



CENTER FOR
THE DEFENCE OF
THE INDIVIDUAL

המוקד להגנת הפרט

مركز الدفاع عن الفرد

רחוב אבו עוביידה 4
ירושלים 97200
טל. 02.6283555
פקס. 02.6276317

شارع أبو عبيده ٤
القدس ٩٧٢٠٠

הاتف. ٠٢. ٦٢٨٣٥٥٥
فاكس. ٠٢. ٦٢٧٦٣١٧

mail@hamoked.org.il
www.hamoked.org.il

תאריך: 8.4.2018
בתשובה נא לציין: 89465

בפקס, בדוא"ל ובדואר
רשום:

לכבוד
מר אריה מכלוף דרעי,
שר הפנים
לשכת שר הפנים
רח' קפלן 2
ירושלים

שלום רב,

הנדון: טיעונים בכתב כנגד הודעה בדבר כוונה לשלול מעמד תושבות קבע
ע"ש אבו כף, ת"ז
הודעה מיום 18.3.2018, אשר התקבלה ביום 19.3.2018

1. בהתאם להודעתך מיום 18.3.2018, אשר הומצאה למשרדנו למחרת היום, ה-19.3.2018 (להלן: **ההודעה**), ועניינה שקילתך למתן החלטה בדבר ביטול רישיון ישיבת הקבע בישראל של מרשי – לפי התיקון לסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה לישראל**), אשר התקבל בכנסת כשבוע ביום 7.3.2018, עובר לשליחת ההודעה – מתכבד מרשי להגיש בזאת את טענותי כנגד הודעתך זו.

רקע עובדתי רלוונטי לטיעון בכתב

- מרשי, יליד 17.5.1997, נולד בשכונת צור באהר שבירושלים המזרחית ושם גדל כל חייו לצד בני משפחתו. מרשי מגיע ממשפחה המוכרת לרשויות הרווחה בירושלים ומצויה במעמד סוציו-אקונומי נמוך ביותר. אמו של מרשי סובלת מסכיזופרניה. מצבה הכלכלי הקשה של משפחת מרשי ומחלת אמו, שפרצה לפני כעשור שנים, השפיעו על ילדי המשפחה ובכללם על מרשי שהוא הבן הבכור במשפחה. הוא החל לעבוד בגיל צעיר, זאת לאחר שהפסיק את לימודיו התיכוניים בכיתה ח'. **למרשי אין אזרחות אחרת או מעמד אחר בשום מקום אחר בעולם.**
- ביום 15.10.2015 הוגש נגד מרשי, וארבעה נוספים, כתב אישום במסגרת ת"פ 10-15-26792. כתב האישום הוגש, בין השאר, בשל יידוי אבנים ביום 13.9.2015 לעבר מכונית בה נהג מר אלכסנדר לבלוביץ ז"ל, שכתוצאה מפגיעת האבן שהושלחה לעבר רכבו, איבד שליטה על הרכב וקיפח את חייו. יודגש כבר עתה כי תוצאותיו של יידוי אבנים זה הן העומדות בבסיס הודעתך שבנדון.
- ביום 14.9.2017 ניתנה הכרעת הדין בעניינם של מרשי והנאשמים הנוספים. נבקש להדגיש, כי בהכרעת הדין – וככל שהדבר נוגע למעשה העומד בבסיס ההודעה – מרשי **הורשע בהריגה**. מבלי להפחית חלילה מחומרת המעשה בו נטל מרשי חלק ותוצאותיו הטראגיות, חשוב לציין, כי מרשי – שאף לא השליך את האבן שגרמה לתוצאה הטראגית – לא הורשע ברצח בכוונה תחילה, אלא בהריגה שבוצעה בצוותא, ואשר מתבססת על אדישות, פזיזות או קלות דעת ונטילת סיכון מצד מרשי לתוצאות אפשריות של המעשה בו נטל חלק.

5. לסיכום יצוין, כי גם במסגרת ההליך המינהלי שהתנהל כנגד מרשי, הרי שבניגוד למדיניות הנוהגת לפיה ייהרס בית משפחת המפגע – מדיניות שברבים מהמקרים אושרה בבג"ץ – ניתן ביום 9.3.2016 פסק דין בבג"ץ 1337/16 אשר קבע כי בית משפחתו של מרשי לא יאטם בנימוק כי חומרת חלקו באירוע אינה מצדיקה צעד כה חריף בעניינו.

ההודעה

6. כאמור לעיל, ביום 19.3.2018 התקבלה במשרדו של הח"מ ההודעה. מפאת חשיבותם של הדברים הכתובים בהודעה לטיעונים שנבקש להעלות להלן כנגדה, נצטט את עיקריה ככתבם וכלשונם:

הריני להודיעכם כי הנני שוקל לקבל החלטה על ביטול רישיון לישיבת הקבע שלכם בישראל בהתאם לסמכותי על פי סעיף 11א לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה), אשר התקבל בכנסת ביום 7 במרץ 2018, ופורסם ביום 11.3.2018.

ביטול הכוונה לביטול רישיון הישיבה עומד מעשה הטרור הרצחני שביצעתם ביום 13 בספטמבר 2015, אשר נעשה על ידכם מתוך החלטה לבצע "פעולת תגמול" והזדהות עם עימותים שאירעו באותו יום בהר הבית... כתוצאה ממעשים אלו נהרג אזרח ישראלי, מר אלכס לבלוביץ ז"ל ונגרמה חבלה חמורה לאדם נוסף.

מעשה חמור זה, אשר בוצע כחלק מקבוצה, תוך ניצול היותכם תושבי ישראל ונגישותכם לציר תנועה מרכזי בירושלים, כחלק מגל טרור ערבי כנגד מדינת ישראל ותושביה היהודים, מהווה לכאורה מעשה של הפרת אמונים למדינת ישראל בהתאם לסעיף 11א לחוק הכניסה.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

פסלות ההודעה

7. הודעתך בדבר הכוונה לבטל למרשי את רישיון ישיבת הקבע שלו בישראל מהטעמים העומדים בבסיס ההודעה, היא הודעה פסולה הן ברמה העקרונית והן ברמה הפרטנית. כפי שנפרט בהמשך, ברמה העקרונית הודעתך הינה הודעה בדבר כוונה למתן החלטה המתבססת על חוק בלתי חוקתי, אשר בנוסף עומדת בסתירה מוחלטת לחובותיה של ישראל לפי המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי. זאת ועוד: אף לו היה מדובר בחוק חוקתי, עניין בו אנו כופרים, הרי שברמה הפרטנית מדובר בהודעה המבקשת להחיל חקיקה באופן רטרואקטיבי, אשר כמו החוק עצמו, אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לפיכך, ברמה הפרטנית, מדובר בהודעה בדבר כוונה למתן החלטה אשר בנסיבות עניינו של מרשי, אינה סבירה ואינה מידתית ולפיכך פסולה.
8. לסיכום, נציין כי בניגוד לנהלי משרדך, המורים ליתן לאדם המקבל הודעה כגון זו שנמסרה בעניינו של מרשי, 30 יום – הנדרשים מטבע הדברים לצורך הגשת טיעונים בכתב ובעל פה כדבעי – הודעתך למרשי מאפשרת לו להגיש טיעון בכתב בלבד ואף זאת בפרק זמן קצר מהקבוע בנהלים. משנאמרו הדברים, נפנה לפירוט טענותינו בעניין ההודעה אחת לאחת.

ההודעה מתבססת על תיקון חוק שאינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה

9. שלילת רישיון קבע מאדם, ובפרט ממי שמשתייך לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, בני הארץ הזו, הינו אקט הפוגע אנושות בזכויות יסוד רבות וחשובות, ובכללן: הזכות לכבוד, הזכות לבריאות, הזכות לקיום

- בכבוד, הזכות לקניין ועוד. לכל אדם, ואף למי שחטא קשות, הזכות לחיות במולדתו, כשהזכויות לבריאות, לחיים בכבוד, לקיום בכבוד ולקניין מובטחות לו. ההבטחה למימושן של זכויות אלו פגה עם שלילת מעמדו הקבוע של אדם בארץ מולדתו ומולדת אבותיו, והמרתו ברישיון ישיבה מדרג נמוך יותר.
10. פגיעה בזכויות יסוד תתאפשר אך ורק במקום בו עומדת אותה פגיעה הטמונה בחוק בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – חוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ושהפגיעה הטמונה בו הינה במידה שאינה עולה על הנדרש.
11. עילת הפרת האמונים, כפי שהיא מופיעה בחוק הכניסה לישראל שממנו מבקשת הודעתך להיבנות, עודנה עמומה, ואף כיום הן החוק והן התקנות – שלא חודדו עד כה – אינם מתווים אמות מידה ברורות ואינם מתייחסים לשאלת היקף חובת האמונים – ככל שישנה כזו. לפיכך, ובפרט משמדובר במי שמשתייך לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית על כל המשתמע מכך (ר' לעניין זה עע"ם 3268/14 **אלחאק ואח' נ' שר הפנים** ועע"ם 5037/10 **חליל ואח' נ' שר הפנים**), עמדתנו הינה, כי ההודעה אינה עומדת אף בדרישה הבסיסית כי פגיעה בזכויות יסוד לא תיעשה אלא בהסמכה שניתנה בחקיקה מפורשת ומפורטת (ר' לעניין זה את הערות בית המשפט בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה ואח' נ' שר הפנים**, וביתר פירוט סעי' 52 ו-57 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן וסעי' 10 ו-12 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז).
12. זאת ועוד. ההגדרה הערטילאית של הפרת אמונים כפי שמופיעה בתיקון לחוק שבנדון, מתבססת בתורה על הגדרה ערטילאית אחרת של "מעשה טרור", כפי שהיא מופיעה בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. כתוצאה מכך, הלכה למעשה, מאפשר חוק הכניסה לישראל במתכונתו הנוכחית, לפעול באופן שרירותי ולבטל משלל סיבות רישיונות לשיבת קבע בהתבסס על עילת הפרת אמונים כעילת סל. כך למשל, על פי חוק הכניסה בישראל במתכונתו הנוכחית, ניתן להשתמש באקט דרקוני זה של ביטול רישיונו של אדם, בין השאר, בשל השתתפות בהפגנה שהפכה תוך כדי קיומה לאלומה, בשל פרסום כזה או אחר ברשת הפייסבוק, בשל השלכת אבנים גם אם נעשתה על גבול גיל הקטינות, בשל התעמתות עם גורמי הביטחון ועוד. מקרים אלו ואחרים נופלים כיום לכאורה כולם, תחת ההגדרה של מעשה שיש בו משום הפרת אמונים.
13. חוק הכניסה לישראל במתכונתו הנוכחית אף אינו הולם את ערכיה של המדינה. זאת, בשל העובדה כי הוא חוקק מלכתחילה בידיעה ברורה כי מדובר בתיקון העומד בסתירה מוחלטת להוראות הדין המנהגי של המשפט ההומניטארי הבינלאומי והן לחובותיה מתוקף האמנות הבינלאומיות עליהן היא חתומה ושאותן אישרה, ובפרט האמנה למיגור תופעת מחוסרי המעמד בעולם (ר' לעניין זה בין השאר, סעי' 15-22 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בבג"ץ 7803/06). יודגש כי ארגוני זכויות האדם המוקד להגנת הפרט, האגודה לזכויות האזרח ועדאלה, התריעו על העניין מבעוד מועד בפני בית המחוקקים.
- קישור לפניית הארגונים, מצ"ב:

<http://www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Documents3803>

14. לסיכום הטענות בדבר אי חוקיותו של התיקון לחוק ממנו מבקשת ההודעה שבנדון להיבנות, והפגיעה בזכויות היסוד הגלומה בו, נציין, כי הוא אף אינו עומד בדרישה כי הפגיעה הטמונה בו תהיה כזו שאינה עולה על הנדרש.
15. אי המידתיות בה נגוע חוק הכניסה לישראל ברורה. אין מחלוקת כי רשויות המדינה זכאיות ואף חייבות לפעול נגד כל אדם הפוגע בביטחון המדינה ובביטחון תושביה. אולם, לרשותן עומדים אמצעי אכיפה רבים וחמורים אחרים מביטולו של רישיון ישיבת הקבע, שמהווה צעד מדינתי דרקוני וחריף במיוחד. מרשי כידוע, מרצה את עונשו בבית הסוהר, עונש פלילי שעליו הסכימה החברה כגמול וכעונש למעשים שלא ייעשו. האם לא די בשלילת חירותו של אדם כה צעיר, שאת המעשה בגינו הוא מרצה עונש מאסר כה

כבד ביצע בהיותו על גבול גיל הקטינות? צעד כה חריף ואכזרי של שלילת מעמד, בנוסף לעונש הפלילי שהושת על מרשי, מהווה חצייה של סף אל עבר חוסר מידתיות. לפיכך, ההודעה על כוונה למתן החלטה המתבססת על התיקון לחוק מיום 7.3.2018 פסולה אף היא.

16. הנה כי כן, הודעה המתבססת על תיקון חוק בלתי חוקתי, הסותר את המשפט הישראלי, המשפט הבינלאומי ואת הדין ההומניטארי הבינלאומי, היא הודעה בלתי סבירה ובלתי מידתית שאינה יכולה לעמוד ודינה להתבטל.

החלה רטרואקטיבית פסולה של התיקון לחוק

17. בשיטת המשפט הישראלית ישנה חזקה פרשנית נגד תחולה למפרע של דברי חקיקה. משמעות הדבר ברורה. בהיעדר הוראה מפורשת של המחוקק, חקיקה תחול מכאן ואילך בלבד. הסיבה לתחולה עתידית היא כי החלה למפרע של דבר חקיקה משמעותה פגיעה בוודאות המשפטית וכן פגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים של צדק ושל הגינות. ונדגיש, כי ישנם יוצאי דופן לחזקה זו – כאשר מדובר בחקיקה מיטיבה או בחקיקה רטרואקטיבית במישור המשפטי.

18. המעשה שבגיניו נשלחה ההודעה למרשי, בוצע על ידו בצוותא ביום 13.9.2015. שנתיים בדיוק לאחר מכן, קבע בית המשפט בפסק דינו בג"ץ 7803/06, כי אין בידי שר הפנים את הסמכות החוקית לבטל את רישיון לישיבת קבע. חצי שנה לאחר מכן, ושנתיים וחצי לאחר ביצוע המעשה של מרשי, חוקק חוק הכניסה לישראל שאושר ביום 7.3.2018 ושעליו הנך מבקש להתבסס בהודעתך שבנדון.

19. דא עקא, הודעתך על כוונה לבטל רישיון ישיבה בשל מעשה שבוצע בעבר על בסיס חוק שאושר שנתיים ומחצה לאחר ביצוע המעשה, הוא מעשה שמהווה החלה למפרע של דבר חקיקה, פשוטו כמשמעו. משכך, והואיל ואין מדובר בחקיקה מיטיבה או בחקיקה רטרואקטיבית במישור הדיוני, אלא בחקיקה רטרואקטיבית הפוגעת במרשי במישור המהותי על כל המשתמע מכך, הרי שלפנינו הודעה פסולה שיש לבטלה.

הודעה פסולה בנסיבות עניינו הפרטני של מרשי

20. הבעייתיות שבמתן ההודעה למרשי על בסיס התיקון לחוק שבנדון מתחדדת אך יותר נוכח נסיבותיו הפרטניות.

21. כאמור לעיל, ומבלי להפחית מחומרת המעשה ותוצאותיו הטראגיות, מרשי לא הורשע ואף לא הואשם בביצוע רצח בכוונה תחילה. הוא הואשם בעבירת הריגה במסגרת ביצוע בצוותא, כאשר אין אף מחלוקת כי לא הוא יידה את האבן שהביאה למותו של מר לבוביץ ז"ל.

22. כאמור, מטעמים אלו, ולצד אי האשמתו והרשעתו ברצח בהליך הפלילי, אף בהליך המינהלי ביטל בג"ץ את הצו שהוצא להחרמת ואטימת בית משפחתו.

23. בנוסף, וכפי שאף עולה מהודעתך גופא, העבירה בה הורשע מרשי אינה עונה על ההגדרות הנדרשות בחוק המאבק בטרור. הגדרות אלו מחייבות, בין השאר, כי המעשה נעשה במבט צופה פני עתיד – לעורר פחד או בהלה בציבור או לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת לפעול באופן מסוים. ברם, בבסיס העבירה בה הואשם והורשע מרשי, עמדה כדברי הודעתך, פעולה שכל כולה תגמול והזדהות עם אירוע שהתרחש קודם לכן באותו היום (עימותים בין צעירים ושוטרים בהר הבית) – כלומר לא לשם מטרה עתידית. כמו כן כלל לא ברור, האם המעשה בו השתתף מרשי נעשה מטעמים אידאולוגיים, דתיים או לאומיים, או שמא מתוך נמהרות של אדם צעיר שהשתתף במעשה מתוך הזדהות גרידא עם צעירים בני עירו שהתעמתו עם שוטרים, כאמור בהודעה.

24. מטעמים אלו, אף הדברים שנכתבו בהודעתך שבנדון ולפיהם: "ביסוד הכוונה לביטול רישיון הישיבה עומד מעשה הטרור הרצחני", בטעות יסודם. מרשי לא נאשם ברצח, וכאמור, להבנתנו המעשה בו השתתף בצוותא אף אינו עונה להגדרה של מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור. אכן, מרשי, הינו אדם צעיר שחטא קשות. ברם, את העבירה בה הואשם, ביצע כשהיה על סף גיל הקטינות. המעשה בגינו הורשע, כמו גם גילו הצעיר במועד

ביצועה והרקע הסוציו-האקונומי הקשה של משפחתו, מבהירים באופן חד משמעי כי אין מדובר ב"מעשה טרור" כהגדרתו בחוק המאבק בטרור שעליו מתבסס חוק הכניסה לישראל. כפועל יוצא מכך אף מעשהו אינו יכול להיחשב כהפרת אמונים – בהנחה שקיימת חובה שכזו לתושבי ירושלים המזרחית כלל ועיקר, עניין בו אנו כופרים.

25. מטעמים אלו, ומעבר לטענות שהובאו לעיל בעניין אי חוקתיות חוק הכניסה לישראל, סתירתו את המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי והחלתו הרטרואקטיבית על מרשי, אנו סבורים כי עניינו אף אינו המקרה החרוג המצדיק שימוש בסמכות כה קיצונית, בלתי מידתית ובלתי סבירה בעליל. העובדה כי שר הפנים מזדרז ומשתמש בתיקון לחוק על מנת להחילו על עניינו של מרשי אך מחזקת את פסלות החוק שחוקק, המאפשר את הפעלתו במתכונת הנוכחית באופן שרירותי, ללא אמות מידה ברורות ובלי ששורטטו גבולות חובת האמונים הלכאורית הנטענת על ידך. כל זאת, ללא בחינה מקדימה של כל מקרה לגופו, תוך התייחסות רצינית ומעמיקה לטעמים העומדים ביסודו של המעשה וחומרתו.

החלטה בלתי סבירה

26. על החלטת הרשות המינהלית לעמוד במתחם הסבירות. על מנת שהחלטה תעמוד במתחם הסבירות, עליה להינתן תוך שקלול ואיזון נכונים בין הגורמים הרלוונטיים השונים בהם עליה להתחשב (ר' בג"ץ 341/81 מושב בית עובד נ' המפקח על התעבורה (פ"ד לו(3) 349, 354 (1982)).

27. מתחם הסבירות הנתון משתנה מהחלטה להחלטה, ונקבע, בין השאר, על פי מידת השפעתה של ההחלטה על זכויות אדם (ר' אליעד שרגא ורועי שחר, המשפט המינהלי (עילות ההתערבות) (הוצאת שש, 2008, עמוד 242)).

28. ההודעה על כוונתך לבטל את רישיון הישיבה של מרשי בשל מעשה שביצע לפני שנתיים וחצי כמבצע בצוותא, מתוקף תיקון חוק שהתקבל שבועות בודדים – תיקון חוק שאינו חוקתי, עומד בסתירה מוחלטת למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטארי הבינלאומי ובהתבסס על טיעונים שאין להם תימוכין של ממש בדבר "מעשה טרור רצחני" – היא הודעה בלתי סבירה ולפיכך דינה להתבטל. ההודעה פסולה שבעתיים נוכח העובדה כי החלטה שכזו, תותיר את מרשי מחוסר נתינות, כאשר, כאמור, מדובר במי שמשתייך לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, ובמי שכבר נענש קשות במסגרת הליך פלילי, ושאף נקבע בעניינו כי אין לאטום את בית משפחתו כיוון שחלקו במעשה הקשה לא היה מרכזי וחמור מספיק לצורך נקיטה בצעד זה.

סיכומם של דברים

29. לאור כלל הטענות והנסיבות שהובאו לעיל, אבקשך לשוב בך מהודעתך בדבר הכוונה לשלול את רישיון ישיבת הקבע של מרשי.

בכבוד רב,

בנימין אחסתרובה, עו"ד