

בעניין:

1. דוויאת, ת"ז \_\_\_\_\_
2. דוויאת, ת"ז \_\_\_\_\_

ע"י ב"כ עוה"ד בנימין אחסתרובה (מ"ר 58088) ו/או דניאל  
שנהר (מ"ר 41065) ו/או עביר ג'ובראן-דכוור (מ"ר 44346) ו/או  
נאסר עודה (מ"ר 68398) ו/או נדיה דקה (מ"ר 66713) ו/או  
תהילה מאיר (מ"ר 71836)

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

### העותרים

- נ ג ד -

#### 1. שר הפנים

באמצעות פרקליטות מחוז ירושלים  
רח' מח"ל 7, ירושלים  
טל: 02-5419555; פקס: 02-5419581/2

#### 2. כנסת ישראל

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

### המשיבים

#### עתירה מינהלית מתוקנת

מוגשת בזאת עתירה כנגד החלטתו של שר הפנים (להלן: **ההחלטה**) שניתנה מכח תיקון סעיף 11 (א) לחוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 שהתקבל במליאת המשיבה ביום 7.3.2018 (להלן: **החוק**), ועניינה ביטול רישיון ישיבת הקבע של העותר 1, רישיון בו החזיק מתוקף השתייכותו לאוכלוסיית הילידית של ירושלים המזרחית. ההחלטה ניתנה מטעמים של הפרת אמונים ובהתבסס על החוק וזאת לאחר שהעותר 1 השליך אבנים שהביאו למותו של אזרח ישראלי.

בית המשפט הנכבד מתבקש לבטל את ההחלטה מהטעמים הבאים:

(א) מדובר בהחלטה פסולה מן היסוד;

(ב) מדובר בהחלטה שהתקבלה מכח חקיקה בלתי חוקתית;

כפי שיפורט בגוף העתירה, ההחלטה כשלעצמה פוגעת בעקרונות יסוד חוקתיים של צדק והגינות בהחילה על העותר דבר חקיקה למפרע. בנוסף ההחלטה שניתנה על ידי המשיב 2 בעניינו של העותר, ניתנה מכח חקיקה בלתי חוקתית שאינה עומדת בתנאי פסקה 8 (להלן: **פסקת ההגבלה**) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, מנוגדת למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטרי, מפלה ועומדת בסתירה מוחלטת לעיקרון שלטון החוק וחובת ההגינות השלטונית.

מטעמים אלו מתבקש בית המשפט הנכבד לפסול את ההחלטה ולבטלה.

### פתח דבר

ביום 21.10.2015 שלח שר הפנים הודעה לעותר 1 בדבר כוונתו לשלול ממנו את רישיון ישיבת הקבע שלו בישראל. בימים 15.12.2015 ו- 24.12.2015 הגיש העותר 1 טיעונים בכתב ובעל פה כנגד החלטת השר. במקביל הוגשו לבג"ץ שתי עתירות בעניינו של העותר 1 ומספר עותרים נוספים. במסגרת אחת העתירות – בג"ץ 1635/16 מוחמד אבו כף ואח' נ' ממשלת ישראל ואח' – נקבע כי עניינם של העותרים ובכללם עניינו של העותר 1 דכאן, ימתין להכרעה בבג"ץ 7803/06 אבו ערפה ואח' נ' שר הפנים (להלן: עניין אבו ערפה) אשר עסק כידוע אף הוא, בשאלת סמכות שר הפנים על פי חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952, לשלול רישיונות לישיבת קבע מתושבי ירושלים המזרחית. ביום 13.9.2017 ניתן פסק הדין בעניין אבו ערפה. בפסק הדין נקבע כי חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952 במתכונתו דאז אינו מסמיך את שר הפנים לשלול רישיונות לישיבת קבע מתושבי ירושלים המזרחית ולפיכך דינה של החלטת השר להתבטל. עם זאת, השהה בית המשפט הנכבד את ביטול ההחלטה לתקופה של שישה חודשים על מנת ליתן סיפק בידי המחוקק לשנות את חוק הכניסה לישראל התשי"ב-1952. עוד נקבע בבג"ץ 1635/16, כי המתווה בעניינו של העותר 1 ייקבע בהתאם למתווה שנקבע בעניין אבו ערפה.

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

ימים בודדים לאחר שאושר החוק, הזדרז שר הפנים ושלח לב"כ העותרים הודעה (להלן: **ההודעה**) בדבר כוונתו לבטל את רישיון הישיבה של העותר 1. לאחר שהעותרים הגישו לשר הפנים טיעונים בכתב כנגד הודעתו, נתן השר ביום 29.4.2018 את החלטתו הסופית ושלל מהעותר 1 את רישיון ישיבת הקבע שלו על בסיס החוק ומטעמים של הפרת אמונים.

העתק מהחלטת שר הפנים מיום 29.4.2018 לביטול רישיון ישיבתו של העותר 1, מצ"ב ומסומן ע/1.

כפי שיפורט בפרק המשפטי לעתירה, ההחלטה החדשה שניתנה בעניינו של העותר 1 – ובעניינם של תושבי ירושלים המזרחית האחרים שבעניינם ניתנו החלטות דומות – בהסתמך על החוק, היא החלטה פסולה מן היסוד. מדובר בהחלטה אשר החוק העומד בבסיסה אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ולפיכך אינו חוקתי. בנוסף חוקק החוק וניתנה ההחלטה בידיעה ברורה ומוקדמת כי הם עומדים בסתירה מוחלטת לחובותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי הבינלאומי. זאת ועוד. מעבר לאי חוקתיות החוק שממנו מבקשת החלטת שר הפנים להיבנות, העותרים יצביעו על כך כי גם ברמה הפרטנית של העותר 1,

בחור צעיר שהואשם בהריגה בשל יידוי אבנים שגרמו למותו של אדם, מדובר בהחלטה פסולה מן היסוד, בהיותה בלתי חוקתית, בלתי סבירה ובלתי מידתית ולפיכך דינה בטלות. נפנה לדברים כסדרם.

### הסמכות העניינית והמשיבים לעתירה

הסמכות לדון בעתירה דכאן מסורה לבית המשפט הנכבד מכח סעי' 11 א (ג) לחוק שמכוחו ניתנה ההחלטה הנתקפת בעתירה זו, והמשיבים לעתירה צורפו בהתאם להוראות סעי' 6 א לתקנות בתי משפט לעניינים מינהליים (סדרי דין) התשס"א-2000 הקובע כי כמשיבים לעתירה יצורפו הרשות שנגד החלטתה מכוונת העתירה, וכל רשות אחרת הנוגעת בדבר.

### רקע עובדתי

#### הצדדים

1. **העותר 1** (להלן: **העותר**), יליד שנת 1996, ובנה של **העותרת 2**, אשר מכח השתייכותו למשפחה מאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית החזיק עד להחלטת שר הפנים בעניינו ברישיון לישיבת קבע.
2. **המשיב 1** (להלן: **המשיב** או **שר הפנים**) הוא השר אשר מעבר לקידום הליך חקיקת החוק נתן את ההחלטה הנתקפת בעתירה זו.
3. **המשיבה 2** (להלן: **המשיבה**) קידמה יחד ולחוד עם המשיב את חקיקת החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה הנתקפת בעתירה זו, והצביעה על אישורו במליאתה ביום 7.3.2018.

#### מיצוי ההליכים

4. העותר, יליד 23.7.1996, גדל וחי בשכונת צור באהר שבירושלים המזרחית לצד בני משפחתו המשתייכת לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית. העותר מגיע ממשפחה במצב כלכלי ירוד ועל כן עם סיום לימודי התיכון נאלץ לצאת לעבוד בעבודות מזדמנות כגון: בנייה, מלצרות וגינון.  
העתק מת"ז העותרת 2 עם נספח ובו פרטיו של העותר מצ"ב ומסומן ע/2.
5. ביום 15.10.2015 הוגשו כנגד העותר וארבעה נוספים, כתבי אישום במסגרת ת"פ 15-10-26792. כתבי האישום הוגשו, בין השאר, בשל יידוי אבנים ביום 13.9.2015 לעבר מכונית בה נהג מר אלכסנדר לבלוביץ ז"ל, שכתוצאה מפגיעת האבן שהושלחה לעבר רכבו, איבד שליטה על הרכב התנגש בעמוד חשמל ובעץ ונהרג.
6. ביום 14.9.2017 ניתנה הכרעת הדין בעניינם הפלילי של העותר והנאשמים הנוספים. **יודגש, כי על פי הכרעת הדין העותר לא הורשע ברצח בכוונה תחילה, אלא בהריגה** שהתבססה על אדישות, פזיזות או קלות דעת ונטילת סיכון לתוצאות מעשיו.
7. כאמור, ביום 7.3.2018 ובעקבות פסק דינו של בית משפט העליון בעניין אבו ערפה תוקן החוק. ביום 18.3.2018, ימים בודדים לאחר תיקון החוק הזדרז המשיב ושלה לעותר 1 הודעה בדבר כוונתו לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלו בהתבסס על החוק המתוקן.

העתק מהודעת המשיב לעותרים מצ"ב ומסומן ע/3.

8. ביום 8.4.2018 שלחו העותרים טיעונים בכתב כנגד החלטתו של המשיב לבטל את רישיון ישיבת הקבע של העותר. במסגרת טיעוניהם בכתב העלו העותרים בפני המשיב הן טענות עקרוניות כנגד פסלות החוק שממנו מבקשת החלטתו להיבנות והן טענות במישור הפרטני הנוגע לענייניו של העותר, ובכלל זאת, טיעונים לחוסר סבירות ומידתיות לאור המעשה בגינו ניתנה ההחלטה והן בעניין החלתו הרטרואקטיבית והפסולה של החוק שנכנס לתוקף ימים ספורים לפני שליחת ההודעה בענייניו של העותר שעוסק במקרה נקודתי שאירע כשנתיים וחצי לפני כניסתו לתוקף של החוק המתוקן.

העתק מהטיעונים בכתב שהגישו העותרים למשיב כנגד החלטתו מצ"ב ומסומן ע/4.

9. ביום 29.4.2018 ניתנה החלטתו הסופית של המשיב בעניינו של העותר – ההחלטה אשר צורפה לעיל וסומנה ע/1 – היא ההחלטה הנתקפת בעתירה זו.

### הטיעון המשפטי

10. להלן ייטען כי החלטת המשיב לשלול מהעותר 1 המשתייך לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית את רישיון ישיבת הקבע בו אחז כל ימיו, פסולה ברמה העקרונית והפרטנית כאחד.

11. **ברמה העקרונית** ייטען כי החלטה כגון דא אינה תקפה לעניינם של תושבי ירושלים המזרחית כמי שמעולם לא קמה להם חובת אמונים כלפי המדינה אליה סופחו בעל כורחם שכן מדובר בהחלטה המתבססת על חוק שאינו חוקתי. העותרים יטענו כי לפנינו החלטה שניתנה מכוחו של חוק הפוגע בזכויות יסוד, ושאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, מפלה ופוגע בזכות לשוויון. עוד ייטען ברמה העקרונית, כי לשיטת העותרים – הסבורים בניגוד למשיבים – כי החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה אינו מפורש ומפורט דיו בנסיבות העניין, כנדרש בפסיקה ולפיכך מנוגד לעיקרון שלטון החוק ולחובת ההגינות השלטונית. לסיכום הטיעון ברמה העקרונית ייטען, כי ההחלטה מתבססת על חוק העומד בסתירה מוחלטת למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטארי המנהגי, עניין אשר היה ידוע למשיבים עובר לחקיקתו, ולפיכך היה עליהם לתת משקל מיוחד לנורמות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי. משלא נעשה הדבר, הרי שלפנינו החלטה פסולה שניתנה מכוחו של חוק בלתי חוקתי.

12. **ברמה הפרטנית** ייטענו העותרים כי מדובר בהחלטה פסולה ומפלה שניתנה בחוסר סמכות המחילה על עניינו של העותר 1, דבר חקיקה למפרע. זאת, בניגוד מוחלט לחובת ההגינות השלטונית ולפסיקה הקיימת בעניין. עוד ייטענו העותרים כי אף לשיטת המשיבים, הסבורים – בניגוד לעותרים – כי החוק חוקתי, עניינו של העותר 1 אינו מהווה מעשה של הפרת אמונים במשמעות החוק. לסיכום ייטענו העותרים ייטענו כי בנסיבות עניינו של העותר 1, ובכללם גילו, השתייכותו לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, העבירה בה הואשם והעונש הכבד שנגזר עליו בהליך הפלילי שהתנהל בעניינו, ושאותו הוא מרצה זה מכבר, הרי שמדובר בהחלטה שרירותית, בלתי סבירה ובלתי מידתית שניתנה משיקולים זרים ובהסתמך על טיעון להפרת אמונים של מי שמעמדו אינו מותנה בחובת שמירת אמונים, ולפיכך דינה להתבטל.

13. **ברמה העקרונית** ייטען כי החלטה כגון דא אינה תקפה לעניינם של תושבי ירושלים המזרחית כמי שמעולם לא קמה להם חובת אמונים כלפי המדינה אליה סופחו בעל כורחם, שכן מדובר בהחלטה המתבססת על חוק שאינו חוקתי. העותרים יטענו כי לפנינו החלטה שניתנה מכוחו של חוק הפוגע בזכויות יסוד, ושאינו עומד בתנאי פסקת ההגבלה, מפלה ופוגע בזכות לשוויון. עוד ייטען ברמה העקרונית, כי לשיטת העותר – הסבור בניגוד למשיבים – כי החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה אינו מפורש ומפורט דיו בנסיבות העניין, כנדרש בפסיקה ולפיכך מנוגד לעיקרון שלטון החוק ולחובת ההגינות השלטונית. לסיכום הטענות ברמה העקרונית ייטען, כי ההחלטה מתבססת על חוק העומד בסתירה מוחלטת למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטארי המנהגי, עניין אשר היה ידוע למשיבים עובר לחקיקתו, ולפיכך היה עליהם לתת משקל מיוחד לנורמות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי. משלא נעשה הדבר, הרי שלפנינו החלטה פסולה שניתנה מכוחו של חוק בלתי חוקתי. נפנה לטיעונים כסדרם. נפנה לטיעונים כסדרם.

### טיעון משפטי ברמה פרטנית

#### ההחלטה מחילה את החוק על העותר למפרע

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

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

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

בעקבות החוק החדש היא בעלת היקף רחב יותר, מאחר שהיא חלה גם במועד מוקדם לכניסת החוק לתוקף, בדוגמה שלנו שנת 2015. יוער כי בנוסף להגדלת היקף החבות הכוללת שמושתת על הפרט (לעומת המצב שבו החבות במס תחולתה רק מעתה ואילך), לעיתים גם נשללת ממנו האפשרות לבחור להימנע ממנה באמצעות שינוי הסטטוס שיוצר אותה, בדוגמה שלנו על ידי מכירת הנכס.

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

16. בעניינו של העותר דנן, הדברים פשוטים. מדובר בהחלטה המתבססת על חוק שנחקק שנתיים וחצי לאחר קרות המקרה ושמכוחו נטל המשיב החלטה המריעה עם העותר. מדובר אם כן, בהרעה במישור המהותי – שלילת כלל זכויותיו של העותר בארצו כבעל רישיון לישיבת קבע – שמשמעותה פגיעה ישירה בעקרונות יסוד חוקתיים של צדק והגינות. במועד המעשה לא על פי המדיניות הנוהגת ואף לא על פי החקיקה יכול היה העותר לדעת כי מעבר לעונש הכבד שהושת עליו במישור הפלילי ושאותו הוא נושא כיום תוצאות מעשיו יובילו אף לצעדים כה דראקוניים.

17. נשוב ונזכיר, העותר, ביצע את מעשהו החד פעמי והנקודתי, מעשה שהסתיים זה מכבר, עוד ביום 13.9.2015. לעומת זאת, החוק שמכוחו החליט המשיב לבטל את רישיון הישיבה של העותר, הוא חוק שאושר בקריאה שלישית רק ביום 7.3.2018, כלומר, החוק בא לעולם שנתיים וחצי לאחר ביצוע המעשה עצמו. לפיכך, וללא קשר לעמדת העותרים בעניין אי חוקתיות החוק ואי סמכותו של המשיב לשלול רישיונות לישיבת קבע מתושבי ירושלים המזרחית מטעמים של הפרת אמונים אף לעת הזאת, אין ספק שלפנינו החלה של דבר חקיקה למפרע על העותר. שכן, במועד ביצוע המעשה הנקודתי שהסתיים לפני למעלה משנתיים וחצי – ידויי האבנים – החוק המסמך כלל לא בא לעולם.

18. הנה כי כן, אף ברמה הפרטנית לפנינו החלטה שעניינה החלה למפרע של דבר חקיקה תוך פגיעה קשה בעקרונות הצדק וההגינות ולפיכך דינה להתבטל.

**מעשהו של העותר אינו עונה על ההגדרה של מעשה טרור**

19. בחוק נקבע כי כמעשה שיש בו משום הפרת אמונים ייחשב מעשה באם הוא עונה על ההגדרה של "מעשה טרור". בחוק המאבק בטרור, התשע"ו-2006 מוגדר מעשה טרור:

**"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; לעניין 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;
- לעניין הגדרה זו –

- (א) נעשה המעשה או האיום כאמור בפסקה (3)(א) תוך שימוש בנשק או בסכין, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקה (2);
- (ב) נעשה המעשה או האיום תוך שימוש בנשק כימי, ביולוגי או רדיואקטיבי, בחומר מזיק או במיתקן רגיש, או תוך פגיעה במיתקן רגיש, העלולים לפי טיבם או סוגם לגרום לפגיעה חמורה בשטח גדול או בציבור גדול, יראו אותו כמעשה טרור גם אם לא התקיים בו האמור בפסקאות (2) או (3);

- (ג) נעשה המעשה או האיום על ידי ארגון טרור או על ידי חבר בארגון טרור, חזקה כי התקיים האמור בפסקאות (1) ו-2; עורר נאשם ספק סביר לעניין זה, יפעל הספק לטובתו;
- (ד) אין נפקא מינה אם המניע או המטרה המנויים בפסקאות (1) ו-2) היו המניע או המטרה הבלעדיים או העיקריים למעשה או לאיום;
- (ה) נשק – למעט חלק ואבזר כאמור בסעיף 144(ג) לחוק העונשין;

20. הנה כי כן, "מעשה טרור במשמעות חוק המאבק בטרור, שהגדרה למעשה הפרת אמונים בחוק נגזרת ממנו, מחייב, בין השאר, כי המעשה יעמוד במספר תנאי סף מצטברים הנדרשים במלואם על מנת לקבוע כי מעשה עונה להגדרה של מעשה טרור.

21. ראשית, חייב המעשה להיעשות **במטרה עתידית** – לעורר פחד או בהלה בציבור או במטרה לאלץ ממשלה או רשות שלטונית אחרת לפעול באופן כלשהו. ברם, בבסיס המעשה שביצע העותר כאמור בהחלטה, עמדה מטרת **תגמול והזדהות** בגין אירוע שהתרחש קודם לכן באותו היום (עימותים בין צעירים ושוטרים בהר הבית). כלומר: אליבא דהמשיב, מדובר במעשה שנעשה **במבט צופה פני עבר** – תגמול – ולא במעשה שנעשה **במבט צופה פני עתיד** כנדרש על פי חוק המאבק בטרור – כגון, לעורר פחד, או במטרה לאלץ ממשלה או רשות לפעול באופן מסוים.

22. **שנית**, בכדי שמעשה ייחשב כמעשה טרור במשמעות חוק המאבק בטרור עליו להיעשות בנוסף, מטעמים אידאולוגיים, דתיים או לאומיים.

23. ברם, גם כאן לעמדת העותרים, כלל לא ברור האם המעשה בו הורשע העותר נעשה מטעמים אידאולוגיים, דתיים או לאומיים – שהינם כאמור תנאי סף מצטברים הנדרשים על פי חוק המאבק בטרור – או שמא מתוך נמהרות של אדם צעיר שהשתתף במעשה מתוך הזדהות גרידא עם צעירים בני עירו שהתעמתו עם שוטרים, כאמור בהחלטת המשיב.

#### **החלטה שרירותית בלתי סבירה ובלתי מידתית**

24. מבלי להפחית מחומרת המעשה שביצע העותר ומתוצאותיו הטראגיות, חשוב לציין כי העותר, שבמועד ביצוע המעשה היה צעיר בן 19, לא הורשע ואף לא הואשם בביצוע רצח בכוונה תחילה, אלא בעבירת הריגה. מטעם זה במסגרת ההליך המינהלי נקבע כי בית משפחתו ייאטם באטימה הפיכה. בנוסף יודגש, כי דעת המיעוט בפסק הדין בבג"ץ 1721/16 **עוידאת ואח' נ' מפקד פיקוד העורף** (פורסם בנבו) אשר עסק בהריסת בית משפחת העותר, אף סברה כי אין מקום לביצוע אטימה הפיכה של הבית. זאת, לאור העובדה כי לעותר דגן לא הייתה כוונת קטילה – יסוד נפשי – (פסק דינו של כבוד השופט פוגלמן בעניין דהתם).

25. משמתברר שלעותר לא הייתה כוונת קטילה, ואף לא ברור האם המניעים שעמדו בבסיס המעשה היו דתיים, אידאולוגיים לאומיים, האם מעשהו נעשה **במבט צופה פני עתיד** כנדרש



להתקיימותו של מעשה טרור במשמעות חוק המאבק בטרור, סבורים העותרים, כי ההחלטה בעניינו אף לוקה בשרירותיות, חוסר סבירות וחוסר מידתיות. כיצד ייתכן כי דין אחד למי שלא הורשע ברצח בכוונה תחילה דינו ולמי שהייתה לו כוונת קטילה? כיצד ייתכן ודינו של בחור צעיר שעשה את המעשה הנורא שעשה על סף בגרות ומטעמי תגמול והזדהות כאמור בהחלטה, כדינו של בוגר, העושה את מעשהו מתוך רצון לעורר פחד או לאלץ רשויות לפעול באופן מסוים?

26. העובדה כי המשיב מזדרז ומשתמש בחוק על מנת להחילו על עניינו של העותר תוך שהוא קובע בהחלטה כי הוא מבטל את רישיון הישיבה שלו בישראל בשל ה"מעשה הרצחני" שביצע, כאשר בהליך הפלילי הורשע העותר בהריגה ולא ברצח, אך מחדד את פסלותם של ההחלטה והחוק שמכוחו ניתנה, המסמיכים את השר להפעיל את סמכותו הדראקונית באופן שרירותי, ללא אמות מידה ברורות ובלי ששורטטו גבולות חובת האמונים הלכאורית. כל זאת, ללא בחינה ממשית של כל מקרה לגופו, ללא שההחלטה הועברה קודם לנתינתה לבחינת כשרותה ליועץ המשפטי לממשלה ולבית המשפט לעניינים מנהליים כקבוע בחוק האזרחות, וללא התייחסות רצינית ומעמיקה לטעמים העומדים ביסוד המעשה וחומרתו מחד ולטעמים הענייניים למתן ההחלטה דווקא במקרה כגון זה.

27. כאמור, בהחלטה הפסולה קבע המשיב כי העותר ביצע "מעשה טרור רצחני". קביעה זו אין לה על מה שתסתמך, לא על ההליך הפלילי ולא על ההליך המינהלי שהתקיימו בעניינו של העותר. נשוב ונזכיר, בשני ההליכים נקבע כי לעותר לא הייתה כל כוונת קטילה והוא הורשע בהריגה. כמו כן בהחלטה עצמה נקבע כי המעשה שביצע העותר בוצע כתגמול והזדהות ולא כמעשה טרור כהגדרתו בחוק המאבק בטרור – במטרה להפחיד או לאלץ רשויות לפעול באופן מסוים. זאת ועוד, נראה כי בקביעה כי העותר עשה מעשה רצחני, עשה המשיב קפיצה לוגית שהובילה אותו למסקנה כי משבוצע רצח בכוונה תחילה נמצא הבסיס אף לקביעה כי מדובר במעשה של הפרת אמונים.

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

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

30. ברם, לאור כל האמור, ובפרט לאור נסיבות עניינו הפרטני של העותר דכאן, אין ספק כי ההחלטה לבטל את רישיון הקבע בו הוא החזיק העותר מכח השתייכותו לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית ומטעמים של הפרת אמונים, היא החלטה פסולה בלתי סבירה ובלתי מידתית ומכאן שיש לבטלה.

### טיעון משפטי ברמה עקרונית

### לתושבי ירושלים המזרחית לא קמה חובת אמונים

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

31. כידוע, אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית ישבה בה עוד בטרם סיפחה ישראל את שטחם אליה בשנת 1967 והפכה אותה לחלק משטחה של מדינת ישראל. תושבים אלו היו אזרחי ממלכת ירדן, קודם לכן אזרחי "פלשתינה" המנדטורית ועובר לכך אזרחי האימפריה העות'מאנית. ירושלים המזרחית היא ביתם וכור מחצבתם מזה דורות. תושבי ירושלים המזרחית קיבלו את הרישיון לישיבת קבע בישראל מכח היותם אוכלוסייה ילידית וכתוצאה ישירה מסיפוחה של עירם לישראל.

32. לאחר סיפוחה של ירושלים המזרחית על תושביה הילידים, ערכה ישראל מפקד אוכלוסין, כאשר מי שהתפקד במפקד קיבל רישיון לישיבת קבע, ובהמשך ניתן רישיון לישיבת 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)).

33. על הנסיבות שהובילו למתן רישיון לישיבת 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 מיוני 1967 (אמנון רמון "מחששות כבדים לסיפוח נלהב ונרחב: מהלכי השלטון הישראלי ל'איחוד ירושלים' (יוני 1967)" חקר ירושלים לדורותיה: חומר ודעת 365 (2015) (להלן: "רמון")).

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

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

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

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

אם אנחנו לוקחים את ירושלים עם תושביה הערביים, פירוש הדבר שאנחנו מספחים לישראל עוד 60-70 אלף ערבים שאנחנו מצרפים אותם לישראל... איננו יכולים לגרש את הערבים מירושלים. (פרוטוקול ישיבת הממשלה מיום 18.6.67, עמ' 13,

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

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

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

38. 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).

39. 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 למר קולק ביוגרפיות מפורטות על חברי מועצת העיר הירדנית, כולל תיאורי אופי מפורטים ופסילה של חלק מן הנציגים מלכהן במועצת העיר המאוחדת מסיבות ביטחוניות (רמון, עמ' 394-5).

40. 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 עדן 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)).

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

42. אי התניה של קבלת רישיונות לישיבת קבע לאוכלוסייתה של ירושלים המזרחית בהצהרת נאמנות למדינת ישראל, אף עולה בקנה אחד עם עקרונות המשפט הבינלאומי והדין הבינלאומי ההומניטארי, שלחלקן נתייחס בהמשך, ושלפיהן ירושלים המזרחית הינה שטח כבוש ותושביה בני המקום וילידי הארץ, הינם "תושבים מוגנים" הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי, ובכלל זה אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 והתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני מלחמה ביבשה מ-1907 (להלן: **תקנות האג**). 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. עוד על מעמדם הייחודי של תושבי ירושלים המזרחית כאוכלוסייה ילידית עמד בית המשפט העליון בשני פסקי דין שניתנו אשתקד: עע"ם 3268/14 **אלחאק נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 14.3.2017) ועע"ם 5037/08 **חליל נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 19.12.2017) (פורסמו בנבו).

43. משכך, והואיל ומדובר באוכלוסייה בעלת מעמד ייחודי שמעולם לא נדרשה, ואף לא ניתן לכפות עליה חובת אמונים, הרי שההחלטה הנתקפת בעתירה דנן התקבלה על יסוד חוק בלתי חוקתי המסמיך את המשיב לשלול רישיונות ישיבה ממי שבהכרח אינו חב בחובת אמונים מטעמים של הפרת חובת אמונים ולהענישו על כך, ודינה להתבטל.

#### **ההחלטה התקבלה מכח חוק שאינו עומד בפיסקת ההגבלה ועל כן אינו חוקתי**

44. כידוע, פגיעה בזכויות יסוד יכולה שתהא בתנאי פסקה 8 (להלן: **פסקת ההגבלה**) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. להלן ייטען כי ההחלטה בעניינו של העותר התקבלה על יסוד חוק שאינו עומד בתנאים אלו ומשכך פסולה ודינה להתבטל.

45. בענייננו, לית מאן דפליג כי החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה הנתקפת בעתירה דכאן, פוגע בזכויות יסוד. מעבר לצורך נציין כי בבג"ץ 7052/03 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים**, שדן בעניין חוקתיותה של הוראת השעה, הועלה מעמדה של הזכות לחיי משפחה בישראל לזכות חוקתית, כחלק מכבוד האדם המעוגן בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

מכבוד האדם אשר מבוסס על האוטונומיה של הפרט לעצב את חייו נגזרת זכות-הבת של הקמת התא המשפחתי והמשך החיים המשותף יחדיו כיחידה אחת. האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם, לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו. הזכות החוקתית של בן הזוג למימוש התא המשפחתי שלו, היא, בראש ובראשונה, זכותו לעשות כן במדינתו שלו. זכותו של ישראלי לחיי משפחה משמעה זכותו לממשה בישראל

(שם, פסקה 34 לפסק דינו של כב' הנשיא ברק).

ובעניין אבו ערפה:

**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 אוהו: הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לחיי משפחה.** (סעי' 68 לפסק דינו של כב' השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה).

46. לאחר שהובהר כי החוק הפוגע בזכויות יסוד, יובהר מדוע הוא אינו עומד בפסקת ההגבלה.

החוק קובע כי:

(א) בלי לגרוע מהוראות סעיף 11(א)(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 11(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 לשיבת קבע.

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

#### **ההחלטה ניתנה מכח חוק שאינו הולם את ערכיה של המדינה**

47. כידוע, 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:

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

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

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

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

48. ברם, החוק שעליו נשענת ההחלטה הנתקפת בעתירה דנן, הינו דבר חקיקה שחוקק מלכתחילה בידיעה ברורה, כי הוא עומד בסתירה מוחלטת לחובותיה של מדינת ישראל במישור הבינלאומי. שכן, על אף הערותיו של בג"ץ למחוקק בעניין אבו ערפה, ועל אף שהמשיבים שקידמו את אישורו של החוק, היו מודעים היטב, בשעת מעשה ועובר לחקיקתו, כי האמור בו סותר במובהק את חובותיה של ישראל בהתאם למשפט הבינלאומי, בכל זאת חוקקו אותו. לפנינו אם כן, חוק שהורתו ולידתו בחטא, ועל כן החזקה העומדת ככלל למחוקק כי החוק הפנימי תואם לחוק הבינלאומי, נסתרה. משחוקק ביודעין חוק העומד בסתירה להוראות השונות במשפט הבינלאומי, מדובר בחוק לא חוקתי. כאמור לעיל, ככלל וברגיל, הוראות הדין הפנימי גוברות על הוראות המשפט הבינלאומי. עם זאת, לא ייתכן כי המשיבים יחוקקו מלכתחילה וביודעין חוק הסותר את חובותיה של ישראל למשפט הבינלאומי וההמוניטארי ולאחר מכן ייטענו כי החוק הפנימי גובר. התנהלות שכזו שהביאה לעולם את החוק הופכות אותו לחוק שאינו עולה בקנה אחד עם ערכיה של ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית חברה במשפחת העמים שמחויבת ל"משפט המנהגי" הבינלאומי ושהתחייבה כשחתמה על אמנות בינלאומיות המגנות על זכויות אדם ואשררה אותן, לפעול בכל מאודה לקיים את ההוראות הקבועות בהן.

49. יודגש כי ארגוני זכויות האדם: המוקד להגנת הפרט – המייצגת את העותרים בעתירה דכאן – האגודה לזכויות האזרח ועדאלה, התריעו על פסלות החוק, בין השאר מטעמים אלו, מבעוד מועד בפני המשיב, אך זה ביכר להתעלם מהדברים ולהמשיך בקידום החוק הפסול. קישור להערות הארגונים למשיב מיום 7.2.2018 מצ"ב:

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

50. על מנת לסבר את האוזן נציין כי החוק שעליו מתבססת ההחלטה הנתקפת בעתירה זו, עומד, בין השאר, בסתירה מוחלטת לחובותיה של ישראל על פי האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות משנת 1966, (נחתמה על ידי ישראל ביום 19.12.1966 ואושרה על ידה ביום 3.10.1991) וביתר פירוט סעי' 12 ד לאמנה הקובע כי לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו הוא. יפים לעניין זה דברי בית המשפט בעניין אבו ערפה:

סעיף זה פורש על ידי הוועדה הפועלת על-פי האמנה  
ב"הערה כללית 27" ( ) CCPR General Comment No. 27:  
Article 12 (Freedom of Movement),  
CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (2 November 1999), כך:

"[I]t embraces, at the very least, an individual who, because of his or her special ties to or claims in relation to a given country, cannot be considered to be a mere alien. This would be the case, for example, of nationals of a country who have there been stripped of their nationality in violation of international law, and of individuals whose country of nationality has been incorporated in or transferred to another national entity, whose nationality is being denied them" **באשר לכך שההסדר באמנה מתמקד באיסור על שלילה "שרירותית" של כניסה למדינה, מוסיפה הערה כללית מס' 27 ומבהירה:**

"The reference to the concept of arbitrariness... guarantees that even interference provided for by law should be in accordance with the provisions, aims and objectives of the Covenant and should be, in any event, reasonable in the particular circumstances. The Committee considers that there are few, if any, circumstances in which deprivation of the right to enter one's own country could be



reasonable. A State party must not, by stripping a person of nationality or by expelling an individual to a third country, arbitrarily prevent this person from returning to his or her own country”.

51. ככל שהחוק נוגע לתושביה הילידים של ירושלים המזרחית הוא מבקש לנתק אנשים ילידי הארץ הזו ממקומם הטבעי שסופח על ידי ישראל לאחר כיבושו, באמצעות ביטול רישיון ישיבת הקבע שניתן להם מכח היותם ילידי הארץ הזו. האמנה קובעת כאמור, כי אין לשלול באופן שרירותי את הזכות מאדם להיכנס לארצו הוא. הוועדה המוסמכת לפרש את האמנה הבהירה בהערותיה שצוטטו לעיל כי שרירותיות אינה מתפוגגת באמצעות חקיקה שאינה עולה בקנה אחד עם הרציונאלים והמטרות של האמנה. בין שאר מטרותיה מבקשת האמנה למנוע בדיוק את המצב אותו מבקש החוק לקבוע: מצב בו לא יוכל אדם להיכנס לארצו הוא.

52. החוק שעליו מתבססת ההחלטה בעניינו של העותר אף עומד בסתירה להוראותיה של אמנה נוספת. סעי' 31 לאמנה דבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות (נחתמה על ידי ישראל ביום 1.10.1954 ואושררה על ידה ביום 23.12.1958) מטיל הגבלות אף על גירושם של מי שאינם אזרחים. בעניינם של תושביה הילידים של ירושלים המזרחית אין ספק כי ההגבלות שנקבעו באמנה תקפות. העובדה כי החוק מתעלם מהגבלות שהיו ידועות למשיבים שקידמו אותו כאמור עוד בטרם נחקק, ומאפשר לשלול מבני המקום את מעמדם ואת זכותם להיכנס לעיר מולדתם וכו' מחצבתם חמורות ביותר והופכות אותו לבלתי חוקתי.

53. לא זו אף זו. על פי לשון החוק עליו נסמכת ההחלטה, באם מבקש המשיב לשלול רישיון לישיבת קבע אין אף צורך בוודאות מוחלטת כי האדם יקבל רישיון ישיבה במקום אחר ולא ייוותר מחוסר מעמד בעולם, **ובאפשרות לקניית מעמד סג'י**. דא עקא, כידוע לבית משפט, הדרך בין **אפשרות לקבלת מעמד לבין קבלתה בפועל** רצופה במכשולים רבים, ובמקרים רבים אפשרות שכזו אף מתבררת בדיעבד כעורבא פרח. נוכח הפגיעה הקשה בזכויות יסוד כל כך רבות הטבועה בחוק, היה על המחוקק – הסבור בניגוד לעמדת עותר כי החוק חוקתי – לצמצם את הסמכות כך שלא ייוותר חלילה ספק באשר למעמדו של האדם הנפגע מההחלטה. הנה כי כן, אף מטעם זה, הפגיעה הקשה שפוגע החוק בזכויות היסוד של תושבי ירושלים המזרחית אינה חוקתית ועומדת בסתירה מוחלטת לחובותיה של ישראל על פי המשפט הבינלאומי.

54. לצד העובדה כי החוק שעליו מתבססת ההחלטה הנתקפת בעתירה זו עומד בסתירה להוראות של אמנות ישראל חתמה עליהן ואשררה אותן, החוק אף סותר את חובותיה של ישראל להוראות הדין ההומניטארי הבינלאומי וביתר שאת, הוראות שהינן חלק בלתי נפרד מ"המשפט המינהגי". כידוע, על פי המשפט הבינלאומי, תושבי ירושלים המזרחית הם תושבים מוגנים, וזאת מכוח מעמדה המיוחד של ירושלים המזרחית במשפט הבינלאומי ומעמדם של תושבים מוגנים אלו בדין הבינלאומי ההומניטארי. כתושבים מוגנים נהנים תושביה הילידים של ירושלים המזרחית מכל ההגנות שמעניק להם הדין הבינלאומי ההומניטארי, בנוסף להגנות בדין הישראלי, **ובכלל זה הגנה מפני גירוש מהשטח הכבוש ומנייתוק הקשר המשפחתי, מהעדר חובת נאמנות למעצמה הכובשת וזכותם לתושבות ומעמד בעירם ירושלים.**

55. החוק עליו נשענת ההחלטה סותר חזיתית את סעי' 45 לתקנות האג. כך, בין השאר, על פי תקנה 45 לתקנות האג אסור להכריח תושבי שטח כבוש להישבע אמונים למעצמה הכובשת.

56. החוק, המאפשר לשלול רישיון ישיבה בשל מעשה שיש בו משום הפרה של חובה ממי שבהכרח אותה חובה לא קמה לו – הפרה של חובת האמונים על ידי אוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית – היא הוראה הסותרת הוראות של הדין ההומניטארי שהינן בדרגה של משפט המנהגי, פשוטו כמשמעו.

57. הוראה נוספת מהדין ההומניטארי שהחוק סותר היא זו המצויה בסעי' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: **אמנת ג'נבה הרביעית**).

58. סעי' 47 לאמנת ג'נבה הרביעית קובע:

**מוגנים הנמצאים בשטח כבוש, לא ישללו מהם בשום פנים ואופן את ההנאות מאמנה זו, בגלל כל שינוי שהונהג, עקב הכיבוש, במוסדותיו או בממשלתו של השטח הכבוש, ולא בגלל הסכם שנעשה בין רשויות השטחים הכבושים ובין המעצמה הכובשת, ולא בגלל סיפוחו של השטח הכבוש – כולו או מקצתו – על ידי אותה מעצמה.**

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

59. החוק, שמכוחו ניתנה ההחלטה בעניינו של העותר, ובא לעולם לאחר פסק הדין בעניין אבו ערפה, בא בעיקרו על מנת לשלול מתושביה הילידים של ירושלים המזרחית את מעמדם ואת זכויותיהם ולהרחיקם מעיר הולדתם וכור מחצבתם מטעמים של הפרת אמונים כלפי ישראל. כמי שכבשה את השטח בו חיים תושבים אלו מדורי דורות וסיפחה אותו לשטחה, מהווה החוק שינוי השולל מתושבים מוגנים הנאות להן הם זכאים מתוקף אמנת ג'נבה הרביעית, שינוי שהונהג עקב הכיבוש בממשלתו ומוסדותיו של השטח הכבוש בגלל סיפוחו של השטח.

60. לפיכך נשוב ונדגיש. על אף שכאמור, למחוקק קיימת ככלל חזקה כי הוא חותר ליישוב הוראות הדין הפנימי הישראלי עם הוראות המשפט הבינלאומי, בעניין דכאן חזקה זו נסתרה. ההחלטה בעניינו של העותר ניתנה אם כן מכוחו של חוק שהגיע לעולם בידיעה ברורה ומוקדמת כי הוא סותר את חובותיה של ישראל למשפט הבינלאומי ולדין ההומניטארי והמשיב אף יודע על העניין מבעוד מועד. לפיכך, החוק וההחלטה אינם הולמים את ערכיה של ישראל כמדינה "יהודית ודמוקרטית" המחויבת כחברה במשפחת העמים להוראות המשפט הבינלאומי – אם בשל החתימה על אמנות ואשרורן ואם בשל השתייכות ההוראות בחלקן ל"משפט המינהגי" המחייב. משאלו פני הדברים, ברי כי ההחלטה והחוק שמכוחו ניתנה אינם עומדים ברף החוקתי הנדרש בהתאם לפסיקה, ועל כן מתבקש בית משפט נכבד זה לפסול את ההחלטה ולבטלה.

**החוק עליו מושתתת ההחלטה לא נועד לתכלית ראויה כנדרש**

61. החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה הנתקפת אף לא נועד לתכלית ראויה. נסביר. אין מחלוקת שרשויות המדינה זכאיות ואף חייבות לפעול נגד כל אדם, הפוגע בביטחון המדינה ובביטחון תושביה. ואולם, ענישה, וכמותה הרתעה, בדמות שלילת רישיון לשיבת קבע מליד הארץ הזכאי להגנות מתוקף התחייבות המדינה להוראות המשפט הבינלאומי והדין ההומניטארי, אינן תכליות ראויות **מתחום דיני ההגירה והמעמד**. לרשותן של הרשויות עומדים הדין הפלילי ואמצעי אכיפה רבים אחרים. מתן סמכות למשיב, שהינו גורם פוליטי, להפקיע רישיון לשיבת קבע ממי שמשתייך לאוכלוסייה הילידית של ירושלים המזרחית, על הפגיעה האנושה הנלווית לכך, אינו נושא עמו תכלית ראויה כאשר מדובר בלידי המקום, שמעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח. לפיכך אף מטעם זה החוק וההחלטה שניתנה מכוחו אינם חוקתיים וביטולה של ההחלטה הפסולה מתבקש מבית משפט נכבד זה.

### ההחלטה ניתנה מכח חוק שהפגיעה הטמונה בו עולה על הנדרש

62. הפגיעה הגלומה בחוק שמכוחו ניתנה ההחלטה, קשה ובלתי פרופורציונלית. ראשית, אף אם ביסוד החוק הייתה עומדת תכלית ראויה, עניין שהעותרים כופרים בו מן היסוד, הרי שמעולם לא הוכח שביטול רישיון לשיבת קבע מסייע במניעת עבירות חמורות. לפיכך כלל לא ניתן לקבוע כי הפגיעה שהוא פוגע אינה עולה על הנדרש. שנית, הדין הפלילי, כאמור, הוא דרך המלך להעניש את מי שחטא. שלישית, למול תועלת העולה משימוש בסמכות שנותן החוק למשיב – סמכות שהעותרים כופרים בה מהטעמים שצוינו לעיל – שהיא לכל היותר ספקולטיבית, עומדת פגיעה אנושה ומובהקת בזכויות יסוד שעליה אין חולק כפי שכבר נקבע בעניין אבו ערפה וצוטט לעיל. כל זאת במסגרת הליך מינהלי, וללא שהאשמתו של אדם במעשה הפרת האמונים – מעשה שהעותרים כופרים באפשרות תושבי ירושלים המזרחית לחטוא בו ממילא – הוכחה מעבר לכל ספק סביר.

63. זאת ועוד. שעה שיורדים לנבכי החוק, ובוחנים כל הסדר והסדר, להלכה ולמעשה, מסתבר עד כמה הוא נגוע באי חוקתיות.

64. כך, למשל, הפגיעה החמורה הגלומה בחוק מכוונת ביודעין ובמכוון – ולחלופין מתעלמת – מכך שרישיון לשיבת קבע אינו ניתן לכל אדם אלא בעיקר לתושביה הילידים של ירושלים המזרחית, שעל אף השוני במעמדם החוקי ברי כי בפועל הם שונים בתכלית השוני מכל זר המחזיק ברישיון לשיבת קבע. לפיכך, וכפי שאף צוין בעניין אבו ערפה שהובא לעיל, אף הפגיעה שפוגע החוק במעמדם של תושבים אלו גדולה בהרבה מהפגיעה בממעמדו של זר, והפגיעה במעמדם של תושבי ירושלים המזרחית שוות ערך בחומרתה לפגיעה במעמדם של אזרחים.

65. דא עקא, שבניגוד להליך הקבוע בחוק האזרחות התשי"ב-1952 (להלן: **חוק האזרחות**), לפיו המשיב הוא שצריך לפתוח בהליך לשלילת מעמד אזרחות מאדם מיוזמתו, הרי שעל פי החוק, האחריות לתקיפת ההחלטה של המשיב הניתנת מכוחו של החוק, על העלויות הכרוכות בכך, מוטלת כולה על האדם שרישיון ישיבת קבע שלו נשלל, וזאת במסגרת הליך שאינו מתנהל על פי הכללים הרגילים של המשפט המינהלי.

66. ויודגש, הגם שאף ההליכים לביטול אזרחות, המתנהלים על פי חוק האזרחות אינם חוקתיים, הרי שההליכים המעוגנים בחוק דכאן, חוקתיים עוד פחות. נסביר.

67. בסעי' 11 (ב) לחוק האזרחות נקבע מופרשות כי בבואו של המשיב להשתמש בסמכותו לשלול אזרחות מאדם עליו לפנות לבית המשפט לעניינים מינהליים ולבקש את אישורו לעניין. בנוסף, ולא בכדי, על פי סעי' 11 (ג) לחוק האזרחות הגשת הבקשה לבית המשפט מותנית אף היא בכך שקודם להגשתה התקבל אישורו של היועץ המשפטי לממשלה לעניין. כידוע, אין מדובר בשינוי טכני בלבד. שכן, אישורו של היועץ המשפטי עובר להגשת הבקשה ולביקורת השיפוטית, שונה בתכלית מאפשרות לביקורת שיפוטית לאחר מעשה, על מעשה מינהלי שכבר הושלם. סייגים ותנאים אלו להליך ביטול המעמד שנקבעו בחוק האזרחות באים ללמדנו על הזהירות וההקפדה הרבות שיש לנקוט בהליכים כגון דא. כמו כן, במסגרת ההליך שנקבע לשלילת אזרחות, פתוחה האפשרות בפני האדם שאת אזרחותו מבקש המשיב לשלול, להגיש בקשות לקבלת פרטים נוספים. בעניין אבו ערפה התייחס בית המשפט אף לעניין זה:

בשנת 2006 המליץ היועץ המשפטי לממשלה דאז, מני מזוז (להלן: היועץ המשפטי או היועץ), לקדם את הצעת החוק הממשלתית שלפיה תועבר הסמכות לביטול אזרחות מחמת הפרת אמונים לבית המשפט, לפי בקשת שר הפנים, ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה. בשנת 2008 תוקן חוק האזרחות לנוסחו דהיום כך שסמכות ביטול האזרחות מחמת הפרת אמונים הוקנתה לבית המשפט לעניינים מינהליים. בדברי ההסבר להצעת החוק הפרטית של ח"כ גלעד ארדן, שקודמה במקביל להצעת החוק הממשלתית, צוין כי "שלילתה של זכות חשובה מעין זו, ראוי כי תיעשה בהליך שיפוטי ולא כמהלך מינהלי" (הצעת חוק האזרחות (תיקון מס' 9) (סמכות לביטול אזרחות), התשס"ח-2007, ה"ח הכנסת 175, 11) (להלן: תיקון מס' 9 לחוק האזרחות)). בצד האמור, נקבעו גם מגבלות דיוניות על ההליכים בבית המשפט במסגרת בקשה לביטול אזרחות. כך, בקשה לביטול אזרחות בעילה של הפרת אמונים לא תוגש אלא בהסכמתו בכתב של היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 11(ג) לחוק האזרחות)... (סעי' 61 לפס"ד של כב' השופט פוגלמן בעניין אבו ערפה). (ההדגשות הוספו, ב.א.).

68. אין ספק כי הליך לשלילת רישיון לשיבת קבע והפגיעה האנושה בזכויות היסוד המוקנות לתושבי קבע המשתייכים לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית, כמוהו כפגיעה במי שאזרחותו נשללת. למרות זאת, והגם שאך מתבקש היה כי לשיטתו של מי שסבור שמדובר בהליך תקין וחוקתי, ישווה הליך ביטול מעמד הקבע להליך ביטול מעמד האזרחות, אין לדבר אזכור בחוק.

69. הסמכת המשיב לשלול רישיון לשיבת קבע מתושבי ירושלים המזרחית, המוגדרים כמוגנים במשפט הבינלאומי, בהחלטה מינהלית, בהתעלם מכך כי מדובר בגירוש מעיר מולדתם, ממשך ישיבתם בארץ, ומנסיבות קבלת רישיון ישיבת הקבע שניתן להם, היא פגיעה אנושה ולא חוקתית השווה בחומרתה לפגיעה באזרחים שמעמדם נשלל. על אף שמעמדה הייחודי של אוכלוסייה זו הוכר זה מכבר בבית המשפט העליון, מתעלם החוק מהעניין. לא זו בלבד שהוא מנהיג הליך לביטול רישיון ישיבה, עניין שלעמדת העותרים לא חוקתי כשלעצמו, אלא שהוא אף קובע לעניין הליך מינהלי הפוגע בצורה בלתי סבירה ומעבר לנדרש בנמעניו. הנה כי כן, והואיל ומדובר בפגם חוקתי היורד לשורשו של עניין הרי שאף מטעם זה מדובר בחוק לא חוקתי ולפיכך דינה של החלטה שניתנה מכוחו, להיפסל ולהתבטל.

70. זאת ועוד. סעיף 11א(א)(2) לחוק מאפשר למשיב על פי שיקול דעתו **לבטל** רישיון לשיבת קבע של אדם בגיר, אשר עשה מעשה שיש בו לסכן את שלום הציבור או ביטחונו. **מלשון הסעיף עולה אם כן** כי החלטת ביטול המעמד תיעשה אמנם כאשר האדם **בגיר**, **אולם החוק אינו מגביל** את המשיב מלהשתמש בסמכותו הדראקונית לביטול רישיון הישיבה לאדם בגיר, שעשה מעשה **בעודו קטין**. על פי החוק, אם כן, אף קטין שהשליך אבן בהיותו בן 13 עשוי למצוא עצמו בהגיעו לבגרות ללא מעמד במולדתו בהתאם לסמכות הפסולה שנמסרה למשיב בחוק. כך למשל, על פי החוק, די בכך שילד בן 15 יציע לחברו להשליך אבן על מכונית חולפת – אפילו אם הדבר לא ייעשה בפועל – לשם הפעלת סמכות המשיב לבטל את רישיונו לשיבת קבע. עניינים אלו אינם מתיישבים עם עקרון טובת הילד לו מחויבת ישראל כשיקול ראשון במעלה בדין הישראלי ובדין הבינלאומי ואינם עומדים ולו במרוחק בתנאי פסקת ההגבלה.

#### **החקיקה אינה עונה על הדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת**

71. החוק שמכוחו ניתנה ההחלטה שביטולה מתבקש בעתירה זו, אינו חוקתי, אף בשל העובדה שהוא אינו עונה על הדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת כדבעי ובפרט כשמדובר בחוק הפוגע באופן ישיר ואנוש בזכויות יסוד. נסביר.

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

(ההדגשה הוספה, ב.א.).

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

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

73. ברי כי דווקא לשיטת המשיבים הסבורים בניגוד לעותרים כי החוק חוקתי, הרי שנוכח עוצמת הפגיעה שמבקש החוק לפגוע בזכויות היסוד, על מחוקק המשנה היה לקבוע תקנות ברורות שיבהירו מהם הקריטריונים והגבולות להפעלת סמכות חריגה ומרחיקת לכת זו. דא עקא, תקנות חוק הכניסה לישראל לא שונו בהתאם ועד למועד כתיבת שורות אלו לא נקבעו קריטריונים ברורים להפעלת סמכות זו. זאת בניגוד לקביעותיו של בית המשפט:

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

וכן:

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

(ההדגשות הוספו, ב.א.).

74. לפיכך – והגם שלעמדת העותר החוק בלתי חוקתי בעליל ועל כן הוא כלל אינו יכול להסמיך את המשיב – אליבא דהמשיבים שחוקקו את החוק, יש לקבוע כי הוא לוקה בחסר בכל הנוגע לדרישה להסמכה מפורשת ומפורטת. החוק מסתפק בהגדרה ערטילאית אשר משמשת את המשיב ככלי להפעלת סמכותו באופן שרירותי ולפגוע בזכויות יסוד באופן אנוש במצבים רבים וממניעים שונים, ללא שנקבעו קריטריונים וגבולות ברורים לעניין הפעלת הסמכות. העדר מנעד בהיר וחד משמעי בחוק, אשר מגדיר במדויק באלו מקרים חריגים וקיצוניים יתאפשר למשיב לעשות שימוש בסמכות דראקונית זו של ביטול רישיון לישיבת קבע מטעמים של הפרת אמונים ממי שהוא בן המקום המשתייך לאוכלוסייתה הילידית של ירושלים המזרחית – אשר אף לא נדרשה להישבע אמונים למדינה אליה סופח שטחה – הוא פגם היורד לשורש דרישת החוקתיות, הוא מנוגד לעיקרון שלטון החוק ולחובת ההגינות השלטונית ואף פוגע ביכולת לקיים ביקורת שיפוטית על ההחלטות הניתנות מכוחו של החוק.

75. הנה כי כן, אף מהטעם הזה, מתבקש בית המשפט הנכבד לבטל את ההחלטה שניתנה מכוחו של החוק.

## **סיכום**

76. ההחלטה, הנתקפת בעתירה זו פסולה מן היסוד בהיותה פסולה לגופה ובהסתמכה על חקיקה בלתי חוקתית. העובדה כי מדובר בהחלת חוק למפרע, העובדה כי בעת ביצוע המעשה היה העותר על סף בגרותו, כי לא נאשם ברצח בכוונה תחילה, ואף לא ברור האם המניעים העומדים בבסיס מעשהו עונים על הגדרתו של מעשה טרור והפרת אמונים, לצד העובדה כי ההחלטה

ניתנה מכוחה של חקיקה העומדת בסתירה לחוקי יסוד ולהוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי ולדין ההומניטארי המנהגי, העובדה כי שאין בנמצא תקנות הקובעות קריטריונים ברורים להפעלת סמכותו של המשיב, כל אלו מבהירים כי החלטה והחוק שמכוחו היא ניתנה נגועים בפגמים היורדים לשורשו של עניין וכי לפנינו החלטה פסולה שיש לבטלה.

77. לאור כל האמור לעיל מתבקש בית הדין הנכבד לקבל את העתירה ולהורות למשיב לבטל לאלתר את החלטתו הפסולה שבנדון. כמו כן מתבקש בית המשפט הנכבד להשית על המשיב את הוצאות העותרים ושכ"ט עו"ד.

ירושלים, 28 מאי 2018

---

בנימין אחסתרובה, עו"ד  
ב"כ העותרים

(ת.ש. 89478)