

7 פברואר, 2018

לכבוד

מר יהודה זמרת

היועץ המשפטי

משרד הפנים

שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק הכניסה לישראל (תיקון מס'...), התשע"ח-2018 – הוספת סעיף 11א לחוק

1. להלן בקצרה הערות המוקד להגנת הפרט, מרכז עדאלה והאגודה לזכויות האזרח לתזכיר החוק שבנדון. אנו סבורים שמדובר בחקיקה בלתי חוקתית, המנוגדת גם לדין הבינלאומי הנוגע למעמדה של ירושלים המזרחית. החקיקה אינה עומדת על ההבחנה בין תושבי הקבע מירושלים המזרחית ומרמת הגולן (מטבע הדברים נתייחס בעיקר בתושבי ירושלים המזרחית) לבין תושבי קבע אחרים, ותוצאת יישומה משמעה פגיעה דרקונית בזכויות אדם.

2. בעקבות פסק דינו של בית המשפט הגבוה לצדק בבג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים** (פסק דין מיום 13.9.2017) פורסם תזכיר החוק. החקיקה המוצעת מבקשת להסמיך את שר הפנים לשלול מבעל רישיון לישיבת קבע את מעמדו במקרים שבהם התקבל המעמד על יסוד פרטים כוזבים (גם אם חלפו שנים ארוכות); כאשר אדם עבר עבירה של פשע (אף אם לא הורשע בה); ומשום "הפרת אמונים". במקרה שאדם יוותר ללא מעמד של קבע או אזרחות, או שאין לו אפשרות לרוכשם, על השר לתת לו רישיון ישיבה אחר. ההליך כולו יתנהל על פי יוזמותיו ושיקול דעתו של גורם פוליטי, שר הפנים, וככל שהאדם שמעמדו נשלל מבקש להשיג על כך, עליו לנקוט מיוזמתו ועל חשבונו הליכים, והללו יתנהלו שלא כדרך שמתנהלים הליכים מינהליים רגילים, אלא תוך גריעת הזכויות הדיוניות של העותר. חלק מן הפרוצדורות המוצעות הועתקו מתוך הליך ביטול האזרחות הבלתי חוקתי הקבוע בחוק האזרחות, התשי"ב-1952 ואחרות – אף הוחמרו לעומת ההסדר הבלתי חוקתי שבחוק האזרחות.

על שלילת תושבות הקבע

3. במדרג סוגי המעמד הניתנים בישראל רישיון לישיבת קבע שני רק לאזרחות. רישיון לישיבת קבע מקפל בתוכו אגד רחב של זכויות: הזכות לשהות באופן קבוע, מימוש הזכות לחיי משפחה, חופש התנועה, הזכות לעבוד, גישה לשירותי בריאות, רווחה וחינוך, הזכות להחזיק בקניין, כולל מקרקעין, ולממשו והזכות להשתתף בבחירות המוניציפאליות. אדם המחזיק ברישיון

לישיבת קבע מנהל את מרכז חייו במדינה – כאן משפחתו, קרוביו, ביתו, עבודתו, קניינו, שגרת חייו והשירותים אותם הוא מקבל וצורך.

4. רישיון לישיבת קבע מחזיקים, ככלל, שני אלה: מי שמעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח ירושלים המזרחית (ורמת הגולן), ומי שרכשו את מעמדם לאחר הליך של התערות בישראל. במקרה השני מדובר, בעיקר, בבני משפחה של אזרחים ותושבים, או במבקשי מעמד מטעמים הומניטאריים, שקיבלו תושבות קבע עם סיומם של הליכי התערות ארוכי שנים. אלה וגם אלה הם מי שיושבים בארץ ישיבה ממושכת. ביטול מעמדם פוגע בקשת רחבה של זכויות, ודאי שעה שמדובר בתושבי ירושלים המזרחית. עמד על כך בית המשפט בעניין **אבו ערפה**:

"ביטול רישיון ישיבת קבע שבידי הפרט פוגע גם בזכאותו לזכויות ולהטבות רבות המוקנות למי שאוחז רישיון מסוג זה – זכויות והטבות החורגות מעצם הזכות לשבת, דרך קבע, בשטח המדינה. על כן, לא ימצא חולק כי הפגיעה הכרוכה בביטול קונסטיטוטיובי של רישיון לישיבת קבע היא פגיעה חמורה.

... ביתר שאת כאשר עסקין בתושבי מזרח ירושלים. כאשר מדובר בתושבי מזרח ירושלים, עוצמת הפגיעה הכרוכה בביטול רישיון לישיבת קבע ובהרחקתם קשה יותר מפגיעה בתושבי קבע 'רגילים', שקיבלו את רישיונם במסגרת הליכי הגירה. כאמור, הזיקה של תושבי מזרח ירושלים אל אזור מגוריהם אינה שקולה לזיקתו של תושב קבע שקנה מעמדו בהליכי הגירה. רבים מהם נולדו, גדלו ובגרו במזרח ירושלים והם מתגוררים שם עשרות שנים, וכך גם הוריהם ולעיתים הורי הוריהם (ראו גם עניין **אלחאק**, פסקה 19). כקבוצה וכקטגוריה, נכון יהיה לומר כי החלטה על ביטול רישיון ישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים היא צעד שפגיעתו בזכויות היסוד – חמורה יותר.

... אין לך כמעט זכות שאינה נפגעת שעה שמדובר בגירושו מביתו של יליד המקום שיושב בארץ תקופה ניכרת, עקב שלילת רישיון ישיבת קבע שבו הוא אוחז: הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לחיי משפחה." (עניין **אבו ערפה**, פסקאות 48, 50 ו-68 לפסק דינו של השופט פוגלמן).

על מעמדם המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית

5. על מעמדם המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית עמדנו בפירוט רב בשורה של הליכים משפטיים (ר', למשל, חוות דעתנו כידידי בית המשפט בעניין **אבו ערפה**). די אם נציין בהקשר זה, כי הדין הבינלאומי אינו מכיר בסיפוח ירושלים המזרחית לישראל, ואינו רואה הבחנה בין תושבי הגדה המערבית לתושבי ירושלים המזרחית. אלה וגם אלה הם מוגנים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי. על פי הדין הבינלאומי ההומניטארי תושבים מוגנים אינם מחויבים בחובת נאמנות למעצמה הכובשת, ועל מעצמה כובשת חל איסור לאלץ את האוכלוסייה החיה בשטח הכבוש להישבע לה אמונים (ר' סעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית מ-1949 וכן תקנה 45 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני מלחמה ביבשה מ-1907).

6. זאת ועוד, בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת הפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית, קבע כי ירושלים המזרחית היא שטח כבוש כמו שאר שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, וכי לצעדים שנקטה ישראל לסיפוח ירושלים המזרחית אין תוקף על פי המשפט הבינלאומי. לפי חוות דעת זו,

האוכלוסייה הפלסטינית בירושלים המזרחית הינה אוכלוסייה מוגנת שחל עליה גם המשפט הבינלאומי ההומניטארי וגם משפט זכויות האדם. (ראו פסקאות 75-78 לחוות הדעת).
7. מספר גופים בינלאומיים, ביניהם הוועדות השונות של האו"ם, עמדו כך שדרישת "האמונים" מתושבי ירושלים המזרחית וכן אמצעי שלילת התושבות מהם מהווים הפרה בוטה של הדין הבינלאומי. כך, למשל, קבעה העצרת הכללית של האו"ם באחד מדוחותיה:

"The requirement of 'loyalty to the State of Israel' is not only a violation of international humanitarian law, which prohibits the imposition of 'allegiance to the hostile power', but also violates other international human rights law obligations, including the right to freedom of opinion and expression and the prohibition of discrimination on political grounds." (A/67/372 para. 39).

8. מדינת ישראל הכירה במעמד המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית במסגרת הסכמי אוסלו והחקיקה שאימצה אותם אל הדין. ישראל הסכימה עם זיקתם של תושבי ירושלים המזרחית לרשות הפלסטינית, והם רשאים לבחור ולהיבחר בבחירות למועצת הרשות ולעומד בראשה.

9. אף מי שעוצמים עיניהם להוראות הדין הבינלאומי אינם יכולים להתעלם ממעמד המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית. כדברי בית המשפט בעניין **אבו ערפה**:

"גם המקרה שבפנינו, שבבסיסו עומדת שאלת מעמדם של תושבי מזרח ירושלים, מדגים את הטשטוש המסוים בין מעמדם של אזרחים למעמדם של תושבים. מצד אחד, מדובר במי שאינם אזרחים של המדינה, על כל המשמעויות הנובעות מכך. הם אינם נוטלים חלק בחובות החלות על אזרחי המדינה ואינם מצהירים לה אמונים. מנגד, מדובר במי שנולדו וגדלו בתוך שטחה של מדינת ישראל או שטח שהיה לשטחה של מדינת ישראל, ולא היגרו אליו. על כן, כפי שציין אף חברי השופט פוגלמן, בית משפט זה התחבט בשאלת הדין שיש להחיל על אותם תושבים (ראו: עניין **עווד** ועניין **דארי**). מבלי להידרש לדיון בסוגיה זו בכללותה, דומה כי המחוקק צריך לפחות לתת דעתו להבחנה בין מי שנולד בישראל לבין מי שהיגר אליה בבואו לעצב הסדרים שיחולו על שלילת המעמד של תושבי קבע. המדובר בשאלה ציבורית וערכית מורכבת שראוי כי המחוקק יידרש אליה כתנאי מוקדם לקבלת החלטות בנושא על-ידי הרשות המבצעת." (פסקה 14 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז).

10. על מעמדם הייחודי של תושבי ירושלים המזרחית כאוכלוסייה ילידית עמד בית המשפט העליון בשני פסקי דין נוספים שניתנו בשנה האחרונה: 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).

11. הנה כי כן, המדובר באוכלוסייה בעלת מעמד ייחודי שמעולם לא נדרשה, ואף לא ניתן לכפות עליה, חובת אמונים. לפיכך, ברי שאף אי אפשר לשלול את מעמדה בתואנה של הפרת אמונים.

ההסדר אינו חוקתי

12. פגיעה בזכויות יסוד יכולה שתהא בתנאי פסקה 8 (פסקת ההגבלה) שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו – בחוק ההולם את ערכיה של מדינת ישראל, שנועד לתכלית ראויה, ובמידה שאינה עולה על הנדרש. תזכיר החוק אינו עומד באלה.

13. **"בחוק"** – בין שמדובר בביטול תושבות משום ביצוע "פשע" ובין שבביטולה משום "הפרת אמונים", הרי שמדובר בהסמכה ערטילאית ועמומה, שאינה עומדת בדרישה הבסיסית כי פגיעה בזכויות יסוד תקבע בחקיקה מפורשת ומפורטת. הלכה למעשה, יוכל שר הפנים ככל שיחפוץ בכך, לבטל על פי שיקול דעתו – וצרכיו הפוליטיים המזדמנים – את רישיונו של אדם בשל השתתפות בהפגנה שהפכה תוך כדי קיומה לאלימה, בשל פרסום שייראה בעיניו מסית ברשת חברתית, בשל השלכת אבנים, בשל התעמתות עם גורמי הביטחון ועוד ועוד. מקרים אלו ורבים אחרים עלולים ליפול כולם תחת ההגדרה של פשע או מעשה שיש בו משום הפרת אמונים. העדרו של מנעד בהיר וחד משמעי, אשר מגדיר במדויק באלו מקרים חריגים וקיצוניים יתאפשר לשר לעשות שימוש בסמכות דרקונית זו, הוא פגם היורד לשורש החוקתיות.
14. **"ההולם את ערכיה של מדינת ישראל"** – התזכיר אינו הולם את ערכיה של המדינה. הוא סותר את חובותיה של מדינת ישראל שלא להותיר אדם מחוסר אזרחות, וככל שהוא נוגע לעניינם של התושבים הילידים של ירושלים המזרחית, המוגדרים, כאמור, על פי המשפט הבינלאומי ההומניטארי מוגנים על כל המשתמע מכך, הרי שהוא אף סותר את חובותיה של מדינת ישראל על פי הדין הבינלאומי ההומניטארי.
15. **"שנועד לתכלית ראויה"** – ענישה וכמותה הרתעה אינן תכליות ראויות מתחום דיני ההגירה והמעמד. אין מחלוקת שרשויות המדינה זכאיות ואף חייבות לפעול נגד כל אדם, הפוגע בביטחון המדינה ובביטחון תושביה. אולם, לרשותן עומדים הדין הפלילי ואמצעי אכיפה רבים אחרים. מתן סמכות לגורם פוליטי להפקיע מעמד, על ההשלכות החמורות הנלוות לכך, אינו נושא עימו תכלית ראויה. זאת הן כשמדובר במי שרכשו את מעמדם לאחר הליך ממושך של התערות בישראל ועל אחת כמה וכמה כאשר מדובר בילידי המקום, שמעמדם ניתן להם בעקבות סיפוח.
16. **"ובמידה שאינה עולה על הנדרש"** – הפגיעה הגלומה בחקיקה קשה ובלתי פרופורציונלית. ראשית, אפילו ביסוד החוק היתה עומדת תכלית ראויה, הרי שמעולם לא הוכח שביטול מעמד מסייע במניעת עבירות חמורות. שנית, הדין הפלילי, כאמור, הוא הדרך להעניש את מי שחטא. שלישית, למול תועלת שהיא לכל היותר ספקולטיבית, עומדת פגיעה אנושה בזכויות יסוד, וכל זאת בהליך מינהלי, אף מבלי שאדם הועמד לדין בגין "האישומים" המופנים נגדו ואשמתו הוכחה מעבר לכל ספק סביר.
17. אם כן, די "במבט על" על החקיקה על מנת להיווכח שעסקינן בהסדר שאינו חוקתי. שעה שיוורדים לנבכי החקיקה, ובוחנים כל הסדר והסדר, להלכה ולמעשה, הרי שכמעט כל פרט נגוע באי חוקתיות.
18. כך, למשל, שלילת תושבות בתואנה כי נרכשה על יסוד פרטים כוזבים, וזאת ללא הגבלת זמן מיום שנרכשה. חוק האזרחות מאפשר לשר לבטל אזרחות בעילה זו בתוך שלוש שנים, ולאחר מכן – עליו לבקש את אישור בית המשפט. זאת מן הטעם שיש להביא בחשבון את הישיבה הממושכת, את השלכות ביטול המעמד ואת הקושי להתגונן למול טענות לאחר שנים. בהסדר המוצע – די בהליך מינהלי.
19. כך עוד, הפגיעה החמורה הגלומה בהסדר מתעלמת מכך שרישיון לישיבת קבע אינו ניתן, כאמור, לכל אדם. זהו המעמד שניתן לתושבי ירושלים המזרחית בעקבות סיפוחה. זהו המעמד שניתן, בעיקר, לבני משפחה של אזרחים ותושבים, או למבקשי מעמד מטעמים הומניטאריים, עם סיומם של הליכי הסדרת מעמד מפרכים שנמשכו שנים ארוכות. בשני המקרים משקף המעמד את מציאות החיים של ישיבת הקבע, ולפגיעה במי שאת מעמדו השר שולל נוספות פגיעות בבני המשפחה ובקרובים. כך, בעוד השר אינו יכול לשלול את מעמדו של בן זוג הנשוי לאזרח, וקיבל אזרחות בסיום הליך מדורג אם עבר, לדעתו, עבירה שהיא "פשע", הרי שיוכל, על פי החקיקה, לשלול את מעמדו של בן הזוג הידוע בציבור של האזרח, שקיבל בסוף ההליך

- תושבות קבע. הכיצד זה קונה השר סמכות להפלות כך לרעה משפחות שבהן בני הזוג ידועים
בציבור? הכיצד קונה הוא סמכות להפלות לרעה בני משפחה שהם תושבי קבע, ודאי תושבי
ירושלים המזרחית, לעומת בני משפחה שהם אזרחים? והלא מדובר באי חוקתיות גלויה.
20. ועוד – המעמד החלופי שהשר אמור ליתן נגוע באי חוקתיות. על פי ההצעה, די בכך שיש אפשרות
שאדם יוכל לרכוש תושבות קבע או אזרחות במקום אחר – על מנת שהשר יימנע ממתן מעמד
חלופי. מדובר באבסורד. גם בישראל יש "אפשרות" לקבל תושבות קבע או אזרחות. שר הפנים
רשאי לתת רישיון לשיבת קבע, ורשאי הוא להעניק אזרחות בין בדרך של התאזרחות ובין בדרך
של הענקה. ואולם "אפשרויות" אלה אין משמעותן כי רישיון לשיבת קבע או אזרחות יינתנו
כלל, וכידוע, הלכה למעשה נוהג השר מדיניות יד קפוצה. מדובר, אם כן, בחזקה פסולה שאינה
עומדת בחובתה של ישראל להימנע מלהפוך אנשים למחוסרי אזרחות.
21. ואף זאת – האחריות לתקוף את ההחלטה (על העלויות הכרוכות בכך) מוטלת על האדם
שמעמדו נשלל, וזאת במסגרת הליך שאינו מתנהל על פי הכללים הרגילים של המשפט המינהלי.
איננו מבקשים לטעון כי ההליכים לביטול אזרחות המתנהלים על פי חוק האזרחות חוקתיים.
נהפוך הוא. ואולם ההליכים המעוגגים בתזכיר החוק חוקתיים עוד פחות. על פי חוק האזרחות
על השר המבקש לבטל את אזרחותו של אדם לפנות מיוזמתו לבית המשפט לעניינים מינהליים.
בענייננו – די בהחלטת השר, כפי שהיה קודם לתיקון חוק האזרחות, עניין שבגיננו אסר היועץ
המשפטי לממשלה על השר לפעול לביטול אזרחות (ר' פסקה 61 לפסק דינו של השופט פוגלמן
בעניין **אבו ערפה**). אין לאפשר לשר לבטל את תושבות הקבע של אדם בהחלטה מינהלית, וזאת
בהתעלם ממשך ישיבתו בארץ ומנסיבות קבלת תושבות הקבע – ודאי וודאי שעה שמדובר
בתושבים הילידים של ירושלים המזרחית.
22. אנו קוראים לכם לחזור בכם מיוזמת החקיקה.

בברכה,

עודד פלר, עו"ד
האגודה לזכויות האזרח

מונא חדאד, עו"ד
מרכז עדאלה

בנימין אחסתרובה, עו"ד
המוקד להגנת הפרט

העתקים:

גבי דינה זילבר, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (משפט ציבורי-מינהלי)
מר דניאל סלומון, היועץ המשפטי לרשות האוכלוסין וההגירה