר הביטחון**, אוכלוסייה חדשה עברה לשטחי האזור הנמצאים בצד הישראלי של הגדר. אוכלוסייה זו עברה להתגורר בשטחים אלה **למרות** קיומה של גדר הביטחון ולכן לטעמו של היועץ המשפטי לממשלה, דינה שונה, כמפורט בהנחייתו שהובאה לעיל, וכפי שיפורט להלן.

63. טרם סיומו של פרק זה ובטרם יתייחס היועץ המשפטי לממשלה למקרה זה לגופו, יוטעם, כי עמדות היועץ המשפטי לממשלה בעניין זה הוגשו בב"ל 11525-03-11 **סימון עוזאד ואח' נגד המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 13.6.2017) לבית הדין האזורי בירושלים ביום 03.08.2015 וכן בהליך עב"ל (ארצי) 39020-11-13 **גאסר עטאללה – המוסד לביטוח לאומי** (פורסם בנבו, 25.6.2018) לבית דין נכבד זה ביום 17.11.2015.

ד. מן הכלל אל הפרט

ד.1. עניין אבו מיאלה

64. על פי עובדות המקרה שצוינו לעיל, ניכר כי המבנה שבו מתגורר אבו מיאלה בשכונת א-טור אינו מצוי בתחום השיפוט של עיריית ירושלים ובשטח מדינת ישראל.

65. המערער טוען כי ביתו אינו הבית אשר נמדד ואשר לגביו נקבע כי הוא מצוי מחוץ לשטח מדינת ישראל, אך לפי פסק הדין קמא והראיות שהוגשו בהליך, גם הבית השני שבו טען המערער כי הוא ומשפחתו מתגוררים, מצוי כולו או רובו מחוץ לשטח המוניציפלי של ירושלים.⁸

66. באשר לטענת המערער, כי יש להחיל בעניינו את ההסדר לעניין השטחים המיוחדים, כפי שצוין לעיל, עמדת היועץ המשפטי לממשלה, כי העובדות שנקבעו בעניינו של המערער אבו מיאלה אינן מעידות על כך שהמערער אבו מיאלה התגורר בשכונת א-טור במועד הכרזת צו התפיסה לבניית גדר הביטחון, ומשכך ממילא אף אם יוחלט על החלת העקרונות שנקבעו בעניין צור באחר ושכונת הדואר, הרי שבנסיבות אלה, לא היו מוענקות לו זכויות כלשהן. מעבר לכך יובהר, כי לכל שינוי בהנחיית היועץ המשפטי לממשלה עשויות להיות השלכות רחב משמעותיות, וכיוון שמדובר בסוגיות רגישות ובעלות חשיבות ביטחונית ומדינית, נדרש ליועץ המשפטי זמן נוסף כדי לברר סוגיה זו. יצוין, כי סוגיה זו הופנתה ליועץ המשפטי לממשלה על ידי בית הדין הנכבד רק ביום 17.4.2019, וכי אף שנערכו כמה ישיבות בנושא זה, נותרו שאלות נוספות המצריכות ליבון. לפיכך, מבקש היועץ המשפטי לממשלה להשלים את התייחסותו בנושא זה בהמשך, ככל שיהיה בכך צורך אם ייקבע כי המערער אבו מיאלה מתגורר בשכונת א-טור לפני מועד צו התפיסה ביום 3.2.2005.

67. בשולי הדברים יצוין, כי לפי תצהיר המערער מיום 3.6.2012 ביתו נבנה ללא היתר בניה ולפיכך גם שיקול זה יילקח בחשבון על ידי המוסד לביטוח לאומי.⁹

ד.2. עניין בקרי

68. בית הדין האזורי לעבודה קבע, כי בית האב כולו נמצא מחוץ לתחום ירושלים ובית הבן ברובו מחוצה לו. בהמשך לשאלות שהעלה בית הדין הנכבד ביחס למיקומם של בתי המערערים כאן,

⁸ ב"ל (י-ם) 27899-10-10 **זיאד אבו מיאלה - המוסד לביטוח לאומי סניף ירושלים** סעיפים 38-40, 48, 52-56 ו-59 לפסק הדין (פורסם בנבו, 29.5.2016).

⁹ סעיף 5 לתצהירו של המערער מיום 3.6.2012 בהליך בבית הדין האזורי לעבודה בירושלים – ב"ל (י-ם) 27899-10-10 **זיאד אבו מיאלה - המוסד לביטוח לאומי סניף ירושלים** (פורסם בנבו, 29.5.2016).

ולמען הסר ספק, הונפקה תעודת שר החוץ אשר תוצאותיה זהות לקביעותיו של כב' בית הדין קמא, שנשמכו אף הן על תעודות עובד ציבור מטעם מרכז למיפוי ישראל.

69. בהתאם לכך, יישומה של מדיניות רוב הבית בעניינם של המערערים בעניין בקרי, מביאה למסקנה כי המערערים לא היו תושבים בתקופות מגוריהם בבית הבן ובבית האב, וכי אין מקום להתערב בקביעותיו של כב' בית הדין קמא בעניין זה.

ה. סיכום של דבר

70. היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי לנוכח כלל המפורט לעיל, אין כל מקום להתערב בפסקי הדין של בית דין קמא בעניין המערערים כאן, וכי דין הערעורים להידחות.

יעל ברלב
ממונה במחלקה למשפט העבודה
פרקליטות המדינה

יאנה סימקין
סגנית בכירה א במחלקה למשפט העבודה
פרקליטות המדינה

היום, 1 ספטמבר 2019
א' אלול, תשע"ט