

בעניין:

זיוד (אסיר), ת"ז -----

ע"י ב"כ עוה"ד סאוסן זהר ו/או חסן ג'בארין ו/או סוהאד
בשארה ו/או מאיסאנא מוראני ו/או מונא חדאד ו/או מוחמד
בסאם ו/או פאדי חורי

מעדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; נייד: 052-6399147; פקס: 04-9503140
דואר אלקטרוני: Sawsan@adalah.org

וכן ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או אבנר פינצ'וק
ו/או שרון אברהם-ויס ו/או גיל גן-מור ו/או נסרין עליאן ו/או
משכית בנדל ו/או טל חסין ו/או שרונה אליהו חי ו/או אן סוצ'יו
ו/או רגד ג'ראיסי ו/או רוני פלי ו/או סנא אבן ברי ו/או שדא
עאמר

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רחוב נחלת בנימין 75, תל-אביב 6515417
טל: 03-5608185; נייד: 052-2547163; פקס: 03-5601865
דואר אלקטרוני: oded@acri.org.il

נגד

שר הפנים

ע"י פרקליטות המדינה
רחוב צלאח אלדין 29, ירושלים

הודעת ערעור

מוגש בזאת ערעור על פסק דינו של בית המשפט לעניינים מינהליים בחיפה (כבוד סגן הנשיא אברהם אליקים) מיום 6.8.2017 בעת"מ (חיפה) 57857-05-16 שר הפנים נ' זיוד. בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את פסק הדין, בו קיבל בית המשפט קמא את בקשת המשיב והורה לבטל את אזרחותו של המערער מכח סעיף 11 (ב)1 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952.

** פסק הדין מושא הערעור מצורף ומסומן א'.

הבקשה לביטול אזרחות וההליך בבית המשפט קמא

1. ענייננו בפסק דין של בית המשפט המחוזי בחיפה ביושבו כבית משפט לעניינים מינהליים אשר קיבל ביום 6.8.2017 את בקשת שר הפנים, מר אריה דרעי, וקבע מכח סמכותו לפי סעיף 11(ב)2 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: **חוק האזרחות או החוק**), כי אזרחותו של המערער תבוטל ביום 31.10.2017 בשל הפרת אמונים.

2. המדובר בפסק הדין הראשון בהיסטוריה המשפטית הישראלית בו מורה בית המשפט על ביטול אזרחות בשל הפרת אמונים. בכל הכבוד, שגה בית המשפט הנכבד קמא בהוראתו לעשות כן.

3. ראשית, בית המשפט קמא התעלם מן הפגמים הרבים, היורדים לשורש החוקיות, שנפלו בהליך מעת שהחל בו שר הפנים, ולאופן שבו התשתית העובדתית, התשתית המשפטית, התכליות המוצהרות לבקשה והטעמים להצדקתה שהוצגו על ידי השר, פשטו ולבשו פנים והשתנו "תוך כדי תנועה". למעשה, תחת לדחות את בקשת השר בשל הפגמים שנפלו בה; בשל שינוי החזית וההנמקות החדשות שצצו תוך כדי ההליך; ובשל שינוי החקיקה ושינוי הגדרות "מעשה טרור" תוך כדי ההליך, הזמין בית המשפט הנכבד קמא את השר "לעדכן" את בקשתו באופן שתעמוד בפני בית המשפט עמדה המבוססת על החזית החדשה שאימץ השר תוך כדי ההליך. עניינים אלה יפורטו להלן במסגרת תיאור ההליך בפני בית המשפט קמא, והם מפורטים בהרחבה בכתבי הטענות שהוגשו לבית המשפט קמא, שיוצגו בהמשך הליך זה בפני בית המשפט הנכבד.

4. שנית, ולגופו של עניין – פסק דינו של בית המשפט קמא סוטה מעקרונות יסוד חוקתיים ומינהליים באופן קיצוני ביותר.

בית המשפט קמא מיעט מן המשקל החוקתי שניתן בפסיקה לזכות לאזרחות וסטה מן המידה המצומצמת מאוד שניתנה בפסיקה לאפשרות לבטל זכות זו.

בית המשפט קמא יישם את החוק באופן המפלה את האזרחים הערבים על רקע לאום, ויצר קטגוריה חדשה, שאינה קיימת בדין, של "אזרחים בני דור ב' לאיחוד משפחות" – כולם ערבים – הראויים ליחס מובחן.

בית המשפט קמא פירש את החוק בניגוד לעקרונות הפרשנות התכליתית, וקבע שתכליתו הדומיננטית של החוק היא הרתעתית, היינו תועלתנית, כזו העושה שימוש באזרח כדי להרתיע את "חברי הקבוצה" שאליה הוא משתייך. בכך סטה מעקרון יסוד במשפט החוקתי, שלפיו לעולם לא תיפגענה זכויות הפרט אלא על רקע אישי, אינדיווידואלי, ולא על בסיס השתייכות לקבוצה.

אף לו היתה התכלית ראויה, בית המשפט קמא לא איזן כראוי בינה לבין הפגיעה בזכויות היסוד של המערער, והתוצאה – ביטול האזרחות – אינה מידתית. הדין הפלילי הוא האמצעי שפגיעתו פחותה יותר לטיפול בעבירות חמורות. המערער הורשע, ובית המשפט מצא למצות עמו את הדין וגזר עליו עונש מאסר בפועל לתקופה של 25 שנים. זאת ועוד, הפגיעה במשיב קשה וברורה, בעוד התועלת כלל לא הוכחה. האמירה הכללית בדבר הרתעה – מן השפה ולחוץ ותו לא – לא הוכחה כלל, ואף המשיב הודה כי אינו יודע האם תושג; היא אינה תואמת את נתוני השב"כ ועומדת בניגוד לעמדה בספרות, באופן שמעיד שהיא אינה יותר ממשאלת לב.

5. בטרם נפנה לפירוט הטענות נעמוד על הבקשה לביטול אזרחות ועל ההליך שהתנהל בבית המשפט קמא ועל החלטותיו של בית המשפט.

6. המערער הינו אזרח מדינת ישראל. הוא נולד בישראל בשנת 1995 לאם בעלת אזרחות ישראלית, ועל כן אזרח מלידתו. ביום 1.6.2016 הורשע המערער במסגרת עסקת טיעון בשתי עבירות לפי חוק העונשין: ניסיון לרצח לפי סעיף 1305(א) (ארבע עבירות) והחזקת סכין שלא כדין ממניע גזעני עבירה לפי סעיפים 144 ו-186(א) לחוק העונשין, התשל"ז-1977. בית המשפט המחוזי בחיפה אישר את עסקת הטיעון לפיה נגזר על המערער עונש מאסר בפועל של 25 שנים; מאסר על תנאי לשנתיים בגין הרשעה בעבירות אלימות מסוג פשע במשך שלוש שנים; מאסר על תנאי למשך שנה לבל יעבור עבירה לפי סעיפים 144 ו-186 (א) לחוק העונשין במשך שלוש שנים; והוא חוייב בתשלום פיצויים לנפגעי העבירות. בית המשפט שגזר את דינו הדגיש כי העונש החמור מגלם גמול, הגנה על ביטחון הציבור והרתעה (תפ"ח (חיפה) 765-11-15 **מדינת ישראל נ' זיוד**).

7. במהלך ההליך הפלילי ועוד קודם להרשעתו של המערער, שלח המשיב ביום 31.1.2016 אל בית הוריו של המערער הודעה על כוונה לפעול לביטול אזרחותו לפי סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות. הנימוק היה זה:

"ביסוד הכוונה לביטול אזרחות עומד המעשה הרצחני שביצעת ביום 11 באוקטובר 2015, כאשר על פי הנתונים שנמסרו ממשרתת ישראל, דרסת ודקרת ארבעה אזרחים ישראלים, ביניהם שני חיילים, אשר חלקם נפצעו באורח קשה.

מעשה זה בוצע על ידך תוך ניצול חופש התנועה בישראל, אשר התאפשרה לך כתוצאה מנשיאת תעודת הזהות הישראלית שברשותך.

מעשה זה מהווה מעשה מובהק של הפרת אמונים למדינת ישראל."

8. בהמשך לכך, ביום 29.5.2016, עוד קודם למתן גזר הדין בהליך הפלילי, הגיש המשיב לבית המשפט קמא את הבקשה לביטול אזרחותו של המערער בטענה שהפר אמונים. לעתירה צורף אישור היועץ המשפטי לממשלה להגיש את הבקשה מיום 24.5.2016. בהחלטתו ציין היועץ המשפטי לממשלה: "הנחיתי את פרקליטות המדינה לפעול להגשת הבקשה **בהקדם**, **עובר ליום 1.6.2016**, וזאת על מנת שדבר קיומה יעמוד בפני בית המשפט המחוזי בחיפה במועד מתן גזר הדין." (ההדגשה במקור).

9. לאחר הגשת הבקשה ומשום הסימנים לאכיפה בררנית כלפי אזרחים ערבים בהפעלת שיקול הדעת של שר הפנים, פנו הח"מ ביום 6.6.2016 אל ב"כ המשיב בדרישה לפרטים נוספים. במסגרת בקשה זו נתבקשו פרטים אודות האירועים המוגדרים כמעשה טרור, שבהם הורשעו אזרחים מאז 2005 ועד לאותו יום לפי פילוג של מבצעי עבירה יהודים וערבים; פרטים אודות כל המקרים בהן בוטלה אזרחות מטעמים של "הפרת אמונים" על פי הנוסחים השונים של חוק האזרחות מאז נחקק בשנת 1952 ועד היום; פרטים אודות כל המקרים שהובאו לוועדה המייעצת לשר הפנים מכח סעיף 11(ח) לחוק האזרחות ואת החלטות שר הפנים בעניין המלצות הוועדה הנ"ל; וכן נתבקשה עמדת השב"כ ביחס לבקשה לביטול אזרחותו של המשיב וביחס לקביעה לפיה ביטול אזרחותו של המשיב הינה "מסר הרתעתי חשוב".

10. רק ביום 6.10.2016, ארבעה חודשים לאחר קבלת הדרישה, הועברה תשובת המשיב. התשובה העמומה, שלא נתמכה בתצהיר חרף הוראות התקנות, מאמתת את החשש ולפיו ביטול אזרחות בשל "הפרת אמונים" נאכף במהלך השנים, בניסוחים השונים מאז שנחקק חוק האזרחות, אך ורק על אזרחים ערבים שביצעו עבירות המוגדרות כ"עבירות ביטחוניות". מעולם לא נשקל ביטול אזרחותו של אזרח יהודי מהטעמים האלה, מעולם לא הוגשה בקשה לביטול אזרחות של אזרח יהודי, וממילא מעולם לא בוטלה אזרחות של אזרח יהודי.

11. בתשובתו לעתירה ביקש המערער מבית המשפט קמא להורות על ביטול סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, בהיותו בלתי חוקתי. לחלופין ביקש לדחות את בקשת השר לגופה.

במסגרת הדיון החוקתי נסקרו הוראות החוק על הסמכות הקיצונית והעמומה הקבועה בהן, ההיסטוריה החקיקתית שסימנה את האזרחים הערבים כמטרתן ופגיעתן האנושה בזכות היסוד לאזרחות. בהמשך לכך, נבחנו הוראות החוק על פי תנאי פסקה ההגבלה בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: העדרה של הסמכה ברורה ומפורטת, תכלית הרתעתית בלתי ראויה, השואבת מן הדין הפלילי ופגיעה בלתי מידתית מקום בו הדין הפלילי קובע הסדר ממצה.

לחלופין נטען כי יש לדחות את בקשת השר לגופה בשל העדרו של מתווה אלטרנטיבי לאזרחות, בשל האכיפה הבררנית כלפי אזרחים ערבים בלבד ומשום שביטול האזרחות של מי שאך נגזר עונשו אינו מידתי. במסגרת הטענה בדבר אכיפה בררנית הובא פירוט של עבירות ביטחון רבות וחמורות שנעברו על ידי אזרחים יהודים שאיש לא שקל לבטל את אזרחותם. המערער הדגיש עוד כי בית המשפט נגרר להליך שמנהל גורם פוליטי מטעמיו פוליטיים בעיתוי שבחר בו. מדובר בהליך ששרים שקדמו לשר המכהן לא נקטו בו, וייתכן שהבאים אחריו לא ינקטו בו. כל שר ושר יכול להחליט, על פי שיקוליו הפוליטיים, לרתום את בית המשפט לצרכיו. ברצותו, והיו שיקוליו אשר יהיו – יעשה זאת, וברצותו, והיו שיקוליו אחרים – יימנע, ובית המשפט ככלי שרת בידיו של השר. שר שבוחר לנהל הליכים שכאלה רק נגד אזרחים ערבים, כי יש בכך לשרת את האינטרסים הפוליטיים הצרים שלו, גורר את בית המשפט למאבקו המפלה באזרחים הערבים, ומכתים על ידי כך את בית המשפט.

12. בהמשך לכך הגישו הצדדים עיקרי טיעון. המשיב הגיב בעיקרי טיעונו לכתב התשובה מטעם המערער, ועל פי החלטת בית המשפט קמא, הגיב המערער בעיקרי טיעונו לעיקרי הטענות מטעם המשיב.

עיקרי הטענות מטעם שר הפנים לא דמו לעתירה שהוגשה. למעשה, בפני בית המשפט עמדה בקשה חדשה לביטול אזרחות, המבוססת על עובדות חדשות, על תשתית נורמטיבית חדשה, על החלטות חדשות של השר ועל טעמים חדשים.

העובדות חדשות משום שמאז הוגשה הבקשה נגזר דינו של המערער. בית המשפט שגזר את דינו עמד על הצורך למצות עמו את מלוא חומרת הדין, והדגיש כי הטיל עליו עונש חמור וחד משמעי, המשקף את מכלול שיקולי ההרתעה, הגמול והביטחון הנחוצים בנסיבות העניין. התשתית הנורמטיבית השתנתה בעקבות שני תיקונים שנערכו ביוזמת השר בסעיף 11 לחוק האזרחות:

הגדרת "מעשה טרור" השתנתה (ס"ח 2556, 23.6.2016), וההליך לביטול אזרחות שונה (ס"ח 2611, 16.3.2017). המשיב החליט לאחר שהגיש את הבקשה, ולא קודם לכן, להעניק למערער רישיון ישיבה ארעי אם אזרחותו תבוטל. אגב כך, המשיב זנח לחלוטין תכלית מרכזית שהוצגה כטעם לבקשה – הגבלת חופש התנועה של המשיב – שינה חזית ובוחר לו אחרת, "הצהרה והרתעה", התקשה לנמקה, ואז החל מדבר בצורך לטפל בבני קבוצה שזכרה לא בא כלל עד כה – "בני דור ב' לאיחוד משפחות".

יש מאין צצה לפתע "חוות דעת מטעם השב"כ". "חוות דעת" זו – מחודש ינואר 2017 – הינה כללית, סתמית ושטחית ואין בה לבסס הצדקה לשלילת אזרחותו של המערער. יתרה מזו, "חוות דעת" זו מעולם לא עמדה בפני שר הפנים בעת שהחל בהליכים; לא הובאה בפני המערער על מנת שיתייחס אליה טרם הגשת הבקשה; לא עמדה בפני הוועדה המייעצת למשיב ולא נזכרה בהמלצתה; לא הוצגה בפני היועץ המשפטי לממשלה שהתבקש לאשר את הגשת הבקשה; לא דובר בה בבקשה לביטול אזרחות שהוגשה לבית המשפט קמא; ולא בא זכרה בתשובה לדרישת המערער לפרטים נוספים. רק שנה לאחר הגשת העתירה לביטול אזרחות הופיעה, והשר חפץ לעשות בה שימוש להצדקת טעמיו החדשים.

13. המשיב לא נתן הסבר מדוע נערכה "חוות הדעת" והוצגה רק עתה. לגופו של עניין, מדובר ב"חוות דעת" כללית וסתומה, שאין בה כל ביסוס לטענה כי לביטול אזרחות אפקט הרתעתי. הדברים נאמרו במפורש בעיקרי הטיעון מטעם המשיב, שהביאו מתוך "חוות הדעת":

"נוסיף, כי מאחר וביטול אזרחות בגין הפרת אמונים למדינה טרם התבקש בעבר וממילא אף טרם יושם בעבר, אזי מידת האפקטיביות התוצאתית של צעד זה ככלי הרתעתי טרם נבחנה." (פסקה 34 לעיקרי הטיעון מטעם שר הפנים).

"חוות הדעת" מתיימרת להיאחז בשני אלמנטים כדי לבסס את הטענה בדבר ביטול האזרחות: מידע מודיעיני לגבי תושבי ירושלים הפלסטינים ומאפיינים של קהילות מהגרים מוסלמים באירופה. כל שנטען בעניין המידע המודיעיני הוא שעורך חוות הדעת סבור שניתוח המידע מצביע על אפשרות שביטול אזרחות יהיה מרתיע בקרב תושבי ירושלים:

"מידע מודיעיני שנאסף בירושלים במהלך ההסלמה הביטחונית האחרונה, שפרצה בשנת 2015, העלה כי ביטול אזרחות נתפס בציבור כצעד מרתיע מפני מעורבות בטרור." (פסקה 34 לעיקרי הטיעון מטעם שר הפנים).

אם נחוצה הוכחה לכך ש"חוות הדעת" חסרת כל ביסוס, הרי אלה הן ההערכות שגובשו על סמך "המודיעין" שנאסף בדבר חששם של תושבי ירושלים מביטול אזרחות. זאת משום שהתושבים הפלסטינים בירושלים, על מאות האלפים שבהם, כלל אינם אזרחים, כי אם תושבי קבע, ואין לגזור גזירה שווה ממעמדם לזה של אזרחי ישראל הערבים.

כך גם באשר לניסיון לגזור גזרה שווה מעניינם של צאצאי קהילות מוסלמיות במדינות אירופה – אנשים רבים ושונים, המתגוררים במדינות שונות ושהוריהם הגיעו ממדינות שונות – לעניינם

של אזרחים ישראלים ערבים. הקהילות המוסלמיות באירופה הן לרוב מיעוט מהגר, בעוד האזרחים הערבים בישראל הם מיעוט לאומי יליד ולא מהגר. זאת ועוד, אין כל ביסוס אנתרופולוגי להשוואות שנערכות בין אזרחים ערבים בישראל לבין בני קהילות מהגרים. אף לא ברורה כלל מומחיות עורך "חוות הדעת" ביחס לקהילות אלה.

אם כן, מחבר חוות הדעת מעיד כי מידת האפקטיביות של ביטול אזרחות ככלי הרתעתי טרם נבחנה, וסומך עמדתו בדבר הרתעה ספקולטיבית על מידע מודיעיני שנוגע לתושבים שאינם אזרחים, ועל עמדה כללית בדבר קהילות מהגרים מוסלמים באירופה. אף על פי כן אין המשיב מהסס לסכם בביטחון, כי –

"שליטת אזרחותם של המעורבים בטרור מקרב אוכלוסיית דור ב' היא כלי הרתעתי משמעותי, שעשוי בהחלט לסייע בבלימת התופעה לעתיד לבוא".
(פסקה 38 לעיקרי הטיעון. ההדגשות הוספו).

לא ברור על מה נסמכת העמדה כי מדובר בכלי הרתעה משמעותי, שעשוי בהחלט לסייע. לא ניתן לקבל מסקנות שכאלה המיוסדות על מסמך בלתי מבוסס הנסמך באופן שטחי על השוואות בלתי רלוונטיות.

14. לאחר הגשת כתבי הטענות התקיים דיון אחד בלבד לגופו של עניין ביום 28.5.2017. לאחר הדיון, ביום 2.6.2017, החליט בית המשפט, ללא שנתבקש לעשות זאת, לאפשר למשיב לעדכן את עמדתו. נדגיש כי בית המשפט מסר לצדדים עוד בדיון כי הוא שוקל לעשות זאת, וב"כ המערער הביעו התנגדותם למתן אפשרות למשיב לערוך "מקצה שיפורים" בבקשתו. ב"כ המערער טענו כי הפגמים בהליך ובבקשתו של המשיב מצדיקים דחיית הבקשה ולא מתן אפשרות לתקנה. חרף זאת החליט בית המשפט כדלקמן:

"ביום 29.5.2016 הגיש העותר עתירה ובה בקשה להורות על ביטול אזרחותו של המשיב בהתאם לסעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952, לעתירה צורפה הסכמתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה מיום 24.5.2016 (נספח א).

מסיבות שונות רק ביום 28.5.2017 קוים דיון בעתירה לגופו של ענין ולאחר שבחנתי את טענות הצדדים אני סבור כי בטרם יינתן פסק דין מן הראוי לקבל עמדה עדכנית של העותר, הן משום שלאחר הגשת העתירה נכנס לתוקפו תיקון מספר 13 לחוק האזרחות והן משום שהוצגה בפני חוות דעת עדכנית של גורמי הביטחון שלא עמדה לנגד עיני העותר והיועץ המשפטי לממשלה.

הצדדים מיצו את טענותיהם ולכאורה התיק בשל למתן פסק דין, אולם בשל חשיבותו של הנושא בטעון הכרעה ולאור האמור לעיל מן הראוי לקבל עמדה עדכנית נכון להיום מטעמו של העותר.

אדגיש כי לא גיבשתי עמדה לגופו של עניין או בקשר לטענות מקדמיות שהעלה המשיב.

העותר ימציא עמדתו לבית המשפט תוך 30 יום."

15. המשיב הגיש, כמובן, עמדה עדכנית מטעם שר הפנים מיום 5.7.2017 ומטעם היועץ המשפטי לממשלה מיום 13.7.2017, המתייחסות לתיקוני חוק האזרחות ומאמצות את חוות הדעת המאוחרת, שגובשה אגב ההליך בבית המשפט קמא. לטענות אלה לגופן – שהועלו כולן על ידי ב"כ המשיב עוד בדיון בעל פה, עוד בטרם אימץ אותן המשיב עצמו – לא היה עוד טעם להגיב.

16. ביום 6.8.2017 פסק בית המשפט קמא, כי הוא מאשר את בקשת המשיב, ומורה על ביטול אזרחותו של המערער החל מיום 31.10.2017.

טעמי הערעור

הערות מקדימות – על בחירת המסלול לביטול אזרחות והשפעתה על תוצאת פסק הדין

17. מבלי לפגוע בטיעון העקרוני אודות אי חוקתיותו של סעיף 11(ב) לחוק האזרחות המאפשר ביטול אזרחות במסלול שיפוטי-מינהלי, ומבלי לקבל את חוקתיותו של סעיף 11א לחוק האזרחות המאפשר את ביטול אזרחות במסלול שיפוטי-פלילי, נקדים ונציין בשלב זה כי המשיב לא בחר במסלול הקבוע בסעיף 11א לחוק האזרחות, המסמיך את שר הפנים להגיש בקשה בפני בית המשפט הדן בהליך הפלילי שישקול גם את שלילת אזרחותו של האזרח בנוסף על כל עונש שיקבע. במילים אחרות, בעת קיומו של ההליך הפלילי שדן בענייננו של המערער ובטרם גזירת דינו, המשיב בחר לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים. בית המשפט קמא לא ראה פסול בכך ולא בירר מהו המניע לבחירת מסלול מינהלי והעדפתו על המסלול הפלילי; הוא לא בדק אם העובדה שיש שני מסלולים נפרדים באותו חוק מעידה כי התכלית של המסלול המינהלי לא מתקיימת כאשר קיים מסלול פלילי.

18. נדגיש: מבלי לפגוע בטיעונים עתידיים בדבר אי חוקתיות שלילת אזרחות במסלול הפלילי, ובהנחה ששני הסעיפים המצביעים על שני מסלולים שונים הינם חוקתיים (ולדעתנו הם אינם), ובהנחה שהתקיימו התנאים המצדיקים את ביטול האזרחות על פי שני הסעיפים הנ"ל, הרי התכלית של המסלול המינהלי אינה יכולה להתקיים במקרה הנדון, כאשר קיים מסלול פלילי אשר אמור לבחון את המקרה ואת נסיבותיו, ובמסגרתו מוסמך בית המשפט לבטל אזרחות כחלק מהענישה. עקרונות הפרשנות התכליתית, המורים כי כל פרשנות לחקיקה מחייבת מתן משקל לעקרונות היסוד, לא יכולה לסבול פרשנות שלפיה גם כאשר מתקיים המסלול הפלילי, השר יהיה רשאי לבחור לפי שיקול דעתו המוחלט במסלול המינהלי. פרשנות זו משמעה התעלמות מעקרונות מבחן המידתיות ויצירת מצב שלפיו בחירת המסלולים היא עניין לבחירתו החופשית של שר הפנים מבלי שיתן את דעתו בדבר המסלול המבטיח יותר את זכויות האדם. מסקנה זו מתבקשת לאור התפיסה הבסיסית של עקרונות מבחן המידתיות, המורים על בחירת

המסלול הפוגעני פחות ועורכים בדיקה פרטנית ואינדיווידואלית לפי נסיבותיו של המקרה, ובמקרה זה נסיבות התקיימותו של המסלול הפלילי באותה עת.

19. לכן, במקרה הנדון, ומבלי לגרוע בטיעונו החוקתיים, הרי שפסק הדין פסול מיסודו שעה שבית המשפט לא בחן את שיקול דעתו של המשיב בבחירת המסלול המינהלי שעה שעמדה בפניו האפשרות לבחור במסלול הפלילי. למעשה, פסק הדין מושא הערעור מתעלם משאלה זו כליל.

20. בחירת המסלול יורדת לשורשו של עניין ומביאה לפסק דין הפוגע מעל הנדרש בזכויות אדם בשלושה אופנים.

21. ראשית, נקודת המוצא של פסק הדין הנדון מתבססת על תיוג מוגזע ומפלה. בית המשפט קמא פותח את פסק דינו בשאלה באם ניתן לבטל את אזרחותו של אזרח דור ב' לאיחוד משפחות כאשר מדובר בהורה תושב השטחים הכבושים. למעשה, זוהי השאלה העיקרית שדן בה בית המשפט. ודוק, פסק הדין הוא שמייצר קטגוריה חדשה זו, שכן חוק האזרחות אינו עורך תיוג מוגזע מהסוג הספציפי הזה ואינו מייצר קטגוריה המבחינה בין אזרחי מדינת ישראל על בסיס מוצאו של ההורה. מהרגע שיצר פסק הדין קבוצת תיוג מסוג זה, הוא התמקד, במבחן המעשי והתוצאתי, באזרחים הערבים בישראל, שמרביתם עונים על הקטגוריה החדשה הזו. המשמעות היא פסק דין המפלה לרעה את האזרחים הערבים באופן קיצוני ביותר.

22. בהקשר זה נציין, כי גם כאשר בית המשפט אישר פעמיים ברוב של 6 מול 5 שופטים את חוק האזרחות והכניסה לישראל (הוראת שעה), התשס"ג-2003 (בג"ץ 7052/03 **עדאלה נגד שר הפנים**, פ"ד סא(2) 202 (2006); בג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה**, פ"ד סה(2) 1(2012)), השולל איחוד משפחות עם תושבי השטחים הפלסטינים הכבושים (ובכל הכבוד אנו חולקים על התוצאה וסבורים כי פסקי הדין בעייתיים ביותר), חלק משופטי הרוב שאישרו את חוקתיות החוק הבהירו כי לשיטתם החוק אינו מתייחס אל האזרחים הערבים אלא לכניסת זרים ואם היה מתייחס ישירות לאזרחים הערבים, דעתם היתה שונה. לעומת זאת, פסק הדין של בית המשפט קמא הוא כה קיצוני, שכן הוא מתמקד באזרחים הערבים באופן ישיר. כדי להבין את קיצוניותו של פסק הדין נדמיין חקיקה ראשית שתייצר אבחנה בין אזרחי מדינת ישראל על בסיס מוצאו של ההורה ותקבע כי ניתן לבטל אזרחות של אזרח אם אחד מהוריו הם תושבי הגדה המערבית או רצועת עזה. חוק כזה הוא לא רק מפלה, אלא גם גזעני ומתנגש חזיתית עם עקרונות פסקת ההגבלה.

23. שנית, בניגוד לכל עקרונות הענישה והפרשנות התכליתית של חקיקה בעניין זכויות יסוד, בית המשפט קמא קבע, כי תכליתו הדומיננטית והיחידה של הסעיף 11(ב) (2) לחוק האזרחות הינה "הצהרתית הרתעתית" (ומדוע? משום שכך החל לטעון שר הפנים בשלב מתקדם של ההליך). היינו, שלילת האזרחות של אזרח מלידה הינה למטרה תועלתנית שאינה נוגעת לאדם עצמו או לנסיבותיו האישיות אלא במטרה להרתיע את הכלל. הפסיקה קובעת במפורש, כי הפרשנות התכליתית של חקיקה ישראלית, העוסקת בסמכויות מינהליות ופוגעת בזכויות יסוד, אינה יכולה להיות הרתעתית, שכן אז האדם הופך באופן אסור לאמצעי והפגיעה בכבודו אנושה (ר' בג"ץ 7014/12 **אדם נ' הכנסת**, פ"ד סו(1) 717 (2013), פסקאות 85-91 לפסק דינה של השופטת ארבל (להלן: **עניין אדם**)). דברי החקיקה הישראלים הקיצוניים ביותר בעניין שלילת חירויות

יסוד בהליך מינהלי הם אלה הנוגעים למעצרים מינהליים, וגם בעניינם התכלית היא למנוע סיכון עתידי מאותו אדם ולא להרתיע אחרים.

24. לא במקרה פסק הדין הנדון מביא מקרה אחד שיצדיק את קיומה של תכלית הרתעתית הפוגעת בזכויות אדם, והיא סוגיית הריסת הבתים בגדה המערבית. עם זאת, פסק דין אינו עומד על כך שמדובר בקטגוריה חריגה ובעייתית ביותר, העומדת בניגוד למשפט הבינלאומי בהטילה ענישה קולקטיבית. גם חלק משופטי בית המשפט הנכבד הזה הטילו ספקות בנוגע להפעלתה של פרקטיקה זו, ובכל מקרה הריסת הבתים מתבצעת לא לפי חקיקה חדשה אלא על פי תקנות ההגנה (1945). לכל הדעות, חקיקה חדשה שתאמץ את תקנת שעת החירום בעניין הריסת בתים לא תעבור את משוכות הביקורת החוקתית.

25. מעת שביטול המשפט קמא קבע כי התכלית של הסעיף הנדון הינה הרתעתית, עקרונות מבחן המידתיות המחייבים בדיקה פרטנית נפלו כליל והפכו ללא רלוונטיים. בית המשפט קובע במשפט אחד שמבחן הקשר הרציונאלי מתקיים, משום שברור שיש קשר בין הרתעה לבין ביטול האזרחות; לגבי המבחן השני – מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה – נקבע כי ברור שביטול האזרחות למען הרתעה מפני ביצוע פעולות טרור הינה פגיעה סבירה. ולגבי המבחן השלישי, "המידתיות במובנה הצר", נקבע כי ברור שהתועלת עולה על נזק. בבדיקה זו נעלם ההיבט האינדיווידואלי, והאזרח שאת אזרחותו מבקשים לבטל הפך אמצעי. כך לא נבדקו מהם הצידוקים הרלבנטיים לשלילת אזרחותו של אזרח זה שממילא נכלא למשך 25 שנים; האין כליאה ל-25 שנה משיגה כשלעצמה את התכלית ההרתעתית; האם הפגיעה במערער אינה מעל הנדרש, בהינתן שהמותב הפלילי שגזר את דינו לא שקל את ביטול האזרחות כעונש שיתווסף למכלול העונשים שנגזרו עליו; מה יעלה בגורלו במהלך תקופה ארוכה זו וכיצד הדבר ישפיע על שיקומו; מה השפעת מקרה ספציפי זה על החריג המצדיק את הצעד הדרסטי במיוחד, שלא ננקט עד כה על ידי בית משפט; מהם הצידוקים לאכיפה סלקטיבית במקרה זה דווקא, שעה שהשר לא נוקט בהליכים שכאלה נגד אזרחים יהודים שביצעו פיגועים נגד ערבים? ועוד ועוד.

26. שיקולי הרתעה הם לגיטימיים כחלק משיקולי הענישה, ואולם גם במסגרתם הם אינם שיקול בלעדי. משום כך, המסלול הרלבנטי, אם בכלל, הוא המסלול הפלילי ולא המינהלי. שהרי שלילת אזרחות היא סנקציה, היינו ענישה, ואין זה מקרה שסעיף 11א לחוק האזרחות מתייחס לביטול אזרחות כחלק מהעונש. עקרון ההרמוניה החקיקתית וגם ההיגיון הפשוט לא יכולים לסבול מצב בו אותה חוק מתייחס פעם לביטול זכות יסוד כעונש ופעם לאותו ביטול אך לצורכי הרתעה.

27. שלישית, פסק הדין פסול מיסודו, משום שהוא פוגע בהליך הוגן. לכל הדעות, ביטול או פגיעה בזכות יסוד בהליך מינהלי מחייבת תשתית עובדתית רלבנטית לצורך ההליך וכי הראיות תהיינה "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות" (ע"ב 2/84 ניימן נגד ועדת הבחירות המרכזית לכנסת האחת-עשרה, פ"ד לט(2) 225, 250 (1985) (להלן: עניין ניימן)). עקרון זה לא התקיים בהליך בפני בית המשפט קמא. בית המשפט לא בדק ולא בחן באם התקיימו ההגדרות של "הפרת אמונים" לצורך הספציפי של ביטול אזרחותו של המערער; לא בחן שום ראיה לצורך כך ויצא מנקודת הנחה שדי בכך שהמערער הורשע בעבירות פליליות כדי להגיע למסקנה שאלה הן בבחינת "מעשה טרור" לצורך ביטול האזרחות. אין מחלוקת שהמערער ביצע עבירות קשות

ביותר, אך בית המשפט לעניינים מינהליים לא יכול לבטל את בחינת הראיות הרלבנטיות לצורך ביטול האזרחות, לא כל שכן שבמקרה הנדון, בו המערער לא הורשע בעבירת "מעשה טרור" אלא בעבירות אחרות.

28. מעבר לכך, הגדרת "מעשה טרור" שונתה לאחר ביצוע העבירות של המערער ואף לאחר הגשת הבקשה לביטול אזרחות על ידי שר הפנים לבית המשפט קמא. למרות זאת, בית המשפט החיל רטרואקטיבית את התיקון המאוחר מבלי ליתן הדעת לכך שהתיקון החדש אינו רלבנטי לזמנים של ביצוע העבירות ולכך שהתיקון לחוק מבצע שינוי מהותי בהגדרת "מעשה טרור". יוצא שלפי גישת פסק הדין ניתן לבטל אזרחותו של אזרח מלידה ללא צורך בשמיעת ראיות רלבנטיות בנושא.

29. נרחיב להלן בהיבטים אלה.

פסק הדין קמא מפלה על רקע לאום

30. בית המשפט קמא הציב בתחילת פסק הדין את השאלה המשפטית עליה הסתמך הניתוח המשפטי שלו לאורך פסק הדין. לפי פסק הדין נקבע כי השאלה המשפטית שיש לדון בה הינה הקשר בין "הפרת אמונים למדינת ישראל" לבין "הזכות להמשיך להיות אזרח במדינה כשמדובר במי שקיבל אזרחותו כתוצאה מאיחוד משפחות." (עמוד 1 לפסק הדין, שורות 4-2).

31. שאלה זו כשלעצמה הינה שאלה מפלה, אף גזענית, ופסק הדין עונה עליה בחיוב. אין צידוקים לגיטימיים, ולא יכולים להיות כאלה, המבחינים בין אזרח לאזרח על בסיס המוצא של ההורה לצורך הפגיעה באזרחותו. פסק הדין מייצר את קבוצת "דור ב' לאיחוד משפחות" כקבוצה עצמאית עליה ייושם החוק. קבוצת זו מתמקדת באזרחים ערבים שנולדו לבני זוג שאחד מהם הינו בעל אזרחות ישראלית והשני נכנס לישראל מהשטחים הכבושים במסגרת הליך של איחוד משפחות. הילדים עצמם זכאים לאזרחות מכוח לידה להורה ישראלי, וזאת לפי סעיף 4 לחוק האזרחות. כזה הוא המקרה של המערער, שנולד בישראל לאם שהיא אזרחית ישראלית.

32. פסק הדין מאפשר יישום החוק באופן מפלה וגזעני על אזרחים ערבים, וזאת בהסתמך על חוות הדעת כללית והסתמית של השב"כ בדבר "דור ב' לאיחוד משפחות", שנוסחה והוצגה לראשונה בשלב מתקדם של ההליך, במסגרת עיקרי הטיעון מטעם המשיב ולאחר הגשת תשובת המערער לעתירה. חוות הדעת לא הובאה בפני שר הפנים או היועמ"ש לפני קבלת ההחלטה בדבר פניה לבית משפט לביטול אזרחות המערער. היא נוסחה בחודש ינואר 2017.

33. בכל מקרה, חוות דעת זו אינה לגיטימית ולא היה מקום שבית המשפט קמא ידון בה כלל. חוות הדעת מייצרת קטגוריה בעייתית של אזרחים על בסיס מוצא של אחד מן ההורים. היינו, היא דנה אדם על בסיס מוצא אתני של הוריו. היא דומה לחוות דעת שתצדיק, למשל, מתן עונשים כבדים בפלילים לאזרחים אם אחד מהוריהם שייך לעדה מסוימת, שכן לפי הסטטיסטיקה בני עדה זו מעורבים יותר מאחרים בסוג מסוים של עבירות פליליות.

34. אף לו היתה חוות הדעת של השב"כ לגיטימית, הרי במישור העובדתי אין היא עוברת את מבחני הרלבנטיות הפורמאליים בדבר קבלת ראיות. כפי שנטען ע"י המערער בעיקרי הטיעון ובטיעונים בעל פה בפני בית משפט קמא, חוות הדעת החסויה הזו הסתמכה על נתונים כללים הנוגעים למסוכנות, לכאורה, של שתי קבוצות: דור ב' למהגרים שהפכו לאזרחים באירופה ותושבי ירושלים המזרחית. המערער הדגיש בפני בית משפט קמא כי שתי קבוצות אלו שונות לחלוטין מקבוצת האזרחים הערבים בישראל, שכן להבדל מקבוצת המהגרים המוסלמים באירופה, האזרחים הערבים הינם מיעוט לאומי יליד. ולהבדיל מתושבי ירושלים המזרחית, בעלי תושבות קבע, עסקינן באזרחים. רק לאחרונה נקבע בעניין **אבו ערפה** כי שר הפנים לא היה מוסמך לבטל את תושבות הקבע של תושבי ירושלים המזרחית בשל הפרת אמונים, ובית המשפט אף הוסיף שביטול תושבות הקבע של פלסטינים מירושלים המזרחית הינה בעלת השלכות חמורות במיוחד וזאת לאור הזיקה הייחודית שיש לתושבים אלו לירושלים (בג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 13.9.2017), פסקה 50 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

35. חוות דעת המייצרת קטגוריות אתניות נגועה מטבעה בסטריאוטיפים ובתפיסות שליליות. הללו אינם מאפשרים הליכי הסקת מסקנות מושכלים. לא בכדי אין בחוות הדעת ולא כלום כדי להוכיח כי ביטול אזרחות יביא להרתעת אזרחים אחרים. אף מחבר חוות הדעת מעיד בה כי מידת האפקטיביות של ביטול האזרחות ככלי התרעתי טרם נבחנה, ובכך סומך את חוות דעתו אך ורק על מידע מודיעיני הנוגע לקבוצות שאין להם כל קשר לקבוצת האזרחים הערבים בישראל.

36. הקטגוריות הרלוונטיות לבחינה הן אלה הנוגעות לאוכלוסיות שכלפיהן מופעלת – או לא מופעלת – הסמכות הקבועה בסעיף 11(ב) לחוק האזרחות. המערער פרס בפני בית המשפט קמא את נתוני השב"כ בדבר העלייה בחומרתן של עבירות ביטחון שבהן מעורבים אזרחים יהודים, לעומת המעורבות המינורית של אזרחים ערבים בעבירות ביטחון. עוד נסקרה שורה ארוכה של הליכים משפטיים נגד אזרחים יהודים בגין מעורבות בעבירות ביטחון חמורות, שאף לא אחד מהם הוביל ולו לשקילת האפשרות לשלול את אזרחותם של המעורבים. משמעות הדברים היא שהחוק מופעל באופן סלקטיבי, מפלה וגזעני נגד אזרחים ערבים.

37. התייחסותו של בית המשפט קמא לטענות בדבר אכיפה סלקטיבית הן פנייה לחוות הדעת של השב"כ:

"מאחר וההרתעה בתיק זה מוקדה כלפי אוכלוסיית דור ב' לאיחוד משפחות, איני מוצא בסיס עובדתי ומשפטי להשוואה בינם לבין מפגעים יהודים, השוואה אותם מבקשים באי כוח המשיב לעשות." (עמוד 28, שורות 10-12 לפסק הדין).

38. בכך טעה בית המשפט קמא, אשר יצר קטגוריה על בסיס הבחנה מפלה; נשען על חוות דעת בלתי לגיטימית; לא העניק משקל לנתונים הרבים שהובאו ע"י המערער; ומיאן לבחון את שאלת האכיפה הבררנית. פסק הדין לא סתר את טענת המערער, לפיה יישום החוק מפלה לרעה אזרחים ערבים. הוא בחר לעצום עיניו לכך.

פסק הדין הסתמך על תכלית שהינה בלתי ראויה

39. בית משפט קמא שגה, כאשר קבע כי התכלית של סעיף 11(ב)2 לחוק האזרחות הינה תכלית הרתעתית. עוד שגה כאשר קבע כי תכלית כזו הינה ראויה. בעמוד 17 לפסק הדין קובע בית המשפט כי: "מקובלת על ידי טענת המבקש כי הוראת החוק לא נועדה לתכלית עונשית אלא לתכלית הצהרתית הרתעתית." בהמשך מסביר בית המשפט את הרציונל (בעמוד 18, שורות 6-8 לפסק הדין):

"מי שיתן יד לטרור ימצא בנסיבות המתאימות ללא אזרחות של מדינת ישראל. הצהרה והרתעה כאחד ובהתחשב במצב הביטחוני בו נמצאת מדינת ישראל שחלק מאזרחיה מבצעים פעולות טרור נגד מדינתם, הרי שתכלית זו ראויה."

40. אסור להשתמש באדם כאמצעי להרתעתם של אחרים, ופרקטיקה שכזו נוגדת את עקרונות המשפט. ההלכה הפסוקה מחייבת בחינה פרטנית של כל מקרה לגופו מקום שיש פגיעה בזכות חוקתית (ראו והשוו: בג"ץ 8276/05 **עדאלה נגד שר הבטחון**, פסק דין מיום 12.12.2006), כל שכן בזכות לאזרחות.

41. שיקולי הרתעה הינם לגיטימיים אך ורק במסגרת הדין הפלילי וגם במסגרתו הם אינם בלעדיים, אלא נבחנים בקשר לעונש ומידת ההרתעה שהוא משיג. בית המשפט התעלם מהעובדה כי בית המשפט בהליך הפלילי בעניינו של המערער הביא בחשבון את שיקולי ההרתעה והדבר התבטא, בין היתר, באישור עונש מאסר של 25 שנה, בנוסף לעונשים נוספים.

42. אכן, ביטול אזרחות הוא סנקציה ענישתית. לא במקרה מאפשר סעיף 11א לחוק האזרחות ביטול אזרחות בשל ביצוע "מעשה טרור", ואולם זאת על ידי בית משפט המרשיע אדם במסגרת ההליך הפלילי.

43. יודגש כי בעצם ההפניה בהודעה זו אל סעיף 11א לחוק האזרחות, אין כל הכרה בחוקתיותו של הסעיף וכי הח"מ שומרים לעצמם את הזכות לטעון נגד חוקתיותו של סעיף 11א לחוק כפי שהם טוענים לאי חוקתיותו של סעיף 11(ב)2 לחוק האזרחות הנדון כאן. ואולם, העובדה שלא נבחנו שאלות מהותיות הקשורות להבדל בהפעלת שני הסעיפים, לתכליות השונות של שני הסעיפים, למקרים השונים שניתן להפעיל בהם כל סעיף וכדומה, מלמדת שבית המשפט קמא אימץ את התכלית ההרתעתית שנטענה על ידי שר הפנים, ללא בחינה מעמיקה של תכלית זו הן ביחס לסעיף עצמו והן ביחס למכלול הוראות חוק האזרחות.

44. כאמור, ביטול אזרחות לצורך הרתעת אחרים הינו פסול, שכן תכלית הרתעתית כזו מנוגדת להלכה ולפיה לא ניתן לשלול זכויות יסוד של אדם לצורך הרתעת הזולת. המערער הפנה בטיעונו לפסק הדין בעניין **אדם**, בו נפסק שלא ניתן להגביל את חירותם של "מסתננים" כדי להרתיע אחרים מלבוא לישראל. בית המשפט קמא דחה את ההפניה לפסיקה, בקובעו שפסק הדין בעניין **אדם** אינו רלוונטי לעניינו, משום שלא נדרש מהמסתננים לשמור אמונים למדינת ישראל (!).

45. התכלית ההרתעתית אינה ראויה גם משום שהיא מובילה להפליה על רקע לאום ביישום החוק, וזאת כפי שפורט לעיל. העובדה שהתכלית ההרתעתית הבלעדית של סעיף זה נבחנת ביחס לקבוצה האזרחים הערבים שנולדו לבני זוג מהליך איחוד משפחות, הצובעת את התכלית בצבעים גזעניים.

46. יתרה מזו, אף לשיטת בית המשפט קמא התכלית ההרתעתית היא ספקולטיבית, שכן לעולם לא ניתן לדעת אם היא תושג. בלשון פסק הדין:

"התכלית ההרתעתית כרוכה בהערכות המתבססות על מידע שמקורו בחקירות של מפגעים ואחרים כמתואר בחוות דעת השב"כ. בפועל מעולם לא ניתן לדעת אם מאן דהוא הורתע משום שאם ההרתעה השפיעה עליו הוא לא יבצע פיגוע ובפועל לא נדע על כך." (עמ' 25, שורות 24-22).

47. יוצא, שלפי גישתו של פסק הדין ניתן לפגוע בזכויות יסוד ולבטל אזרחות על בסיס ספקולציות, תחושות, ובניגוד לפסיקה שלפיה הפגיעה חייבת להיות מבוססת על ראיות "ברורות, חד משמעיות ומשכנעות (ר' עניין ניימן). פסק הדין מעלה את החשש שבית המשפט קמא, חרף רוממות הזכות לאזרחות, לא ייחס לה את משקל העל שניתן לה בפסיקה. כמו כן בעניין אלראי, נקבע כי על רשת מנהלית להימנע מפגיעה בזכות חוקתית שלא לתכלית ראויה, "קל וחומר בביטול אזרחות, להבדיל מפגיעה אחרת, ובין-בנו של קל וחומר בביטול אזרחות העושה אדם שיש לו אזרחות מלידה לחסר כל אזרחות." (בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 20 (1996) (להלן: עניין אלראי)).

הפגיעה בהליך ההוגן לו זכאי המערער

48. כאמור בראשית דברינו, פסק הדין פוגע בהליך ההוגן כלפי המערער. בית המשפט קמא התעלם מן הפגמים הרבים, היורדים לשורש החוקיות, שנפלו בהליך מעת שהחל בו שר הפנים, ולאופן שבו התשתית העובדתית, התשתית המשפטית, התכליות המוצהרות לבקשה והטעמים להצדקתה שהוצגו על ידי השר, פשטו ולבשו פנים והשתנו "תוך כדי תנועה". למעשה, תחת לדחות את בקשת השר בשל הפגמים שנפלו בה; בשל שינוי החזית וההנמקות החדשות שצצו תוך כדי ההליך; ובשל שינוי החקיקה ושינוי הגדרות "מעשה טרור" תוך כדי ההליך, הזמין בית המשפט הנכבד קמא את השר "לעדכן" את בקשתו באופן שתעמוד בפני בית המשפט עמדה המבוססת על החזית החדשה שאימץ השר תוך כדי ההליך.

49. כאמור, העובדות השתנו תוך כדי ההליך משום שמאז הוגשה העתירה נגזר דינו של המערער. בית המשפט שגזר את דינו עמד על הצורך למצות עמו את מלוא חומרת הדין, והדגיש כי הטיל עליו עונש חמור וחד משמעי, המשקף את מכלול שיקולי ההרתעה, הגמול והביטחון הנחוצים בנסיבות העניין. התשתית הנורמטיבית השתנתה בעקבות שני תיקונים שנערכו בסעיף 11 לחוק האזרחות ביוזמת שר הפנים: הגדרת "מעשה טרור" השתנתה (ס"ח 2556, 23.6.2016), וההליך לביטול אזרחות שונה (ס"ח 2611, 16.3.2017). המשיב החליט לאחר שהגיש את הבקשה, ולא

קודם לכן, להעניק למערער רישיון יישיבה ארעי אם אזרחותו תבוטל. אגב כך, המשיב זנח לחלוטין תכלית מרכזית שהוצגה כטעם לבקשה – הגבלת חופש התנועה של המערער – שינה חזית ובחר לו אחרת, "הצהרה והרתעה", התקשה לנמקה, ואז החל מדבר בצורך לטפל בבני קבוצה שזכרה לא בא כלל עד כה – "בני דור ב'".

50. יש מאין צצה לפתע "חוות דעת מטעם השב"כ". "חוות דעת" זו – מחודש ינואר 2017 – הינה כללית, סתמית ושטחית ואין בה לבסס הצדקה לשלילת אזרחותו של המערער. יתרה מזו, "חוות דעת" זו מעולם לא עמדה בפני שר הפנים עת החל בהליכים; לא הובאה בפני המערער על מנת שיתייחס אליה טרם הגשת הבקשה; לא עמדה בפני הוועדה המייעצת לשר הפנים ולא נזכרה בהמלצתה; לא הוצגה בפני היועץ המשפטי לממשלה שהתבקש לאשר את הגשת הבקשה; לא דובר בה בבקשה לביטול אזרחות שהוגשה לבית המשפט הנכבד; ולא בא זכרה בתשובה לדרישת המערער לפרטים נוספים. רק שנה לאחר הגשת העתירה לביטול אזרחות הופיעה, והשר חפץ לעשות בה שימוש להצדקת טעמיו החדשים.

51. בכל הכבוד, בית המשפט הנכבד קמא הקל ראש בכל הליקויים הללו, והזמין את המשיב "לעדכן" את עמדתו.

באשר לתיקון הגדרת מעשה טרור

52. תיקוני החקיקה לא העלו ולא הורידו מבחינת בית המשפט קמא, שלא היסס להרשיע – לא פחות! – במסגרת הליך מינהלי את המערער בעבירת מעשה טרור, שנחקקה לא רק לאחר שהמערער הורשע בדין בעבירות אחרות, אלא אף לאחר שהחל ההליך לביטול אזרחות בפני בית המשפט. בעניין זה קבע בית המשפט קמא: "בנסיבות הקונקרטיות של תיק זה, אין לתיקוני החקיקה (תיקון מס' 12 ותיקון מס' 13) שאירעו לאחר הגשת הבקשה ולפני הדיון בה כדי להשפיע על ההכרעה בתיק משתי סיבות: הראשונה, הינה כי שר הפנים הודיע כי הוא אינו משנה את עמדתו למרות התיקונים לחוק; השנייה, כי ככל שמדובר במעשים של המערער לפי ההגדרה של מעשה טרור בכל אחד מהתיקונים, הרי המערער בכל מקרה ביצע 'מעשה טרור'". (עמוד 8, שורות 13-23 לפסק הדין).

53. והלא, לו היה מדובר בהוראה עונשית אחרת, שההגדרה לגביה בחוק השתנתה לאחר ביצועה ולאחר שהחל ההליך המשפטי, איש לא היה מעלה בדעתו להחילה באופן רטרואקטיבי. ודאי שאיש לא היה מעלה בדעתו לקבוע כי אדם עבר עבירה חמורה כל כך ללא שמיעת ראיות. בנסיבות ענייננו בית המשפט הנכבד קמא לא היסס להחיל את הוראות העבירה החדשה על המערער, להרשיעו בה ללא שנשמעו ראיות, וכל זאת על מנת להטיל את אחת הסנקציות החמורות שאפשר להעלות על הדעת – ביטול אזרחות.

54. זאת ועוד, אפילו אפשר היה לבטל אזרחות על יסוד ביצוע עבירה, שנחקקה לאחר שהמעשים נעשו ולאחר שההליך החל, אזי הליך ביטול האזרחות מחייב את בית המשפט לבחון בקפידה יתרה אם אמנם התקיימו התנאים לביטול האזרחות על פי הסעיף המסמך. המערער הורשע בעבירות קשות וחמורות על פי חוק העונשין, התשל"ז-1977, ואולם הוא מעולם לא הורשע בעבירת מעשה טרור, על פי הגדרתה בחוק המאוחר, שהיא בבחינת הפרת אמונים לצורך ביטול

האזרחות. בית המשפט לא בחן את הראיות, לא ניתח, אלא כלאחר יד, האם התקיימו יסודות העבירה, ומיהר "להרשיע" את המערער לצורך ביטול אזרחותו.

55. בית המשפט קמא מציין, כי "מאחר ועל פי חוק האזרחות בית המשפט הוא הערכאה הראשונה שמחליטה לגבי ביטול או אי ביטול האזרחות, די בכך כי עובר להכרעה כל המידע העדכני יעמוד לנגד עיניו יחד עם טיעוני הצדדים בקשר אליו." דווקא משום שבית המשפט הוא הערכאה הראשונה, היה על בית המשפט לבחון בקפידה את הראיות באופן עצמאי (ר' והשווה: עניין ניימן, בעמ' 250) ולקבוע האמנם התקיימו יסודות העבירה לאחר קיומו של הליך מסודר.

באשר לתיקון חוק האזרחות בעניין מעמד חלופי שניתן בעת שלילת אזרחות

56. תוך כדי ההליך בבית משפט קמא אושרה הצעת החוק הממשלתית לתיקון הוראות סעיף 11 לחוק האזרחות, ונקבע, בין היתר, כי בית המשפט יהיה מוסמך לקבל את בקשת שר הפנים לביטול אזרחות "ובלבד שעקב ביטול האזרחות הישראלית לא ייוותר אותו אדם חסר כל אזרחות, ואם ייוותר חסר כל אזרחות כאמור – יינתן לו רישיון לישיבה בישראל, כפי שיוורה שר הפנים...". בעקבות התיקון ובמסגרת עיקרי הטיעון מטעמו הודיע שר הפנים כי החליט שיינתן למערער רישיון ישיבה ארעי (רישיון מסוג א/5) שיחודש מידי שנה.

57. עם הודעתו על ההחלטה ליתן למערער רישיון ישיבה ארעי, מסר המשיב כי המערער יהיה זכאי לחופש תנועה בישראל (סעיף 25 לעיקרי הטיעון מטעם המשיב). אלא ששלילת חופש התנועה של המערער עמדה בלב בקשת המשיב לבטל את אזרחותו של המערער; הודגשה על ידי הוועדה המייעצת לשר בהמלצתה להגיש את הבקשה; הודגשה בפניית השר ליועץ המשפטי לממשלה על מנת לקבל את אישורו להגשת הבקשה; וחזרה והודגשה שוב ושוב גם בעתירה שהוגשה לבית המשפט קמא. עם ההחלטה ליתן למערער רישיון ישיבה ארעי ככל שאזרחותו תבוטל, תכלית "שלילת חופש התנועה" נזנחה כלא היתה. בית המשפט קמא מיאן למצוא בשינוי חזית זה כל דופי.

58. לגופו של עניין – רישיון ישיבה ארעי אינו אזרחות, ואינו דמוי אזרחות, ואין הוא מרפא את הפגיעה שבחוסר האזרחות ששר מבקש לגזור על המשיב לכל ימות חייו. כשמו כן הוא – מעמד ארעי המוגבל בזמן, וכדברי שר הפנים בפני בית המשפט קמא "ניתן להארכה מעת לעת". לא בכדי נמנע המבקש מלהבהיר מתי, כיצד ואם בכלל יוארך רישיון הישיבה הארעי שבכוונתו לגזור על המערער; לכמה זמן יינתן הרישיון בכל פעם, ככל שיוארך; מה יכלול ההליך; מה יישקל במסגרתו; מה יידרש מן המערער לצורך הארכתו; באלה נסיבות עלול המערער להיוותר ללא מעמד זה או ללא מעמד כלל ומה יעלה אז בגורלו; ואף ככל שהמעמד יוארך האם המערער עתיד להיוותר עמו, ועמו בלבד, לכל ימי חייו. ברי, כי שר הפנים כלל לא נתן דעתו לכל אלה, וממילא אין לו כל דרך להבטיח מה יארע בעניין זה בעשרות השנים הבאות. הדברים הובאו בפני בית המשפט קמא, ואולם הוא בחר להתעלם מהם כליל, וקבע שהשר יפעל בעניין זה על פי שיקול דעתו. מילים אחרות: שיקול דעתו של השר עלול להותיר את המבקש חסר מעמד כלשהו, בניגוד גמור להוראות החוק.

באשר לשינוי טעמי של השר תוך כדי ההליך והצגת חוות דעת מאוחרת של השב"כ

59. זאת ועוד, בית המשפט בחר לקבל את שינוי החזית של השר ואת חוות הדעת של השב"כ, הגם שזו נערכה והוצגה רק בשלב מתקדם, וזאת בנימוק שחוות הדעת נועדה עבור בית המשפט. אין לקבל זאת. ההליך ההוגן מחייב כי כל המעורבים בהחלטה על הגשת הבקשה יחשפו למכלול הטעמים שעומדים להיות מוצגים בפני בית המשפט, וכי הללו ימסרו גם לאדם שהשר שוקל לבקש מבית המשפט לבטל את אזרחותו, על מנת שיתאפשר לו לטעון בעניינם קודם שיוחלט על הגשת הבקשה לבית המשפט. הליך שבו השר רשאי לשנות את טעמיו "תוך כדי תנועה" אינו הליך הוגן. הפסיקה קבעה בהקשר זה:

"בהליכי המינהל הציבורי נתקלים אנו, לעתים, בתופעה שאינה משובבת נפש זו, שבמגעייה עם האזרח אין הרשות מנמקת כיאות החלטת סירוב שהיא עושה, ואילו בבית משפט נמצאים לה לפתע ק"ן טעמים להסבר, לפירוש ולביאור; או שבסרבה לאזרח את מבוקשו מעלה הרשות טעם פלוני להחלטה (והוא טעם סר טעם), ואילו בבית המשפט נמצא לה במפתיע טעם אחר להחלטה, זו הפעם טעם יפה וראוי. וכבר נפסק, ולא אחת, כי בית המשפט יבחן בחשדנות יתרה טעם שנועד לראשונה בהליכים לפניו, ואין זה אלא לשון המעטה וכל מתחיל יבין." (נע"א 700/89 חברת החשמל בע"מ נ' מליבו ישראל בע"מ, פ"ד מז(1) 667, 682 (1993)).

60. יתרה מזו, אף אם נקבל את אמירתו של השר בהודעת העדכון שמסר לבית המשפט לבקשתו, שעיקרי הטעמים עמדו בפניו ובפני הוועדה המייעצת עוד קודם להחלטה על הגשת העתירה לביטול אזרחות (וקשה לקבל זאת, שהרי העתירה לביטול האזרחות וכל המסמכים שצורפו בה מלמדים על טעמים אחרים), הרי שהשר לא הציג בפני המערער כשפנה אליו ולא אפשר לו להגיב לדברים טרם קבלת ההחלטה. פגם חמור זה כשלעצמו היה מצדיק את דחיית הבקשה.

בית המשפט קמא טעה בניתוח מבחני המידתיות

61. הואיל והתכלית שנבחנה על ידי בית המשפט קמא הינה תכלית לא לגיטימית ובלתי ראויה, אזי גם ניתוח מבחני המידתיות שגוי. הבחינה שנערכה היא כללית – הרתעת הכלל – ואינה אינדיווידואלית ופרטנית. נקודת המוצא של פסק הדין היא שהרתעה מפני ביצוע מעשי טרור מצדיקה שלילת אזרחות, ומשכך אין זה בלתי מידתי לבטל אזרחות בכל מקרה ומקרה.

62. כמו כן, עיון באופן בחינת מבחני המידתיות של פסק הדין מראה, כי הניתוח הינו שגוי ומנוגד לאופן הניתוח שנקבע בהלכה הפסוקה. נתייחס להלן לשלושת מבחני המידתיות כפי שנותחו בפסק הדין.

63. לגבי מבחן המידתיות הראשון, מבחן הקשר הרציונאלי, פסק בית המשפט קמא, כי "זהו מבחן השכל הישר ומבחן ניסיון החיים" (עמוד 18, שורה 22 לפסק הדין), והסתפק בקביעה הקצרה: "לטעמי מתקיים קשר רציונלי בין ביטול אזרחות של אזרח שביצע מעשה טרור לבין הרתעת

מחבלים אחרים אזרחי מדינת ישראל שיחששו כי גם אזרחותם תבוטל, כך שאני קובע כי מתקיים מבחן המשנה הראשון. " (עמוד 19, שורות 5-7 לפסק הדין).

64. כלומר, לדידו של בית המשפט, "השכל הישר" מקשר בין ביטול אזרחות (האמצעי) לבין הרתעה (התכלית), והדבר אינו דרוש הוכחה פירוט כלשהו נוסף. אלא שמבחן זה מחייב כי הקשר האמצעי לבין התכלית יהיה ענייני, ישיר ומשכנע ויתבסס על תשתית עובדתית המוכיחה אותו. על פי ההלכה הפסוקה, על האמצעי להגשים את התכלית במידה עמוקה ורצינית ולא די בקשר תיאורטי או בהסתברות קלושה (ראו למשל בג"ץ 10662/04 חסן נ' המוסד לביטוח לאומי, פ"ד סה(1) 782 (2012), פסקה 59 לפסק הדין של הנשיאה ביניש). במקרה דנן גם אם נקבל את התכלית השגויה שקבע בית המשפט, הרי שהמשיב הבהיר כי אינו יכול להוכיח שהתכלית תושג כלל, ואף בית המשפט קמא מציין שאין הוכחה לקשר בין האמצעי לבין המטרה. בלשון פסק הדין:

"התכלית ההרתעתית כרוכה בהערכות המתבססות על מידע שמקורו בחקירות של מפגעים ואחרים כמתואר בחוות דעת השב"כ. בפועל מעולם לא ניתן לדעת אם מאן דהוא הורתע משום שאם ההרתעה השפיעה עליו הוא לא יבצע פיגוע ובפועל לא נדע על כך." (עמ' 25, שורות 24-22).

65. לגבי מבחן המידתיות השני, שהינו מבחן האמצעי שפגיעתו בזכויות אדם פחותה, אמור היה בית המשפט הנכבד קמא לבחון את החלופות הדרסטיות פחות להשגת התכלית. במקום זאת, בית המשפט שואל שאלות הנוגעות בעיקרן לעניין מתן רישיון ישיבה זמני, וקובע על ידי כך, כי "מבחן המשנה השני מתקיים אף הוא באופן בו בחר המחוקק לקבוע את תנאי מימוש הוראת החוק ובעיקר במנגנון קבלת ההחלטות והקביעה כי לנפגע שתבוטל אזרחותו יוענק אישור שהיה שמקנה זכויות סוציאליות חברתיות לא מועטות" (עמוד 19 לפסק הדין, שורות 11-9). בית המשפט לא בחן האם ההליך הפלילי שהתנהל בעניינו של המערער, והעונש החמור שנגזר עליו, ממצים את תכלית ההרתעה, וזאת כפי שמתחייב מפסק דין אלראי. בית המשפט קמא אף לא בחן את סיכויי שיקומו של המערער, ואת העובדה שהוא אדם צעיר הנמצא בתחילת תקופת ריצוי עונש המאסר, ולא ניתן לדעת מה יהא מצבו לאחר סיום ריצוי העונש. בית המשפט קמא גם לא בחן כיצד הגבלת חופש התנועה של המערער, בעת שהותו בכלא, מצדיקה בכל זאת פגיעה חוקתית נוספת.

66. לגבי מבחן המידתיות השלישי, קובע בית המשפט קמא:

"אני סבור כי לאור המידע המוצג בחוות דעת השב"כ שמקורו במידע מודיעיני שנאסף בחקירות של מחבלים ובכללם בני דור ב' לאיחוד משפחות, הנזק בביטול אזרחותו של המשיב מתגמד לאור התועלת שתושג בהרתעת מחבלים ומניעת פיגועים ונכון להיום הערכת השב"כ היא כי מדובר בצעד מרתיע אפקטיבי.

במסגרת בחינת האיזון הראוי, חשוב להדגיש כי המחוקק אסר להותיר אדם ללא אזרחות ובמקרה זה הודיע שר הפנים כי יינתן למשיב רישיון שהיה

ארעי (בסיווג א/5) שמבטא את החלשת הזיקה בין התושב לבין המדינה, אך לא פוגע בעיקר זכויותיו הסוציאליות. היות הרישיון ארעי והצורך בהארכת תוקפו מעת לעת, מבטא אף הוא את ניתוק הקשר המלא שבין התושב למדינה.

השילוב של הרתעה כלפי דור ב' לאיחוד משפחות וצמצום הפגיעה במשיב בדרך של מתן רישיון שהייה ארעי בישראל, מהווה לדעתי איזון ראוי בנסיבות אלו המצביע על קיום כל תנאי ההגבלה ומכאן אני קובע כי אין פגם חוקתי בהוראות סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות. (עמודים 22-23 לפסק הדין).

67. כפי שנטען לעיל, חוות הדעת הינה פסולה; לא לגיטימית, כללית וסתמית; היא נוגעת לקבוצות אוכלוסייה שאין להם קשר לסוגיה הנדונה כאן; בחוות הדעת אין התייחסות למערער עצמו; ובעצמה אין חוות הדעת טוענת כי האמצעי – ביטול אזרחות – יצדיק את המטרה – הרתעה.

68. יתרה מזו – המשיב טען בפני בית המשפט קמא, כי החוק אינו בשל לבחינה חוקתית, שכן עניינו של המבקש הוא מקרה ראשון. בצדק דחה בית המשפט קמא את טענת "אי הבשלות", שהרי אין חולק כי זכויותיו של המערער נפגעות בנסיבות העניין. ואולם בית המשפט לא נתן משקל לטענה זו בעת הבחינה החוקתית. למעשה, פישוט טענתו של המשיב מובילה למסקנה כי לדידו ביטול אזרחותו של המערער הוא "ניסוי", שתוצאותיו עדיין אינן ידועות. חוסר הודאות לגבי התוצאות מלמד מעצמו כי השגת התכלית באמצעות שימוש באמצעי קיצוני כל כך היא ספקולטיבית. במילים אחרות: הפגיעה במשיב קשה וברורה, בעוד התועלת כלל לא הוכחה (לעניין חוסר המידתיות שבתועלת ספקולטיבית ר', למשל, בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999); עע"ם 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן, פ"ד סא(1) 211, 247 (2006); בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 346, 389 (2006)).

מכל הטעמים האלה, בהצטרף לטענות שהועלו בפני בית המשפט הנכבד קמא בכתבי הטענות מטעם המערער, יתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את ההחלטה הדרקונית, שפגיעתה בזכויות יסוד קשה, ואשר התקבלה בהליך לא הוגן, על יסוד תכלית בלתי ראויה, ושתועלתה ספקולטיבית ובלתי מוכחת.

26 באוקטובר 2017

עודד פלר

עודד פלר, עורך-דין

ב"כ המערער

סאוסן זהר

סאוסן זהר, עורכת-דין