

בעניין:

1. רג'בי, ת"ז
2. המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר –
ע"ר מס' 580163517

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או
דניאל שנהר (מ"ר 41065) ו/או תהילה מאיר (מ"ר 71836)
ו/או נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713)
ו/או אהרון מייילס קורמן (מ"ר 78484)

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

העותרים

- נ ג ד -

1. כנסת ישראל

באמצעות הלשכה המשפטית
משכן הכנסת
קריית בן-גוריון, ירושלים
טל: 02-6408479; פקס: 02-6753495

2. שר הפנים

באמצעות פרקליטות המדינה
רח' צלאח א-דין 29, ירושלים
טל: 02-6466590; פקס: 02-6467011

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי המופנה כנגד המשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

- למשיבה 1: מדוע לא תבטל את התיקון לסעיף 11 (א) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 שהתקבל במליאת המשיבה ביום 7.3.2018 (להלן: **החוק**) בהיותו בלתי מוסרי, בלתי חוקתי, ומנוגד לדין הבינלאומי ולמשפט הבינלאומי הומניטארי;
- למשיב 2: מדוע לא ישוב בו מהחלטתו (להלן: **ההחלטה**) מיום 22.8.2019 לבטל את רישיון ישיבת הקבע של העותר 1 מטעמים של הפרת אמונים ובהתבסס על החוק. זאת, הן מן הטעם שההחלטה התקבלה מכח חקיקה בלתי חוקתית שאינה עומדת בתנאי פסקה 8 (להלן: **פסקת**

ההגבלה) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מנוגדת למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטרי, ועומדת בסתירה מוחלטת לעיקרון שלטון החוק וחובת ההגינות השלטונית, והן משום שמדובר בהחלטה המחילה על העותר 1, בין השאר, דבר חקיקה – היוצר עבירה כשסנקציה לצידה – למפרע, ללא תכלית ראויה.

פתח דבר

ביום 7.3.2018 אישרה כנסת ישראל את תיקון החוק דלעיל המסמיך את שר הפנים לשלול רישיונות לישיבת קבע שניתנו לתושבי ירושלים המזרחית המשתייכים לאוכלוסייתה הילידית מטעמים של הפרת אמונים. התיקון לחוק קודם ואושר, בעקבות פסיקתו של בית משפט נכבד זה בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה ואח' נ' שר הפנים** (פורסם בנבו) (להלן: **עניין אבו ערפה**).

כפי שיפורט בפרק המשפטי לעתירה, תיקון החוק כמו גם קבלת ההחלטה בעניינו של העותר 1 – ובעניינם של תושבי ירושלים המזרחית האחרים שבעניינם ניתנו החלטות דומות – בהסתמך על החוק, פסולות מן היסוד. מדובר בתיקון חוק שאינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך אינו חוקתי. בנוסף, החוק התקבל בידיעה ברורה ומוקדמת כי הוא עומד בסתירה מוחלטת לחובותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי והדין ההומניטרי הבינלאומי. מעבר לאי חוקתיות החוק שממנו מבקשת ההחלטה להיבנות, העותרים יצביעו על כך כי גם ברמה הפרטנית מדובר בהחלטה פסולה מן היסוד, בהיותה בלתי חוקתית, בלתי סבירה ובלתי מידתית, המוחלת על העותר 1 למפרע, תוך זיהום ההליך ועירובם של שיקולים זרים, ולפיכך דינה בטלות. נפנה לדברים כסדרם.

הסמכות העניינית והמשיבים לעתירה

הואיל ועתירה זו עניינה בתקיפת החוק, כמו גם לאור העובדה כי בשני הליכים פרטניים אחרים שהוגשו על ידי העותרת 2 לבית המשפט לעניינים מינהליים כנגד החלטות שר הפנים שניתנו מכח החוק תוך תקיפה עקיפה של החוק עצמו, העביר בית המשפט את הדיון בעתירות לבית משפט נכבד זה – בג"ץ 369/19 **זוויאת נ' שר הפנים ואח' ו-בג"ץ 405/19 אבו גאנם נ' שר הפנים ואח'** – הרי שהסמכות לדון בעתירה דכאן מסורה לבית המשפט הנכבד.

רקע עובדתי

הצדדים

1. **העותר 1** (להלן: **העותר**) נולד בירושלים בשנת 1971 ומכח השתייכותו למשפחה מאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, החזיק עד למועד ההחלטה הנתקפת בעתירה זו ברישיון לישיבת קבע. מלבד רישיון ישיבת הקבע אין לעותר כל מעמד אחר בעולם.
2. **העותרת 2** (להלן: **העותרת** ויחד עם העותר: **העותרים**), היא עמותה רשומה, אשר שמה לה למטרה לסייע, בין השאר, לתושבי ירושלים המזרחית המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של העיר, שנפלו קורבן להתעמרות או קיפוח על ידי רשויות המדינה, ובכלל זה להגן על זכויותיהם בפני ערכאות, בין בשמה כעותרת ציבורית ובין כמייצגת אנשים שזכויותיהם נפגעו.
3. **המשיבה 1** (להלן: **המשיבה**) קידמה יחד ולחוד עם המשיב את חקיקת החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה הנתקפת בעתירה זו, והיא אשר הצביעה על אישורו במליאתה ביום 7.3.2018.

4. **המשיב 2** (להלן: **המשיב** או **שר הפנים** ויחד עם המשיבה: **המשיבים**) הוא השר אשר נתן את ההחלטה ואף פעל לקידום הליך חקיקת החוק הנתקף בעתירה זו.

רקע עובדתי ומיצוי הליכים

5. בשל מעורבותו בפיגוע קשה שהתרחש בקו אוטובוס 37 שבעיר חיפה בשנת 2003, שבמסגרתו קיפחו את חייהם שבעה עשר בני אדם ונפצעו רבים אחרים, נגזר על העותר מאסר עולם, שבשלב מאוחר יותר נקצב והועמד על עשרים שנות מאסר. בשנת 2023 יסיים העותר לרצות את העונש שנגזר עליו במלואו.

6. יצוין, כי עונש המאסר שהוטל על העותר בגין מעורבותו בפיגוע הנ"ל, נגזר עליו, במסגרת עסקת טיעון שאליה הגיעו הצדדים בשעתו, ובהמשך יתייחסו אליה העותרים.

7. שש עשרה שנים לאחר מכן, ביום 10.4.2019 או בתאריך אחר הסמוך למועד זה, נמסרה לעותר, המרצה את עונשו בכלא קציעות, הודעה מטעם המשיב, הנושאת את התאריך 3.4.2019 ובה הוא מודיע לו על כוונתו לשלול ממנו את רישיון ישיבת הקבע בו הוא מחזיק כל חייו.

8. יודגש כבר עתה, כי מעקב פשוט אחר פרסומים בכלי תקשורת המזוהים עם הימין ופרסומים ברשת החברתית שבהם הועלה מידע הנוגע להליך שמנהל המשיב כנגד העותר ושאינם ידועים לציבור הרחב, מעלה כי לאורך ההליך כולו, ואף עוד קודם למסירתה של ההודעה לעותר, הקפיד המשיב לתקשר עם ציבורים כאלו ואחרים וליידע אותם בדבר פתיחת ההליך וקצב התקדמותו. לעמדת העותרים שתפורט ביתר שאת בהמשך, התנהלות זו של המשיב, שאף לא טרח לשוות להליך מראה פנים של הליך תקין וענייני החף משיקולים זרים, מעידה – כי לצד יתר הפגמים שנפלו בחקיקת החוק והליך מתן ההחלטה לשלילת מעמדו של העותר – מעשיו של המשיב אינם נובעים מטעמים של הפרת אמונים כלל ועיקר אלא מטעמים של ריצוי ציבורים מסוימים, ובפרט משפחות קורבנות הפיגוע שבנדון. בניגוד להליך הפלילי, המקנה לקורבן העבירה זכות עמידה, בהליך המינהלי המתנהל בעניין מעמדו של הפרט, עמדת המשפחה של הקרבן ודעת הקהל הינם שיקולים זרים לחלוטין. זהו ההליך בו בחר המשיב לנקוט שנים כה רבות לאחר קרות המקרה, לאחר העמדתו של העותר לדין בגין מעורבותו באירוע, לאחר שהמדינה חתמה עימו על עסקת טיעון, ושנים בודדות עובר לסיום ריצוי עונשו במלואו. טעמים אלו כמובן שונים בעליל מעילת הפרת האמונים לכאורה, ממנה מבקש המשיב להיבנות.

על מנת לסבר את האוזן מצ"ב קישורים לשני פרסומים באתרי האינטרנט של "מקור ראשון" ו-"ערוץ 7" ומהם עולה כי המשיב הקפיד להודיע על ההליך עוד בטרם שלחת ההודעה לנשוא ההודעה עצמו.

<https://www.makorrishon.co.il/news/127285/>

<https://www.inn.co.il/News/News.aspx/398048>

9. מפאת חשיבות ההודעה שנשלחה לעותר כאמור 16 שנים לאחר קרות המקרה בו היה מעורב, לעתירה דכאן, יצטוו להלן העותרים את עיקריה ככתבה וכלשונה:

הריני להודיעך כי אני שוקל לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלך בישראל בהתאם לסמכותי על פי סעי' 11א לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 (להלן: **חוק הכניסה**).

ביסוד הכוונה לביטול רישיון הישיבה עומדת מעורבותך בתכנון ובביצוע פיגוע התאבדות רצחני שאירע בשדרות מוריה בחיפה בשנת 2003, שבו נרצחו 17 אנשים, ביניהם צעירים רבים. את הפיגוע תכננת ביחד עם אחרים, והיית אחראי להבאתו של המחבל המתאבד לחיפה ולבחירת המיקום לפיגוע הקשה.

בעקבות מעשה זה הורשעת על פי הודאתך, בקשירת קשר לסיוע לאויב במלחמה ובחיפוי ונגזר עליך מאסר עולם. ערעור שהגשת כנגד ההרשעה וכנגד חומרת העונש נדחה, תוך שבית המשפט העליון מציין את חומרת המעשה.

המעשה החמור אותו ביצעת, אשר בוצע תוך ניצול היותך תושב ישראל וניצול חופש התנועה הנובע מהיותך תושב קבע בישראל, מהווה מעשה בוטה של הפרת אמונים למדינת ישראל בהתאם לסעיף 11א לחוק הכניסה.

ניתנת לך בזאת הזכות בטרם אקבל החלטה בעניין, להביא בפניי בכתב כל טיעון שיש בידך ביחס לאמור וזאת בתוך 30 ימים. לאחר מועד זה, אשקול טענותיך בטרם קבלת החלטתי.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

העתק מהודעת המשיב לעותר מצ"ב ומסומן ע/1.

10. ביום 5.5.2019 הגישו העותרים למשיב טיעונים בכתב כנגד הודעתו שבנדון. במסגרת טיעונים אלו, ולצד הטיעונים שהעלו העותרים בפני המשיב בדבר פסלות האמור בהודעה, הם אף קבלו בפני המשיב על אי מתן הזכות להעלאת טיעונים בעל פה, כמקובל במקרים בהם שוקל המשיב לבטל מעמד מטעמים ביטחוניים או פליליים.

העתק מהטיעונים בכתב מיום 5.5.2019 מצ"ב ומסומן ע/2.

11. בעקבות טענות העותרים על שלילת האפשרות להעלאת טענותיהם כנגד ההודעה בעל פה, הודיע המשיב לעותרים ביום 6.6.2019 כי שימוע בעל פה ייערך לעותר בכלא קציעות ביום 27.6.2019. העתק מהודעת המשיב מיום 6.6.2019 בדבר מועד קיומו של השימוע בעל פה מצ"ב ומסומן ע/3.

12. כמו בשלב טרום שליחת ההודעה לעותר, גם בשלב זה הופיעו פרסומים בכלי תקשורת המזוהים עם הימין בדבר דרישת משפחות קורבנות הפיגוע שבעניינו נשלחה ההודעה לעותר, ליטול חלק בהליכי השימוע הנערכים לו.

מצ"ב לינק לשתי כתבות שפורסמו בעניין, באתרי האינטרנט של "ערוץ 7" ו"הקול היהודי":

<https://www.inn.co.il/News/News.aspx/404254>

https://www.hakolhayehudi.co.il/item/%D7%91%D7%90%D7%A8%D7%A5_%D7%95%D7%91%D7%A2%D7%95%D7%9C%D7%9D/%D7%9E%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%99%D7%9D_%D7%A9%D7%90%D7%98_%D7%A0%D7%A4%D7%A9_%D7%9E%D7%94%D7%AA%D7%9E%D7%99%D7%9B%D7%94_%D7%A9%D7%9C_%D7%94%D7%9E%D7%95%D7%A7%D7%93_%D7%91%D7%9E%D7%97%D7%91%D7%9C

13. ביום 27.6.2019 נערך לעותר שימוע בעל פה בכלא קציעות. במהלך השימוע העלה העותר מספר טענות בפני נציגי המשיב שנכחו במקום. בין השאר, טען העותר, כי לו היה נאשם ברציחתם של 17 בני אדם היו נגזרים עליו 17 מאסרי עולם ולא מאסר עולם בודד. עוד טען, כי אף המאסר שנגזר עליו ונקצב כאמור לעשרים שנה, הינו תוצאה של עסקת טיעון עליה חתמו הצדדים בשעתו. כמו כן טען העותר בשימוע בעל פה שנערך לו כי בהיותו תושב המשתייך לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, הרי שהחלטה לשלול ממנו את המעמד היחיד שיש לו בעולם, בארץ הולדתו ומולדת אבותיו, פסולה ומנוגדת לדין הישראלי למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטארי הבינלאומי. זאת אף יותר מהטעם שמדובר בהחלטה המתבססת על החוק כש עשרה שנים לאחר ביצוע המעשה שבגיניו שלח אליו המשיב את ההודעה. מתן החלטה המתבססת על חוק היוצר עבירה מינהלית יש מאין, ושחוקק שנים כה רבות לאחר קרות המקרה שבגיניו נשלחה לעותר ההודעה, מהווים החלה של דבר חקיקה למפרע על עניינו, והלכה ולמעשה, ענישה כפולה. זאת, כאמור, כאשר המדינה חתמה לפני שנים רבות עם העותר על עסקה שבה נקבעה המסגרת להאשמות כנגדו ולעונש שיושת עליו, ובהסדר לא נכללה פגיעה במעמד התושבות שלו. לבסוף טען העותר במסגרת השימוע הנ"ל כי לתחושתו, ההודעה היא עוד חוליה במלחמת חורמה המנוהלת כנגדו אישית מזה שנים.

העתק מפרוטוקול הטיעון בעל פה מיום 27.6.2019 מצ"ב ומסומן ע/4.

14. ושוב, אף בשלב זה להליך לא נשכחו כלי התקשורת והרשתות החברתיות, כאשר הפעם הצטרף למשיב שר המשפטים, שביום 22.8.2019 העלה סרטון לעמוד הפייסבוק הרשמי שלו, בו הוא חותם על הסכמתו למתן ההחלטה בעניינו של העותר, כשלצדו של הסרטון הועלה על הכתב מלל הסרטון שאת עיקריו נבקש להביא להלן:

חתמתי עכשיו כשר המשפטים על הסכמתי לביטול תושבות הקבע של שני מחבלים שהיו מעורבים בפיגועים רצחניים בהם נרצחו עשרות ישראלים.

מדובר בסגירת מעגל עבורי משום שהחתימה הזו מתאפשרת כתוצאה מחוק שהעברתי בכנסת העשרים.

**החוק בא לעולם, לצערי, בגלל החלטת בג"ץ לקבל את
עתירותיהם של אנשי חמאס נגד החלטותיהם של חמישה
שרי פנים...**

**תושבות קבע למי מכם שלא יודע, מעניקה לאוחזים בה
זכויות רבות: זמי אבטלה, קצבת ילודה, קצבת נכות,
ביטוח לאומי...**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

15. במקביל להעלאת הסרטון והטקסט לרשת החברתית פייסבוק, התקבלה במשרדי העותרת ביום 22.8.2019 ההחלטה של המשיב המתבססת על החוק ושכנגדם מוגשת העתירה דכאן. אף בשלב זה עולה, כי החלטת השר התקבלה, לכל הפחות בין השאר, בשל לחץ ציבורי חיצוני ובהתחשב בו. הן מלשון ההחלטה והן מהפרסומים בכלי תקשורת מסוימים לאחר מעשה עולה כי אין מדובר בהליך מינהלי ענייני ו"סטריילי", כמתבקש במסגרת החלטה כה דראקונית, אלא בהליך שזוהם עוד בראשית דרכו ומלווה מתחילתו ועד סופו בניסיונות למצוא חן בעיני קהלים מסוימים בציבור הישראלי, ונמעניו העיקריים של ההליך הם אותם הקהלים ומשפחות קורבנות הפיגוע, ולא העותר.

העתק מכתבה שפורסמה ב"ערוץ 7" ארבעה ימים לאחר מתן ההחלטה ומאששת את האינטראקציה בין המשיב לציבורים מסוימים לאורך הליך קבלת ההחלטה ועל מעורבותם של אזרחים בו מצ"ב ומסומן ע/5.

<https://www.inn.co.il/News/News.aspx/411106>

16. בהחלטה עצמה כותב המשיב לעותר בין השאר:

**על יסוד הנימוקים שפורטו בהודעתי האמורה, החלטתי
לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלך בישראל. החלטתי
התקבלה לאחר שבחנתי את החומר הקיים בעניינך,
טיעוניך כפי שהוגשו אליי, עיינתי בהמלצת הוועדה
המייצעת ולאחר ששוכנעתי כי ניתנה לך הזדמנות הוגנת
להשמיע את טענותיך בכתב ובעל פה אודות הפיגוע הנורא
שבוצע והותיר אחריו משפחות שכולות רבות, אשר
נושאות את תוצאות הפיגוע כפי שמתואר במכתבן, שהובא
גם הוא לפניי.**

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

העתק מההחלטה שנשלחה לעותר ושביגנה ובגין החוק שעליו היא מבוססת מוגשת עתירה זו, מצ"ב ומסומן ע/6.

17. הנה כי כן, עיינינו הרואות, ההחלטה כמו גם הפרסומים השונים בכלי תקשורת ובמדיה החברתית, הפונים לקהלים מאוד מסוימים, מעידים על כך כי ההחלטה הנתקפת בעתירה זו, אינה תוצר של הליך מינהלי טהור ונקי מהשפעות חיצוניות זרות, שבמסגרתו נשקלו שיקולים ענייניים מהותיים גרידא כדבעי, אלא להיפך. נראה כי ההליך שקדם לקבלת ההחלטה וההחלטה עצמה זוהמו מעיקרא ומקורם, בין השאר – שלא לומר בלבד – בלחצים מן החוץ וברצון המשיבים לרצות ציבורים מסוימים. יש בכך כדי להסביר את ההחלטה התמוהה של המשיב להתייחס היום למעשה שנעשה לפני כשש עשרה שנים.

הטיעון המשפטי

18. להלן ייטען כי החוק, כמו גם ההחלטה הפרטנית של המשיב לשלול מהעותר את רישיון הישיבה היחיד בו אחז כל ימיו מכח השתייכותו לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, פסולים ברמה העקרונית והפרטנית כאחד. נפנה לדברים כסדרם.

החוק פוגע בזכויות יסוד, אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה ועל כן אינו חוקתית

19. כידוע, פגיעה בזכויות יסוד יכולה להיעשות אם היא עומדת בתנאי פסקה 8 (להלן: **פסקת ההגבלה**) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. להלן ייטען כי החוק אינו עומד בתנאים אלו ומשכך, הן החוק והן ההחלטה שניתנה מכוחו דינם בטלות.

20. לא יכולה להיות מחלוקת על כך שהחוק פוגע בזכויות יסוד. במסגרת פסק הדין בבג"ץ 7803/06 (להלן: **עניין אבו ערפה**), בעקבותיו הגיע החוק לעולם, נקבע זה מכבר:

אין לך כמעט זכות שאינה נפגעת שעה שמדובר בגירושו של אדם מביתו של יליד המקום היושב בארץ תקופה ניכרת, עקב שלילת רישיון ישיבת הקבע שבו הוא אוהז: הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לחיי משפחה (סעי' 68 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה) (ההדגשה הוספה, ב.א.).

וכן:

נטילת הרישיונות חושפת את מחזיקיהם לסכנת גירוש מתחומי ישראל (ראו סעיף 13(א) לחוק הכניסה), על כל המשתמע מכך – וכרוכה באובדן הטבות סוציאליות, תעסוקתיות ופוליטיות שונות. היא פוגעת, אפוא, בכבודם ובחירויותיהם. נכון כי בעלי רישיונות הישיבה אינם אזרחים, אך כבר לימדנו חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כי "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" – ועל אחת כמה וכמה בתושב קבע, בעל זיקה ממשית לארץ (סעי' 16 לפסק דינו של כב' השופט הנדל בעניין אבו ערפה).

וכן:

בנסיבות העתירה שלפנינו, אין חולק על כך שהחלטת שר הפנים פוגעת בזכויות יסוד אשר מחייבות הגנה יתרה (השוו: פסקות 46-49 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל).
(סעי' 5 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיאה כתוארו אז, השופט ג'ובראן, בעניין אבו ערפה).

21. משהובהר כי בחוק הפוגע בזכויות יסוד עסקינן ובנוסף, בניגוד למצב שקדם לחקיקתו, סעיף שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לא חל בעניינו, הרי שיש לבחון האם החוק עומד במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: **פסקת ההגבלה**).

22. פסקת ההגבלה קובעת כי פגיעה בזכויות יסוד יכולה שתהא בחוק **ההולם את ערכיה של מדינת ישראל**, שנועד **לתכלית ראויה**, **ובמידה שאינה עולה על הנדרש**. להלן ייטען כי החוק אינו עומד בתנאים אלו ומשכך דינו בטלות.

החוק לא נועד לתכלית ראויה

23. על התכלית של התיקון לחוק ניתן ללמוד מתוך דברי ההסבר, בהם נכתב כך:

התיקון המוצע מבחין בין מהגר, שהגיע לישראל וקיבל בה מעמד, לבין מי שהמציאות בעניינו מורכבת יותר, כגון תושב מזרח ירושלים החי בה שנים רבות ובידו רישיון לישיבת קבע. **בכל הנוגע למהגר שקיבל רישיון לישיבת קבע, מוצע ששר הפנים יוכל לבטל את הרישיון בשל רכישתו על יסוד פרטים כוזבים, בשל סיכון לשלום הציבור או לביטחוננו (...)** ובשל הפרת אמונים למדינת ישראל. **בכל הנוגע לתושב קבע שהמציאות בעניינו מורכבת יותר, דוגמת תושב מזרח ירושלים, מוצע כי תהיה לשר הפנים סמכות לביטול הרישיון רק בשל הפרת אמונים או אם הרישיון ניתן על בסיס פרטים כוזבים (מתוך דברי ההסבר לחוק (ההדגשות הוספו, ב.א.).**

העתק מהקטע הרלוונטי מתוך דברי ההסבר לחוק מצ"ב ומסומן ע/7.

24. הנה כי כן, בניגוד לעניין אבו ערפה, ממנו עולה כי שופטי ההרכב סברו כי מטרת החוק במתכונתו הקודמת הינה שמירה על שלום הציבור וביטחוננו (ר' בין השאר עניין אבו ערפה, סעי' 28 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; סעי' ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה כתוארו אז, כב' השופט רובינשטיין; סעי' 13 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; ו-סעי' 45, 66 ו-68 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן), דברי ההסבר לחוק דגן מבהירים באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי מטרתו של החוק אינה שמירה על שלום הציבור וביטחוננו כלל ועיקר. למעשה, המחוקק מדגיש כי הוא אינו בא להסמיך את המשיב לשלול רישיונות של תושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה

הילדית של ירושלים המזרחית מטעמים אלו. מטרתו היחידה המוצהרת של המחוקק בחקיקת החוק הייתה לעגן בחוק את סמכותו של המשיב לשלול תושבות מהמשתייכים לאוכלוסייה הילדית של ירושלים המזרחית **כסנקציה**.

25. לא למותר לציין כי לעמדת העותרים, הפרסומים בכלי התקשורת סביב חקיקת החוק כמו גם סביב מתן ההחלטה הפרטנית בעניינו של העותר, מצביעים על תכלית בלתי מוצהרת, שונה ופסולה שעניינה נקמה וריצוי ציבורים מסוימים. ברם, הואיל וברי כי נקמה ויצירת תדמית חיובית בעיני הציבור החפץ בה אינה תכלית ראויה, ובנוסף, ברי כי היא אינה הולמת את ערכיה של המדינה, לא ישחיתו העותרים מילים בעניין של תכלית בלתי מוצהרת זו.

26. להלן יבהירו העותרים מדוע לעמדתם, החוק, שכל עניינו המוצהר אינו אלא בהטלת סנקציה ותו לא, כפי שהוכח זה עתה, לא זו בלבד שלא נועד לתכלית ראויה, אלא שבנוסף, הלכה למעשה, הוא אינו משרת כל תכלית שאינה נקמה גרידא. נסביר.

27. אין מחלוקת שרשויות המדינה זכאיות ואף חייבות לפעול נגד כל אדם הפוגע בביטחון המדינה ובשלום וביטחון תושביה. דא עקא, ענישה, בדמות שלילת רישיון לישיבת קבע מתושבי ירושלים המזרחית, הזכאים אף להגנות מתוקף הוראות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי, אינה תכלית ראויה **מתחום דיני ההגירה והמעמד**. לרשותן של הרשויות עומדים הדין הפלילי ואמצעי אכיפה רבים אחרים. מתן סמכות למשיב, שהינו גורם פוליטי, לנקוט בסנקציה כה דראקונית, בדמות שלילת רישיון ישיבה, על הפגיעה האנושה הנלווית לכך, אינו נושא עמו תכלית ראויה. ודאי וודאי כאשר מדובר בלידי המקום, שמעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח.

28. ברם לעמדת העותרים החוק אינו משרת כל תכלית כלל ועיקר. סעי' 11א(ב) קובע בין השאר כי:

החליט שר הפנים לבטל רישיון לפי הוראות סעיף זה, וראה כי לאחר הביטול ייוותר אותו אדם בלא רישיון לישיבת קבע מחוץ לישראל, בלא אפשרות לרכישת זכות לישיבת קבע מחוץ לישראל או בלא אזרחות, **ייתן לו, בסמוך לאחר ההחלטה על ביטול הרישיון, רישיון לישיבה בישראל...**

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

29. הנה כי כן, ככל שהחוק נוגע לתושבי קבע מירושלים המזרחית – כעותר דן – שאינם מחזיקים בכל מעמד נוסף מלבד רישיון הישיבה בו הם מחזיקים מתוקף היותם בניה הילידים של הארץ הזו, על המשיב לתת להם רישיון לישיבת ארעי תחת רישיון הקבע שהוא שולל מהם.

30. דא עקא, ברי כי להוציא מספר עניינים ובכללם, אי הנוחות הכרוכה בחידושו של רישיון לישיבת ארעי והאפשרות להיות מועסק בשירות המדינה ובתפקידים ציבוריים, רישיון לישיבת ארעי מקנה למחזיקים בו את כלל הזכויות הסוציאליות ואת מירב הזכויות הנוספות להם זכאים תושבי הקבע במדינה ואזרחיה – ובכלל זאת חופש התנועה המועלה בהחלטה הפרטנית בעניינו של העותר דכאן. משכך, והואיל והדעת נותנת כי מי שהמשיב מבקש לשלול את רישיון ישיבת הקבע שלו מטעמים של הפרת אמונים, משאת נפשו אינה דווקא עבודה בשירות

המדינה, אולם מנגד רישיון הישיבה הארעי שיינתן לו תחת הרישיון שנשלל ממנו, יקנה לו את כלל הזכויות הסוציאליות ורובא דרובא של הזכויות הנותרות, מסקנת העותרים ברורה. ככל שמטרתו של החוק היא הטלת סנקציה, ולא חלילה נקמה, הרי שענישתו של אדם בדמות שנמוך מעמדו בטענה להפרת אמונים, אינה מעלה ואינה מורידה ואינה משרתת כל תכלית.

31. משהבהירו העותרים כי ענייננו בחוק שאינו משרתת תכלית ראויה, ולמעשה חוק שאף אינו משרתת כל תכלית, עמדתם הינה כי החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה.

החוק אינו הולם את ערכיה של המדינה

32. טעם נוסף לכך שלעמדת העותרים, מדובר בחוק שאינו עומד בפסקת ההגבלה הוא טעם הגולש, למעשה, לחלקו האחר של טיעונם של העותרים בעניין פסלות החוק.

33. עמדת בית משפט זה הינה כידוע, כי כאשר מתקיימת התנגשות בין המשפט הישראלי הפנימי למשפט הבינלאומי גוברת ידו של המשפט המקומי. עם זאת, הגישה בשיטת המשפט הישראלי הינה לחתור ככל הניתן להתאמה בין המשפט המקומי לבין המשפט הבינלאומי, כאשר חזקה על המחוקק כי הוא חותר לחקיקה פנימית התואמת את המשפט הבינלאומי, ודבר החקיקה יתפרש באור זה:

חזקה על המחוקק כי הוא חותר לחקיקה התואמת את המשפט הבינלאומי (ראו למשל: בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945, 966 (1952); ע"פ 131/67 קמיאר נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(2) 85, 112 (1968); דנ"פ 7048/97 פלוני נ' שר הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 742-743 (2000); ע"פ 6659/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פ"ד סב(4) 329, 353 (2008)) (מתוך סעי' 15-17 לפסק דינה של גב' השופטת ברק ארז בעניין אבו ערפה).

מעבר לדיון המתמקד במשפט הישראלי עצמו, אני סבורה שזהו אחד מאותם מקרים שבהם יש לתת משקל לפרשנות הדין באופן שמתיישב עם המשפט הבינלאומי.

אני סבורה כי במקרה שבו עומדת לדיון הוראה בעלת אופי כללי וכוללני, שלמצער יש מחלוקת אמיתית לגבי פרשנותה, יש לתת משקל מיוחד לנורמות של המשפט הבינלאומי.

אשר על כן, ראוי לתת את הדעת על מספר נורמות שמוכרות במשפט הבינלאומי, כמו גם על העקרונות העומדים בבסיסן, ככל שנורמות אלה אינן מחייבות במישרין את מדינת ישראל (מתוך סעי' 15-17 לפסק דינה של גב' השופטת ברק ארז בעניין אבו ערפה).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

34. לעמדת העותרים, החוק הנתקף בעתירה זו עומד בסתירה הן לחובות המדינה על פי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לחובותיה בהתאם לאמנות שאת חלקן אישררה ועל חלקן האחר חתמה והתחייבה לפעול ברוחן.

35. סעי' 14 לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 (נחתמה על ידי ישראל ביום 19.12.1966 ואושררה על ידה ביום 3.10.1991) קובע:

**לא ייתבע אדם לדין ולא ייענש בשל עבירה שממנה זוכה
או שעליה הורשע מכבר, בפסק דין סופי, בהתאם לחוק
ולסדרי הדין הפלילי של כל ארץ.**

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

36. החוק המסמיך את המשיב להטיל סנקציה עונשית – ולא מטעמים של שלום הציבור ובטחונו כמפורט לעיל – מהווה ענישה נוספת לעבירות שאותם בעלי רישונות לשיבת קבע ביצעו, ושביגין הם עומדים לדין ונענשים במסגרת הדין הפלילי. אם כן, החוק עומד בסתירה להתחייבות המדינה לאמנה זו.

37. החוק אף עומד בסתירה לסעי' 31 לאמנה נוספת בדבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות (נחתמה על ידי ישראל ביום 1.10.1954 ואושררה על ידה ביום 23.12.1958). סעיף זה מטיל הגבלות אף על גירושם של מי שאינם אזרחים. בעניינם של תושביה הילידים של ירושלים המזרחית, אין ספק כי ההגבלות שנקבעו באמנה תקפות. העובדה כי החוק מתעלם מהגבלות שהיו ידועות למשיבים עוד בטרם נחקק החוק הופכות אותו לחוק שאינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ומשכך לבלתי חוקתי.

38. בנוסף, ירושלים המזרחית סופחה אמנם לישראל והוחל עליה ועל תושביה הדין הישראלי, ברם בד בבד ובאותה נשימה על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי, תושבי ירושלים המזרחית בני המקום וילידי הארץ, הינם "תושבים מוגנים" הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי, ובכלל זה הן תקנות האג בדבר דיניה ומנהגיה של מלחמה בישבשה והנספחים לה (1907) והן אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949.

39. תקנה 45 לתקנות האג בדבר הדינים והמנהגים של מלחמה ביבשה משנת 1907, שישראל מחויבת אליהן מתוקף מעמדה של האמנה כמשפט מינהגי, קובע כי:

**אסור להכריח תושבי שטח כבוש להישבע אמונים
למעצמה האויבת.**

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

40. סעי' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) קובע כי:

מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים
ואופן את ההנאות מהאמנה הזאת, **בגלל כל שינוי
שהונהג, עקב הכיבוש, במוסדותיו או בממשלתו של
השטח הכבוש, ולא בגלל כל הסכם שנעשה בין רשויות**

השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת, ולא בגלל סיפוחו של השטח הכבוש – כולו או מקצתו – על ידי אותה מעצמה.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

41. סעי' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949) קובע כי:

היתה המעצמה הכובשת סבורה שיש צורך, מטעמי הכרח של בטחון, לנקוט אמצעי בטחון כלפי מוגנים, רשאית היא, לכל היותר, לייחד להם מקום מגורים או לעצרם.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

42. לעניין הפרתו של סעיף זה יבקשו העותרים להדגיש כי בסעי' 13 לפסק דינו של כב' השופט בעניין אבו ערפה הוא קובע:

העותרים גורסים כי התוצאה האמורה נוגדת כביכול את הוראות המשפט הבינלאומי. בכך הם לא דקו פורתא, שכן "תיחום מגורים" מותר מטעמי הכרח של בטחון (Imperative reasons of security) על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו"ד (6) 352 (2002). עיינו עוד: Yoram Dinstein, The International Law of Belligerent Occupation 176-178 (2009) ; The 1949 Geneva Conventions – A Commentary, "chapter 64: Admissibility of and Procedures for Internment" pp. 1327-1349 (ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta & Marco Sassoli, 2015). (ההדגשה הוספה, ב.א.).

43. ברם, החוק דן כמפורט לעיל, אינו עוסק באפשרות לגירוש או לתיחום מגורים מטעמי ביטחון כלל ועיקר. אדרבה, בדברי ההסבר לחוק הודגש כי בניגוד לבעלי רישיון לישיבת קבע שהיגרו שהמשיב מוסמך על פי החוק לשלול את מעמדם אף מטעמים של ביטחון ושלוש הציבור, מעמדם של תושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית יכול להישלל מהם אך ורק מטעמים של הפרת אמונים. הנה כי כן, תיחום המגורים המתאפשר על פי החוק מנוגד בתכלית להוראות סעי' 78 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה (1949).

44. החוק אף עומד בסתירה להוראותיה של אמנה נוספת. סעי' 31 לאמנה דבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות (נחתמה על ידי ישראל ביום 1.10.1954 ואושררה על ידה ביום 23.12.1958) מטיל הגבלות אף על גירושם של מי שאינם אזרחים. בעניינם של תושביה הילידים של ירושלים

המזרחית אין ספק כי ההגבלות שנקבעו באמנה תקפות. העובדה כי החוק מתעלם מהגבלות שהיו ידועות למשיבים שקידמו אותו כאמור עוד בטרם נחקק, ומאפשר לשלול מבני המקום את מעמדם ואת זכותם להיכנס לעיר מולדתם וכור מחצבתם חמורות ביותר והופכות אותו לבלתי חוקתי.

45. הנה כי כן, על אף שברגיל עומדת למחוקק אמנם החזקה כי הוא חותר לחקיקה פנימית התואמת את המשפט הבינלאומי, בעניינו של החוק ברי כי חזקה זו נסתרה. זאת מהטעם שמעבר לכך שהמדינה מודעת להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי החלות עליה, כמו גם לקיומן של אמנות המחייבות אותה אם בשל אישורן ואם בשל חתימתה עליהן והתחייבותה לפעול ברוחן, אף ארגוני זכויות אדם – העותרת דכאן, האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה – התריעו מבעוד מועד על כך שתזכיר החוק שפורסם עומד בסתירה למשפט זכויות האדם ולדין ההומניטארי הבינלאומי. דא עקא, לדאבון לב, המשיבים ביכרו להתעלם מהדברים ולהמשיך במלאכת קידום החוק הפסול. לפנינו אם כן, דבר חקיקה שחוקק **מלכתחילה בידיעה ברורה**, כי הוא עומד בסתירה מוחלטת לחובותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי.

קישור להערות הארגונים למשיב מיום 7.2.2018 מצ"ב:

<http://www.hamoked.org.il/files/2018/1162700.pdf>

46. הנה כי כן, בהתנהלותם הביאו המשיבים ביודעין לעולם חוק שהורתו ולידתו בחטא, שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית החברה במשפחת העמים, ומחויבת ל"משפט המנהגי" הבינלאומי ולאמנות בינלאומיות המגנות על זכויות אדם שאושרו על ידה, אמנות שהיא התחייבה לפעול ברוחן ולקיים את ההוראות הקבועות בהן. לעמדת העותרים, לא ייתכן כי המשיבה תחוקק ביודעין חוק הסותר את המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי ולאחר מעשה תטען כי החוק הפנימי גובר על הוראות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי.

פגיעתו של החוק עולה על הנדרש

47. הפגיעה הגלומה בחוק קשה ובלתי פרופורציונלית. ראשית, וכמפורט לעיל, ביסוד החוק, שמטרתו המוצהרת הינה הסמכת המשיב להטלת סנקציות על אוכלוסיית ירושלים המזרחית, לא עומדת כל תכלית ודאי וודאי שלא תכלית ראויה. הדין הפלילי, כאמור, הוא דרך המלך להעניש את מי שחטא, ומשנענש בהתאם לדין הפלילי אין מקום להשית עליו עונש נוסף בשל אותם מעשים שבגינם נענש במסגרת ההליך הפלילי. שנית, לאור העובדה כי מטרת החוק המוצהרת היא בהכרח הטלת סנקציה נוספת על כל מי שהמשיב מבקש לשלול את רישיון ישיבת הקבע שלו ותו לא – ובהנחה כי אין מדובר בצעד נקמני גרידא כפי שחוששים העותרים – ברי כי פגיעתו של החוק עולה על התועלת שיש בשימוש בסמכות דראקונית זו שהחוק ביקש להקנות משיב. הפגיעה היא פגיעה אנושה ומובהקת בזכויות יסוד שעליה אין חולק כפי שכבר נקבע בעניין אבו ערפה שהובא לעיל. מנגד, לפנינו חוק המבקש להסמיך את המשיב להעניש תושבי קבע שלא במסגרת ההליך הפלילי, שהוא האכסניה הטבעית והראויה לעניין, אלא במסגרת הליך מינהלי, תוך התעלמות בוטה ממבחני פסקת ההגבלה ומחובותיה של המדינה לחובותיה על פי המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי.

48. על כך שפגיעתו של החוק עולה על הנדרש תעיד בנוסף עמדת המדינה בעניין אבו ערפה :

יודגש כי מן החומר שלפנינו עולה שהמדינה אינה מתכחשת לחובתה להפעיל את סמכות הביטול "בצמצום רב", ומתוך מודעות להשלכות החמורות של צעד זה על מחזיקי הרישיונות. במישור המהותי, הובהר כי הסמכות תופעל רק במקרים של הפרת הרובד הבסיסי ביותר של חובת הנאמנות כלפי המדינה, או בעקבות "פגיעה חמורה ביותר" בביטחון המדינה וריבונותה. עוד ציינה המדינה כי השר מחויב לכללים דיוניים, הקובעים כי עליו לקבל באופן אישי את ההחלטה לבטל רישיון לישיבת קבע, לעשות זאת לאחר בחינה מדוקדקת ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, ולהשתמש בסמכותו רק כמוצא אחרון (סעי' 19 פסק דינו של כב' השופט הנדל בעניין אבו ערפה).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

49. על אף התחייבותה של המדינה בפני בית המשפט הנכבד בעניין אבו ערפה, כי מטרת החוק היא להסמיך את המשיב לעשות שימוש בסנקציה של שלילת המעמד "בצמצום רב", רק במקרים של "הפרת הרובד הבסיסי של חובת הנאמנות" ורק "כמוצא אחרון", ברי כבר עתה כי החוק מפר התחייבות זו. כך עולה הן מלשון החוק והן מהחלטות שנתן המשיב מאז אושר החוק בעניינם של תושבי קבע המיוצגים על ידי העותרת. נסביר.

50. בהתאם לחוק, סמכות המשיב להשתתף בסנקציה של שלילת רישיון ישיבה תבוא בהכרח רק לאחר שכבר נקבע בהליך פלילי, כי התושב עשה מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. פועל יוצא מכך הוא, כי שלילת רישיון ישיבה לעולם לא תהווה שימוש בסמכות כמוצא אחרון. כך למשל, תושבים בעלי רישיונות ישיבת הקבע שהמשיב הזדרז ושלל את מעמדם מאז אושר החוק ומיוצגים בהליך שלילת מעמדם על ידי העותרת, מרצים כולם ממילא עונשי מאסר כבדים מאוד ובכללם אף כאלו המרצים מספר מאסרי עולם. במצב דברים זה, ברי כי פגיעתו של החוק אף עולה בהרבה על תועלתו שממילא מוטלת בספק. שכן, בעוד שתועלתו של החוק המטיל סנקציה נוספת על אדם שכבר נדון ונענש באופן חריף בהליך פלילי לא ברורה כלל ועיקר, אין ספק מנגד, כי פגיעתו של החוק בתושב נשוא ההחלטה ובערכים שהמדינה חרטתה על דגלה, קשה עד מאוד.

51. לפנינו, אם כן, חוק המסמיך את המשיב להטיל סנקציות נוספות על אדם שביצע מעשים שהסנקציות לביצועם מצויים בראש ובראשונה במסגרת הדין הפלילי, כאשר כלל לא הובהר איזו תכלית חוקית, אם בכלל, מבקש החוק לקדם.

52. מן המקובץ עולה כי החוק אינו עומד באף אחד משלושת מבחני המידתיות.

53. החוק אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי הנדרש, מכיוון שהאמצעי שבחר המחוקק לקדם – **סנקציה** – אינו מקדם כל מטרה – תכלית – שהוא מתיימר לקדם, בפרט כאשר מושתות על נשוא ההחלטה ממילא סנקציות במסגרת הדין הפלילי.

54. החוק אף אינו עומד במבחן המידתיות השני, לפיו יש לבחור בחלופה הפחות פוגענית מבין החלופות האפשריות, העשויות להביא להשגת המטרה. העובדה כי החוק עוסק במי שבמסגרת הדין הפלילי ממילא מושתות עליהם סנקציות חריפות, שולל בהגדרה את האפשרות כי המחוקק בחר בחלופה הפחות פוגענית על מנת להגשים את מטרת החוק – שאף קיומה כאמור כלל אינו ברור. זאת ועוד. הסמכות שמקנה החוק למשיב, הינה בהכרח סמכות להטלת סנקציה נוספת על אדם – לצד הסנקציה המושתת עליו בהליך הפלילי – וברי אם כן, כי אין מדובר בסנקציה יחידה או ראשונה המושתתת על נשוא ההחלטה. עניין זה – אינו מתיישב ואף סותר את התחייבות המדינה לבית המשפט בעניין אבו ערפה כי המשיב ישתמש בסמכות זו "כמוצא אחרון" מעיקרא. בפרט לאור העובדה כי תכליתו של החוק היא הטלת סנקציה ותו לא.

55. לבסוף החוק אף אינו עומד במבחן המידתיות השלישי, המוכר גם כמבחן המידתיות במובן הצר. במסגרתו של מבחן מידתיות זה, יש להוכיח כי התועלת בהשגת המטרה שמבקש החוק הפוגעני לקדם, עולה על הנזק שייגרם עקב השימוש באמצעי הפוגעני הקבוע בו. ברם, כפי שהובהר לעיל, העובדה כי מדובר בהכרח בהטלת סנקציה נוספת על מי שממילא מוטלות עליו סנקציות חריפות במסגרת הדין הפלילי מעידה, לעמדת העותרים, כי לחוק אין כל תכלית או תועלת, ודאי וודאי שלא כל תכלית ראויה. מנגד, הפגיעה שפוגע החוק, הסותר ביודעין את החוק הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי, בערכי המדינה כמדינה דמוקרטית, ובאדם נשוא ההחלטה קשה מנשוא.

56. זאת ועוד. סעיף 11א(א1) לחוק מאפשר למשיב על פי שיקול דעתו לבטל רישיון לישיבת קבע אף של קטין. התנאי היחיד הינו שמדובר במי שבמועד ביצוע המעשה חלפו למעלה מ-15 שנים מהמועד שבו קיבל את הרישיון לידיו. במילים אחרות: אף קטין בן 15 למשל שהשליך אבנים עשוי למצוא עצמו ללא מעמד במולדתו, בהתאם לסמכות הפסולה שנמסרה למשיב בחוק. לעמדת העותרים, עניינים אלו אינם מתיישבים עם עקרון טובת הילד לו מחויבת ישראל כשיקול ראשון במעלה בדין הישראלי ובדין הבינלאומי ואינם עומדים ולו בדוחק בתנאי פסקת ההגבלה.

57. הנה כי כן, מטעמים אלו סבורים העותרים כי לפנינו חוק אשר לצד שאר הפגמים שנפלו בו ומביאים למסקנה כי הוא אינו עומד בפסקת ההגבלה פגיעתו אף אינה מידתית והיא עולה על הנדרש.

החוק אינו כולל הסמכה מפורשת ומפורטת, הכוללת אמות מידה וקריטריונים

58. החוק אינו חוקתי, אף בשל העובדה שהוא אינו עונה על הדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת ולהסדר הכולל אמות מידה וקריטריונים להפעלת הסמכות כדבעי. בפרט כשענייננו בחוק הפוגע באופן ישיר ואנוש בזכויות יסוד.

59. בעניין אבו ערפה התייחס בית המשפט לדרישה כי דבר חקיקה המסמיך פגיעה בזכויות יסוד יכול להסמכה ברורה חד משמעית מפורשת ומפורטת, שאמות המידה למאפיינים המתירים את הפגיעה הטמונה בה ייקבעו בחקיקה ראשית והקריטריונים ליישומה ייקבעו בחקיקת משנה:

קשיים אלה מחייבים למצער כי הנושא יזכה להסדרה
חקיקתית מפורשת ומפורטת. יש גם להניח כי אם תחליט

הכנסת להסדיר את העניין היא תשווה נגד עיניה את השיקולים שפורטו, ותוציא תחת ידה הסדר מפורט שכולל עקרונות, עילות ואמות מידה אשר יסייעו לקבוע מהם המקרים בהם ראוי להפעיל את הסמכות לשלילת תושבות קבע ובאילו נסיבות. למותר לציין, כי ככל שתתקבל חקיקה מסוג זה – כמו במדינות אחרות – כל החלטה והחלטה שתתקבל במסגרתה תצטרך לעמוד, בפני עצמה, במבחני החוקיות הנובעים מן המשפט המינהלי והחוקתי – לגופה, וכמובן שאינני נוקטת כל עמדה בעניין זה (סעי' 38 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בעניין אבו ערפה).

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

וכן:

לצד דרישת ההסמכה המפורשת, הובעה בפסיקתנו הדעה שלפיה כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד, אין די בקיומה של הסמכה מפורשת בחוק שהיא סתמית כוללת וגורפת, ויש להצביע על הרשאה ברורה "הקובעת אמות מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת משנה" ... בהקשר זה נפסק "כי רמת הפרטנות של ההסמכה הנדרשת תיגזר מעוצמת הפגיעה בזכות המוגנת, ממהות העניין ומהקשר הדברים" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; שם, פסקה 12). לפי עמדה זו – שאומצה בהמשך על ידי בית משפט זה כהלכה מחייבת – ככל שהזכות חשובה יותר והפגיעה בה חמורה יותר, כך יעמוד בית המשפט בדווקנות רבה יותר על דרישת ההסמכה ויפרשה בצמצום... (שם, סעי' 52 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

וכן:

בענייננו, לא זו בלבד שהוראות חוק הכניסה לישראל אינן כוללות אמות מידה להפעלת הסמכות לבטל רישיון לישיבת קבע – גם התקנות אשר הותקנו מכח החוק אינן מגדירות את הקריטריונים להפעלת סמכות זו (סעי' 54 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

חשיבות ההסדרה בחקיקה של הסמכות המינהלית לפגוע בזכות יסוד והקריטריונים להפעלתה אף נגזרת מעיקרון שלטון החוק, הדורש שכל מעשה חקיקה יהיה "ברור וודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם" (בג"ץ 2740/96 שניסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 520, 481 (1997)); ומחובת ההגינות השלטונית, הכוללת את החובה להזהיר את הפרט עובר לפעולה השלטונית הכרוכה בפגיעה בזכויותיו, ולאפשר לו לכוון את התנהגותו כך שזכויותיו לא תיפגענה (ברק, בעמ' 548-549; ברק-ארז, בעמ' 346-347). הסמכה שאינה מפורשת או הסמכה שמנוסחת בצורה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם (עניין מטה הרוב, בעמ' 213). העדר הסמכה מפורשת לפגיעה בזכות יסוד – הסמכה הכוללת אמות מידה ברורות ואחידות להבניית שיקול הדעת המינהלי – עלולה אף להביא להגדלת הסיכון לטעות, לאכיפה סלקטיבית, וכתוצאה מכך לשרירותיות מסוימת ביישום הדין. כמו כן, מטבע הדברים, מצב דברים זה – שבו פעילות המינהל אינה מוסדרת ומפורטת בחוק – מקשה על היכולת לקיים ביקורת שיפוטית על פעולותיו הפרטניות של המינהל (השוו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 1, 42 (2006)).

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

60. דא עקא, לא החוק ולא תקנות חוק הכניסה לישראל שונו בהתאם, ועד למועד כתיבת שורות אלו לא נקבעו קריטריונים ברורים להפעלת סמכות דראקונית זו, שמבקשת המשיבה להקנות למשיב.

61. יודגש, כי סקירה של הליכים לשלילת מעמדם של תושבי קבע מירושלים המזרחית שהגיעו עד כה לטיפול של העותרת, ושעניינם תלוי ועומד כיום בפני בתי המשפט השונים, מחדדים את הנחיצות של קביעת אמות מידה וקריטריונים ברורים. בין אותם תושבים שהמשיב החליט על שלילת מעמדם ישנם אף שלושה צעירים שאחד מהם השליך אבנים והביא לדאבון לב למותו של אדם ושני חבריו אשר סייעו לו – האחד בהגשת האבנים והשני בתצפית על האיזור בו עמדו אותם צעירים. לעמדת העותרים, ומבלי להמעט חלילה מחומרת מעשיהם ומהתוצאות העגומות והקשות להן הביאו, ברי בד בבד לכל בר בי רב כי אף לשיטת המשיבים, לא ניתן לומר

כי מדובר במקרים קיצוניים בהם ההתנהגות של התושב מעידה על התנערותו ממעמדו, ובכל מקרה אין כל אחידות בין המקרים שבהם הופעלה סמכות זו על ידי המשיב.

62. לפיכך – והגם שהעותרים עצמם סבורים כי החוק בלתי חוקתי בעליל ועל כן ממילא הוא כלל אינו יכול להסמיך את המשיב – אף אליבא דהמשיבים שחוקקו את החוק ומצדדים בחוקתיותו, אין מנוס מהקביעה כי החוק לוקה בחסר בכל הנוגע לדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת ולהתוויית אמות מידה וקריטריונים ברורים להפעלת הסמכות הדראקונית המוענקת לשר בחוק. החוק במתכונתו הנוכחית מסתפק בהגדרה ערטילאית, המשמשת את המשיב ככלי להפעלת סמכותו כפי שכאמור אף המציאות מעידה באופן שרירותי על מנת לפגוע בזכויות יסוד באופן אנוש במצבים רבים וממניעים שונים, ללא שנקבעו לעניין קריטריונים וגבולות ברורים. העדר מנעד בהיר וחד משמעי בחקיקה – ראשית או משנית – אשר יגדיר במדויק באלו מקרים חריגים וקיצוניים יתאפשר למשיב לעשות שימוש בסמכות דרקונית זו הוא פגם היורד לשורש דרישת החוקתיות, מנוגד לעיקרון שלטון החוק, לחובת ההגינות השלטונית ואף פוגע ביכולת לקיים ביקורת שיפוטית על ההחלטות הניתנות מכוחו של החוק.

63. הנה כי כן, אף מטעם זה, מדובר לעמדת העותרים בחוק לא חוקתי ועל כן מבקשים העותרים מבית המשפט הנכבד לבטלו.

תושבי ירושלים המזרחית וחובת אמונים

גישת המשיב, שלפיה רשאי הוא לשלול מתושבי מזרח ירושלים את רישיון ישיבת הקבע שלהם בעילה של הפרת אמונים, מעוררת שאלות סבוכות, רגישות ושנויות במחלוקת, הן במישור העילה העומדת בבסיסה של החלטת הביטול, הן במישור נמעני חובת האמונים (על רקע מאפייניהם הייחודיים של תושבי מזרח ירושלים). במישור העילה, נשאלת השאלה אם הפרט מחויב בחובת אמונים כלפי המדינה; וככל שהתשובה היא בחיוב – מהו היקפה של חובה זו, אילו מעשים ייחשבו להפרתה ומה תהא הסנקציה בגין הפרה כאמור. עוד יש לוודא כי הסנקציות בגין הפרת החובה האמורה עומדות בדרישות המידתיות. במישור נמעני החובה, נשאלת השאלה אם תושבי קבע – להבדיל מאזרחים – מחויבים בחובת אמונים כלפי המדינה; ויש לבחון את הדברים באופן קונקרטי לגבי תושבי מזרח ירושלים, על נסיבותיהם המיוחדות (סעי' 57 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה) (ההדגשות הוספו, ב.א.).

64. כידוע, אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית ישבה בה עוד בטרם סיפחה ישראל את שטחם אליה בשנת 1967 והפכה אותו לחלק משטחה של מדינת ישראל. תושבים אלו היו נתיני ממלכת ירדן, קודם לכן נתיני "פלשתניה" המנדטורית ועובר לכך נתיני האימפריה העות'מאנית. ירושלים המזרחית היא ביתם וכור מחצבתם מזה דורות. תושבי ירושלים

המזרחית קיבלו את הרישיון לשיבת קבע בישראל מכח היותם אוכלוסייה ילידית וכתוצאה ישירה מסיפוחה של עירם לישראל.

65. לאחר סיפוחה של ירושלים המזרחית על תושביה הילידים, ערכה ישראל מפקד אוכלוסין, כאשר מי שהתפקד במפקד קיבל רישיון לשיבת קבע, ובהמשך ניתן רישיון לשיבת קבע גם למי שהוכיח כי גר בשטח המסופח עובר לשנת 1967 ובאופן רצוף מאז, אף אם לא התפקד במפקד (עע"ם 10811/04 סורחי נ' **משרד הפנים**, פ"ד נט(6) 411 (2005)).

66. על הנסיבות שהובילו למתן רישיון לשיבת קבע לתושבי ירושלים המזרחית ניתן ללמוד ממחקר שהתפרסם מטעם מכון ירושלים לחקר ישראל ומהמקורות הראשוניים שעליו הוא מתבסס, ובייחוד פרוטוקולים משיבות הממשלה שקדמו לסיפוח ירושלים ביוני 1967 (אמנון רמון "מחששות כבדים לסיפוח נלהב ונרחב: מהלכי השלטון הישראלי ל'איחוד ירושלים' (יוני 1967)" **חקר ירושלים לדורותיה: חומר ודעת** 365 (2015) (להלן: "רמון").

67. רישומה של אוכלוסייה זו במרשם האוכלוסין הישראלי והרישיונות לשיבת הקבע שניתנו להם, נעשו בידיעה ברורה כי מדובר במי שהיו **נתיני אויב** ואשר בתום מלחמה קשה ובעקבותיה, מצאו עצמם תחת שלטון ישראלי. איש לא ציפה מהפרטים המשתייכים לאוכלוסייה זו להצהיר אמונים למדינת ישראל.

68. במובן זה, רישיון הקבע היה למעשה הכרזה על מצב קיים, והפיכתו לחוקי במסגרת הטריטוריאלית החדשה (שכן כל אפשרות אחרת פירושה היה גירוש מאסיבי של עשרות אלפי תושבים משטח ירושלים המזרחית שנכבש וסופח).

69. ביום 12.6.1967 קיימה "ועדת השרים לעניין הסדר מעמדה של ירושלים המאוחדת" דיון בשאלת אופייה של החקיקה שתביא ל'איחוד ירושלים', במסגרתו התווכחו השרים אודות מספר התושבים הערבים שמתגוררים בשטחים שיסופחו לעיר (**רמון**, עמ' 385).

70. זאת ועוד, בישיבת ממשלה מיום 18.6.1967 הדגיש שר המשטרה ששון:

אם אנחנו לוקחים את ירושלים עם תושביה הערביים, פירוש הדבר שאנחנו מספחים לישראל עוד 60-70 אלף ערבים שאנחנו מצרפים אותם לישראל... איננו יכולים לגרש את הערבים מירושלים.

פרוטוקול ישיבת הממשלה מיום 18.6.67, עמ' 13,

<http://www.archives.gov.il/NR/rdonlyres/0D02EA>

[A5-A65A-49EA-BA85-](#)

[\(D288F8C910E1/0/YeshivatMemshala02.pdf](#)

71. בסופו של דבר, הוכרע גורלה של אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית בוועדת השרים לענייני ירושלים שהתכנסה בתאריך 21.06.1967, במהלכה העלה אלוף פיקוד המרכז דאז עוזי נרקיס את השאלה, מי יהיה אזרח במזרח ירושלים. שר המשפטים שפירא, השיב לו כי "שירותים צריך לתת לכל התושבים", אולם "לפי החוק הקיים אין אזרחות אוטומטית". והיועץ המשפטי לממשלה בן-זאב, קבע כי "נצא מתוך הנחה שמי שיישאר [בירושלים

המזרחית] יהיה תושב. הם יהיו בעלי זכות בחירה אקטיבית ופסיבית לעירייה" (רמון, עמ' 392).

72. על מנת להמחיש את העובדה כי שאלת נאמנות אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית לא נעלמה מעיני ממשלת ישראל נציין כי, בישיבת וועדת השרים לענייני ירושלים מיום-21.06.1967, ישיבה שבה הוכרע גורלה של אוכלוסייה זו, טען ראש עיריית ירושלים דאז טדי קולק, בין השאר, כי צירוף תושבים ערבים למועצת העיר יפגע ביכולת לנהל דיונים בנושאים רגישים כדוגמת ביזת רכוש במזרח ירושלים, וכי יש חשש שהדברים יועברו לידיעת "גורמים זרים עוינים". שר המשפטים דאז הדגיש כי חברי מועצה "בעייתיים" יוחלפו על-ידי שר הפנים. זאת ועוד, ראש מרחב ירושלים בשב"כ שלח לקולק ביוגרפיות מפורטות על חברי מועצת העיר הירדנית, כולל תיאורי אופי מפורטים ופסילה של חלק מן הנציגים מלכהן במועצת העיר המאוחדת מסיבות ביטחוניות (רמון, עמ' 5-394).

73. שר הביטחון דאז, משה דיין, הבהיר אף הוא כי סיפוחה של ירושלים המזרחית על תושביה נעשה על אף התנגדותם של תושביה לשלטון הישראלי:

"אשר לניצני המרי בגדה המערבית ובירושלים המזרחית [...] הערבים אינם רוצים באיחודה של ירושלים [...] אולם אין לנו נמצאים שם מכיוון שהם רוצים בכך [...] אין לנו נמצאים שם בתנאי או בזכות שהם רוצים בכך או לא, אלא מכיוון שזה צורך חיים לביטחוננו. ירושלים איננה עדה והאדמיניסטרציה בה אינה מותנית בשיתוף פעולה של הערבים [...] אם הערבים לא ישתפו פעולה, נצטער על כך, אך הדבר לא יקבע כמלוא הנימה את איחודה של ירושלים" (מ. מייזלס "דיין: מוטלת עלינו אחריות היסטורית לקבוע את גבולות הקבע של ישראל" מעריב (10.8.1967)).

74. מן המקובץ עולה, כי רישיונות ישיבת הקבע שניתנו לבני אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, שאף העותר דכאן משתייך אליה, ניתנו להם בנסיבות היסטוריות מיוחדות, בהיותם ילידי ובני הארץ הזו ועל אף שברור היה כי נאמנותם אינה נתונה לישראל שסיפחה את שטחם אליה. לא בכדי מדינת ישראל לא ציפתה לחובת נאמנות מאוכלוסייה זו, מתוך ידיעה כי מדובר בתושבים המתנגדים לשליטתה בשטחם.

75. אי התניית מתן רישיונות הקבע לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית בהצהרת נאמנות למדינת ישראל אף עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי והדין הבינלאומי ההומניטארי, שלחלקם נתייחס בהמשך, ולפיהן ירושלים המזרחית הינה שטח כבוש ותושביה בני המקום וילידי הארץ, הינם "תושבים מוגנים" הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי, ובכלל זה אמנת האג בדבר דיני מלחמה ביבשה מ-1907 (להלן: **תקנות האג**) והתקנות הנספחות לה ואמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949. על פי תקנה 45 לתקנות האג, שהן חלק מהדין ההומניטארי הבינלאומי ובעלות מעמד של "משפט מינהגי", תושבים מוגנים אינם מחויבים בחובת נאמנות למעצמה הכובשת, ועל מעצמה כובשת חל איסור לאלץ את

האוכלוסייה החיה בשטח הכבוש להישבע לה אמונים. על מעמדם הייחודי של תושבי ירושלים המזרחית כאוכלוסייה ילידית עמד בית משפט נכבד זה בשני פסקי דין: ע"מ 3268/14 אלחאק נ' שר הפנים (פסק דין מיום 14.3.2017) וע"מ 5037/08 חליל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 19.12.2017), (פורסמו בנבו).

76. לסיכום הפרק העוסק בפסלות החוק יבקשו העותרים להדגיש נקודה נוספת. במסגרת פסק הדין בעניין אבו ערפה ערך אמנם בית משפט נכבד זה סקירה של משפט השוואתי באשר לשאלת שלילת מעמדם של אזרחים וכאלו שאינם אזרחים. ברם, לעמדת העותרים ובכל הכבוד הראוי, סקירת בית המשפט הנכבד בעניין אבו ערפה, נמנעת מלהתמודד עם הסוגיה האמיתית שעמדה על הפרק, והיא לא השאלה האם ניתן לשלול את מעמדם של תושבי קבע ואזרחים מטעמים של הפרת אמונים, אלא האם ניתן לשלול מתושב קבע שמוצא עצמו חי תחת שלטון זר שכבש את שטחו הטבעי וסיפח אותו אליו, בטענה כי הפר אמונים כלפי אותו השלטון. לשאלה זו צריכה להיות תשובה שונה, ודאי וודאי כאשר מדובר בתושבי קבע המוכרים בדין הבינלאומי כתושבים מוגנים שאין לכפות עליהם חובת אמונים וכשברי כי לא הייתה מצידם כל גמירות דעת – אובייקטיבית או סובייקטיבית – לקבל על עצמם חובה זו. בסקירה ההשוואתית שערך בית המשפט הנכבד בעניין אבו ערפה אין כל התייחסות לחקיקה דומה למקרה דן העוסקת בשלילת מעמדה של אוכלוסייה ילידית עוינת מטעמים של הפרת אמונים למדינה שכבשה וסיפחה את שטחה בעל כורחה.

77. משכך, והואיל ומדובר באוכלוסייה בעלת מעמד ייחודי, שמעולם לא נדרשה, ואף לא ניתן לכפות עליה חובת אמונים, עמדת העותרים ברורה. חוק שמטרתו לשלול רישיונות ישיבה מטעמי הפרת אמונים ממי שבהכרח אינו יכול לשאת בעל כורחו בחובת אמונים למדינה, הוא חוק בלתי חוקתי שדינו להתבטל.

78. לא זו אף זו. אף אם נניח שהצדק עם המשיבים, שאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית חבה אמונים למדינה שכבשה את שטחה הטבעי וסיפחה אותו בעל כורחה לשטחה שלה – מתוקף חוזה בלתי כתוב המקים לאוכלוסייה הילידית גרעין של חובת אמונים במובנה השלילי והמצומצם כדברי המשנה לנשיאה כתוארו דאז, כבי' השופט רובינשטיין בסעי' ו לפסק דינו בעניין אבו ערפה – הרי ברי כי עסקינן בחוזה שלא התקבל בדרך של הצעה וקיבול כדבעי, אלא בחוזה שנכפה עליה הר כגיגית. ברי שלא הייתה כל גמירות דעת מצדה של האוכלוסייה לקבלת חוזה מעין זה עליה, ואף המדינה סברה בשעת אמת כי מדובר באוכלוסייה עוינת.

79. יתרה מזאת. לעמדת העותרים, אישורו של החוק הוא האבסורד בהתגלמותו. אותם משיבים המתנערים באישורו של החוק מחובותיה של המדינה לחוזים שרירים וקיימים שבחלקם המדינה צד מלא להם, ובחלקם התחייבה בחתימתה לפעול ברוחם – תקנות האג, האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966 והוראות מתוך אמנת ג'נבה הרביעית – המורים שלא להכריח את האוכלוסייה הילידית לשמור לה אמונים, שלא לגרשה ושלא לתחום את מקום מגוריה, אותם משיבים טוענים לקיומו של חוזה אחר לא כתוב הניתן, שהצד השני מתכחש לקיומו, הניתן להפרה.

80. בפרק הבא שיעסוק בהחלטה שניתנה על ידי המשיב בעניינו של העותר, יצביעו העותרים על כך כי לצד פגמים מהותיים קשים שנפלו בהחלטה, האמנות הבינלאומיות אינן החוזים הכתובים היחידים שהופרו בענייננו.

החלטה לא חוקית ולא חוקתית

81. להלן ייטען כי ההחלטה בעניינו של העותר, מחילה עליו דבר חקיקה למפרע, מהווה הפרת חוזה והפרה של הבטחה שלטונית הן לעותר והן לבית משפט נכבד זה, סותרת את עקרון הסיכון הכפול, וניתנה מטעמים זרים.

החלה כפולה של דבר חקיקה למפרע

82. 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. טבעו של חוק שמעצם מהותו הוא מכוון לפעולות עתידיות. הסיבה לתחולה עתידית היא כי החלה למפרע של דבר חקיקה משמעותה פגיעה בוודאות המשפטית וכן פגיעה בעקרונות יסוד חוקתיים של צדק ושל הגינות. ויודגש, כי ישנם אמנם יוצאי דופן לחזקה זו – בין השאר, כאשר מדובר בחקיקה מיטיבה או בחקיקה רטרואפקטיבית במישור המשפטי, אך אלה אינם חלים בענייננו.

83. בפסק דינו של בית המשפט בע"א 1013/15 מדינת ישראל – משרד הפנים נ' רחמים מלול (פורסם בבנו) הבהיר בית המשפט באופן שאינו משתמע לשני פנים, אימתי מדובר בהחלת דבר חקיקה למפרע:

חוק הוא רטרואקטיבי אם הוא משנה גם כלפי העבר את מעמדה המשפטי או תוצאותיה המשפטיות של פעולה שנעשתה לפני שנכנס החוק לתוקף (ראו בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל (2.4.2013)). במילים אחרות ניתן לומר כי תחולה רטרואקטיבית משמעותה שחובה (זכות) שדין חדש משית (מעניק) על פרט בהתקיים תנאים מסוימים, מושתת (מוענקת) הן ביחס לפעולות שבוצעו עובר לכניסתו לתוקף של הדין החדש, הן לאחריו; והחבות (הזכאות) שנוצרת עקב כך מתגבשת גם בזמן שקודם למועד כניסת הדין לתוקף... במצב זה הפגיעה בפרט היא הקשה ביותר. ראשית, נגרמת פגיעה מכך שמשנתה לעתיד התוצאה המשפטית של פעולת הרכישה, שנעשתה בעבר, כך שמעתה ואילך יהיה על הבעלים לשלם מס שנתי עבור הנכס, ולחלופין למכור אותו במחיר נמוך יותר, המשקף את נטל המס החדש. פגיעה נוספת טמונה בכך שהחבות שמוטלת בעקבות החוק החדש היא בעלת היקף רחב יותר, מאחר שהיא חלה גם במועד מוקדם לכניסת החוק לתוקף,

בדוגמה שלנו שנת 2015. יוער כי בנוסף להגדלת היקף החבות הכוללת שמושתת על הפרט (לעומת המצב שבו החבות במס תחולתה רק מעתה ואילך), לעיתים גם נשללת ממנו האפשרות לבחור להימנע ממנה באמצעות שינוי הסטטוס שיוצר אותה, בדוגמה שלנו על ידי מכירת הנכס.

... המסקנה המתבקשת היא אפוא כי ההבחנה בין סוגי התחולה אינה רק מושגית, כי אם לסוגים השונים של תחולה בזמן נלוות השלכות שונות ביחס לפגיעה הפוטנציאלית בהסתמכות של הפרט על הדין הקיים בעת שהוא מבצע פעולות משפטיות. משכך, יש חשיבות רבה להבחין ולדייק בצורת התחולה בזמן הנטענת בכל מקרה לגופו, וזאת לצד מאפיינים נוספים, כגון **אם מדובר בנורמה מיטיבה; בחוק הנוגע לדין הדיוני ולא המהותי; או בחוק שחל על מצב מתמשך** שהחלתו באופן פרוספקטיבי בלבד תגרום דווקא לאפליה בעלת השלכות שליליות העומדות בניגוד לתכלית החוק.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

84. בעניינו של העותר דנן, הדברים פשוטים. האירוע שבגיננו ניתנה ההחלטה בעניינו של העותר ארע בשנת 2003, כלומר, **חמש עשרה שנים תמימות** עובר לחקיקת החוק ומתן ההחלטה. עוד אין ספק, כי מדובר בהחלטה הבאה להרע עם העותר ולהטיל עליו סנקציה קשה מנשוא, ולא להיטיב עמו. העותר לא יכול היה לדעת או לצפות כי מעבר לעונש הכבד שהושת עליו במישור הפלילי, במסגרת עסקת טיעון שעליה חתם ושהמדינה הייתה צד לה, ושבמסגרתה הושת עליו העונש המקסימלי הקיים, תוצאות מעשיו יובילו אף לצעדים כה דראקוניים. על כן, עמדת העותרים הינה כי הכשרת ההחלטה בעניינו של העותר מהווה פגיעה ישירה בעקרונות יסוד חוקתיים של צדק והגינות בעקרון שלטון החוק, בוודאות המשפט ובביטחון הציבור בו.

85. נשוב ונדגיש, האירוע שבגיננו ניתנה ההחלטה התבצע בשנת 2003. לעומת זאת, החוק שמכוחו החליט המשיב לבטל את רישיון הישיבה של העותר, חוק שיצר בבחינת יש מאין עבירה חדשה וייחודית וסנקציה ענישתית בצידה, המכוונות שתיהן לתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, אושר בקריאה שלישית רק ביום 7.3.2018. **בנוסף מדובר לעמדת העותרים בחקיקה כפולה למפרע**. נסביר.

86. החוק קובע כי:

(ד) בסעיף זה, "הפרת אמונים למדינת ישראל" – כל אחד מאלה:

(1) מעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016, סיוע או שידול למעשה כאמור, או נטילת חלק פעיל

בארגון טרור או בארגון טרור מוכרז כהגדרתם בחוק
האמור...

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

87. הנה כי כן, לא זו בלבד שהחוק חוקק חמש עשרה שנים לאחר קרות המקרה, אלא שאף החוק שעל בסיסו קובע החוק דן מהי ההגדרה לעבירת "הפרת האמונים", חוק המאבק בטרור התשע"ו-2016, הוא חוק שחוקק שלוש עשרה שנים לאחר קרות המקרה שבגינו נשלחה ההחלטה לעותר.

88. לפיכך, ואף במנותק מעמדת העותרים באשר לאי חוקתיות החוק, אין ספק שההחלטה מחילה על העותר **פעמיים** למפרע את עבירת הפרת האמונים הנטענת, וכל זאת תוך פגיעה קשה בעקרונות הצדק וההגינות, ולפיכך דינה להתבטל.

הפרת חוזה והפרת הבטחה שלטונית

89. זאת ועוד. לצד העובדה כי ההחלטה מחילה על העותר דבר חקיקה חדש, שיצר עבירה חדשה וייחודית של הפרת אמונים יש מאין לתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, ששטחם הטבעי נכבש וסופח לשטחי המדינה, מהווה ההחלטה אף הפרת חוזה עם העותר כמו גם הפרה של הבטחה מינהלית. כמצוין לעיל, בשעתו חתמה המדינה על עסקת טיעון עם העותר במסגרת ההליך הפלילי שהתנהל כנגדו. עסקה זו מטבעה נחתמה רק לאחר שכל צד שקל את צעדיו היטב ולאחר שכלל הסיכונים והסיכויים הטמונים בהמשך ניהול ההליך נפרשו בפני העותר.

90. לפיכך, והגם שעסקת הטיעון נחתמה עם העותר במסגרת ההליך הפלילי, בעוד שבענייננו, בהליך המינהלי עסקינן, הרשות שחתמה על עסקת הטיעון והרשות שנתנה את ההחלטה שבנדון הן שתי זרועות של הרשות המבצעת של אותה מדינה, ומה לי הכא ומה לי התם, סדנא דארעא חד הוא.

91. לא העותר ולא הרשות המבצעת כצדדים לעסקת הטיעון יכלו לצפות את חקיקת החוק ומתן ההחלטה. יתרה מזאת. לעמדת העותרים, אין זה אף מן הנמנע כי לו היה העותר סבור כי קיימת אפשרות שהעסקה שהונחה לפניו, אינה סוף פסוק, וביום מן הימים ייתכן והמדינה תנקוט בצעדים נוספים כנגדו שבמסגרתם תחיל עליו דבר חקיקה למפרע שיאפשר לה להמשיך ולפגוע בו ולשלול ממנו אף את זכויות היסוד שלו ותנסה לגרשו מארץ מולדתו ומולדת אבותיו, ייתכן ולא היה חותם על העסקה שהוצעה לו כלל ועיקר.

92. נוכח עסקת הטיעון שנחתמה בין המדינה לעותר לפני שנים כה רבות, במסגרתה השית בית המשפט הנכבד על העותר את העונש המקסימאלי הקיים בחוק, הרי שההחלטה שניתנה בעניינו על ידי המשיב, מהווה הפרת חוזה – ולעמדת העותרים אין כל נפקות באם מדובר בחוזה שדיני החוזים האזרחיים חלים עליו או בחוזה שהדין המינהלי חל עליו, ולחלופין, מדובר בהפרה בוטה של הבטחה שלטונית (וראו לעניין זה בג"ץ 218/85 **תקווה ארביב נ' פמת"א ואח' ו-ת"פ** (ת"א) 40244/04 **מדינת ישראל נ' חדד** (פורסמו בנבו)). מעבר לעובדה שלעמדת העותרים, ההחלטה מהווה הפרת חוזה שתחם את גבולות הענישה של העותר והפרה של הבטחה

שלטונית, פוגעת ההחלטה בנוסף הן באינטרסים של העותר – אינטרס ההסתמכות ואינטרס הציפייה – והן בעקרונות צדק והגינות ובאמון הציבור במוסדות השלטון.

93. בנוסף סותרת ההחלטה התחייבות מפורשת שניתנה לבית המשפט הנכבד במסגרת ההליך בעניין אבו ערפה.

יודגש כי מן החומר שלפנינו עולה שהמדינה אינה מתכחשת לחובתה להפעיל את סמכות הביטול "בצמצום רב", ומתוך מודעות להשלכות החמורות של צעד זה על מחזיקי הרישיונות. במישור המהותי, הובהר כי הסמכות תופעל רק במקרים של הפרת הרובד הבסיסי ביותר של חובת הנאמנות כלפי המדינה, או בעקבות "פגיעה חמורה ביותר" בביטחון המדינה וריבונותה. עוד ציינה המדינה כי השר מחויב לכללים דיוניים, הקובעים כי עליו לקבל באופן אישי את ההחלטה לבטל רישיון לישיבת קבע, לעשות זאת לאחר בחינה מדוקדקת ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, ולהשתמש בסמכותו רק כמוצא אחרון (סעי' 19 פסק דינו של כב' השופט הנדל בעניין אבו ערפה) (ההדגשות הוספו, ב.א.).

94. לעמדת העותרים, ההחלטה עומדת בסתירה מוחלטת להתחייבות המדינה בפני בית משפט נכבד זה להשתמש בסמכות רק כמוצא אחרון. לעותרים לא נהיר כיצד ניתן לטעון בעניינו של העותר, שנחתמה איתו עסקת טיעון שהמדינה צד לה, שכבר ריצה את מרבית העונש הכבד שהוטל עליו, על בסיס דברי חקיקה שיצרו עבירה חדשה יש מאין שנים רבות לאחר ביצוע העבירה המקורית, כי מדובר בהחלטה לשימוש בסמכות כמוצא אחרון. אדרבה, נראה כי המשיב בחר לפגוע בעותר תוך הפרה בוטה של הכללים הבסיסיים המצופים מרשות מינהלית תקינה.

95. הנה כי כן, אף מטעמים אלו סבורים העותרים כי מדובר בהחלטה פסולה שלא תוכל לתקון.

ענישה כפולה

96. סעי' 3 (א) לחוק העונשין (תיקון 39) תשנ"ד-1994 קובע כי:

חיקוק היוצר עבירה לא יחול על מעשה שנעשה לפני יום פרסומו כדין של או יום תחילתו, לפי המאוחר.

סעי' 3 (ב) לחוק העונשין (תיקון 39) תשנ"ד-1994 קובע כי:

חיקוק הקובע לעבירה עונש חמור מזה שנקבע לה בשעת ביצוע העבירה, לא יחול על מעשה שנעשה לפני פרסומו כדין או לפני תחילתו, לפי המאוחר...

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

97. החוק כאמור, יצר יש מאין עבירה חדשה וייחודית לתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית כשסנקציה עונשית לצידה. החוק עוסק בהפרה של חובה לכאורית, על בסיס טיעון פילוסופי תיאורטי בעניינם של תושבים שברי כי מעולם לא התחייבו לשמור אמונים למדינה שכבשה את שטחם הטבעי וסיפחה אותו אליה. חוק זה אמנם אינו חלק מסדר הדין הפלילי, אולם ברי כי הוא מתבסס על הדין הפלילי לחלוטין, שכן העבירה החדשה שיצר החוק מתבססת על עבירות הקבועות בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016.

98. בנוסף ברי כי החוק קובע לעבירות שביצע העותר עונש חמור מזה שנקבע להן בשעת ביצוען – ביטול רישיון הישיבה. לפיכך, והואיל וברי כי מדובר באקט ענישה, כפי שאף עולה מדברי ההסבר לחוק שמטרתו המוצהרת היא פגיעה בליבת זכויות היסוד של העותר, לא זו בלבד שמדובר בהחלטה הקובעת עונש חמור מזה שנגזר על העותר במסגרת עסקת טיעון לפני שנים רבות, אלא שמדובר בהחלטה הסותרת לעמדת העותרים אף את עיקרון הסיכון הכפול ודינה להתבטל.

החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית

99. לעמדת העותרים, האמור עד כה מביא בהכרח למסקנה כי לפנינו החלטה בלתי סבירה ובלתי מידתית. מבלי להפחית חלילה מחומרת העניין, לא ייתכן כי שנים כה רבות לאחר קרות המקרה, לאחר חתימה על עסקת טיעון עם העותר, במסגרתה הוטל עליו העונש המקסימאלי הקיים במסגרת החוק, יבוא המשיב, בהתבסס על שני חוקים שבאו לעולם שנים רבות מאוד לאחר קרות המקרה ויצרו עבירה חדשה ולכאורית יש מאין, ויפגע בליבת זכויות היסוד של העותר. וזאת, תוך הפרה בוטה של התחייבות שניתנה לבית משפט נכבד זה בעניין אבו ערפה כי השימוש בסמכות זו ייעשה על ידי המשיב אך ורק כמוצא אחרון. כאמור, ללא קשר לחומרת מעשי העותר, על הרשות המינהלית להתמיד ולפעול במסגרת גדרי החוק והדין ולא מחוצה להם שאם לא כן אנה אנו באים.

החלטה שניתנה משיקולים זרים

100. ההפרה הבוטה של התחייבות מפורשת שניתנה לבית משפט נכבד זה בעניין אבו ערפה כי השימוש בסמכות לשלול רישיונות לישיבת קבע מהאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, ייעשה אך ורק כמוצא אחרון, מצטרפת להתנהלות המשיב במתן החלטה ובהליך שקדם לנתינתה. אלו מעידים יחד ולחוד כי הטעמים שעמדו בבסיס ההליכים וההחלטה זרים לו לחלוטין ועניינם אינו הפרת חובת אמונים כלל ועיקר אלא נקמנות וריצוי קהלים מסויימים ותו לא. זאת ועוד. לעמדת העותרים התנהלות המשיב במתן החלטה ובהליך שקדם לנתינתה, מצביעים על כך כי מדובר בהליך שזוהם לדאבון לב מלכתחילה.

101. בניגוד מוחלט להתחייבות המדינה בפני בית המשפט הנכבד עולה כי לאורך ההליך המינהלי לשלילת מעמדו של העותר ואף קודם לכן, הקפיד המשיב להוציא הודעות לתקשורת בדבר כוונתו לפגוע בעותר והתקדמות מהלכיו. כמו כן עולה מהפרסומים שחלקם הובא לעיל, כי בחלקם הם הועברו לכלי התקשורת אף בטרם הועברו לידיעת העותר וב"כ. הפרסומים אף לא

כוונו לכלל כלי התקשורת אלא לכלי תקשורת המזוהים עם צדדים מסוימים מאוד במפה הפוליטית במדינת ישראל ונותנים במה לקריאות נקמה, ענישה קולקטיבית וחבילות הרתעה למיניהן. בנוסף עולה מההחלטה, כי בהליך השימוע שנערך לעותר נטלו חלק משפחות קורבנות הפיגוע בגינו ניתנה ההחלטה.

102. לעמדת העותרים, ובכל הכבוד הראוי למשפחות הקורבנות שאין חולק על הפגיעה האנושה והקשה בהן, צירופם להליך המינהלי שנערך לעותר, אינו אלא זיהום ההליך המינהלי במובהק. בניגוד להליך הפלילי במסגרתו לקורבנות עבירה ישנה זכות עמידה מול הנאשם שפגע בהם, בהליך שימוע מינהלי העוסק בשלילת רישיון ישיבה, אין ולא היה כל מקום לעדכונם, להישמעות למאוויהם ולשקילת טיעוניהם במסגרת ההליך שערך המשיב לעותר. דא עקא, שמהרגע בו יזם המשיב את ההליך ועד מתן ההחלטה בענייניו של העותר ועד בכלל, פנה המשיב למשפחות, נשמע לדרישותיהן ואף צירף אותן באופן ממשי להליך.

103. לעמדת העותרים, התנהלותו זו של המשיב מעידה כי תחת שיהיה מדובר בהליך מינהלי שנבחר כמוצא אחרון בלית ברירה, לפנינו הליך המזוהם מעיקרו ונגוע בשיקולים זרים לחלוטין שהעילה הלכאורית הנטענת במסגרתו הינה "הפרת אמונים" אולם עילתו האמיתית היא נקמנות וריצוי הציבור. שיקולים אלו אין להם מקום במסגרת הליך כה חריג ודראקוני ומכאן שאף מטעם זה מדובר בהחלטה פסולה שדינה להתבטל.

104. השקילה של שיקולים כגון דעת הקהל ורגשותיהן של המשפחות השכולות פגעה ביכולתו של המשיב להתייחס לשיקולים הרלוונטיים ולייחס להם את משקלם הראוי, וביניהם, השאלה אם קיימת לעותר חובת נאמנות כלפי מדינת ישראל שאותה ניתן להפר (מבלי להקל ראש בחומרת מעשיו במישור הפלילי), ועוצמת הפגיעה בזכויות היסוד שלו, כבן האוכלוסייה הילידית של ירושלים בפרט.

החלטה חסרת תכלית ראויה כלשהי

105. סעיף 11א (ב) לחוק קובע כי:

החליט שר הפנים לבטל רישיון לפי הוראות סעיף זה, וראה כי לאחר הביטול ייוותר אותו אדם בלא רישיון לישיבת קבע מחוץ לישראל, בלא אפשרות לרכישת זכות לישיבת קבע מחוץ לישראל או בלא אזרחות, ייתן לו, בסמוך לאחר ההחלטה על ביטול הרישיון, רישיון לישיבה בישראל; לעניין סעיף קטן זה, חזקה כי מי שיושב דרך קבע מחוץ לישראל לא ייוותר בלא רישיון לישיבת קבע מחוץ לישראל, בלא אפשרות לרכישת זכות לישיבת קבע מחוץ לישראל או בלא אזרחות.

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

106. העותר דן החזיק ברישיון לשיבת קבע מתוקף היותו בן לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית ואין לו כל מעמד אחר בעולם. על פי החוק, על המשיב ליתן לעותר רישיון לשיבת ארעי תחת רישיון ישיבת הקבע שהוא שלל ממנו.

107. בעלי רישיונות ארעי, בדומה לבעלי רישיונות קבע, זכאים לכלל הזכויות הסוציאליות כמו גם לזכויות אחרות, ובכללן הזכות לחופש תנועה ועוד.

108. הנה כי כן, אף אליבא דהמשיבים הסבורים כי החוק חוקתי, לא נהיר מהי תכלית ההחלטה בעניינם של תושבי קבע מירושלים המזרחית כעותר דן, שאינם מחזיקים ברישיונות אחרים מלבד רישיון הקבע. לעמדת העותרים, מעבר לחוסר התכלית המוחלטת העולה מההחלטה להטיל על העותר סנקצייה של שלילת רישיון הישיבה, מעידה ההחלטה אף יותר על הטעמים הנקמניים וריצוי הציבור שביסודה, טעמים שהינם זרים בתכלית לעילת הפרת האמונים הלכאורית הנטענת על ידי המשיבים כנגד העותר.

סיכום

109. מן המקובץ עולה כי החוק וההחלטה שניתנה מכוחו, ונתקפים בעתירה דכאן, פסולים מן היסוד בהיותם נגועים באי חוקתיות, אי חוקיות ומנוגדים למשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי ובבחינת מעוות לא יוכל לתקון.

110. לאור כל האמור, מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא מלפניו צו על תנאי כמבוקש ברישא של העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיבים לבקשה לצו על תנאי, להופכו למוחלט ולקבל את העתירה תוך חיוב המשיבים בתשלום הוצאות משפט ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 15 ספטמבר 2019

בנימין אחסתרביה, עו"ד
ב"כ העותרים

(ת.ש. 107301)