



במעצר מינהלי, אולם שלילת תושבות אינה יכולה להתבסס על מניעת סכנה עתידית הנובעת מאדם (שזוהי מטרתו של המעצר המינהלי), אלא אך ורק ממעשה שעשה.

5. רביעית, ההחלטה נגועה כולה בשרירותיות שזועקת לשמים. במסגרת בג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים**, התחייבתם כי הסמכות לשלילת מעמד מתושבי קבע תופעל על ידי שר הפנים במקרים קיצוניים בלבד. בעקבות הביקורת שהוטחה מצד שופטי בית המשפט העליון בעניין **אבו ערפה** על עמימות התנאים לשלילת המעמד, חובר במשרד המשפטים מסמך העוסק באמות מידה לשלילת אזרחות ותושבות, בכותרת "ליווי ובחינת בקשות לביטול מעמד קבע מחמת הפרת אמונים".

6. בראשית הדברים ייאמר, 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.

7. לגופו של עניין, בקצרה ייאמר כי המסמך מתייחס בראשיתו באופן מאוחד לשלילת אזרחות ותושבות. על פי המסמך תכליות שני ההסדרים זהות, הצהרתית, הרתעית ומניעתית. המסמך עצמו מאפשר ומותיר שיקול דעת רחב ביותר לרשות לפגוע במעמד הקבע והוא מותיר את הדברים עדיין 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.

8. ההתנהלות בעניינו של מרשנו מעידה כי את אשר יגורנו, בא. בניגוד לאותה התחייבות בפני בית המשפט נעשה שימוש בסמכות שבנדון באופן שרירותי, גם כאשר אין כל הצדקה להפעלתה. על מרשנו נגזרו 7 שנות מאסר, מעבר למעצרים מינהליים (שכאמור לא יכולים להוות בסיס לשלילת תושבות). מבלי להקל ראש, גזר דין של 7 שנות מאסר מעיד על כך שאין מדובר במעשים העולים לכדי אותם מעשי קיצון חריגים, שבגינם ניתן במצב מסוימים, כך לגרסתכם, להפעיל את הסמכות הנתונה בחוק. האם אמות המידה הופעלו כדבעי? מה היו השיקולים הנוספים שנשקלו: הרתעה (שנפסלה בבית המשפט)? אולי נקמה? ברי כי ההחלטה אינה יכולה לעמוד אף בפן הזה.

9. לסיכום הנאמר עד כה, ההחלטה בעניינו של מרשנו אינה יכולה לעמוד. או אז ניתן פסק דין זיוד, וטרף לחלוטין את הקלפים; אנו סבורים כי כעת נסתם הגולל על חוקיות ההחלטה לשלול את המעמד ממרשנו.

**ההחלטה לשלול את המעמד ממר חמורי לאור פס"ד זיוד**

### **תכלית השלילה**

10. פסק דין זיוד דן כידוע בחוקתיות של ביטול אזרחות מטעמי הפרת אמונים. לשם כך, פסק הדין מסביר מהי משמעותה של אזרחות ושל הזכות לאזרחות, ומהי התכלית (או התכלית הראויה) של ביטול האזרחות.

11. לגבי מהותו של מוסד האזרחות, נקבע כי "בכל הנוגע לזיקה שבין האדם למדינה, משקף מוסד האזרחות את הקשר החזק ביותר האפשרי ביניהם" (סעיף 32 לפסק דינה של הנשיאה חיות), וכי "אזרח – להבדיל מיתר בני האדם השוהים במדינה – "זכאי למלוא הזכויות שהמדינה מעניקה וחייב במלוא החובות שהיא מטילה" (זילברשץ "האזרחות מהי", בעמ' 55) (שם, בסעיף 33).

12. מההגדרה הזאת של מוסד האזרחות נגזרת גם ההצדקה שפסק הדין נותן לביטול האזרחות בשל הפרת אמונים – **התכלית ההצהרתית**. פסק הדין קובע כי "הפרת האמונים מהווה "אינדיקציה לניתוק הקשר ההדוק בין האזרח למדינה ולקרע שנוצר בינו ובין מדינתו. נסיבות כאלה מצריכות מסר ברור ומהדהד שיבטא את עוצמתו של הניתוק והקרע. מכאן צומחת התכלית ההצהרתית המשמיעה "שפלוני אינו ראוי להימנות עמנו. אין אנו רואים בו חלק מאתנו, ואין אנו חייבים לו שום הגנה או חלק בתועלת שמצמיחה החברות במדינתנו" (רחף, בעמ' 158). לחלופין, ניתן לראות במעשה הפרת האמונים כהתנהגות שלא ניתן להבינה אלא כהחלטה של הפרט עצמו להתנער ממעמדו כאזרח. ביטול האזרחות על פי תפיסה זו לא נועד אלא ליתן תוקף הצהרתי לבחירתו שלו..." (סעיפים 49-50 לפסק דינה של חיות). ובהמשך: "עיקר התועלת ההצהרתית נובעת מעצם שלילת מעמד האזרחות שמבטא את הקשר ההדוק והייחודי בין הפרט למדינה" (סעיף 82 לפסק דינה של חיות).

13. התפיסה הזאת של משמעות האזרחות משפיעה גם על הניתוח של המידתיות בפסק הדין. נקבע בפסק הדין כי "בהתחשב בכך שהתכלית העיקרית של ההסדר היא התכלית ההצהרתית, שעניינה הצהרה על התפוגגות הקשר בין המדינה ובין האזרח שהפר את חובת האמונים שלו כלפיה, ברי כי קיים קשר רציונאלי בין התכלית האמורה לאמצעי שנבחר להגשמתה – ביטול האזרחות. אמצעי זה מגלם, כאמור, מסר מובהק וברור בדבר פרימת הקשר הייחודי המתקיים בין האזרח למדינתו" (סעיף 63 לפסק דינה של הנשיאה חיות).

14. פסק הדין אינו מקבל את שאר התכליות שהועלו לפני כן על ידי המדינה להצדקת ביטול האזרחות בעקבות הפרת אמונים. על התכלית ההרתעתית נכתב: "במסגרת ניהול ההליכים בבית משפט זה הוברר כי זו אינה תכליתו המרכזית של ההסדר וכי תכליתו המרכזית, **שניתן לראות בה תכלית ראויה**, היא התכלית ההצהרתית" (סעיף 109 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות). בנוסף צוין שחוות הדעת של השב"כ אינה מבססת את התועלת ההרתעתית של שלילת האזרחות (שם, בסעיף 110). בחוות דעתו של המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל נכתב: "התכלית ההרתעתית... מעוררת קושי הן כשלעצמה, הן אל מול האמצעי שנבחר כדי להגשימה, שכן לא ברור כי האמצעי דן אכן מקדמה, ודאי לא במידה המצדיקה להפעילו" (סעיף 5).

15. אם כן, התכלית הראויה היחידה, על פי פסק הדין, היא התכלית ההצהרתית. אולם, **תכלית זו אינה רלוונטית כאשר מדובר בשלילת רישיון לישיבת קבע**. ראשית, הקשר העמוק והעוצמתי בין הפרט לבין המדינה, שמתואר בפסק הדין, מלכתחילה אינו מתקיים כאשר לא מדובר באזרח אלא בתושב, ובמיוחד בתושב שקיבל את מעמד התושבות שלו בשל כיבוש מקום המגורים של משפחתו על ידי מדינת ישראל. שנית, הביצוע של מעשה העולה כדי הפרת אמונים ממילא אינו מעיד על ניתוק של קשר מסוג תושבות, או על החלטה להתנער ממעמד התושבות, שכן על פי הפסיקה, התושבות אינה אלא ביטוי למגורי האדם בשטח ישראל. כידוע, מרשנו לא עזב מעולם את שטחי המדינה. לאור זאת, בהישמט התכלית שלשמה נשללת התושבות, האקט עצמו של השלילה מאבד לחלוטין מתוקפו.

#### **החלפת המעמד המבוטל ברישיון לישיבת קבע**

16. בפס"ד זיוד נקבע שלא ניתן לתת לאדם שאזרחותו הישראלית מבוטלת אשרות א/5 שיחודשו ולא יבוטלו, אלא יש לתת לו רישיון ישיבה קבוע. אמנם אחת מהסיבות שניתנו לקביעה הזאת היא שניתן להגשים את התכלית

ההצהרתית של שלילת האזרחות גם על ידי מתן רישיון לישיבת קבע, וכך לצמצם באופן ניכר את הפגיעה של ההחלטה (סעיף 82 לפסק הדין של הנשיאה חיות), מה שלא נכון לגבי החלפת רישיון לישיבת קבע ברישיון אחר לישיבת קבע, אבל פסק הדין מספק גם נימוקים נוספים לקביעה הזאת, כגון שמתן רישיונות א/5 על בסיס קבוע מהווה יצירה של "רישיון ישיבה שהוא מעין "יצור כלאיים" – מצד אחד בהתאם לאמור בהוראות חוק הכניסה לישראל ותקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974... מדובר ברישיון שהוא זמני מטיבו; ומצד שני הוצהר בפנינו כי הוא יוארך באופן אוטומטי ואף לא יהיה כפוף לדיני הפקיעה והביטול החלים על רישיונות א/5" (סעיף 80 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות). נימוק נוסף שניתן לכך בפסק הדין הוא הניסיון להתאמה לתכליות האמנה בדבר מחוסרי אזרחות (שם, בסעיף 86). כמו כן, שורה של שופטים אחרים הצטרפו למסקנה של הנשיאה חיות, שלא די במתן רישיונות א/5 למי שאזרחותו מבוטלת בשל הפרת אמונים, בנימוקים הנוגעים לחומרת הפגיעה שיש בכך (כלומר, עמדתם רלוונטית גם לביטול תושבות קבע, לגבי אין אפשרות להגשים את ה"תכלית" על ידי מתן רישיון לישיבת קבע במקום הרישיון המבוטל).

17. כך, למשל, כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל הדגיש 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... 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" (סעיף 1). גם השופטת ברק-ארז מפרטת בפסק דינה את החסרונות של מתן מעמד א/5 בלבד (סעיף 17). וכבוד השופטת ברון כתבה: "אני מסכימה עם הנשיאה כי גם אם ניתן לפרש "רישיון לישיבה בישראל" כמקנה אפשרות לשר הפנים ליתן לאדם שנותר חסר אזרחות, רישיון לישיבת ארעי – כעמדה שהציג השר, פירוש הוראת החוק באופן כזה היה מוביל למסקנה שההסדר אינו עומד במבחן המידתיות. ומשכך, כדבריה, יש להעדיף את הפרשנות המקיימת, שלפיה תיבת המילים "רישיון לישיבה בישראל" משמע רישיון לישיבת קבע".

18. כבוד השופט פוגלמן אף קבע, בדעת מיעוט, כי לא ניתן להסתפק במתן מעמד של תושבות קבע למי שאין לו אזרחות במדינה אחרת, כיוון שרישיון לישיבת קבע ניתן לביטול ולפקיעה: "סבורני כי הפגיעה שנגרמת כתוצאה מביטול או פקיעה של מעמדו של מי שהיה אזרח ישראלי ויוותר מחוסר כל מעמד כתוצאה מביטול או פקיעה של רישיון לישיבת קבע היא עוצמתית במיוחד, בהשוואה לתושבי קבע אחרים, שכן משמעותה פרימת הקשר האחרון של אדם למדינה כלשהי" (סעיף 10).

19. אם כן, מן הסתם גם לא ניתן לבטל רישיון לישיבת קבע של אדם שאין לו אזרחות בשום מדינה בעולם, ולתת לו תחתיו מעמד נחות, כגון רישיון לישיבת ארעי מתחדש, שכן גם פגיעה כזאת תהיה קשה, בלתי מידתית ומנוגדת לדין הבינלאומי. אמנם למרשנו אזרחות צרפתית, אולם כפי שטענו בפניכם, האזרחות ניתנה לו מכוח אימו, הוא מעולם לא חי בצרפת, אינו דובר את שפתה, ואין הוא יכול להתפרנס בה במקצועו (עריכת דין), כך שמדובר במעמד שהוא ריק מתוכן מהותי.

20. כמו כן, לא ברור מה ההצדקה לאבחנה בין אזרחים שביצעו פיגועים (למשל), שיקבלו רישיונות לשיבת קבע בהתאם לפסק הדין, לבין תושבי קבע שביצעו פיגועים, שרישיונותיהם לשיבת קבע יבוטלו. נראה סביר שלאנשים אלו יהיה מעמד זהה. ואם יוחלט שעם ביטול הרישיון לשיבת קבע, יש להחליפו ברישיון ישיבה קבוע אחר, כפי שהוחלט לגבי אזרחים, אז לא ברור איזו תכלית יכולה להיות לביטול הרישיון לשיבת קבע.

### הגורם המוסמך להחליט על הביטול

21. כבר ציינו לעיל את העובדה שההחלטה שקיבל שר הפנים בענינו של מרשנו נגועה בניגוד עניינים חריף ובשרירותיות. על כך מתווספות הקביעות שניתנו בפס"ד זיוד, שאך מחזקות את עמדתנו. בניגוד לביטול אזרחות, ביטול תושבות קבע לא נעשה על ידי בית המשפט אלא על ידי שר הפנים, "אם הוכח להנחת דעתו" שתושב הקבע עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים. בחלק מהמקרים, שר הפנים אף רשאי להחליט על ביטול רישיון לשיבת קבע גם בלי המנגנון של הסכמת שר המשפטים והתייעצות עם הוועדה. המשמעות של קבלת ההחלטה על ידי שר הפנים היא שההחלטה תקפה כברירת מחדל גם בלי אישור בית המשפט, ושאם תוקפים את ההחלטה על ביטול התושבות, המסגרת של הביקורת השיפוטית היא המסגרת הרגילה של אי התערבות אלא אם ההחלטה חורגת ממתחם הסבירות וכיו"ב.

22. מטרידה עוד יותר העובדה שכל מה שנדרש לצורך ביטול רישיון לשיבת קבע בשל הפרת אמונים הוא ש"הוכח להנחת דעתו" של שר הפנים שבעל הרישיון עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל. מדובר ברף הוכחה נמוך ביותר, במיוחד בהשוואה לסטנדרטים של ההליך הפלילי, אליהם מתייחס בהרחבה פסק דינו של כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל. מתעורר החשש שהביקורת השיפוטית על החלטות כאלה תהיה מצומצמת, במיוחד אם ניתן יהיה לבסס את החלטות של שר הפנים על חומר חסוי.

23. מעבר לפגיעה של ההסדר בתושבי הקבע, מדובר גם באפליה של תושבי קבע לעומת אזרחים, שאין ביניהם שונות רלוונטית לעניין הזה. אדרבה, ביטול רישיון לשיבת קבע הוא חמור עוד יותר מביטול אזרחות, לפחות בנקודת הזמן הנוכחית, כיוון שלא ברור איזה מעמד יינתן למי שרישיונו לשיבת קבע יבוטל מטעמי הפרת אמונים, והוא עלול להיוותר במצב רעוע עוד יותר ממי שאזרחותו מבוטלת, לגביו נקבע בפסק דין זיוד שיש לתת לו מעמד קבוע.

24. פסק דין זיוד מייחס משמעות לכך שההחלטה על ביטול אזרחות אינה מתקבלת על ידי הרשות המבצעת, אלא על ידי בית המשפט. בפסק הדין נכתב: "בשונה מההסדרים במדינות שנסקרו לעיל, בישראל עצם ההחלטה על ביטול האזרחות אינה מתקבלת על ידי הדרג הפוליטי או על ידי גורם מנהלי כלשהו אלא היא נתונה לערכאה שיפוטית. גישת המחוקק, כפי שהשתקפה בדברי ההסבר להצעה שבעקבותיה נחקק תיקון מס' 9, היא ש"שלילתה של זכות חשובה מעין זו [הזכות לאזרחות], ראוי כי תיעשה בהליך שיפוטי ולא כמהלך מינהלי" (הצעת חוק האזרחות (תיקון מס' 9), בעמ' 11) " (סעיף 75 לפסק דינה של כבוד הנשיאה חיות).

25. העובדה שההחלטה מתקבלת על ידי בית משפט גם משמשת בפסק הדין לחיזוק הטענה שהפגיעה של הסעיף היא מידתית: "הפגיעה בזכות לאזרחות שנגרמת כתוצאה מההסדר היא אומנם קשה... אך לא ניתן לנתק 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...

ובראשם הקביעה כי הסמכות לביטול האזרחות נתונה לערכאה שיפוטית" (סעיף 87 לפסק הדין של כבוד הנשיאה חיות). לגבי ביטול תושבות אין "המתקה" כזאת של הפגיעה.

26. בחוות דעתה של כבוד השופטת ברק-ארוז נכתב כך: "שלילת האזרחות נדרשת להיעשות בהליך הוגן, בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות ועל פי חוק (ראו: סעיף 4)8 לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר האזרחות). לא בכדי אפוא חוקים שעניינם 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" (סעיף 31). הליך כזה אינו קיים כאשר מדובר בביטול תושבות קבע, והדבר משליך על מידתיות ההסדר. המקרה של מרשנו חמור במיוחד; החלטה שרירותית לחלוטין, המובססת על הרשעה לא קשה מלפני שנים רבות, וזיקה של השר שקיבל את החלטה לנושא, כל אלו מעידים עד כמה מסוכן להותיר החלטות הרות גורל כאלה בידי הדרג הפוליטי המתחלף.

### **בביטול תושבות קבע אין מסלול פלילי**

27. מעבר למשמעות שיש לקיום ההליך של ביטול האזרחות על ידי בית המשפט, ולא על ידי הרשות המבצעת, בביטול אזרחות גם קיימים שני מסלולים לביטול האזרחות על ידי בית המשפט, מסלול מינהלי ומסלול פלילי, ופסק הדין מקנה עדיפות למסלול הפלילי. בביטול תושבות קבע אין בכלל מסלול פלילי.

28. בפסק הדין של הנשיאה חיות נקבע כי כל עוד קיימת אפשרות להשתמש במסלול הפלילי, יש לבחור במסלול הזה ולא במסלול המינהלי (סעיף 102). בחוות דעתו של כבוד המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל אף נכתב כי "ביחס למקרים שבהם מעשה הפרת האמונים הנוטען הוא עבירה פלילית, והתכלית של ביטול האזרחות היא הצהרתית-גמולית, אך לא מנוהל הליך פלילי בגין המעשה בשל היעדר תשתית ראייתית, או שההליך הפלילי אינו מסתיים בהרשעה, אלא בביטול כתב האישום או בזיכוי – יש לקרוא את החוק כאילו הוא אינו מאפשר לנהל הליך מנהלי לביטול אזרחות" (סעיף 13). קל וחומר שאין מקום לביטול המעמד היחיד שיש לאדם ללא כל הליך שיפוטי, בהחלטה של שר, אך ורק על בסיס "הנחת דעתו" שהמעשים המיוחסים לאדם נעשו.

29. בנוסף, המסלול הפלילי שנקבע לגבי ביטול אזרחות כן מאפשר לאותו המותב שדן בעניין הפלילי לשקול את העובדה שמתקבלת החלטה על ביטול האזרחות במסגרת קביעת העונש, ולכן יכול להיות שהמסלול הזה בכל זאת יפחית את הסכנה של ענישה עודפת. כאמור, זה המסלול שבו יש לנקוט, על פי פסק הדין, כל עוד הדבר אפשרי. אולם, אפשרות זו כלל אינה קיימת כאשר מדובר בביטול תושבות קבע.

30. המשנה לנשיאה (בדימי) הנדל גם כתב בפסק דינו שלשיטתו, כן יש מימד גמולי בביטול אזרחות בשל הפרת אמונים, ושהמימד הזה מן הסתם מקבל ביטוי במישור הריאליסטי: "קשה לומר שביטול האזרחות אינו סוג של עונש, בוודאי סנקציה בגין התנהגות שלילית. לא בכדי ניתן לבטל אזרחות במסגרת הליך פלילי לפי עבירות מוגדרות בחוק העונשין, וזאת על-ידי הרכב שהרשיע נאשם בעבירות הרלוונטיות וגזר את דינו. מנקודת מבט ריאליסטית, לא נכון לטעמי להבחין באופן הרמטי בין התכלית של ביטול האזרחות לבין מהותה

העונשית-גמולית של סנקציה זו בפועל. רביעית, אם יטען הטוען כי ביטול האזרחות אינו סנקציה עונשית באופן מלא, הרי היא בוודאי סנקציה מנהלית המגבילה את זכויותיו של מי שננקטה כלפיו עקב התנהגותו" (סעיף 4).

31. כלומר, אכן יש מקום לכריכה של ההחלטה על ביטול המעמד יחד עם ההכרעה לגבי העונש הפלילי, והדבר הזה מן הסתם מאפשר התחשבות בכך שהמעמד בוטל במסגרת קציבת העונש. האפשרות הזאת כלל אינה קיימת לגבי ביטול תושבות קבע. לא זו אף זו, במקרה של מרשנו ההליך הפלילי הסתיים זה מכבר, ומה שכעת קורה הוא שהוא מוחזק במעצר מינהלי, שכלל אינו מתאים בתכליותיו לשלית תושבות. כך שנדבך מרכזי בפסק הדין כלל לא מתקיים בעניינו, ומאייך בכך את תוקפה של ההחלטה לשלול את מעמדו.

32. לאור כל האמור לעיל, אנו מבקשים שתבחנו מחדש את ההחלטה לשלול את מעמדו של מרשנו, ותבטלו אותה.

בכבוד רב,

לאה צמל, עו"ד

דניאל שנהר, עו"ד

העתקים:

עו"ד רן רוזנברג ועו"ד מתן שטיינבוך, מחלקת בג"ץ בפרקליטות המדינה