

בעניין: **המוקד להגנת הפרט מיסודה של ד"ר לוטה זלצברגר (ע"ר)**
ע"י עוה"ד עדי לוסטיגמן (מ.ר. 29189) ואח'
מרחוב קרן היסוד 29 בירושלים 9418818
טל': 02 - 6222808 ; פקס : 03 - 5214947 ; mail@lb-law.net

העותרת

- נ ג ד -

1. שר הפנים

ע"י ב"כ מפרקליטות המדינה
צללח אלדין 29, ירושלים 91010
טל': 02-6466590 ; פקס : 02-6467011

2. כנסת ישראל

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

המשיבים

עתירה למתן צו על תנאי

בית המשפט הנכבד מתבקש להוציא מלפניו צו על תנאי המחייב את המשיבים לבוא וליתן טעם :
מדוע לא יקבע, כי תיקון 30 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב - 1952, שהוכנס כסעיף 11(א) לחוק
וכותרתו "ביטול רישיון לשיבת קבע בשל הפרת אמונים" (להלן: "התיקון לחוק") - בטל.

- א. הקדמה 2
- ב. הצדדים לעתירה 2
- ג. רקע - התיקון לחוק וההליכים הקודמים 3
- ד. מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית והאוכלוסיה הילידית בה 6
- ה. תושבות הקבע של תושבי ירושלים המזרחית אינה תלויה בחובת אמונים 8
- ו. אין להותיר תושבים ובמיוחד תושבים ילידים חסרי מעמד 12
- ז. התיקון לחוק פוגע בזכויות יסוד 15
- ח. הבחינה החוקתית 20
- ט. אמות המידה רחבות אינן קבועות בחוק ואינן מהוות הגנה הנדרשת אל מול הפגיעה 30
- י. העדר הגנות פרוצדוראליות 32
- יא. סיכום 33

הזיקה של תושבי מזרח ירושלים אל אזור מגוריהם היא חזקה ביותר, כמי שחיו בשטח זה במשך עשרות שנים. רבים מהם נולדו, גדלו ובגרו במזרח ירושלים, וכך גם הוריהם ולעיתים אף הורי הוריהם. לא זו אף זו, הבוגרים שבהם (ובהם העותרים 1 ו-8) יושבים במזרח ירושלים עוד בטרם הוחלו שם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. תושבי מזרח ירושלים אינם אפוא מהגרים או צאצאי מהגרים שהגיעו לישראל ממדינה אחרת וקיבלו מעמד בהתאם להחלטה מסוימת שקיבל שר הפנים לפי שיקול דעתו. אלה הם ברובם ילידי המקום, שמעמד תושבות קבע ניתן להם באופן קונסטרוקטיבי, כמבואר בעניין עווד. (בג"ץ 7803-06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** 13.9.17).

1. תושבי ירושלים המזרחית הינם תושבים ילידים, אשר המדינה החליטה ביוזמתה ובאופן מודע לספח את השטח בה הם חיים מדורות ולהפוך אותם לחלק מתושבי המדינה. כעת, אותה מדינה מבקשת לנשלם מארצם ומביתם ולהותירם ללא מעמד של קבע בעולם.
2. קיים קושי מובנה, כפי שנראה, בחיוב תושבי ירושלים המזרחית הילידים, אשר המדינה כבשה, לקיום חובת אמונים למדינה הכובשת. המדינה עצמה החליטה ליתן להם תושבות ולא אזרחות מתוך נקודת מוצא המכירה במורכבות מצבם האזרחי כתוצאה מסיפוח אזור מגוריהם וסיפוחם הם יחד עמו. כמו כן, לתושבים אלה עומדות הגנות במשפט הפנימי ובמשפט הבינלאומי המונעות פגיעה במעמדם. מהדברים אין משתמעת חלילה לגיטימציה לפגיעה ולמעשים אלימים, אלא שמעשים כאלה, צריכים להידון ולהשפט בתחום הפלילי אשר יועד להם ואין להותיר את התושבים כחסרי מעמד קבע.
3. בעע"מ 8277/17 **זיוד נ' שר הפנים** (21.7.22) (להלן: "זיוד") נקבע כי התכלית ההצהרתית היא שעומדת בלב האפשרות לשלול מעמדו של אדם על יסוד הפרת אמונים. מרכיב זה אינו עומד בעניינם של תושבי הקבע. עוד נקבע בעניין **זיוד** כי לא ניתן להותיר בני אדם חסרי מעמד קבוע בעולם ובניתוק מביתם, משפחתם, קהילתם וכפי שנגרם כתוצאה מן התיקון לחוק.
4. החוק המתיר שלילת מעמד מטעמי הפרת אמונים של תושבי הקבע הילדיים - אינו חוקתי, נוגד לעקרונות היסוד של השיטה ופוגע בזכויות יסוד באופן בלתי מידתי.

ב. הצדדים לעתירה

5. העותרת, המוקד להגנת הפרט ע"ש לוטה זלצברגר ז"ל, עמותה רשומה, השמה לה למטרה לסייע לפלסטינים תושבי השטחים הכבושים שזכויותיהם הופרו על ידי ישראל ובכלל זה, פלסטינים במעמד תושבי קבע שהחוק חל עליהם ישירות. העותרת מייצגת תושבים, אשר המשיב שלל מעמדם מכח סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל המאפשר לשלול מתושבי הקבע את מעמדם בשל טענה כי הפרו את ארון המדינה.
6. **המשיב 1**, שר הפנים, (להלן: **המשיב** או **שר הפנים**) הוא השר אשר פעל לקידום הליך חקיקת החוק, מפעיל ואחראי ליישום התיקון לחוק.
7. **המשיבה 2**, כנסת ישראל, (להלן: **המשיבה**) קידמה יחד ולחוד עם המשיב את חקיקת החוק והצביעה על אישורו במליאתה ביום 7.3.2018.

ג. רקע – התיקון לחוק וההליכים הקודמים

8. נעמוד בקצרה על הרקע לתיקון 30 לחוק הכניסה לישראל – חיקוק סעיף 11א, במסגרתו שולל המשיב 2 באופן פסול ולא חוקתי מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית אשר לדעתו הפרו את חובת האמונים החלה עליהם למדינה.

9. בראשית שנת 2018 פורסם תזכיר חוק הכניסה לישראל תשע"ח - 2018 ובו מובא הנוסח הראשוני של התיקון לחוק נשוא עתירה זו. בעקבות התזכיר הועברו הערות מטעם העותרת וארגוני זכויות אדם נוספים.

נספח ע/1 תזכיר חוק

נספח ע/2 הערות לתזכיר

10. ביום 7.3.2018 התקבל במליאת הכנסת, תיקון מספר 30 לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב – 1952 שהוכנס כסעיף 11א(א) לחוק וכוותרתו "ביטול רישיון לישיבת קבע בשל הפרת אמונים" (לעיל ולהלן: "התיקון לחוק").

11. לשון התיקון לחוק, (פורסם בס"ח 2698 (11.3.18)) הינה:

11א. (א) בלי לגרוע מהוראות סעיף 11א(2), שר הפנים רשאי לבטל רישיון לישיבת קבע שניתן לפי חוק זה (בסעיף זה – רישיון), בין השאר אם הוכח להנחת דעתו כי בעל הרישיון עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל, ובלבד שלעניין מי שמתקיימת לגביו אחת הנסיבות שלהלן – לא יבוטל רישיון כאמור אלא בהסכמת שר המשפטים ולאחר התייעצות עם הוועדה שהוקמה לפי סעיף 11ח(ח) לחוק האזרחות, התשי"ב-1952:

(1) בעת ביצוע המעשה חלפו למעלה מ-15 שנים מהמועד שבו קיבל את הרישיון;

(2) בעת לידתו היה אחד מהוריו בעל רישיון לישיבת קבע.

(ב) 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.

(ג) הגיש אדם שרישיונו בוטל לפי סעיף זה, עתירה מינהלית לבית המשפט לעניינים מינהליים על החלטת שר הפנים, יתיר השר את כניסתו של אותו אדם לישראל עד תום בירור ההליכים הנובעים מהחלטת השר, אלא אם כן נוכח כי יש בכניסתו לישראל סכנה ממשית לביטחון המדינה או לשלום הציבור.

(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;
- (2) מעשה המהווה בגידה לפי סעיפים 97 עד 99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או ריגול חמור לפי סעיף 113(ב) לחוק האמור.

12. לשם הבנת ההגדרה הכללית והרחבה של מעשה טרור, נטעים כי מעשה טרור מוגדר בחוק המאבק בטרור כדלקמן:

"מעשה טרור – "מעשה המהווה עבירה או איום בעשיית מעשה כאמור, שמתקיימים לגביהם כל אלה:

- (1) הם נעשו מתוך מניע מדיני, דתי, לאומני או אידאולוגי;
- (2) הם נעשו במטרה לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת, לרבות ממשלה או רשות שלטונית אחרת של מדינה זרה, או ארגון ציבורי בין-לאומי, לעשות מעשה או להימנע מעשיית מעשה;
- (3) במעשה שנעשה או במעשה שאיימו בעשייתו, היה אחד מאלה, או סיכון ממשי לאחד מאלה:
 - (א) פגיעה חמורה בגופו של אדם או בחירותו;
 - (ב) פגיעה חמורה בבטיחות הציבור או בבריאותו;
 - (ג) פגיעה חמורה ברכוש, שבנסיבות שבהן בוצעה יש אפשרות ממשית שתגרום לפגיעה חמורה כאמור בפסקאות משנה (א) או (ב) ושנעשתה במטרה לגרום לפגיעה כאמור;
 - (ד) פגיעה חמורה בקודשי דת; לענין זה, "קודשי דת" – "מקום פולחן או קבורה ותשמישי קדושה";
 - (ה) פגיעה חמורה בתשתיות, במערכות או בשירותים חיוניים, או שיבוש חמור שלהם, או פגיעה חמורה בכלכלת המדינה או בסביבה; ...;

13. הרקע לתיקון זה הוא פסק הדין בבג"ץ 7803-06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (13.9.17) (להלן: "**אבו ערפה**"), שם נקבע כי ההוראה הכללית שהייתה קבועה בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל לפיה:

שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו – לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה.

אינה מאפשרת בנוסחה הקיים ביטול תושבות של תושבי ירושלים המזרחית בשל הפרת אמונים. לאחר פסק הדין **אבו ערפה** הוסף, כאמור, סעיף 11(א) בנוסח המופיע לעיל.

14. העותרת סברה וסבורה, כי התיקון לחוק הינו בלתי מוסרי, בלתי חוקי, מנוגד לדין הבינלאומי ולמשפט הבינלאומי ההומניטארי, ודינו בטלות. לפיכך פנתה בעניינם של תושבי קבע שהמדינה ביקשה לשלול את מעמדם ודרשה את ביטול ההחלטה וכן את ביטול התיקון לחוק, שמכוחו נשללה תושבותם. עניין זה נדון במסגרת בג"ץ 367/19 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (26.10.20), שאוחד עם בג"ץ 396/19, בג"ץ 405/19, בג"ץ 6047/19 ו-בג"ץ 19/6049 (אשר כולם הוגשו על ידי העותרת).

15. במקביל לעתירות אלה, התנהל הליך עע"מ 8277-17 **זיוד נ' שר הפנים** (21.7.22), אשר אוחד עם עע"מ 7932/18 **שר הפנים ואח' נ' מפארג'ה** (להלן: "זיוד"), בו נדונה חוקתיות סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, תשי"ב – 1952, הקובע, כי בית המשפט לעניינים מנהליים, רשאי, לבקשת שר הפנים, לבטל את **אזרחותו** הישראלית של אדם בשל הפרת אמונים. בשל הקרבה שבין הנושאים, באשר בשניהם דובר על ביטול מעמד בשל "הפרת אמונים", והשלכות ההליך בעניין **זיוד** על ביטול תושבות קבע בשל הפרת אמונים, הציע בית המשפט למחוק את העתירות החוקתיות אשר הוגשו כנגד התיקון לחוק כאשר:

טעם הדבר נעוץ בכך שממילא בעקבות פסק הדין שיינתן בערעורים (עע"מ 8277-17 **זיוד** ועע"מ 7932-18 **מפארג'ה** – ע.ל.) – **הצדדים ידרשו להתייחס לאמור בו ולהשלכותיו על נושאי העתירות שבכאן.**

באי-כוח הצדדים הסכימו להצעת בית המשפט הנ"ל ולפיכך העתירות נמחקות, תוך שמירת זכויות וטענות של כל הצדדים לגבי הסוגיות החוקתיות, כאשר מובהר כי השאלות הפרטניות הן בסמכות בית המשפט לעניינים מנהליים, שיידרש להן לאחר ההכרעה בסוגיות החוקתיות.

16. ביום 21.7.22 ניתן פסק הדין בעניין **זיוד**. לאור הקביעות בפסק דין **זיוד**, הנוגעות לשלילת אזרחות בגין הפרת אמונים, והרלבנטיות גם לעניין התיקון לחוק, ולאור מה שנקבע בפסק הדין בבג"ץ 367/19, שבה העותרת ופנתה למשיבים בדרישה לביטול התיקון לחוק. העותרת טענה בפנייתה, כי תושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית אינם חבים באמונים למדינת ישראל, ואין לחייבם בשמירת אמונים לה. משכך אף אין באפשרותם של אותם תושבים להפר אמונים ולא ניתן להענישם בגין הפרת אמונים. עוד נטען, בין היתר, כי שלילת מעמד מתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית מכח סעיף 11 א לחוק הכניסה לישראל אינה עומדת בתנאי פסיקת ההגבלה ועל כן אינה חוקתית, החוק לא נועד לתכלית ראויה, החוק אינו הולם את ערכיה של המדינה, פגיעתו של החוק עולה על הנדרש, והחוק אינו כולל הסמכה מפורשת ומפורטת, הכוללת אמות מידה וקריטריונים כנדרש.

נספח 3/ע דרישה לביטול תיקון סעיף 11(א) מיום 12.9.22.

17. למרות מספר תזכורות שנשלחו בנושא, ולמרות שזה מכבר נבחרה כנסת חדשה ונכנסה לתפקידה ממשלה חדשה, אשר אף פועלות לחקיקת חוקים נוספים במטריה זו, לא נתקבלה כל תגובה עניינית לדרישה עד היום, ומכאן העתירה.

נספח 4/ע תזכורות לדרישה לביטול תיקון סעיף 11(א)

18. יצוין כי העותרים בעתירות המוקד שנמחקו במסגרת בג"ץ 367/19 **ח'אלד אבו ערפה**, בג"ץ 396/19, **עבד דוויאת** בג"ץ 405/19 **בלאל אבו גאנם**, בג"ץ 6047/19 **אסחאק ערפה** ו-בג"ץ 6049/19 **מוניר רג'בי** וכן סאלח חמורי, המערער בעע"מ 1124/22 **חמורי נ' משרד הפנים** (29.11.22), ממתינים בהתאם למתווה אשר נקבע בבג"ץ 367/19.

19. בסמוך לפני הגשת עתירה זו ולאחר שנכתבה, אושר בכנסת דבר חקיקה המאפשר שלילת אזרחות ותושבות מאנשים שהורשעו בעבירת טרור ומקבלים תגמול מהרשות הפלסטינית. חקיקה זו אינה מעניינה של העתירה דכאן, אולם היא ממחישה את הסחף והכרסום בזכויות אדם שיש לפעול לעצור אותו עוד בראשיתו.

ד. מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית והאוכלוסיה הילידית בה

20. בטרם נפנה לעסוק בחוקתיות התיקון לחוק, נבקש להציג את עיקרי הדברים הנוגעים לתושבי ירושלים המזרחית הילידים, מאות אלפי תושבים ללא אזרחות, שהתיקון לחוק נועד או עלול לחול בעיקר עליהם.

21. בחודש יוני 1967 כבשה ישראל את הגדה המערבית. בהמשך לכך החליטה הממשלה, והדבר קיבל את אישר הכנסת ביום 27.6.67, לתקן את פקודת סדרי השלטון והמשפט ולהוסיף לה את סעיף 11ב הקובע, כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחול בכל שטח של ארץ ישראל שהממשלה קבעה בצו". למחרת נקבע צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז – 1967, המחיל את התיקון על ירושלים המזרחית.

22. על פי הדין הפנימי הישראלי, אם כן, חל הדין הישראלי בשטח ירושלים המזרחית. יחד עם זאת, שטח המדינה ותחום ריבונותה, הם עניין הנקבע על ידי המשפט הבינלאומי ולא משפט המדינה. לפיכך, מעמדה הנורמטיבי של ירושלים המזרחית ומעמדם של תושביה, מורכבים מנדבכים שונים. הדין הבינלאומי רואה באיזור שטח כבוש, המצוי בתפיסה לוחמתית, ובתושבים תושבים מוגנים, הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי, אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 ותקנות האג (1907). העמדה של הדין הבינלאומי הובעה בחוות דעתו המייעצת של בית הדין הבינלאומי לצדק ה-ICJ משנת 2004 בעניין גדר ההפרדה¹.

23. 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)). רואים את כל מי שהתפקד במפקד האוכלוסין שהתקיים ב-1967 כמי שקיבל רישיון לשיבת קבע" (בג"ץ 282/88 **עווד נ' יצחק שמיר - ראש הממשלה ושר הפנים**, פ"ד מב(2) 424, בעמ' 431 (להלן: "עווד").

24. 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

¹ Legal consequences of the construction of a wall in the OPT, Advisory opinion (ICJ) 9.7.2004 par. 75-78

(אמנון רמון "מחששות כבדים לסיפוח נלהב ונרחב: מהלכי השלטון הישראלי לאיחוד ירושלים" (יוני 1967) "חקר ירושלים לדורותיה: חומר ודעת 365 (2015).

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

26. אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית ישבה בה, כמוכן, 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 "פלשתינה" המנדטורית ועובר לכך נתיני האימפריה העות'מאנית. ירושלים המזרחית היא ביתם וכור מחצבתם מזה דורות.

27. לאורך השנים הוכר כי מעמדה של אוכלוסייה זו הינו מעמד מיוחד, כי הם מובחנים ממהגרים אשר הגיעו למדינת ישראל ומחזיקים במעמד אזרחי במקום אחר, והם הוכרו כילידי המקום. ואלו הם דברי בית המשפט בע"מ 3268/14 אכרם עבד אלחאק נ' שר הפנים (14.3.17) (להלן: "אלחאק"):

[...]: מעמד המיוחד של תושבי מז' ירושלים כתושבים ילידים
- להבדיל ממי שקנו זכות לישיבת קבע מכוח רישיון לאחר
הגירה לישראל [...]

28. עוד נקבע, כבר בעניין עווד, שם בפסקה 9, כי מעמד הקבע ניתן להם, בדומה למעמד האזרחות בשנת 1948, בדין ולא בחסד:

סמכות הביטול של שר הפנים אינה הופכת את ישיבת הקבע
לישיבה בחסד. ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים ענייניים
יש בכוחם להפעיל את סמכותו של שר הפנים.

29. זאת ועוד, תושבי ירושלים המזרחית הינם, ברובם, חסרי מעמד במקום אחר בעולם. משמעות הדבר, ששלילת התושבות הופכת אותם לחסרי מעמד בעולם כולו, וכיוצא מכך גם חסרי בית ממש.

30. העובדה שתושבי ירושלים המזרחית לא רכשו את מעמדם בתהליכי הגירה ולרוב אין להם ארץ אזרחות אחרת זולת ישראל - היא עובדה שיש להתחשב בה וליתן לה משקל משמעותי ומיוחד, ראו ע"מ 5829-05 דארי נ' משרד הפנים (20.9.07), וע"מ 3268-14 עבדאלחאק נ' שר הפנים (14.3.17); ע"מ 5037/08 חליל נ' שר הפנים (19.12.17).

ה. תושבות הקבע של תושבי ירושלים המזרחית אינה תלויה בחובת אמונים

31. בבג"ץ 7803-06 אבו ערפה נ' שר הפנים (13.9.17) (להלן: "אבו ערפה") ציין בית המשפט העליון, כי קיימת שאלה אם הפרט התושב מחויב בחובת אמונים כלפי המדינה ואם כן, מה היקפה של חובה זו. ברור שחובה זו אינה כחובה של אזרח. כבי' השופט פוגלמן עמד על הקושי בדברים:

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** (פסקה 57 לפסק דינו של כבי' השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה) (ההדגשות הוספו, ע.ל.).

32. רישומה של אוכלוסייה זו במרשם האוכלוסין הישראלי והרישיונות לישיבת הקבע שניתנו להם, נעשו בידיעה ברורה כי מדובר במי שהיו נתיני אויב ואשר בתום מלחמה קשה ובעקבותיה, מצאו עצמם תחת שלטון ישראלי. 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 מארצם, שטח ירושלים המזרחית שנכבש וסופח). איש לא ציפה מהפרטים המשתייכים לאוכלוסייה זו להצהיר אמונים למדינת ישראל ואיש לא דרש מהם לעשות זאת עד עתה במשך 55 שנות השלטון הישראלי. המעמד ניתן לאותם תושבים על כורחם ולא מבחירתם. כל עוד הם שומרים על זיקה לשטח המסופח, אין ליטול מהם את מעמדם והם צריכים להיות חסינים מפני גירוש.

33. 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, ולפיהם ירושלים המזרחית הינה שטח כבוש ותושביה בני המקום וילידי הארץ, הינם "תושבים מוגנים" הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי ואינם יכולים להיות מחויבים בהצהרת אמונים לכוח הכובש. על פי 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. זהו נוסח תקנה 45:

It is forbidden to compel the inhabitants of occupied territory to swear allegiance to the hostile power.

34. 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).

35. 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 אנו נמצאים שם מכיוון שהם רוצים בכך [...] אין אנו 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)).

36. במהלך השנים מדינת ישראל יצרה הפרדה ברורה בתקציבים ובמדיניות בין שטחי המדינה לבין ירושלים המזרחית. בשל מדיניות הממשלה, תהום פעורה בין השכונות היהודיות לבין השכונות הפלסטיניות והן מופלות לרעה באופן שיטתי ומכוון בכל התחומים, חינוך, בריאות, תכנון ובניה ובאיכות החיים בכלל. המדינה מקשה על התושבים להתאזרח ומעודדת את זיקתם לרשות הפלסטינית.

37. לאורך השנים נשלל באופן המוני מעמדם של כ-14,800 תושבים בטענה כי המעמד פקע מתוכו הוא. נתוני חופש מידע שהועברו למוקד להגנת הפרט, מצויים בקישור מטה. יצוין כי על נתונים אלה התווספו עשרות מקרים נוספים בשנים 2021 ו-2022.

<https://hamoked.org.il/files/2021/1664862.pdf>

38. כן ידועה לשמצה לשכת רשות האוכלוסין האחראית על הסדרת מעמדם של תושבי ירושלים, איחוד משפחותם עם בני זוג, רישום ילדיהם והסדרת מעמד צאציהם. לאורך השנים היתה הגישה ללשכה כמעט חסומה, הן פיזית (בג"ץ 4892/99 **גאבר ואח' נ' משרד הפנים ואח'**, בג"ץ 2783/03 **ג'ברא ואח' נגד שר הפנים ואח'**, בג"ץ 176/12 **אלבטש ואח' נ' מנהל אגף בכיר רשות האוכלוסין** (10.6.13)), הן מהותית, משלא פורסמו נהלי **רשות האוכלוסין וההגירה, משרד הפנים** (26.9.19)) והן מהותית, משלא פורסמו נהלי המשרד, והשתנו תדיר (בג"ץ 7139/02 **עבאס-בצה נ' שר הפנים** (1.4.03), עת"ם (י-ם)

530/07 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' משרד הפנים (5.12.07), עת"מ (י-ם) 727/06 נופל נ' שר הפנים (22.5.11), עע"מ 4014/11 אבו עיד נ' שר הפנים (1.1.14)) ובהכבדה היתרה המושתת על התושבים (בג"ץ 2792/17 דלאל נ' שר הפנים (12.4.18), בג"ץ 3163/18 סלמאן נ' רשות האוכלוסין וההגירה (9.6.22)). חסמים רב מערכתיים אלו, לצד העוני הכבד ממנו סובל ציבור זה, הביאו גם הם לערעור מעמדם של התושבים, להותרת צאציהם ללא מעמד, ולפגיעה בזכויותיהם היסודיות.

39. על פי נתוני מכון ירושלים למחקרי מדיניות משנת 2017 77.5% מכלל התושבים הפלסטינים בירושלים ו-82% מכלל הילדים הפלסטינים בירושלים חיו מתת לקו העוני (לעומת 24.7% מתושביה היהודים, ו-36% מהילדים היהודים בעיר)². על פי נתוני מכון ירושלים למחקרי מדיניות לשנת 2020³ תחולת העוני בקרב תושבי ירושלים המזרחית עומדת על 61% (לעומת 32% מתושביה היהודים). תחולת העוני במחוז ירושלים, ש-80% מתושביו הם תושבי העיר ירושלים, היא הגבוהה ביותר מבין המחוזות בישראל.

40. חרף המצוקה, בירושלים המזרחית פועלות רק 5 לשכות רווחה, לעומת 21 במערב העיר. בנוסף, נכון ל-2018 רק כ-44% מתושבי ירושלים המזרחית היו מחוברים לרשת המים והביוב באופן מוסדר ורשמי⁴ ויש מחסור בתחנות טיפות חלב (נכון לשנת 2021, מספר טיפות החלב במזרח ירושלים עמד על כרבע ממספר טיפות החלב במערב העיר)⁵.

41. דוח מבקר המדינה לשנת 2019 מתייחס למחסור המשמעותי במבני ציבור ומתקני ספורט ופנאי בירושלים המזרחית. על פי הדוח הרשויות מעניקות טיפול חסר לילדים בסיכון בירושלים המזרחית. כן מבקר הדוח את תקצוב החסר של רשויות הרווחה הפועלות בירושלים המזרחית. על פי הדוח שיעור הנשירה של תלמידי מזרח ירושלים בן ט' ל-י"ב (בין השנים 2015-2018) עמד על 26.5%, לעומת הממוצע הכלל ארצי שעמד על 5.4%. דוח המבקר קבע כי רשויות המדינה כושלות במימוש זכותם של ילדי ירושלים המזרחית לחינוך חנם⁷.

42. כ-30% מהילדים הפלסטינים בירושלים המזרחית אינם רשומים למסגרת לימודים מוסדרת, או שלא ידוע מה מסגרת הלימוד שאליה הם משתייכים⁸. בירושלים המזרחית חסרות אלפי כיתות לימוד. כמו כן, מדוח ארגון עיר עמים על ירושלים המזרחית לשנת 2020 עולה, כי למרות שבירושלים המזרחית מתגוררים 40 אלף פעוטות בין הגילאים 0-4, פועלים בה רק 4 מעונות יום ו-28 משפחתונים במימון ציבורי, לעומת 118 מעונות יום ו-440 משפחתונים במערב העיר⁹.

43. לעניין כשליהן של רשויות העיר במימוש הזכות לחינוך, ראו, למשל, בג"ץ 6183/16 ארגון ההורים למערכת החינוך בירושלים נ' משרד החינוך (4.1.23).

44. על אף ש-38% מתושבי ירושלים הם פלסטינים, רק כ-15% משטחי ירושלים המזרחית, ובפועל 8.5% משטחה של ירושלים כולה, מיועדים למגורים עבורם, ואף בתוכם אחוזי

² מכון ירושלים למחקרי מדיניות, שנתון סטטיסטי לשנת 2019. החל משנת 2018, דוח המוסד לביטוח לאומי על קושי בדגימת הנתונים בירושלים המזרחית, ועל כן נראה שנתוני 2017 משקפים באופן הקרוב ביותר את תמונת מצב העוני בירושלים המזרחית.

³ השנתון הסטטיסטי של מכון ירושלים, 2022, עמ' 70.

⁴ ירושלים המזרחית – נתונים מרכזיים, עיר עמים, ינואר 2021

⁵ ירושלים המזרחית: עובדות ונתונים 2021, האגודה לזכויות האזרח בישראל

⁶ ירושלים המזרחית – נתונים מרכזיים, עיר עמים, ינואר 2021.

⁷ מבקר המדינה, דוח ביקורת מיוחד: פיתוח וחיזוק מעמדה של ירושלים – חלק שני, ירושלים, יוני 2019 עמ' 341

⁸ ירושלים המזרחית: עובדות ונתונים 2021, האגודה לזכויות האזרח בישראל

⁹ דוח חינוך מזרח ירושלים, שנה"ל 2021-2022, עיר עמים, אוגוסט 2022

הבנייה המותרים נמוכים במיוחד. מבני ציבור המיועדים לפלסטינים בירושלים המזרחית מהווים 2.6% בלבד מהקרקע במזרח העיר¹⁰.

ראו דוח מבקר המדינה - פיתוחה וחיזוק מעמדה של ירושלים - חלק שני - דוח מבקר המדינה לשנת 2019 לעניין העיר ירושלים: <https://www.mevaker.gov.il/sites/DigitalLibrary/Documents/י/2019-Jerusalem-Full.pdf> דוחות 2020%מיוחד

לשנתון הסטטיסטי של מכון ירושלים למחקרי מדיניות משנת 2019, ראו:

<https://jerusalem-institute.org.il/publications/facts-and-trends-2022/>

לדו"ח האגודה לזכויות האזרח - ירושלים המזרחית: עובדות ונתונים, מאי 2021 <https://www.acri.org.il/post/607/>

נספח ע/6 דוח חינוך ירושלים המזרחית (2019) – עיר עמים

נספח ע/7 ירושלים המזרחית – נתונים מרכזיים (2021) – עיר עמים

45. במסגרת הסכמי אוסלו ישראל הכירה במעמד המיוחד של התושבים וזיקתם לרשות הפלסטינית, והסכימה לאפשר לתושבים לבחור ולהיבחר בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית ולראש הרשות (ראו בג"ץ 298/96 פלג נ' ממשלת ישראל (14.1.96). בהודעה מטעם מ"מ ראש הממשלה, אהוד אולמרט ביום 17.1.06 נכתב:

אני רוצה להזכיר שגם ב-1996 וגם ב-2005 התקיימו בחירות בירושלים. הגישה האחראית שאני תמכתי בה גם ב-1996 וגם ב-2005 אמרה שבעוד אנחנו איננו מוותרים על הסמכות והריבונות שלנו בכל חלקי ירושלים, בוודאי שיש לנו עניין לשמור על הזיקה של התושבים במזרח ירושלים במדינה פלסטינית ולא למדינת ישראל.

46. מן המקובץ עולה, כי רישיונות ישיבת הקבע שניתנו לבני אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, ניתנו להם בנסיבות היסטוריות מיוחדות, בהיותם ילידי ובני הארץ הזו ועל אף שישראל שסיפחה את שטחם אליה, לא ראתה ולא רואה בהם כתושבים מן המניין ומאז ועד היום פועלת באופן המחזק את הבידול וההפרדה בין תושבים אלה לבין מדינת ישראל ומוסדותיה, ומפלה באופן מוצהר במתן שירותים. לא בכדי מדינת ישראל לא ציפתה לחובת נאמנות מאוכלוסייה זו, והכירה אף בזיקה שלהם לרשות הפלסטינית.

¹⁰ ירושלים המזרחית – נתונים מרכזיים, עיר עמים, ינואר 2021.

ו. אין להותיר תושבים ובמיוחד תושבים ילידים חסרי מעמד

ו.1. האיסור על הותרת אנשים חסרי מעמד לאור הקביעת בעניין זיוד

47. התיקון לחוק מאפשר להותיר את תושבי ירושלים הילידים, שהם מלכתחילה חסרי אזרחות, חסרי כל נתינות, מעמד או שייכות למקום כלשהו – ארעיים בעולם במקרה הטוב ובשלב ראשון, אשר ידוע ידוע היטב כי לא ניתן להבטיחו.

48. ודוק, סעיף 11(א) אינו חוקתי ופסול מכל וכל גם כלפי מי שמחזיקים באזרחות נוספת או "מוחזקים" על פי החוק כבעלי אפשרות להחזיק באזרחות אחרת מתוקף היעדרותם מישראל. הסעיף מאפשר שלילת מעמד במקום בו נולד וגדל האדם, עקירתו מבני משפחתו, קהילתו, נוף ילדותו, הגלייה וניכור. יחד עם זאת מדובר בצעד הרסני במיוחד עבור מי שאין לו כל מעמד וזיקה למקום אחר. אותו אדם גם אם יקבל מעמד זמני כלשהו, מצוי בין שמים וארץ, בנסיבות בהן אינו נתין של מקום כלשהו בעולם.

49. בית המשפט הבחין בעניין זיוד, בין מי שבעקבות ביטול אזרחותו יישאר חסר אזרחות כלל לבין מי שהינו בעל אזרחות נוספת ועל כן צעד זה לא יותיר אותו חסר מעמד. בית המשפט ייחס למצב הראשון פגיעה עודפת וחמורה במיוחד, וקבע לכן, כי אין לאפשר מצב כזה, אשר פגיעתו העודפת לא תרפא על ידי מתן רישיון לשיבת ארעי, הגם תחת הבטחת המשיב כי מעמד זה לא יבוטל. על הפגיעה הגלומה במעמד זמני וההשלכות מרחיקות הלכת, עד כדי אבדן של מעמד כלשהו וגירוש, עמד כבוד המשנה לנשיאה (בדימוס) הנדל בעניין זיוד:

אדגיש כי להשקפתי, הפגיעה בזכויות שתיגרם כתוצאה ממתן מעמד זמני, שהינו רעוע ולא יציב, אינה רק סימבולית אלא עלולה להיות מעשית, וזוהי פגיעה במידה העולה על הנדרש, שלא כמצוות סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. מעמד קבוע, לעומת זאת, כולל את הזכויות לשהות, להתגורר, לעבוד, להתפרנס ולנוע דרך קבע בישראל; "למעשה, ההבחנה המרכזית בין אזרח לבין תושב קבע מבחינת אגד הזכויות המוקנות לו היא הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, הקנויה לאזרח בלבד... כמו גם הזכות לקבל דרכון ישראלי".... חשיבות הנקודה שלפיה האזרח שלא ניתן לגרשו יזכה במעמד קבוע ולא במעמד זמני היא לא רק בשאלה האם הוא מונע מצב שבו הוא יהיה stateless (מחוסר אזרחות), אלא המעמד הקבוע נועד למנוע מצב שיהיה homeless (מחוסר בית). לאמור, מעמד ארעי עלול להוביל למצב שבו אדם מגורש מבלי שברור אם הוא ייקלט על-ידי מדינה אחרת ולו לצורך תושבות.

50. גם הנשיאה חיות מתייחסת בזיוד לפגיעה הייחודית במצב בו נותר אדם חסר מעמד:

בענייננו, ניתן לומר שטיב הפגיעה בזכות משתנה בהתאם לתשובה לשאלה האם האדם שאזרחותו בוטלה בשל הפרת אמונים מחזיק באזרחות נוספת פרט לאזרחותו הישראלית. כך, עבור אדם שאינו מחזיק באזרחות נוספת, משמעות ביטול אזרחותו הישראלית היא הפיכתו לחסר כל אזרחות. אדם כזה מאבד את מעמדו בקהילה המדינית והבינלאומית; הוא נותר

ללא מדינה שתפרוס עליו את חסותה; והוא נתון למעשה לחסדיה של המדינה שבה הוא שוהה (Aleinikoff, בעמ' 1482-1480 והאסמכתאות שם; 77, בעמ' 70-71). זאת, גם בהנחה שיינתן לו רישיון ישיבה בהתאם לאמור בסעיף 11(ב)(2) לחוק, באופן שיאפשר לו להישאר במדינה ולקבל זכויות המוענקות על ידה לתושבים. לא בכדי, אפוא, נתפסת פגיעה זו כבעלת חומרה יתרה בפסיקת בית משפט זה (עניין אלדאי, בעמ' 22). (שם, פסקה 41)

51. כבוד הנשיאה חיות בפסקה 82 בעניין זיוד, עומדת על הקושי המובנה במעמד הארעי, במיוחד למי שאין לו אזרחות אחרת. וכך נאמר שם:

לעומת זאת, הפגיעה בזכויותיו של מי שאזרחותו תבוטל וייוותר חסר כל אזרחות תהא ניכרת בהרבה אם המעמד שיינתן לו חלף האזרחות יהיה רישיון לישיבת ארעי, ולא רישיון לישיבת קבע. מעמד של תושב קבע מבטא סוג של יציבות לתושב (כך, למשל, הוא מחזיק באופן קבוע תעודת זהות ישראלית בהתאם לסעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965). יציבות זו, יש לה חשיבות, בפרט כאשר מדובר באדם שנותר ללא כל אזרחות אחרת. לעומת זאת, רישיון לישיבת ארעי הוא מעמד זמני מעצם הגדרתו, ואף אם ניתנת בעת הזו הבטחה שלטונית כי המשך הענקתו יובטח כל עוד האדם אינו מחזיק באזרחות אחרת, המחזיק בו עודנו נדרש לפעול להארכתו מעת לעת ומציאות חייו תהא למעשה נטולת קשר קבוע למדינה כלשהי בעולם.

52. כן יפים בהקשר זה דברי כב' השופטת ברק-ארז:

שלילת האזרחות משפיעה במישרין על יכולתו של האדם לקיים ביציבות ובחופשיות את קשרי המשפחה והקהילה שלו בטריטוריה מסוימת, שהרי האזרחות מבטאת באופן החזק ביותר את הזכות לחיות במדינה, ולא להיות "נע ונד בארץ" כמו קין בשעתו. [...] (פסקה 12)

וראו גם פסקאות 16 ו-17 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז.

53. בפסקה 11 לפסק דינו בעניין זיוד קובע כב' השופט פוגלמן שאין די אף ברישיון ישיבת הקבע ביחס למי שנשללת אזרחותו והוא נותר ללא מעמד:

מעמד ישיבת הקבע לא גובש אפוא בראי המצב המורכב שבו הוא ניתן כמעמד שיורי למי שנשללה אזרחותו. בהתאם, אין הוא נותן מענה לייחודיות ולמלוא המורכבות של מצב שבו נשללה אזרחותו של אדם מבלי שיש לו אזרחות נוספת, אז יש לערוך איזון שונה מהאיזון הכללי שנקבע בחוק הכניסה לישראל בגדרו יש ליתן משקל ניכר לצורך להבטיח את יציבות מעמדו של אותו אדם. לפיכך, אין די ברישיון הקבע הקבוע

בחוק הכניסה לישראל כדי לקיים את דרישת המידתיות, וזאת מאחר שאין הוא מסיר את החשש שמא אדם שנשללה אזרחותו יוותר מחוסר כל מעמד.

54. הדברים בעניין **זיוד** התייחסו אמנם לאבדן מעמד האזרחות, ואולם הם יפים ביתר שאת ביחס למי שמלכתחילה חי כל חייו כחסר אזרחות עם תושבות קבע בלבד. הרציונלים המכירים בפגיעה הקשה, הבלתי מידתית ובלתי חוקתית בצעד כזה מתקיימים וזועקים בעניינם של תושבי הקבע.

2.1. הדין והמשפט הבינלאומי אוסר על הותרת אנשים חסרי מעמד

55. מדינת ישראל אישרה את האמנה בדבר מעמדם של מחוסרי אזרחות (כ"א 8, עמוד 245), עליה חתמה ישראל כבר בשנת 1954, על פיה אין להותיר בני אדם חסרי מעמד. התיקון לחוק עמד בסתירה לאמנה זו.

56. סעיף 8 לאמנה בדבר צמצום חוסר האזרחות משנת 1961, קובע כי אין לשלול מאדם אזרחות מקום שבו הוא יוותר ללא אזרחות אחרת. המשיבים הודו ביחס לביטול אזרחות למי שיוותרו חסרי אזרחות, בין היתר במסגרת בג"ץ 2757/96 **אלראי נ' שר הפנים**, פ"ד נ(2) 18 (1996) כי "ככל הידוע אין למתכונת זו מקבילה בשיטות המשפט המוכרות לנו". לדברים משנה תוקף עת האדם מחזיק בתושבות בלבד.

57. וראו עוד: סעיף 24(3) אמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966; סעיף 17(1) לאמנה בדבר זכויות הילד, כ"א 31, 222 (נפתחה לחתימה ב-1989); נכללה באמנות אזרחיות (סעיף 4(a) לאמנה האירופית בדבר אזרחות משנת 1997 (להלן: האמנה האירופית בדבר אזרחות); סעיף 20 לאמנה האמריקאית לזכויות אדם משנת 1978).

58. כבוד השופטת ברק-ארז מתייחסת בעניין **זיוד** למשמעות הדין הבינלאומי:

אם כן, המשפט הבינלאומי מחייב נקיטתה של זהירות רבה טרם פגיעה בזכות לאזרחות, ובפרט מביע רתיעה ברורה מפני אימוץ הסדרים המאפשרים שלילת אזרחות הכרוכה בהותרת אדם חסר אזרחות לחלוטין. זאת מתוך הכרה בסיסית בהשלכות השליליות הנובעות ממצב של היעדר זיקה למדינה מסוימת, ומבלי לגרוע מהמורכבות הרבה הכרוכה בכך. זוהי לטעמי נקודת מוצא פרשנית חשובה שיש לקחת בחשבון – אולם אין לעצור כאן. (פסקה 35 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז בעניין **זיוד**)

59. חקיקה המתירה שלילת מעמדו של תושב קבע מוגן מהווה הפרה בוטה של הדין והנורמות הבינלאומיות בהן התחייבה ישראל.

ז.1. כללי – התושבות כתנאי לקיום בכבוד

60. משמעות התיקון לחוק הינה פגיעה פוטנציאלית במעמד תושבות הקבע של התושבים הילידים של ירושלים המזרחית. מדובר במעמד, שהוא הבסיס והגרעין לקשת של זכויות ואינטרסים אשר תושבות הקבע מאפשרת.

61. הזכות לנתינות קבועה, למעמד יציב המשייך אדם למדינתו, הינה זכות בסיסית המשולבת בזכויות היסוד של האדם לכבוד ולחירות. נתינות של קבע למדינה מאפשרת שוויון בפני החוק, השתתפות פוליטית, הזכות הרציפה לבריאות ולתעסוקה ולנגישות לשירותי חירום ולמשאבים סוציו אקונומיים. בהיעדר נתינות עצם קיומו של הגשמי של אדם בעולם עומד בניגוד לחוקי מדינות, או עלול להפוך לכזה בקלות מרובה. הנתינות, אם כן, היא מרכיב מכונן ומהותי של זהות אנושית וכבוד אנושי.

62. סעיף 5 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אוסר על הגבלת חירותו של אדם. בהיעדר מעמד שהוא הופך אדם לשוהה בלתי חוקי בכל מקום בעולם וככזה חשוף למעצר, כליאה, לגירוש, ולעיכובים חוזרים ונשנים. סעיף 2 לחוק היסוד אוסר על פגיעה בחיים, בגוף ובכבוד.

63. הנה כי כן, כפי שראינו לעיל, היעדר מעמד קבוע לאדם במקום כלשהו בעולם, הוא מצב פסול הפוגע בכבודו של האדם.

64. כב' השופט פוגלמן תאר את הפגיעה העמוקה בזכויות היסוד הנגרמת כתוצאה משלילת מעמד התושבות בעניין **אבו ערפה**, בעקבותיו הגיע החוק לעולם:

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 אוזח: הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לחיי משפחה. (פסקה 68)

65. גם כבוד השופט הנדל התייחס לעניין זה בפסקה 16 לפסק דינו בעניין **אבו ערפה**, וכתב:

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.

66. ובדומה, כבוד המשנה ג'ובראן בפסקה 5 לפסק דינו ב**אבו ערפה**, מציין:

בנסיבות העתירה שלפנינו, אין חולק על כך שהחלטת שר הפנים פוגעת בזכויות יסוד אשר מחייבות הגנה יתרה (השוו: פסקות 49-46 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).

67. אם כן בית המשפט הנכבד עמד על הפגיעה בגרעין זכויות היסוד אשר מהווה פגיעה בכבוד האדם, חירותו, וגופו, הנגרמת כתוצאה משלילת האפשרות של אדם להוסיף לחיות במולדתו, בביתו, בקרב משפחתו, קהילתו, תרבותו, המקום בו הוא דובר את השפה ואשר בו נטוע עולמו וכל היקר לו. זאת גם אם באופן רשמי לאותו אדם מעמד במקום אחר או קיים מקום אליו יוכל ללכת, אשר לא בהכרח נתונות לו בו זיקות משמעותיות כלשהן. משמעות שלילת המעמד הינה גם גירוש, אבדן הבית, המשפחה, הזהות והשייכות.

2.ז הפגיעה בזכות החוקתית לחיי משפחה

68. תושבות הקבע מאפשרת את קיום ומימוש הזכות החוקתית לחיי משפחה, בישראל ואובדנה, פוגע אנושות בזכות זו. לעניין זה ראו בג"ץ 7052/03 **עדאלה המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' שר הפנים** (14.5.06):

הזכות לנישואין ולקיומם של חיי משפחה, ובכלל אלה זכותו של קטין להיות עם הוריו, מהווה תשתית לקיומה של חברה. התא המשפחתי הוא תא היסוד של החברה האנושית, ועליו נבנית חברה ומדינה. אין פלא בדבר, אפוא, שהזכות לחיי משפחה הוכרה בקהילה הבינלאומית כזכות יסוד. כך גם במשפט ישראל (פסקה 47 לפסק דינו של כב' השופט חשין)

69. ובדומה נקבע בבג"ץ 466/07 **גלאון ואח' נ' היועמ"ש ואח'** (11.1.12), כי הזכות לחיי משפחה הינה זכות חוקתית, הנמצאת בגרעינו של המושג כבוד האדם (שם בפסקה 8 לפסק דינו של כבוד השופט א.א. לוי).

70. עמדה על הדברים כב' השופטת ברק-ארז בעניין **זיוד**, שם בפסקה 14:

הרחקתו של אדם ממקום מושבו והעברתו למקום אחר כרוכה בפגיעה חמורה בכבודו וביכולתו להתקיים כיצור חברתי. זאת, בשים לב לכך שמקום מגוריו של אדם אינו רק קורת גג אלא יש לו משמעויות משפחתיות, חברתיות וזהותיות (M. Stravropoulou, *The Right Not To Be Displaced*, 9 AM. (U. J. INT'L L. & POL'Y 689, 717 (1994)).

ושם בהמשך מזכירה כב' השופטת ברק-ארז:

כך, ככל שמי שאזרחותו נשללה התגורר עד כה בישראל יחד עם בני משפחתו, הרי ששלילת האזרחות עלולה לפגוע בזכותו לחיי משפחה במקום מגוריו (ראו בהקשר זה את דבריי בעניין אבו ערפה, בפסקה 19 לפסק דיני. למעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה בשיטתנו המשפטית...)

71. בהמשך לכך מבהירה כב' השופטת ברק-ארז כי מתן מעמד חלופי אינו מרפא את הפגיעה הקשה. הדברים שנאמרו באותו עניין בהקשר לביטול מעמד האזרחות יפים מקל וחומר ובהתאם למכלול הנסיבות ביחס לתושבים.

72. התיקון לחוק נועד להיות בשימוש כנגד אוכלוסיה מסויימת פלסטינית, ולא כנגד כל קבוצה אחרת. כך עולה מההסבר לחוק בו צוינו במפורש תושבי ירושלים המזרחית כיעד של החקיקה, מהתבטאויות הבכירים סביב החוק ומתכליתו, כפי שיוסבר במפורט יותר להלן בפרק העוסק בתכלית. בכך נפגעת הזכות לשוויון, המעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק מהזכות לכבוד (ראו, למשל, בג"ץ 1113/99 **עדאלה נ' השר לענייני דתות**, פ"ד נד(2) 164).

73. שי לביא¹¹ מציין, בהקשר לתיקון חוק האזרחות שאף הוא אפשר ביטול מעמד בשל הפרת אמונים, כי התיקון לחוק זנח את ההגדרה הכללית של "הפרת אמונים", מיקד את ההגדרה החדשה באזרחים ערבים ונועד להקל על ביטול אזרחותם (p. 418). ההסדר החדש שאומץ עונה במידה רבה על מודל אתנו-לאומי – כזה המסמן את האזרחים שאינם משתייכים לקבוצה האתנו-לאומית הדומיננטית כמי שנאמנותם חשודה.

74. העובדה שאין בחוק אזכור מפורש, כי הוא מצומצם לקבוצה מסוימת, אין בה כדי להוסיף או לגרוע במקרה זה. ככל שתכליתו אינה ברורה, הרי שבית המשפט הנכבד יופנה לדברים שנאמרו בבג"ץ 466/07 **גלאון נ' היועמ"ש** (11.1.12) פסקה כ"ד לפס"ד של כב' השופט רובינשטיין:

ואולם, מקובל עלי כי את שאלת ההפליה אין לבחון רק לפי לשון החוק, אלא גם לפי השפעתו המעשית; לצורך "קביעת קיומה של הפליה יש לבחון את התוצאה הסופית, כפי שהיא מצטיירת במציאות החברתית" (בג"צ 104/87 **נבו נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מד(4) 749, 754 - השופט בד; בג"ץ 4948/03 **אלחנתי נ' שר האוצר** (לא פורסם)).

75. מדינת ישראל הינה צד לאמנה הבינלאומית לביעור כל צורות האפליה הגזעית (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) משנת 1965 (כ"א 25, 457, אושררה ב-1979). על פי סעיף 5 לאמנה זו, על המדינות שהינן צד לאמנה למנוע ולבער אפליה גזעית ולהבטיח את זכותו של כל אחד לשוויון בפני החוק, ללא זיקה לגזעו, לאומו או למוצאו האתני.

76. האפליה הטמונה בחוק מהווה גם הפרה בוטה של חובת המדינה, המעוגנת בסעיף (1)2 לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות:

...to respect and to ensure to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction the rights recognized in the present Covenant, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status".

¹¹ Shai Lavi, *Punishment and the Revocation of Citizenship in the United Kingdom, United States, and Israel*, New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal Vol. 13(2), 404, 419 (2011)

77. הפגיעה של התיקון לפקודה בזכויות אדם אוניברסאליות ובערבויות להליך הוגן, אינה נהפכת למידתית ולמוצדקת כשפגיעה זו מוגבלת לקבוצה אחת המופלית לרעה, אלא להיפך. כאשר החוק פוגע רק ב"אחר", הפגיעה בזכויות יסוד חמורה שבעתיים. חומרה מיוחדת יש לייחס לאפליה על רקע גזע או לאום (ראו, בג"ץ 6698/95 קעדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 258).

78. אי עמידה בדרישות הנאמנות הללו היא בסיס לאפליה ולהטלת הגבלות, כפי שכותבת המלומדת תמר הוסטובסקי-ברנדס "נאמנות, אזרחות וסולידריות חברתית" **אזרחות על תנאי – על אזרחות, שוויון וחקיקה פוגענית** 31, 33 (יוסף ג'אברין ושרה אוסצקי-לזר עורכים, 2016):

"... במציאות החברתית והפוליטית בישראל הדרישה לבטא נאמנות למדינה מופנית תדיר דווקא אל אזרחיה הערבים של המדינה... במישור האינדיבידואלי, התנייה של זכויות בביטוי נאמנות עשויה לשמש כסות לפגיעה בשוויון בטענה כי הבסיס לפגיעה אינו הבחנה אסורה, כגון למשל, הבחנה המבוססת על לאום, גזע או דת, אלא בחירתו האישית של הפרט שלא למלא חובה המוצגת כחובה כללית לגיטימית. במישור הקולקטיבי, זיהוי המדינה עם הלאום היהודי, מוביל למצב שבו אי-הזדהות עם הנרטיבים הלאומיים, או הזדהות עם נרטיבים חלופיים או נוגדים, נתפסת כאי-נאמנות למדינה ולכן כפסולה. בשני המקרים השימוש במושג הנאמנות משמש להצדקת שלילת זכויות או להטלת הגבלות, באמצעות הצגתן כפגיעות שאינן מבוססות על 'הבחנות אסורות' אלא על חובות המוצגות ככלליות וכניטרליות ועל בחירתו של הפרט שלא למלא אותן

4.ז הפגיעה בחופש התנועה

79. הזכות לחופש תנועה מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ובמשפט זכויות האדם הבינלאומי, בין היתר, בסעיף 12(2) לאמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (1966), אשר נחתמה על ידי ישראל בשנת 1966 ואושרה בשנת 1991, בסעיף 13 להכרזה לכל באי עולם בדבר זכויות האדם (1948), בסעיף 2 לפרוטוקול הרביעי להגנת זכויות אדם וחירויות יסוד של האמנה האירופאית ECHR, סעיף 22(2) לאמנה האמריקאית בדבר זכויות אדם IACHR (1969) וסעיף 12(2) לצירטר האפריקני בדבר זכויות אדם והעמים (AfCHR) 1981) וכן בסעיף 35 לאמנת ג'נבה הרביעית (1949).

80. ואכן חופש התנועה גם לפלסטינים בשטחים הוכר כזכות בסיסית בפסיקת בית המשפט העליון. בבג"ץ 9593/04 מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון (26.6.06) קובעת כבוד השופטת ביניש, כי:

חופש התנועה הוא מזכויותיו הבסיסיות ביותר של האדם. עמדנו על כך שבשיטתנו המשפטית הוכר חופש התנועה הן כזכות יסוד העומדת על רגליה, הן כזכות הנגזרת מהזכות לחירות, ויש אף הגורסים כי מדובר בזכות הנגזרת מכבוד

האדם. חופש התנועה מוכר גם כזכות יסוד במשפט הבינלאומי
וזכות זו מעוגנת בשורה של אמנות בינלאומיות.

81. בהעדר מעמד קבוע, נפגע גם חופש התנועה של התושבים, אשר הן יכולתם לנוע במרחב והן יכולתם לשמור על מעמדם במידה וייצאו מן הארץ לתקופה כלשהי נפגעת.

5.ז. הפגיעה בטובת הילדה והילד

82. התיקון לחוק אף פוגע בטובת הילדות הילדים של תושבי הקבע. מי מהם אשר מעמדם יהא הפקר לשלילה עוד בקטינותם ומי שהוריהם, אשר יאבדו את תושבותם. במצב דברים זה מצויים הילדות והילדים בסכנת אבדן ביתם ומשפחתם, קריעה מהוריהם או חיים לצד הורים במעמד נחות, תלוי על בלימה ונעדר יציבות וודאות. ילדים שיוולדו לאותו הורה לאחר שלילת המעמד, עשויים לא להיות זכאים כתוצאה מכך במעמד במקום בו נולדו, במשפחה ובקהילה החיה במקום מדורי דורות ללא זיקה של ממש בחלק ניכר מן המקרים למקום אחר.

83. בנוסף, התיקון לחוק מאפשר לשלול תושבות גם מקטינים, בלא שום החרגה או הגנה מיוחדת. אין מדובר בעניין תיאורטי. בעבר הודיע שר הפנים על כוונה לשלול את התושבות של קטין שהיה מעורב ביידוי אבנים שהביא למותו של ישראלי, אלכסנדר בלוביץ בשנת 2015.

84. בכל החלטה לה השפעה על ילדים, מוטל על המדינה להתחשב בטובתם כשיקול ראשון במעלה. במשפט הישראלי עקרון טובת הילד הוא עקרון יסודי ומושרש. בע"א 2266/93 פלוני נ' פלוני, פ"ד מט(1) 221, פסק השופט שמגר כי על המדינה להתערב לשם הגנה על הילד מפני פגיעה בזכויותיו.

85. עקרון טובת הילד, דומה שאין צורך להזכיר, "הוא שיקול-על, והוא שיכריע" (בג"ץ 5227/97 דויד נ' בית הדין הרבני הגדול, פ"ד נה(1) 453, 460). שיקולים אחרים "...שיקולים משניים יהיו, וכולם ישתחוו לשיקול טובת הילד" (דנ"א 7015/94 היועמ"ש נ' פלונית, פ"ד נ(1) 48, 119). דברי כב' השופט אור בע"א 3077/90 פלונית נ' פלוני פ"ד מט (2) 578.

6.ז. הפגיעה בזכות לבריאות ולשלמת הגוף

86. הותרת בני אדם חסרי מעמד בארצם מגלמת את ביטול זכויותיהם כולם במרחב הביתי והמשפחתי ובכלל זה את הזכות לנגישות לשירותי בריאות העומדת לתושבים. ראו, רע"א 4905/98 גמזו נ' ישעיהו (27.3.01) וכן גיא מונדלק, זכויות חברתיות – כלכליות בשיח החוקתי החדש, שנתון משפט העבודה ז' עמ' 65).

87. הזכות להגנה על החיים ועל הגוף כוללת את הזכות לשלמות הגוף, לבריאות ולקבלת טיפול רפואי. הזכות לבריאות של כל אדם, באשר הוא אדם, הינה זכות יסוד חברתית בעלת מעמד חוקתי. כדברי כב' הנשיא ברק:

כבודו של אדם כולל בחובו, כפי שראינו, הגנה על מינימום
הקיום האנושי (בג"ץ 161/94 אטרי נגד מדינת ישראל (1.3.94))

88. האמנה הבינלאומית בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות (1966) כתבי אמנה 1037, אושררה על ידי ישראל בשנת 1991 קובעת בסעיף 12 את החובה להגן על הזכות לבריאות

ול"יצירת תנאים נאותים אשר יבטיחו לכל שירותי בריאות וטיפול רפואי במקרה של מחלה". יש להוסיף לכך, כי על פי הנורמות של המשפט העברי, כל אדם נברא בצלם ויש לשמור על עקרון פיקוח נפש¹².

89. החקיקה מביאה אפוא גם לפגיעה חמורה בזכות לבריאות, ולשלמות הגוף.

ח. הבחינה החוקתית

ח.1. כללי

90. העותרת מודעת לכך, כי לא בנקל יפסול בית המשפט הנכבד חוק של הכנסת. יחד עם זאת, מדובר בחוק לא חוקתי, קיצוני, המביא לתוצאות קיצוניות, והוא יהווה כתם על ספר החוקים של ישראל כל עוד יותר שם.

91. לעניין זה יפים הדברים שנאמרו בבג"ץ 7146/12 **אדם ואח' נ' הכנסת** (16.9.13) פסקה 67 לפסק דינה של כב' השופטת ארבל:

... אין בית משפט זה רשאי להתעלם מפגיעה בזכויות יסוד אשר אינה עומדת בדרישותיה של פסקת ההגבלה הקבועות במפורש בחוקי היסוד. על בית המשפט הוטל התפקיד לוודא כי מלאכת החקיקה של הכנסת אינה פוגעת במידה העולה על הנדרש בזכויות האדם המעוגנות בחוקי היסוד, ואין הוא רשאי למשוך ידיו ממלאכה זו. עליו לעשותה, איפוא, תוך איזון רגיש ומודע בין עקרונות שלטון הרוב והפרדת הרשויות לבין השמירה על זכויות האדם ועל ערכי היסוד שבבסיס שיטת המשטר במדינת ישראל.

92. יש לשקול את הפגיעה המצטברת בזכויות האדם, אשר נגרמת על פי התיקון לחוק. לפיכך גם אם יפסק, כי פגיעה באחת מן הזכויות כשלעצמה אינה עוברת את סף אי-החוקתיות, הרי שהצטברות הפגיעות מביאה אותנו בודאי לסף זה (ראו לעניין זה בש"פ 8823/07 **פלוני נ' מ"י** (11.2.10))¹³.

93. כאשר מבקשת הכנסת, בהליך פוליטי, הליך שהקשר בינו לבין דמוקרטיה, כמשטר האמור לדאוג גם לזכויות הפרט ולמיעוט, הוא פורמאלי בלבד, הליך שפער רב בין תכליתו המוצהרת לזו האמיתית - לפגוע באופן כה חמור בזכויות אדם ובמושכלות יסוד של השיטה, הרי שיש מקום להפעיל ביקורת שיפוטית גם על מעשיה. הביקורת חיונית ביתר שאת, כאשר הפגיעה היא בנתינים שאינם יכולים להצביע לכנסת ואין להם שום ייצוג או "קול" בקרב נבחרי הציבור. יפים הדברים שנאמרו בבש"פ 8823/07 **פלוני נ' מ"י** (11.2.10):

התפיסה העקרונית של שיטת המשפט בישראל היא שיש לקיים את מצוות החוקה גם אל מול איום הטרור. אכן, "זה גורלה של דמוקרטיה, שלא כל האמצעים כשרים בעיניה, ולא כל השיטות בהן נוקטים אויביה פתוחות לפניה. לא פעם נלחמת הדמוקרטיה כאשר אחת מידיה קשורה לאחור" (דברי הנשיא ברק בבג"ץ 5100/94 **הוועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ'**

¹² בג"ץ 201/09 **רל"א נ' רוח"מ** (19.1.09) פסקה ו לפסק דינו של השופט רובינשטיין
¹³ לדיון מקיף בדוקטרינת הפגיעה המצטברת, ראו "בלונדהיים ומרדכי, לקראת דוקטרינת אפקט מצטבר: אגרגציה בביקורת שיפוטית חוקתית, **משפטים מד** (תשע"ד) 569

ממשלת ישראל, פ"ד נג(4) 817, פס' 39 (1999). אולם זה סוד עוצמתו של המשטר הדמוקרטי, שעומד איתן על עקרונותיו ועל ערכי היסוד שלו גם כאשר מדובר בעימות מול מי שאינו אוחד בעקרונות דומים (ראו גם בג"צ 769/02 **הוועד הציבורי נגד העינויים בישראל נ' ממשלת ישראל** (טרם פורסם, 14.12.2006)).

94. השמירה על זכויות אדם גם במצבי חירום מחזקת את הכוחות השומרים על ביטחון הציבור. זהו ה"אני מאמין" של בית המשפט במדינת ישראל, כפי שביטא זאת כב' הנשיא ברק בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל ואח' נ' שר הביטחון ואח'** (14.5.06) פסקאות 20-21:

חוקי היסוד אינם מכירים בשתי מערכות דינים, האחת החלה בתקופת רגיעה, והאחרת החלה בתקופת לחימה. הם אינם כוללים הוראות לפיהן זכויות האדם החוקתיות נסוגות בעת לחימה... למשפט החוקתי הישראלי גישה אחידה לזכויות האדם בתקופה של שקט יחסי ובתקופות של לחימה מוגברת. אין אנו מכירים בהבחנה חדה בין השניים. אין לנו דיני איזון שהם מיוחדים לתקופת לחימה...

זאת ועוד: אין אפשרות לקיים הבחנה חדה בין מעמד זכויות האדם בעת לחימה ומעמדן בעת שלום. קו הגבול בין טרור לרגיעה הוא דק. כך בכל מקום. כך בוודאי בישראל. אין אפשרות לקיים אותו לאורך זמן. עלינו להתייחס לזכויות האדם ברצינות הן בעת לחימה והן בעת רגיעה. עלינו להשתחרר מהאמונה התמימה, כי עם חלוף הטרור ניתן להשיב את מחוגי השעון אחורה. אכן, אם נכשל בתפקידנו בימי מלחמה וטרור, לא נוכל למלא את תפקידנו כראוי בימי שלום ושלווה. מבחינה זו טעותה של הרשות השופטת בימי חירום קשה היא יותר מטעותן של הרשות המחוקקת והמבצעת בתקופת חירום. הסיבה לכך היא שהטעות של הרשות השופטת תלווה את הדמוקרטיה גם בחלוף איומי הטרור, ותישאר בפסיקתו של בית המשפט כאבן שואבת לפיתוחן של הלכות חדשות וקשות. לא כן טעותן של הרשויות האחרות. הן תמחקנה ולרוב איש לא יזכור זאת....

95. בענייננו, הבחינה החוקתית, על פי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חייבת להוביל למסקנה, כי החוק אינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה הקבוע בסעיף 8 לחוק היסוד. החוק אינו לתכלית ראויה, החוק אינו הולם את ערכיה של מדינת ישראל ואינו עומד גם במבחני המידתיות, ומשכך דינו בטלות.

96. יוער גם, כי סעיף שמירת הדינים, סעיף 10 לחוק יסוד כבוד האדם וחירותו, לא חל בענייננו. הוראת שמירת הדינים אינה חלה ביחס לתיקון חדש לחוק קיים. יש לבחון האם החוק כפי שתוקן, עומד במבחני פסקת ההגבלה הקבועים בסעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (ראו, ע"א 6821-93 **בנק המזרחי נ' מגדל**, פ"ד מט(4) 221, 262 (1995). אכן נקבע בעניין **זיוד**

כי סעיף זה אינו חל בנסיבות אלו ואין אפשרות למנוע ביקורת שיפוטית מכוחו. ראו למשל פסקה 28 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות.

ח.2. החוק לא נועד לתכלית ראויה

97. מבחן "התכלית הראויה" מורכב משלושה מבחני משנה, כפי שתואר בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועמ"ש (11.1.12) על ידי כבוד השופט א.א. לוי בסעיף 22 לפסק דינו:

שלוש משוכות, בזו אחר זו, נדרש חוק לצלוח כדי שמטרתו הקונקרטית תיחשב ראויה: [א] עליו להיות מכוון להשגתם של יעדים חברתיים, היינו, לשרת אינטרס ציבורי ממשי. ניתן לכנות דרישה זו בשם מבחן האינטרס; [ב] אינטרס זה צריך להיות חשוב דיו כדי שיצדיק פגיעה בזכות יסוד מוגנת, וזאת בהתחשב במהותה של הזכות ובעומק הפגיעה בה. ... זהו מבחן הנחיצות. ... [ג] על החוק להלום משטר חוקתי המגן על זכויות אדם. מדברים אנו במבחן הרגישות לזכות."

98. תכלית ראויה היא תכלית אשר, כפי שציין כב' הנשיא א' ברק בבג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619, בפסקה 52 לפסק הדין:

נראה לנו כי תכליתו של חוק הפוגע בזכויות אדם היא ראויה אם היא נועדה להגשים מטרות חברתיות העולות בקנה אחד עם ערכיה של המדינה בכלל, והמגלות רגישות למקומן של זכויות האדם במערך החברתי הכולל.

99. על התכלית של התיקון לחוק ניתן ללמוד מתוך דברי ההסבר, המופיעים בהצ"ח ממשלה 1204 (26.2.18), 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 לביטחונו (...). 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.

נספח ע/8 הצ"ח ממשלה 1204

100. דברי ההסבר לחוק מבהירים, כי מטרתו של החוק אינה שמירה על שלום הציבור או בטחונו. למעשה, המחוקק מדגיש כי הוא אינו בא להסמיך את המשיב לשלול רישיונות של תושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית מטעמים אלו. מטרתו המוצהרת של המחוקק בחקיקת החוק הייתה לעגן בחוק את סמכותו של המשיב לשלול תושבות מן המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית כסנקציה. בנוסף,

עולה מהפרסומים סביב חקיקת החוק כי קיימת תכלית נוספת סמויה, של ריצוי ציבורים מסויימים ונקמה.

101. בניגוד לעניין **אבו ערפה**, ממנו עולה כי שופטי ההרכב סברו כי מטרת החוק במתכונתו הקודמת כפי שמופיע בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, הינה שמירה על שלום הציבור וביטחונו (ראו בין השאר עניין **אבו ערפה**, פסקה 28 לפסק דינו של כב' השופט הנדל; פסקה ד לפסק דינו של המשנה לנשיאה כתוארו אז, כב' השופט רובינשטיין; פסקה 13 לפסק דינו של כב' השופט מלצר; ופסקאות 45, 66 ו-68 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן), דברי ההסבר לתיקון לחוק מבהירים באופן שאינו משתמע לשתי פנים כי מטרתו של החוק אינה שמירה על שלום הציבור ובטחונו כלל ועיקר.

102. למעשה, המחוקק מדגיש כי הוא **אינו** בא להסמך את המשיב לשלול רישיונות של תושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית מטעמים אלו. ראינו כי בשונה מהחקיקה בעניינם של אזרחים ומן התכלית ההצהרתית אשר נקבעה בהקשר זה, בענייננו אין תכלית זו עומדת באשר מעמד תושבות קבע מלכתחילה אינו מגלם בתוכו הצהרה שיש לנתק אודות קשר בין הפרט למדינה – קשר הכרוך, כפי שנקבע בעניין זיוד, במעמדה הרם של האזרחות. נרחיב על כך.

103. המדינה טענה בעבר והדברים אף באים לידי ביטוי באמות המידה הרחבות להחלת החוק שהופצו ביום 10.9.20, כי ישנן שלוש תכליות להסדר, תכלית הצהרתית, תכלית ביטחונית - הרתעתית ותכלית ביטחונית – מניעתית.

נספח ע/9 מסמך "ליווי ובחינת בקשות לביטול מעמד קבע מחמת הפרת אמונים" כפי שהוצג בבגץ 367-19

104. בעניין **זיוד** נקבע, כי התכלית ההצהרתית, אשר נקבע שהיא התכלית המרכזית של ההסדר לביטול **האזרחות** בגין הפרת אמונים (ראו פסקה 50 לחוות דעת כבודה הנשיאה חיות בעניין **זיוד**) יכולה לעמוד בפסקת ההגבלה, אולם יש בעייתיות עם שתי התכליות הביטחוניות והן מעוררות קושי. בית המשפט העליון לא קבע שניתן לקבל את התכלית ההרתעתית או התכלית המניעתית ככאלה המצדיקות כשלעצמן את ביטול האזרחות. כך בפסקה 56 לפסק דינה של כבוד הנשיאה כותבת בפסקה 56, כי:

בנסיבות אלה לא ראיתי מקום להכריע בשאלה האם התכלית ההרתעתית היא תכלית ראויה בהקשר של ביטול אזרחות.

ובהמשך בפסקה 109

במסגרת ניהול ההליכים בבית משפט זה הוברר כי זו אינו תכליתו המרכזית של ההסדר וכי תכליתו המרכזית, שניתן לראות בה תכלית ראויה, היא התכלית ההצהרתית.

וכבוד השופט הנדל כותב בקשר לתכלית ההרתעתית בפסקה 5 לפסק דינו, כי היא:

מעוררת קושי הן כשלעצמה, הן מול האמצעי שנבחר כדי להגשימה...

105. לגבי התכלית המניעתית כבוד הנשיאה חיות קבעה, שספק אם קיימת בכלל תכלית כזו, וגם אם לחוק נלווה "אפקט מניעתי", אין בו כדי להוות את התכלית שלאורה יש לבחון את ההסדר (עניין **זיוד** בפסקה 58).

106. ברי גם, שאין כל יתרון בטחוני מניעתי בשלילת הרשיון, שהרי התיקון לחוק קובע, כי עם ביטול רשיון הקבע, יוותר התושב בישראל עם רישיון ישיבה. בעניין **זיוד** ציינה השופטת חיות בפסקה 57 לחוות דעתה, כי משנותר האדם בישראל, אין כל אפקט מניעתי לשלילת האזרחות, והדברים דומים בעניין שלילת תושבות קבע. וכך בלשונה של הנשיאה:

ככל שמדובר באדם היושב בישראל ואינו מחזיק באזרחות אחרת, ממילא מחייב החוק להעניק לו רישיון ישיבה, כך שהוא יוסיף לשהות במדינה חרף ביטול האזרחות. משכך, לביטול האזרחות בעניינו של אותו אדם לא נלווה אפקט מניעתי

107. נותרנו, אם כן, עם התכלית ההצהרתית כתכלית מרכזית אשר התקבלה בעניין **זיוד**. תכלית זו במובהק אינה מתקיימת בנסיבות של תושבי הקבע.

108. הדברים מובהרים בפסק דינו של כבוד השופט הנדל בעניין **זיוד**, אשר מגדיר את התכלית ההצהרתית כך:

מי שעשה מעשה המפר באופן בוטה את חובת האמונים הבסיסית שלו נגד המדינה – וכאלו הם מעשים חמורים של טרור או ריגול – **אינו אינו ראוי להיות חלק מהקהילה הפוליטית בה..** (פסקה 3, ההדגשה שלי – ע.ל.)

109. כבוד הנשיאה חיות מציינת בפסקה 82 ב**זיוד**, כי:

עיקר התועלת ההצהרתית **נובעת מעצם שלילת מעמד האזרחות שמבטא את הקשר ההדוק והייחודי** (של אזרחות – ע.ל.) **בין הפרט למדינה.** (ההדגשה שלי – ע.ל.)

110. ראינו לעיל, כי ישראל אינה מעוניינת ואינה דורשת מתושבי ירושלים המזרחית להצהיר אמונים ולהיות חלק מהקהילה הפוליטית, כתנאי לתושבות קבע ואף אין היא מאפשרת לתושבים להיות חלק מהקהילה הפוליטית. מדינת ישראל סיפחה אליה תושבי מדינת אויב ולא ציפתה שהם יהפכו לתושבי ישראל הדומים לאלה שבתוך הקו הירוק, ואף אינה נוהגת בהם ככאלה. לכן משנקבע בעניין **זיוד**, כי התכלית ההצהרתית היא התכלית המרכזית של דרישת שמירת האמונים, אין אפשרות לטעון, כי היא תכלית ראויה בהקשר של תושבי ירושלים המזרחית, שאינם אזרחים. הרי כמתואר בעניין **זיוד**, מי שהפר אמונים מעמדו "משונמד" למעמד תושב קבע.

111. יודגש עוד, כי הליך החקיקה הנסקר מלמד כי במודע נקבע כי אין לשלול מעמדו של תושב ליד ובשונה מהמהגר על בסיס ביטחוני, אלא בשל הפרת אמונים. בפועל נוסחו הרחב של החוק (וכך גם הקריטריונים שהותוו מחוץ לו) אינו מאפשר הבחנה בין שתי הקטגוריות – זו שנקבע במפורש שלא אמורה לחול על תושבי קבע וזו שעוגנה בחוק.

112. כפי שראינו לעיל, תושבי ירושלים המזרחית קיבלו מעמדם כאשר נכבש השטח בו חיו ממדינת אויב. לא הייתה ציפיה מהם לנאמנות כפי שצופה הדבר מאזרחי המדינה והם

נדרשים להצהיר נאמנות למדינה רק ככל שהם מבקשים להתאזרח. במהלך השנים המדיניות הייתה של הותרתם כסרח עודף במדינה, אי שילובם, הפלייתם הבוטה והכרה בקשר והזיקה שלהם לשטחים, תוך יצירת הפרדה בינם לבין תושבי ישראל האחרים, כולל תושבי ירושלים היהודים. הנה כי כן, לא ניתן לטעון, כי החוק המאפשר לנשלם ממעמדם לצורך תכלית שעיקרה הצהרתי (כך עולה מהקביעות בית המשפט ב**זיוד**) חוקק לתכלית ראויה.

113. ויוזכר, אזרחות משקפת בין היתר את הקשר החזק בין אדם למדינה:

בכל הנוגע לזיקה שבין האדם למדינה, משקף מוסד האזרחות את הקשר החזק ביותר האפשרי ביניהם (אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב – רשויות השלטון ואזרחות 1071 (2005) (להלן: רובינשטיין ומדינה); יפה **זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?"** מחקרי משפט טז 55, 55 (2000) (להלן: זילברשץ "האזרחות מהי?"). (פסקה 32 לפסק דינה של כב' הנשיאה חיות בעניין **זיוד**)

מכאן נקבע בעניין **זיוד** הקשר הסיבתי ההצהרתי בהקשר לשלילת האזרחות בנסיבות אלו. קשר מסוג זה בהכרח אינו מתקיים בנוגע לתושבות (וראו עניין **עווד**, בדבר הקשר של ישיבת הקבע).

114. יוצא מכך, כי מטרתו העיקרית של המחוקק בחקיקת החוק הייתה לעגן בחוק את סמכותו של המשיב לשלול תושבות מהמשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית **כסנקציה**.

115. 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 בילידי המקום, שמעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח.

ח.3. החוק אינו הולם את ערכיה של המדינה

116. טעם נוסף לכך שמדובר בחוק שאינו עומד בפיסקת ההגבלה הוא בכך שהחוק אינו הולם את ערכי מדינת ישראל.

117. מדינת ישראל היא מדינה המושתת על ערכים דמוקרטיים, הכוללים כבוד לזכויות אדם, רפי שנאמר בבג"ץ 794/98 **עובייד נ' שר הבטחון**, פ"ד נה(5) 769, 775:

מדינת ישראל הינה מדינת חוק; מדינת ישראל היא דמוקרטיה, המכבדת זכויות אדם, והשוקלת בכובד ראש שיקולים הומניטריים. שוקלים אנו שיקולים אלה משום שהחמלה וההומניות טבועה באופיינו כמדינה יהודית ודמוקרטית; שוקלים אנו שיקולים אלה, שכן יקר בעינינו כבודו של כל אדם,

גם אם הוא נמנה עם אויבינו. מודעים אנו לכך כי גישה זו מעניקה, לכאורה, "יתרון" לארגוני טרור שההומניות מהם והלאה. אך זהו "יתרון" חולף. גישתנו המוסרית, ההומניות שבעמדתנו, שלטון החוק שמדריך אותנו – כל אלה הם מרכיב חשוב של ביטחוננו ושל כוחנו. בסופו של יום, זהו יתרונו שלנו."

118. פרופ' אהרון ברק כותב, בספרו **פרשנות במשפט**, כי "על ערכיה של מדינה דמוקרטית ניתן ללמוד מתפיסתן הכללית והפרטיקולרית של האמנות הבינלאומיות בדבר זכויות האדם", אשר כפי שראינו, מתנגדות באופן נחרץ לפרקטיקה של ביטול מעמד של תושבות, במיוחד של תושבים ילידים (ראו, אהרון ברק, **פרשנות במשפט**, כרך שלישי (1994) עמ' 354).

119. עמדת בית משפט נכבד 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. כך כותבת כבוד השופטת ברק-ארז בפסקאות 15-17 לפסק הדין **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.

120. למשקל שיש ליתן להוראות הדין הבינלאומי התייחסה כב' השופטת ברק-ארז בפסקה 25 לעניין **זיוד** :

לעמדתי "במקרה שבו עומדת לדיון הוראה בעלת אופי כללי וכוללני, שלמצער יש מחלוקת אמיתית לגבי פרשנותה, יש לתת משקל מיוחד לנורמות של המשפט הבינלאומי" (ראו עניין אבו ערפה, בפסקה 16 לפסק דיני).

121. התיקון לחוק הנתקף בעתירה זו עומד בסתירה הן לחובות המדינה לקיום זכויות אדם והן לחובותיה על פי המשפט הבינלאומי המנהגי והן לחובותיה בהתאם לאמנות שאת חלקן אישררה ועל חלקן האחר חתמה והתחייבה לפעול ברוחן, כפי שיפורט להלן.

122. פרופ' אייל בנבנישתי עמד על כך שיש מקום לפרש את חוקי היסוד לאור מחויבויותיה הבינלאומיות של מדינת ישראל, ובאופן ספציפי לאור האמנה בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות, הן לאור "חזקת ההתאמה" והן לאור הטענה האפשרית, כי שני חוקי היסוד משנת 1992 אומצו מתוך מטרה לקיים את הוראות האמנה :

More specifically, the international standards on human rights can help in interpreting Israel's two Basic Laws concerning human rights. In addition to the general arguments for compatibility described above, one could argue that the Basic laws have been enacted in fulfillment of the duty under Article 2(2) of the 1966 Covenant "to adopt such legislative or other measures that may be necessary to give effect to the rights recognized in the [1966 Covenant]". ...

Therefore, in interpreting the rights under the Basic Laws, as well as the limitations on those rights, international standards, first and foremost those enunciated in the 1966 Covenant, are of particular significances. Note that this claim not only imports international standards to Israeli human rights law, but also elevates these standards to the level of entrenched law, thereby possibly restricting the competence of the Knesset to derogate from them, and influencing the interpretation of other laws that impinge on human rights."

Eyal Benvenisti, *The Influence of International Human Rights Law on the Israeli Legal System: Present and Future*, 28 ISRAEL LAW REVIEW 136, 148-150 (1994)

123. בספרו בעניין **פרשנות חוקתית** עומד גם פרופ' אהרן ברק על העיקרון לפיו יש לפרש את **הוראות חוקי היסוד** (ולא רק את הוראותיה של חקיקה) בהתאם ל"חזקת ההתאמה". להבדיל מן המשפט המשווה, המשמש כ"השראה" בפרשנות חוקי היסוד, המשפט הבינלאומי זוכה ל"מעמד פרשני מיוחד", הנגזר מן ההנחה שחוקי היסוד אינם עומדים בסתירה למחויבויותיה הבינלאומיות של ישראל:

מעמד פרשני מיוחד [בפרשנות חוקי היסוד, ע.ל.] יש להעניק לאמנות בינלאומיות בדבר זכויות האדם אשר ישראל חברה להן. אמנות אלה משקפות את השאיפות של הקהילייה הבינלאומית, והן השפיעו על עיצובו של הדין המקומי. ההתחשבות באמנות אלה מתבקשת מתוך רצוננו להיות חברים שווי זכויות בקהילייה הבינלאומית, ומהחזקה, כי הדין המקומי אינו נוגד את המשפט הבינלאומי.

אהרן ברק, **פרשנות במשפט, כרך שלישי – פרשנות חוקתית** (1994), עמ' 237.

124. הדין הבינלאומי משמש גם בעת הבחינה של בית המשפט האם החוק נחקק לתכלית ראויה (ראו, למשל, בג"ץ 7146/12 **אדם ואח' נ' הכנסת** (16.9.13) פסקה 91 לפס"ד כב' השופטת ארבל).

125. סעיף 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.

התיקון לחוק יוצר יש מאין סנקציה חדשה וייחודית לתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית לצד האפשרות להעמדה לדין פלילי. הסנקציה היא על בסיס טיעון פילוסופי תיאורטי בעניינם של תושבים, שברי כי מעולם לא התחייבו לשמור אמונים למדינה שכבשה את שטחם הטבעי וסיפחה אותו אליה, מבלי לאזרח אותם ואולם מתוך מחויבות בדין לאפשר להם להוסיף לחיות על אדמתם, בארצם. חוק זה אמנם אינו חלק מסדר הדין הפלילי, אולם מתבסס על הדין הפלילי לחלוטין, שכן הסנקציה החדשה שיצר החוק מתבססת על עבירות הקבועות בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016. אם כן, החוק עומד בסתירה להתחייבות המדינה לאמנה זו.

126. התיקון לחוק אף עומד בסתירה לסעיף 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.

127. 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 ביבשה והנספחים לה (1907) והן אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949.

128. הנה כי כן, על אף שברגיל עומדת למחוקק אמנם החזקה כי הוא חותר לחקיקה פנימית התואמת את המשפט הבינלאומי, בעניינו של התיקון לחוק ברי כי חזקה זו נסתרה. המדינה מודעת להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי החלות עליה, כמו גם לקיומן של אמנות המחייבות אותה אם בשל אישורו ואם בשל חתימתה עליהן והתחייבותה לפעול ברוחן ופועלת במודע בניגוד לאותן אמנות.

129. הנה כי כן, בהתנהלותם הביאו המשיבים ביוזעין 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 שאושררו על ידה, אמנות שהיא התחייבה לפעול ברוחן ולקיים את ההוראות הקבועות בהן.

130. לא ייתכן כי המשיבים יחוקקו ביוזעין חוק הסותר את המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי ולאחר מעשה יטענו כי החוק הפנימי גובר על הוראות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי.

ח. החוק אינו מידתי - פגיעתו של התיקון לחוק עולה על הנדרש

131. החוק אינו עומד בשלושת מבחני המידתיות: הקשר הרציונאלי בין האמצעי הפוגע בזכות לבין המטרה, מבחן האמצעי שפגיעתו פחותה ומבחן המידתיות במובן, כפי שהובאו למשל,

על ידי הנשיא ברק בבג"ץ 1715/97 לשכת מנהלי ההשקעות בישראל נ' שר האוצר, פ"ד נא(4) 385, 367.

132. מבחני המידתיות חלים גם אל מול השיקול הבטחוני, אשר ספק אם בעצמו הוא חל (ראו), בג"ץ 2056/04 מועצת הכפר בית סוריק ואח' נ' ממשלת ישראל ואח', תק-על 2004(2), 3035; בג"ץ 3477/95 בן-עטייה נ' שר החינוך, התרבות והספורט, פ"ד מט (5) 1; בג"ץ 4644/00 יפאורה תבורי בע"מ נ' הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו, נד(4) 178 (2000); בג"ץ 2355/98 ישראל סטמקה נ' שר הפנים, נג(2) 728 (1999).

133. 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 – ברי כי פגיעתו של החוק עולה על התועלת שיש בשימוש בסמכות דראקונית זו שהחוק ביקש להקנות למשיב. הפגיעה היא פגיעה אנושה ומובהקת בזכויות יסוד שעליה אין חולק כפי שכבר נקבע בעניין **אבו ערפה** שהובא לעיל וכן בעניין **זיוד** שעסק בשלילת אזרחות.

134. על כך שפגיעתו של החוק עולה על הנדרש תעיד בנוסף עמדת המדינה בעניין **אבו ערפה** המובאת בסעיף 19 לפסק דינו של כבוד השופט הנדל:

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..

135. על אף התחייבותה של המדינה בפני בית המשפט הנכבד בעניין **אבו ערפה**, 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 שר הפנים מאז אושר החוק בעניינם של תושבי קבע המיוצגים על ידי העותרת ומאמות המידה שפורסמו.

136. כמו כן, העובדה, שהליך שלילת התושבות מוצא לפועל בהחלטה מנהלית ללא צורך בפניה לבית המשפט, מהווה גורם נוסף המגביר את אי החוקתיות שלו, זאת בניגוד להליך שלילת האזרחות בשל הפרת אמונים, בו "ההחלטה על ביטול האזרחות אינה מתקבלת על ידי הדרג הפוליטי או על ידי גורם מנהלי כלשהו אלא היא נתונה לערכאה שיפוטית" (ראו פסקה 75 לחוות דעתה של כבוד הנשיאה חיות בעניין **זיוד**). במקרה של שלילת תושבות, התושב הוא שצריך לזום את הפניה לבית המשפט, לעמוד בנטלים ובהוצאות הכרוכות בפניה יזומה

ונמצא בעמדה נחותה ביותר מול הרשות, הן מבחינת הידע והן מבחינת המשאבים, באופן שהסיכוי שלו לביטול ההחלטה הוא קטן מלכתחילה.

137. יפים לעניין זה גם דברי כב' השופטת ברק-ארז בפסקה 31 לעניין **זיוד**, הדנים באופן עריכת ההליך ככזה המשפיע על מדיניותו ובהדגישה את ההגנות הקימות בהליך שלילת האזרחות אשר מצריך אישור של בית המשפט – ובשונה מהליך שלילת התושבות, אשר נעשה על ידי הרשות המבצעת.

138. מן המקובץ עולה כי החוק אינו עומד באף אחד משלושת מבחני המידתיות. החוק אינו עומד במבחן הקשר הרציונאלי הנדרש, מכיוון שהאמצעי שבחר המחוקק לקדם – **סנקציה** – אינה מקדמת כל מטרה – תכלית – שהוא מתיימר לקדם, בפרט כאשר מושתות על נשוא ההחלטה ממילא סנקציות במסגרת הדין הפלילי. 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.

139. וראינו שהתכלית ההצהרתית אינה חלה על תושבי הקבע, והתכלית ההרתעתית לא הוכחה וכן כי תכלית זו והתכלית המניעתית אינן יכולות לעמוד בפני עצמן.

140. זאת ועוד. 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.

141. עוד ראינו כי צעד של שלילת תושבות ביחס למי שאין לו מעמד אחר, נקבע כלא מידתי בעניין **זיוד**, והדברים בהקשר זה יפים כאמור, ביתר שאת גם לענייננו. (ראו למשל בעניין **זיוד**, פסקאות 80 ו-86 לפסק דינה של הנשיאה חיות, פסקה 1 לפסק דינו של כב' המשנה לנשיא הנדל, פסקה 17 לפסק דינה של כב' השופטת ברק-ארז, ראו והשוו פסקה 10 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן, ופסק דינה של כב' השופטת ברון).

ט. אמות המידה רחבות אינן קבועות בחוק ואינן מהוות הגנה הנדרשת אל מול הפגיעה

142. בעניין **אבו ערפה** התייחס בית המשפט לדרישה כי על דבר חקיקה המסמיך לפגוע בזכויות יסוד לכלול הסמכה ברורה חד משמעית מפורשת ומפורטת, ושאות המידה למאפיינים המתירים את הפגיעה הטמונה בו ייקבעו בחקיקה ראשית והקריטריונים ליישומה ייקבעו בחקיקת משנה, ראו במיוחד פסקה 38 לחוות הדעת של כבוד השופטת ברק-ארז (וכן פסקה 54 לחוות דעתו של כבוד השופט פוגלמן בעניין **אבו ערפה**). וכך כותבת כבוד השופטת ברק-ארז:

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....

143. וכבוד השופט פוגלמן כותב בפסקה 52 לפסק דינו בעניין **אבו ערפה**, כי:

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"....

144. בעקבות ביקורת זו שהוטחה מצד שופטי בית המשפט העליון בעניין **אבו ערפה** על עמימות התנאים לשלילת המעמד, לאחר חקיקת החוק ובמהלך ההתדיינות בעניינו, חובר במשרד המשפטים מסמך העוסק באמות מידה לשלילת אזרחות ותושבות, בכותרת "ליווי ובחינת בקשות לביטול מעמד קבע מחמת הפרת אמונים".

145. בראשית הדברים יאמר, כי בהעדר חוקתיות של התיקון לחוק, שום חקיקת משנה או נוהל לא יכולים להסמיך את הרשות לפגוע בזכויות מכוח חוק שאינו חוקתי. כמו כן, המסמך אינו מהווה מענה הולם לדברים שנאמרו בעניין **אבו ערפה** ולו משום שהוא אינו דבר חקיקה או חקיקת משנה, שיצא תחת ידי הכנסת. כבר נפסק בפסקה 53 לפסק דינו של כבוד השופט פוגלמן בעניין **אבו ערפה** נקבע, כי:

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 שנסי נ' המפקח על היהלומים, משרד המסחר והתעשייה, פ"ד נא(4) 481, 520 (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... (ההדגשה שלי – ע.ל.).

146. לגופו של עניין, בקצרה יאמר כי המסמך של אמות המידה, שכאמור אינו חקיקה או חקיקת משנה, מתייחס בראשיתו באופן מאוחד לשלילת אזרחות ותושבות. על פי המסמך תכליות שני ההסדרים זהות, הצהרתית, הרתעתית ומניעתית. בניגוד בוטה להצהרה בדבר יישום

מצמצם, המסמך עצמו מאפשר ומותיר שיקול דעת רחב ביותר לרשות לפגוע במעמד הקבע, הוא מותיר את הדברים עמומים ואינו מקהה את הפגיעה הקשה הגלומה בתיקון לחוק, כי אם רק מחריף אותה וחושף את תכליתה וכוונת היישום הנרחב שלה – באופן הממחיש את אי חוקיות ההסדר.

י. העדר הגנות פרוצדוראליות

147. בניגוד לביטול אזרחות, **ביטול התושבות אינו מערב בחלק הפוזיטיבי שלו את בית המשפט** וקובע, כי שר הפנים יכול לבטל את התושבות אם הוכח להנחת דעתו, שתושב הקבע הפר אמונים. העדר ההגנה המוקדמת של בית המשפט מחריף עוד את העדר החוקיות.
148. כבוד השופטת ברק-ארז מתייחסת לחשיבות הפרוצדורה, המשפיעה גם על מידתיות ההסדר, בכותבה בפסקה 31 לחוות דעתה בעניין **זיוד** את הדברים, הנכונים גם להליך של ביטול תושבות:

שלילת האזרחות נדרשת להיעשות בהליך הוגן, בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות ועל פי חוק (ראו: סעיף 8(4) לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר האזרחות). לא בכדי אפוא חוקים שענינם שלילת אזרחות חייבים לכלול הסדר ראוי שקובע לא רק את העילות לכך, אלא גם ערובות להגינות ולתקינות ההליך. הדברים עולים בקנה אחד עם הוראותיו המפורטות של תיקון מס' 9 באשר לניהול הדיון בבית המשפט בבקשה לשלילת אזרחות, ככלל במעמד האדם שהבקשה נסבה על עניינו, ובמעמד עורך דינו.

149. בעניין זה מעניין להשוות לנאמר בהצ"ח חוק האזרחות (תיקון 9), המוזכר גם בפסקה 75 לחוות דעתה של הנשיאה חיות בעניין **זיוד**, שם נכתב כי ראוי ששלילת זכות חשובה מעין זו תעשה בהליך שיפוטי ולא מנהלי, וכן בדבריה של כבוד הנשיאה בפסקה 87 שם:

הפגיעה בזכות לאזרחות שנגרמת כתוצאה מההסדר היא אומנם קשה – ביחוד ככל שבעקבות ביטולה נותר מי שאזרחותו נשללה מחוסר אזרחות כלשהי – אך לא ניתן לנתקה מנסיבותיה ומהוראות ההסדר כולן, אשר יש בהן כדי לצמצם את היקפה ולענות על דרישת המידתיות. באופן קונקרטי ניתן להצביע בהקשר זה על האיזונים הפנימיים שנקבעו בהסדר ביטול האזרחות במסגרת תיקון מס' 9 (פסקה 75 לעיל), ובראשם הקביעה כי הסמכות לביטול האזרחות נתונה לערכאה שיפוטית...

150. עוד נקבע ב**זיוד** כי ככלל יש להעדיף את ניהול ההליך במסגרת ההליך הפלילי, המאפשר ליתן משקל לענישה הפלילית במסגרת קבלת החלטתה וכאשר המותב מכיר והתעמק בראיות ועל כן יכול לנקוט באיזונים הנדרשים גם בהקשר זה. בעניין שלילת מעמדם של תושבי הקבע כלל לא פתוח אותו ערוץ אשר נקבע כי יש ליתן לו העדפה ברורה של ניהול ההליך במסגרת ההליך הפלילי. בענייננו נעשית פגיעה בנושאי זכויות יסוד אף מבלי שאדם עמד לדין בגין החשדות המופנות כלפיו וכאשר עומדת לו חזקת החפות.

151. בשל הקרבה בין זכות האזרחות וזכות התושבות של תושבי ירושלים המזרחית, לא ברור כיצד ניתן להצדיק שלילת תושבות בהליך מנהלי ולא שיפוטי. ברי, כי אין לאפשר למשיב לבטל את תושבות הקבע של אדם בהחלטה מינהלית. הקושי מתעצם מכך, שהליך שלילת אזרחות מביא למצב של תושבות, ואילו שלילת תושבות, עלולה להביא למצב של גירוש ממש – היערד כל ארץ שייכות. גם מטעם זה דינו של החוק פסלות.

יא. סיכום

152. תושבי ירושלים המזרחית הם תושבים ילידים, אשר ישראל סיפחה אותם לשטחה בניגוד לחוק הבינלאומי. תושבים אלה לא נדרשו מעולם, ואין אפשרות חוקית לדרוש מהם, חובת אמונים למדינת ישראל כתנאי לתושבותם. שלילת תושבות בשל טענה למעשה של הפרת אמונים אינו משרת תכלית ראויה, ואין לייחס לה תכלית הצהרתית. שלילת התושבות מהווה סנקציה נוספת הפוגעת בליבת זכויות היסוד של האדם, היא איננה מידתית ואינה עומדת במבחני פסקת ההגבלה.

153. בית המשפט הנכבד מתבקש, אם כן, ליתן צו על תנאי כמבוקש בכותרת העתירה, ולאחר תשובת המשיבה, להפכו לצו מוחלט.

154. כן מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיב את הוצאות העתירה ושכר טרחת עורכי דין.

היום: 27.2.23



עדי לוסטיגמן, עו"ד
מ.ר. 29189
ב"כ העותרת