



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוה לצדק

בג"ץ 7803/06

לפני :

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין
כבוד המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן
כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט ח' מלצר
כבוד השופט י' דנציגר
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט ע' פוגלמן
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

העותרים :

1. ח'אלד אבו ערפה
2. מירוות אבו ערפה
3. מחמד אבו ערפה
4. מועאז אבו ערפה
5. מהדי אבו ערפה
6. אסיל אבו ערפה
7. אסיה אבו ערפה
8. מחמד אבו טיר
9. סוהיר אבו טיר
10. ארוע אבו טיר
11. מוסעב אבו טיר
12. ח'ולה אבו טיר
13. מחמוד אבו טיר
14. הינד אבו טיר
15. מחמד עמראן טוטח
16. זינב כמאל
17. עולא טוטח
18. תסנים טוטח
19. מועאז טוטח
20. עבד אלרחמאן טוטח
21. אחמד מחמד עטון
22. נסרין מחמוד עטון
23. מגאהד אחמד עטון
24. מוחמד אחמד עטון
25. מרים אחמד עטון
26. מחמוד אחמד עטון

נגד

המשיבים :

1. שר הפנים
2. שורת הדין – Israel Law Center
1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט

ידידי בית המשפט :

הערבי בישראל 2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

התנגדות לצו על תנאי

תאריך הישיבה:	ט"ז באייר התשע"ז (5.5.2015)
בשם העותרים:	עו"ד פאדי קוואסמי
בשם המשיב 1:	עו"ד יוכי גנסיין
בשם המשיבה 2:	עו"ד רועי כוכבי; עו"ד ניצנה דרשן-לייטנר
בשם ידיד בית המשפט 1:	עו"ד חסן ג'אברין
בשם ידידת בית המשפט 2:	עו"ד דן יקיר; עו"ד עודד פלר

פסק-דין

השופט ע' פוגלמן:

העותרים 1, 8, 15, ו-21 (להלן ביחד: העותרים) הם תושבי מזרח ירושלים בעלי מעמד של תושבות קבע. בבחירות שנערכו ברשות הפלסטינית בחודש ינואר 2006 נבחרו שלושה מהעותרים לכהן בפרלמנט הפלסטיני מטעם רשימת "הרפורמה והשינוי" המזוהה עם ארגון חמאס. העותר 1 נבחר לכהן כשר בממשלת הרשות הפלסטינית מטעם רשימה זו. ביום 30.6.2006 החליט שר הפנים (להלן גם: השר או המשיב) לבטל את רישיון ישיבת הקבע של העותרים בעילה של "הפרת אמונים". להחלטה זו מכוונת העתירה שלפנינו.

רקע

1. ביום 25.1.2006 התקיימו בחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית (להלן: הבחירות). בהתאם להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28.9.1995 רשאים תושבי מזרח ירושלים להצביע בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית בדרך של שליחת טופסי הצבעה מבתי הדואר הישראליים

שבמזרח ירושלים לוועדת הבחירות הפלסטינית. בדרך זו הצביעו בעבר תושבים ממזרח ירושלים בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית שהתקיימו בשנת 1996 ובבחירות ליושב ראש הרשות הפלסטינית שהתקיימו בשנת 2005.

2. בבחירות השתתפו כמה רשימות ובכללן רשימת "הרפורמה והשינוי". העותר 8 התמודד בבחירות במסגרת הרשימה הארצית, ואילו העותרים 15 ו-21 – ברשימה האזורית של מזרח ירושלים. בהחלטת ממשלת ישראל 4636 נקבעו הסדרים לקראת הבחירות. בין היתר נאמר בסעיף 1 להחלטה כי:

"ממשלת ישראל רואה חשיבות בקיום בחירות ברשות הפלסטינית, אולם השתתפותם של ארגוני טרור בבחירות, בהם ארגון חמאס, ארגון הקורא להשמדתה של ישראל, פוגעת באופן יסודי בלגיטימיות של הבחירות ומנוגדת לאמור בהסכם הביניים, כמו גם לאמות המידה הבינלאומיות המקובלות בעניין השתתפות בבחירות של מפלגות תומכות אלימות וטרור [...] מהנימוקים האמורים ישראל הודיעה כי לא תמנע את קיומן של הבחירות, אולם לאור השתתפות החמאס וארגוני טרור נוספים בבחירות, ישראל לא תשתף פעולה עם הרשות" (החלטה 4636 של הממשלה ה-30 "קביעת הסדרים לקראת הבחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית" (15.1.2006)).

בסעיף 2(ב) להחלטה הוסף כי צה"ל וכוחות הביטחון ינקטו פעולות כדי לאפשר את הבחירות, ובין היתר "יתאפשר חופש תנועה ומעבר למעורבים בבחירות: מועמדים, פעילים ותועמלנים, למעט אנשים הפעילים בארגוני טרור". בסעיף 2(ד) נאמר כי תתאפשר נוכחות משקיפים מקומיים בבחירות, ובלבד "שאינם מזוהים עם ארגוני טרור". בסעיף 3(א) נקבע כי לא תתאפשר תעמולת בחירות של "אנשים המזוהים עם ארגוני טרור בתחומי ירושלים".

3. לאחר ספירת הקולות התברר כי רשימת "הרפורמה והשינוי" זכתה לרוב במועצה המחוקקת, והעותרים 8, 15 ו-21 נבחרו לכהן בה כחברים מטעם רשימה זו. העותר 1 (להלן: אבו ערפה), שלא התמודד בבחירות, מונה לשר לענייני ירושלים בממשלה הפלסטינית החדשה אשר הוקמה על ידי סיעת "הרפורמה והשינוי".

4. ביום 29.5.2006 הודיע לעותרים שר הפנים דאז, מר רוני בר און, כי הוא שוקל לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלהם בישראל, מכוח הסמכות הנתונה לו בסעיף 11(א)

לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל או החוק). זאת, מהטעם שהעותרים הפרו את חובת נאמנותם כלפי המדינה, בשל חברותם הפעילה בארגון חמאס ובפרלמנט הפלסטיני ובשל כהונתו של העותר 1 בממשלה הפלסטינית. עם זאת, אפשר השר לעותרים להתפטר מהממשלה ומהפרלמנט הפלסטיני ובכך למנוע את ביטול רישיונותיהם; ולחלופין להעלות את טענותיהם לפניו, כל זאת בתוך פרק זמן של 30 ימים. העותרים הגישו שתי בקשות להארכת תקופה זו, אך המשיב דחה את שתיהן. ביום 30.6.2006 החליט האחרון לבטל את רישיונות ישיבת הקבע של העותרים בישראל. מפאת חשיבות ההחלטה לענייננו, נביאה כלשונה:

"[...] ביסוד ההחלטה לביטול רישיון הישיבה עומדת חברותם הפעילה של מרשיך במועצה הפלסטינית המחוקקת, היושבת ברמאללה, מטעם ארגון חמאס, והיותם של מרשיך פעילים מרכזיים במוסדות ארגון טרור החמאס. היות מרשיך חברי פרלמנט של רשות אחרת, ובוודאי של רשות המצויה בעימות עם ישראל, וזאת מטעם ארגון טרור אשר שם לו למטרה להילחם בישראל, מהווה מעשה שיש בו משום הפרת חובת נאמנות למדינת ישראל כתושבי המדינה, וזאת לנוכח חובת הנאמנות העליונה שהנם חבים לרשות הפלסטינית. בנסיבות אלה, נוכח הפרת האמונים הבוטה שפורטה לעיל, החלטתי לעשות שימוש בסמכותי ולבטל את רישיון ישיבת הקבע של מרשיך בישראל".

5. החלטה זו עומדת במוקד העתירה שלפנינו, שבמסגרתה מבקשים העותרים כי נורה על ביטולה. מאז הגשתה ועד היום התקיימו מספר דיונים בעתירה, לפני מותבים שונים. על רקע הודעת העותרים במהלך הדיון מיום 10.9.2008 כי הם אינם מכהנים עוד בפועל בתפקידיהם בפרלמנט הפלסטיני ובממשלה הפלסטינית, אפשר בית משפט זה לעותרים – בהחלטתו מיום 11.9.2008 – לפנות למשיב בבקשה לחידוש תושבותם, מבלי שיהא בכך משום ויתור על טענותיהם העקרוניות בעתירה. העותרים פנו למשיב בכתב, שטחו את טענותיהם לגבי שלילת רישיון ישיבת הקבע שלהם ועתרו לחידוש. נטען כי אבו ערפה חדל בפועל מלשמש שר בממשלה הפלסטינית מאז שנעצר על ידי ישראל, וכי הוא אינו מכהן עוד בתפקיד כלשהו, ואילו העותרים 8, 15 ו-21 חדלו מלשמש חברים במועצה המחוקקת הפלסטינית מהיום שבו נעצרו, הן בשל מעצרים, הן בשל העובדה שהמועצה המחוקקת הפלסטינית משותקת ואינה מתכנסת. העותרים 8, 15 ו-21 אף הביעו נכונות להתפטר מתפקידם ולא למלא כל תפקיד ברשות הפלסטינית. במכתבו מיום 25.1.2009 דחה שר הפנים דאז, מר מאיר שטרית, את בקשת העותרים, בציינו כי לא קיימת עילה מהותית לבחינה מחדש של סוגיית מעמדם, מה גם

"שהנתונים העדכניים אודות [העותרים – ע' פ'] נותנים משנה תוקף להחלטה שניתנה בעניינם". בין היתר עמד השר על כך שאבו ערפה ממשיך לקחת חלק בפעילות ארגונית של חמאס וציין כי אין בשינוי פוליטי כזה או אחר בתחומי הרשות, מטעמים שאינם תלויים בעותרים, כדי לשמש שיקול לטובתם. ביום 20.6.2010 דחה בית המשפט את הבקשה לצו ביניים שהגישו העותרים בצינו כי הבקשה כרוכה על פי מהותה בבקשת הסעד העיקרי, וכי אין מדובר בצעד בלתי הפיך. בהודעה מטעם המשיב מיום 3.9.2010 נאמר כי העותרים 8, 15 ו-21 שבו לאחר שחרורם מהכלא לפעילות במסגרת חמאס, לרבות פעילות סמויה בעלת פוטנציאל סיכון לשלום הציבור, וכי חרף הצהרותיהם הם עודם משמשים פעילים בכירים בארגון חמאס.

6. בתום דיון שהתקיים ביום 6.9.2010 (הנשיאה ד' ביניש, השופטת (כתוארה אז) מ' נאור והשופט ע' פוגלמן), הודיע בא כוח העותרים כי יתקן את פנייתו לשר הפנים לעיון מחדש בהחלטה לשלול את רישיון ישיבת הקבע של מרשיו ויגיש לשר מכתב חדש. קבענו כי המשיב יגיש הודעה מעדכנת לאחר שתינתן תשובה למכתב. בהודעתו המעדכנת מיום 11.1.2011 מסר המשיב כי דחה את בקשת העותרים לאחר שנועד בעניין עם גורמי שירות הביטחון הכללי. במכתב התשובה מטעמו מיום 30.11.2010 עמד שר הפנים באותה עת, מר אלי ישי, על כך שהעותרים מעולם לא התפטרו ממשורותיהם בחמאס ולא פרשו ממפלגת "הרפורמה והשינוי", שאינה אלא סיעתו של ארגון החמאס בפרלמנט הפלסטיני. השר הוסיף כי מידע מודיעיני מלמד כי העותרים מוסיפים גם כיום לשמש פעילים מרכזיים בחמאס, וכי הם בחרו מדעת להמשיך ולשרת את הארגון ולפעול מטעמו. עוד ציין השר כי העותרים אינם מכבדים את החלטתו של בית משפט זה, אשר נמנע ממתן צו ביניים בעתירה, ומוסיפים לשהות בירושלים שלא כדין.

7. ביום 23.10.2011 ניתן בעתירה צו על תנאי המורה למשיב "לבוא וליתן טעם מדוע לא תבוטל החלטתו מיום 30.6.2006 המורה על ביטול רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21. זאת, בין היתר, בשל היעדר הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית והיעדר הסדר ראשוני בחקיקה ראשית לשלילת תושבות הקבע של מי שנולדו במזרח ירושלים בעילה של הפרת אמונים או בעילות אחרות שלהן טוען המשיב 1". ביום 1.7.2012 הוגש כתב התשובה מטעם המשיב, ובהמשך הוגשו עיקרי טיעון מטעם הצדדים. ביום 16.1.2013 התקיים דיון בהתנגדות למתן צו על תנאי שבו נשמעו טענות הצדדים. בסיום הדיון הורינו לצדדים להודיע – בתוך פרק זמן שנקצב – אם ניתן להגיע לפתרון זמני בעניינם של העותרים, שלפיו יינתן להם בשלב הראשון רישיון ישיבה בישראל לשנה אחת. בנוסף הורינו לעותרים להודיע למשיב בתוך 30 יום

אם קיימת נכונות מצדם לכתוב מכתבי התפטרות ממוסדות הרשות הפלסטינית, וקבענו כי המשיב יודיע לבית המשפט במסגרת ההודעה המשלימה אם יש בכך כדי לשנות את עמדתו.

8. העותרים הסכימו להצעה, והביעו את נכונותם לכתוב מכתב התפטרות ממוסדות הרשות הפלסטינית אם תבוטל ההחלטה לשלול את תושבותם. בנוסף הודיעו העותרים כי העותר 1 לא נבחר ולא משמש כחבר במועצה הפלסטינית; כי הוא הפסיק לשמש כשר בממשלה הפלסטינית עם מעצרו בשנת 2006; וכי לא חזר לשמש בתפקיד זה או אחר ברשות הפלסטינית. ביום 29.8.2013 הודיעה באת כוח המשיב כי לאחר בחינה חוזרת של הסוגיה, החליט השר באותה עת – מר גדעון סער – כי אין מקום לשנות מההחלטה בדבר ביטול רישיון הישיבה של העותרים. כמו כן, צוין כי אין הצדקה ליתן לעותרים רישיון שהייה אחר בישראל. בהודעה המשלימה שב וציין המשיב כי העותרים ממשיכים להיות פעילים בכירים בארגון חמאס גם באותה נקודת זמן. המשיב אף עדכן כי העותרים 1 ו-15 הורשעו בעבירה של פעילות בארגון טרור (לפי סעיף 2 לפקודת מניעת טרור, התש"ח-1948, שבוטלה בהמשך במסגרת חקיקת חוק המאבק בטרור, התשע"ו-2016 (ראו סעיפים 73 ו-101(ה) לחוק זה)), ובמסגרת גזר הדין צוין כי הם אינם מתחרטים על מעשיהם ולא הצהירו כי בכוונתם לפרוש מפעילות בארגון החמאס. עוד יצוין כי העונש שהוטל עליהם הוא 30 חודשי מאסר בפועל מיום מעצרו ומאסר על תנאי לתקופה ובתנאים הקבועים בגזר הדין; כי העותר 8 נעצר ביום 2.7.2013 למעצר מינהלי לתקופה של 6 חודשים, לאחר שהמפקד הצבאי השתכנע כי הוא "פעיל חמאס בכיר [...]" אשר מיוחסת לו פעילות בעלת תרומה משמעותית ביותר לפעילות ארגון החמאס ומטרותיו; וכי העותר 21 מצוי אף הוא במעצר מינהלי מטעמים דומים, ואף נבחנת האפשרות להגשת כתב אישום נגדו. עוד עדכן המשיב כי גורמי הביטחון הציגו מידע מודיעיני עדכני בדבר פעילותם המרכזית של העותרים בארגון חמאס. מהודעה מעדכנת שהגישו העותרים ביום 19.3.2014 עולה כי ערעור על גזר הדין התקבל ותקופת המאסר קוצרה והועמדה על התקופה שנשאו בה עד אותה עת (ע"פ 5979/13 פלוני נ' מדינת ישראל (16.1.2014)); כי העותרים 1 ו-15 שוחררו ביום 16.1.2014; וכי מאז הם שוהים בשטחי האזור.

9. בהחלטתנו מיום 13.5.2014 קבענו (המשנה לנשיאה (כתוארה אז) מ' נאור, השופט ע' פוגלמן והשופטת ד' ברק-ארז) כי העתירה תקבע להמשך דיון לפני הרכב מורחב. טענות הצדדים נשמעו לפני ההרכב המורחב ביום 5.5.2015. בדיון הודיע בא כוח העותרים כי העותרים 8, 15 ו-21 מוכנים למסור מכתבי התפטרות ליושב ראש הרשות הפלסטינית, וכי העותר 1 מוכן למסור הצהרה שלפיה הוא לא רואה עצמו שר

בממשלה הפלסטינית (פרוטוקול הדיון מיום 5.5.2015, בעמ' 20, שורות 6-32). ביום 10.9.2015 הודיעה באת כוח המשיב כי נוכח מידע מודיעיני שלפיו העותרים 1, 8, 15 ו-21 ממשיכים בפעילות משמעותית במסגרת ארגון החמאס, לא מצא שר הפנים המכהן (דאז) – מר סילבן שלום – כי מתקיימות נסיבות המצדיקות לשנות מהחלטת שרי הפנים שקדמו לו. כמו כן, שר הפנים לא מצא לנכון להעניק היתרי שהייה לעותרים בישראל.

עם תום ההתדיינות הממושכת שעל עיקריה עמדנו, ומשלא ניתנה הסכמת שר הפנים להצעה שהועלתה, נדרשת הכרעתנו בעתירה.

טענות העותרים

10. לטענת העותרים, החלטת המשיב לשלול את תושבות הקבע שלהם ניתנה בחוסר סמכות, ללא ביסוס עובדתי או משפטי, על יסוד שיקולים זרים, בחוסר סבירות, בחוסר מידתיות ותוך פגיעה בזכויות יסוד. העותרים קובלים על כך שבטרם נשללה תושבות הקבע שלהם לא ניתנה להם זכות סבירה להשמיע את טענותיהם. בהקשר זה הם מציינים כי המשיב קצב להם פרק זמן של 30 ימים להתפטר מתפקידם או להשמיע טענותיהם לפניו. לדבריהם, בקשותיהם לקבל ארכה סבירה – בשל מורכבות הסוגיה – נדחו, וזאת חרף הפגיעה הקשה בזכויותיהם עקב ביטול רישיון ישיבת הקבע שלהם. עוד סבורים העותרים כי לפי הדין הבינלאומי מזרח ירושלים היא שטח כבוש, שבדומה ליתר שטחי הגדה המערבית אין ישראל יכולה לספח אותו אליה או לבצע בתוכו העברה בכפייה של אזרחים מוגנים. לדברי העותרים, אמנת ז'נבה בדבר הגנה על אזרחים בימי מלחמה משנת 1949 (להלן: אמנת ז'נבה ה-4) מכירה אמנם בסמכותה של המדינה הכובשת "לייחד את מקום המגורים" של האזרח המוגן בתוך השטח הכבוש, אך סמכות זו נתפסת באמנה כחריג שניתן להוציאו אל הפועל רק בהימצא ראיות מינהליות מוצקות בדבר מסוכנותו האישית של האזרח המוגן, ואלו אינן מצויות במקרה דנן.

11. במישור הסמכות נטען כי גם לפי הדין הישראלי הפנימי, למשיב לא נתונה סמכות לשלול את רישיונם של העותרים לישיבת קבע בישראל מחמת הפרת חובת אמונים למדינה, באין הוראה המסמיכה אותו לעשות כן בחוק הכניסה לישראל. לשיטת העותרים, את רישיונות ישיבת הקבע שלהם ניתן לשלול אך ורק אם יוכח כי מרכז חייהם אינו במדינת ישראל או כי ביקשו לנתק את זיקתם אליה. לדידם, בשונה מן ההוראה הקבועה בחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות) בנוגע לאדם

המבקש להתאזרח, שלפיה קודם להענקת אזרחותו יצהיר הלה כי יהיה נאמן למדינת ישראל, אין בנמצא כל הוראה מקבילה המחייבת תושב קבע להצהיר על נאמנותו, ומכאן שלא ניתן לשלול את תושבותו מטעמים של הפרת אמונים. במצב דברים זה לא מתקיים התנאי הראשון של פסקת ההגבלה שלפיו על הפגיעה בזכויות חוקתיות להיעשות "בחוק". העותרים מוסיפים כי חוק הכניסה לישראל נעדר הסדרים מפורטים להפעלת הסמכות הנדונה, וככזה אין ביכולתו לפגוע בזכויות יסוד.

12. לפי העותרים, גם בשיקול הדעת של המשיב נפלו פגמים המצדיקים את ביטול ההחלטה. ראשית גורסים הם כי ההחלטה נגועה בשיקולים זרים שכן ביסוד קבלתה עמד הרצון להענישם בשל השתתפותם בבחירות ובשל החלטת ראשי החמאס שלא לגנות פיגוע שאירע אותם ימים בתל אביב. עוד הם טוענים כי החלטת המשיב לוקה בחוסר סבירות ובחוסר מידתיות קיצוניים, שכן שלילת תושבותם היא צעד דרסטי שאינו הולם את מעשיהם. לדבריהם, בקבלת ההחלטה לא ניתנה הדעת לפגיעה בזכותם החוקתית לחיי משפחה, המוכרת גם בדין הבינלאומי. פגיעה זו מתבטאת בכך שבני משפחתם של העותרים לא יוכלו להוסיף ולהתגורר עם האחרונים תחת קורת גג אחת, דבר הפוגע במיוחד בילדיהם. פגיעה נוספת שלטענת העותרים לא ניתן לה משקל בקבלת ההחלטה נעוצה בהסתמכותם הסבירה על החלטת ממשלת ישראל להתיר לתושבי מזרח ירושלים לבחור ולהיבחר בבחירות. לגישתם, שלילת תושבות בשל השתתפות בבחירות פוגעת בזכויותיהם באופן רטרואקטיבי, כמו גם בערכים של ודאות ויציבות. העותרים אף טוענים כי אין לראות במעשיהם שהתמצו בהשתתפות בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית, אשר נערכו בהסכמתה של ישראל, משום הפרת אמונים כלפי המדינה.

טענות האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה

13. בהחלטת מותב קודם שדן בעתירה נעתר בית המשפט לבקשות האגודה לזכויות האזרח וארגון עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל – להצטרף להליך כידידי בית המשפט (ראו החלטה מיום 25.12.2006). בצד טענות העותרים מוסיפים ידידי בית המשפט כי החלטת המשיב לבטל את רישיון ישיבת הקבע של העותרים פוגעת בזכותם החוקתית של האחרונים לתושבות – שמשמעה הזכות להמשיך ולחיות במקום מושבם ללא סכנת גירוש – וכמו כן בזכותם לממש חיי משפחה במקום מגוריהם. לדבריהם, בהיעדר קריטריונים ברורים ומפורשים לשלילת תושבות הקבועים בחקיקה ראשית, אין לראות בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל

מקור סמכות לשלול רישיונות לישיבת קבע כאמור, אגב פגיעה בזכויות יסוד; וממילא יש להימנע משימוש באמצעי זה בעילה של הפרת אמונים שנשענת על מימוש זכותו של אותו תושב להיבחר לפרלמנט של מדינה זרה.

14. ידידי בית המשפט מוסיפים וטוענים כי בהתאם לאמות המידה הקבועות בדין הבינלאומי, מזרח ירושלים היא שטח כבוש שסופח למדינת ישראל באופן בלתי חוקי ומכאן שאין בכוחו של הדין הישראלי הפנימי לגבור על נורמות המשפט הבינלאומי שחלות בשטח. בגדר אלו האחרונות אוסרת אמנת ז'נבה ה-4 להעביר בכפייה תושבים מוגנים ולנקוט צעד של ייחוד מגורים בשטח הכבוש, אלא משיקולי ביטחון וכאמצעי אחרון. עוד טוענים הם כי גם בפועל אין מדינת ישראל רואה את תושבי מזרח ירושלים כתושביה ואף מעודדת המשך זיקתם לרשות הפלסטינית, ומכאן שאין לבחון את התנהגותם בהתאם לאמות המידה שחלות על אזרחים. באותו הקשר מצביעים האחרונים על כך שב"הסכמי אוסלו" הכירה ישראל בזכותם של תושבי מזרח ירושלים להשתתף בבחירות למועצה הפלסטינית וליושב ראש הרשות, והכרה זו אף זכתה לעיגון בחקיקה ויושמה בשתי מערכות בחירות שנערכו קודם לזו נושא העתירה. גם מערכת הבחירות בשנת 2006 נערכה בהסכמת ממשלת ישראל, הסכמה שניתנה הגם שהמדינה ידעה על השתתפות העותרים בבחירות. משהותר לתושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית להשתתף בבחירות, אין היבחרותם של העותרים שונה מהיבחרותו של כל פלסטיני אחר, והיא אינה משליכה על זכויות התושבות של העותרים.

טענות המשיב

15. המשיב טוען שלא נפל כל פגם בהחלטתו לשלול את רישיון העותרים לישיבת קבע. לטענתו, בהלכה הפסוקה נקבע כי תושבי מזרח ירושלים יושבים בישראל מכוח רישיון ישיבה לפי חוק הכניסה לישראל, וממילא לא נתקבלה העמדה שלפיה תושבי מזרח ירושלים יושבים בישראל "מכוח לידה" או כי יש להם מעמד מיוחד של "מעין אזרחות" או "תושבות קונסטיטוציונית". בכתב התשובה מתייחס המשיב בהרחבה למעמד תושבות הקבע בישראל ולזכויות הרבות הנלוות לו, לרבות הטבות סוציאליות והאפשרות לבקש להתאזרח. לדבריו, תושבות קבע אינה מתמצה במבחן טכני-פיזי של הימצאות אדם בישראל, אלא כוללת זיקה של הפרט למדינה, לרבות דרישת "נאמנות בסיסית" כלפיה. הגרעין הקשה של דרישה זו הוא החובה שלא לפגוע במדינה והחובה שלא להיות בלתי נאמן במפגיע לחברה ולמסגרת המדינתית.

16. במישור הסמכות מצביע המשיב על סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, המסמיך אותו לשיטתו בצורה מפורשת וברורה לבטל רישיון ישיבה. לדבריו מדובר בסמכות רחבה, הנלמדת מכך שהחוק קובע כי השר רשאי לבטל רישיון ישיבה "לפי שיקול דעתו". המשיב מוסיף כי בית משפט זה הכיר בסמכותו להפעיל את הקבוע בסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל כלפי תושבי מזרח ירושלים. המשיב מבקש להבחין בין האפשרות העומדת לו להצהיר על פקיעת רישיון ישיבה – מהלך אשר נבחן בהתאם לתקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 (להלן: תקנות הכניסה לישראל או התקנות) לפי מבחן "מרכז החיים" – לבין סמכותו לבטל רישיון ישיבה גם מטעמים אחרים, לרבות בשל הפרה חמורה של חובת הנאמנות הבסיסית, בכפוף לכך שהפעלת הסמכות תתבצע על בסיס שיקולים ענייניים, באופן זהיר ומושכל ובמקרים יוצאי דופן, וכמו כן מטעמים של פגיעה בביטחון הציבור ובשלומם. בצד האמור, סבור המשיב כי סמכותו לבטל רישיון ישיבת קבע אף נלמדת מן הסמכות המוקנית לו להעניק את הרישיון לפי סעיף 2(א) לחוק הכניסה לישראל (בהתאם לסעיף 15 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 (להלן: חוק הפרשנות)).

17. לשיטת המשיב, נוכח סעיף שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לא נתונות הוראות חוק הכניסה לישראל – אשר קדמו לחוק היסוד – לביקורת חוקתית. אמנם, כפי שנפסק לא אחת, את החוק – כמו כל חוק אחר שקדם לחוק היסוד – יש לפרש לאור העקרונות והערכים שהותוו בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו והזכויות הנגזרות ממנו, אולם אין בכך כדי לאפשר פרשנות של הוראת חוק בניגוד ללשונו. המשיב שולל את הטענה כי ההסמכה בחוק אינה מפורטת דיה. להשקפתו, סמכותו לבטל רישיון ישיבה "לפי שיקול דעתו", הקבועה בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, היא מפורשת ואוצרת את הכוח לקבוע את אמות המידה להפעלת הסמכות, שאינן חייבות להיות מעוגנות בחקיקה ראשית. הוא מוסיף וטוען כי כלל ההסדרים הראשוניים היא כלל פרשני הנהנה ממעמד של חזקה הניתנת לסתירה. במקרה דנן בחר המחוקק באופן ברור ומפורש לסתור חזקה זו ולהסמיך את שר הפנים לבטל רישיון ישיבה בישראל לפי שיקול דעתו, ויש לכבד בחירה זו של המחוקק. עוד נטען כי בחינת מהות ההסדר של ביטול רישיון לישיבת קבע אינה מובילה למסקנה כי מדובר בהסדר שמחייב הסדרה מפורטת בחקיקה ראשית. המשיב אינו מכחד כי הפעלת הסמכות לבטל רישיון לישיבת קבע מטעמים של הפרת חובת הנאמנות היא צעד שפגיעתו חמורה. לכן, סבור הוא כי יש להפעיל סמכות זו בצמצום ובזהירות, ורק במצבים של הפרה חמורה של חובת הנאמנות הבסיסית כלפי מדינת ישראל או מטעמים של פגיעה חמורה באינטרסים החיוניים של המדינה. לעמדתו, על הפעלת הסמכות

האמורה מוטלות מגבלות מהותיות ודיוניות, אשר יבטיחו כי ביטול רישיון לישיבת קבע ייעשה אך במקרים הייחודיים והנדירים המצדיקים נקיטת פעולה זו.

18. במישור הדיוני מזהיר המשיב כי עליו לקבל את ההחלטה לשלול את תושבותו של פלוני בעצמו; כצעד אחרון; בתום בחינה זהירה, יסודית ומדוקדקת של הנסיבות הפרטניות; תוך התייעצות עם כלל הגורמים הצריכים לעניין; ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה.

19. אשר לאופן הפעלת שיקול הדעת במקרה דנן טוען המשיב כי אין עילה להתערבות בית המשפט, שכן העותרים נבחרו לכהן בפרלמנט הפלסטיני מטעם מפלגת "הרפורמה והשינוי" של ארגון החמאס, אשר חרתה על דגלה להשמיד את מדינת ישראל; והם אף משמשים פעילים בכירים וותיקים בארגון, אשר נשלחו לבצע עבירות ביטחוניות חמורות בשמו. להשקפת המשיב, פעילותם האקטיבית והנמשכת של העותרים בהנהגת ארגון החמאס מהווה הפרה חמורה של חובת הנאמנות הבסיסית שלהם כלפי המדינה; ואין לקבל את טענתם כי הם אינם חבים כלפיה חובת נאמנות כלל. לטענתו, אפילו אם היקף חובת הנאמנות של בעלי רישיון לישיבת קבע נופל מהיקף החובה המוטלת על אזרחים, הרי שפעילותם של העותרים איננה מתיישבת עם חובת נאמנות מינימאלית שבה חייב כל תושב במדינה. בצד הפרת חובת הנאמנות הבסיסית גורס המשיב כי מעשיהם של העותרים, הפועלים לקידום מדיניותו של ארגון חמאס בפרלמנט ובממשלה הפלסטיניים, פוגעים בביטחון המדינה. לדידו, לא ניתן לערוך הפרדה בין הפונקציה האזרחית בפעילות חמאס לבין זו הצבאית, שכן הראשונה נועדה לסייע לפעילות הצבאית ולשמש לה בסיס ותשתית. המשיב סבור כי הפגיעה בזכויות העותרים אינה חמורה כפי שנטען, מכיוון שעומדת להם האפשרות להתגורר בשטחי הרשות הפלסטינית שם הם כיהנו בתפקידים רמי דרג, כמו גם האפשרות להתאחד עם משפחותיהם באזור זה. כמו כן מדגיש המשיב כי אין בכוונתו לבטל את רישיונות הישיבה בישראל של בני משפחות העותרים, וכי לא יתנגד להסדרת מעמדם של העותרים באזור. לבסוף מציין המשיב כי ההחלטה לשלול את רישיון ישיבת הקבע של העותרים נתקבלה תוך הקפדה על המגבלות הדיוניות הרלוונטיות לעניין – המשיב קיבל את ההחלטה באופן אישי, על דעת היועץ המשפטי לממשלה, ובטרם קבלתה הוצע לעותרים לוותר על ישיבתם וחברותם בממשלה ובפרלמנט הפלסטיני כדי שלא יהיה צורך לבטל את רישיון הישיבה שלהם, אך הם סירבו לכך.

20. לבקשתה, צורפה עמותת שורת הדין – Israel Law Center (להלן: שורת הדין) כמשיבה לעתירה (החלטה מיום 11.4.2007). בצד טענות המשיב מוסיפה שורת הדין כי פנייתם של העותרים לבית המשפט נעשתה בחוסר תום לב ובאי ניקיון כפיים. זאת, בהכחישם את עובדת היותם פעילים בכירים ובולטים בחמאס. עוד מציינת היא כי הדין החל במזרח ירושלים הוא הדין הישראלי, ולא קיים בו כל חסר בסוגיית ביטול רישיון לישיבת קבע של תושב המתגורר במזרח ירושלים. מעבר לנדרש לשיטתה גורסת היא כי גם בהתאם לדין הבינלאומי נתונה ישראל במצב חירום המצדיק את החלטת המשיב. שורת הדין טוענת עוד כי די בקיומן של ראיות מינהליות ברורות ומשכנעות כדוגמת אלו שהוצגו במקרה דנן לשם יצירת תשתית עובדתית להחלטת השר. לדבריה, אין יסוד לטענת העותרים כי ביטול רישיון הישיבה שלהם נעשה כעונש על פעילותם בחמאס או על תוצאות הבחירות. לטענתה, אילו עמד שיקול זה ביסוד החלטתו של המשיב לא היה זה מציע לעותרים להימנע משלילת תושבותם כנגד ויתור על כהונתם בפרלמנט מטעם חמאס, וכמו כן היה מקדים לשלול את תושבותם כבר בשלב ההתמודדות בבחירות ולא ממתין לתוצאותיהן. אשר לסבירות ההחלטה טוענת שורת הדין כי אין ממש בטענה בדבר הפרת זכותם של העותרים לחיי משפחה ובדבר ההפרדה הכפויה ביניהם לבין ילדיהם, הפוגעת בעיקרון טובת הילד. לטענתה, קביעה שכזו תרוקן מתוכן את סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל שכן לא ניתן יהיה להפעיל את הסעיף כלפי מי שהוא בעל משפחה. לדברי שורת הדין, אין ממש גם בטענת העותרים כי הסתמכו על החלטת ממשלת ישראל לאשר את הבחירות, שכן מעולם לא נתנה המדינה הרשאה לפעילות בחמאס, שהוא ארגון טרור והתאחדות בלתי מותרת.

דיון והכרעה

המסגרת הנורמטיבית

הדין החל במזרח ירושלים

21. בראשית הדברים יש להבהיר כי על החלטת המשיב לשלול את רישיון העותרים לישיבת קבע בישראל חל המשפט הישראלי. העותרים טענו, כאמור, כי על מזרח ירושלים חלים דיני המשפט הבינלאומי העוסקים בשטח כבוש ובראשם הוראות אמנת ז'נבה ה-4, ולא המשפט הישראלי. לטענתם, בחינת החלטת המשיב על רקע הוראות אמנה זו מלמדת על אי חוקיותה של ההחלטה. דא עקא, תפיסה זו נדחתה בדין הישראלי הפנימי. להבדיל מאזור יהודה ושומרון שבו הוחל משטר של תפיסה לוחמתית, על ירושלים המזרחית הוחל, כידוע, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל. ביום 27.6.1967 נחקק סעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948, שבו נקבע כי "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". מכוח סעיף זה הוציאה ממשלת ישראל למחרת היום את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967. בצו נקבע כי על השטח המפורט בתוספת יחולו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה". בד בבד, נתקבל ביום 27.6.1967 סעיף 8א לפקודת העיריות [נוסח חדש], אשר הסמיך את שר הפנים להרחיב את תחום השיפוט של עירייה פלונית לפי שיקול דעתו. על יסוד זה הכריז שר הפנים למחרת היום על הרחבת תחום עיריית ירושלים לשטחים נוספים במזרח העיר, כפי שפורטו בתוספת לאותה אכרזה. חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל שנחקק בשנת 1980 לא בא אלא כדי לחזק ולאשרר את הנורמות השונות שנתקבלו עוד קודם לכן בדבר החלת הדין הישראלי על מזרח ירושלים (ראו בג"ץ 256/01 דבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930, 933-934 (2002)). גם אם קיימות דעות במשפט הבינלאומי שלפיהן ירושלים המזרחית היא בבחינת שטח המוחזק בתפיסה לוחמתית, אין בכך כדי לסייע לעותרים. כפי שנפסק לא אחת, באין התאמה בין הדין הישראלי הפנימי לבין נורמות של המשפט הבינלאומי, הכלל הוא כי ידו של הראשון היא על העליונה (בג"ץ 785/87 עפו נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד מב(2) 1, 34-50 (1988); ע"א 25/55 האפורטורפוס לנכסי נפקדים נ' סמרה, פ"ד י(3) 1825, 1829 (1956); ארנה בן נפתלי ויובל שני המשפט הבינלאומי בין מלחמה לשלום 300-301 (2006)). על כן, יש לדחות על הסף את טענת העותרים כי עלינו להחיל על עניינם את הוראותיה של אמנת ז'נבה ה-4, וממילא איננו נדרשים לנקוט עמדה בשאלות שהם מעוררים במישור זה.

תחולת חוק הכניסה לישראל על תושבי מזרח ירושלים – הלכת עווד

22. המשיב טוען, כאמור, כי סמכותו לשלול את תושבותם של העותרים מעוגנת בחוק הכניסה לישראל. תחולתו של חוק הכניסה לישראל על תושבי מזרח ירושלים נדונה בפסק הדין בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424 (1988) (להלן:

עניין עווד)). בעניין עווד עמד במוקד הדיון עניינו של עותר שנולד במזרח ירושלים והפך לתושב ישראל עם התפקדותו במפקד האוכלוסין שנערך בעיר לאחר מלחמת ששת הימים. בשנת 1970 נסע העותר לארצות הברית לצרכי לימודים ולימים קיבל אזרחות אמריקנית. בשנת 1987, באחד מביקוריו בישראל, נאמר לעותר כי הוא חדל להיות תושב ישראל, וכי שהייתו במדינה היא מכוח אשרת ביקור של תייר בלבד. לאחר מכן נדחתה בקשתו להאריך את רישיון הישיבה הזמני שלו בישראל והוא נדרש לעזוב את הארץ, על רקע תמיכתו ב"מרי אזרחי" של תושבי השטחים כלפי מדינת ישראל. עתירה שהוגשה נגד ההחלטה האמורה נדחתה על ידי בית משפט זה. נפסק כי שהותם בישראל של תושבי מזרח ירושלים שלא התאזרחו נעשית מכוח רישיון ישיבה, ולכן יש לראות בכל מי שהתפקד במפקד האוכלוסין שהתקיים ב-1967 כמי שקיבל רישיון לישיבת קבע בישראל לפי חוק הכניסה לישראל. דהיינו, נקבע כי אין מקום להבחין בין מעמדם הסטטוטורי של תושבי מזרח ירושלים לבין מעמדם של תושבים אחרים אשר המשיב העניק להם רישיון לישיבת קבע, ונדחתה הטענה כי לתושבי מזרח ירושלים מעמד מיוחד – שהוא "מעין אזרחות" או "תושבות קונסטיטוציונית" (שם, בעמ' 431-430). בפסק הדין ציין השופט (כתוארו אז) א' ברק כי קביעה זו נגזרת ממגמת החקיקה ליצור סינכרוניזציה בין המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לבין מזרח ירושלים והשוהים בה. לאחר שקבע כי ישיבתם של תושבי מזרח ירושלים בישראל אינה אלא מכוח רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, המשיך וקבע השופט א' ברק כי רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל עשוי לפקוע לפי התנאים שנקבעו בתקנות הכניסה לישראל או "מעצמו", ללא כל מעשה ביטול על ידי המשיב. ובלשונו:

"רישיון לישיבת קבע, משניתן, נסמך על מציאות של ישיבת קבע. כאשר מציאות זו שוב אינה קיימת, פוקע הרישיון מתוכו הוא. אכן, רישיון לישיבת קבע – להבדיל ממעשה התאזרחות – הוא יצור כלאיים. גיסא הוא בעל אופי קונסטיטוטיובי, המעמיד את הזכות לישיבת הקבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלראטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע. כאשר מציאות זו נעלמת, אין עוד לרישיון במה שיתפוס, והריהו מתבטל מעצמו, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי [...]. אכן, 'ישיבת קבע', מעצם מהותה, משמעותה מציאות חיים. הרישיון, משניתן, בא ליתן תוקף חוקי למציאות זו. אך משנעלמה המציאות, אין עוד לרישיון כל משמעות, והריהו מתבטל מעצמו" (שם, בעמ' 433).

במקרה הפרטני, נקבע כי רישיון ישיבת הקבע של מר עווד פקע מכיוון שעזב את ישראל לשנים ארוכות והשתקע בארצות הברית, שם קיבל מעמד של תושב קבע ואזרח.

23. בעע"ם 5829/05 דארי נ' משרד הפנים (20.9.2007) (להלן: עניין דארי) נדרש בית משפט זה בשנית להלכה שנקבעה בעניין עווד (שס, פסקה 7). באותו עניין טענו המערערים כי לאחר כניסתו לתוקף של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, יש לבחון מחדש את סוגיית מעמד המשפטי של תושבי מזרח ירושלים על רקע עקרונות חוק היסוד. ברם, נפסק כי אין מקום לסטות מההלכה שנקבעה בעניין עווד. בית המשפט מצא כי אין כל דרך לפרש את הוראות חוק הכניסה לישראל וחוק האזרחות באופן שלא יכול את החלתו של חוק הכניסה לישראל על תושבי מזרח ירושלים שאינם אזרחי מדינת ישראל. יתרה מזאת, נמצא כי ממילא הלכה זו עומדת במבחני החוקתיות, שכן בהתניית המשך קיומו של מעמד תושבות קבע בהמשך קיומה של זיקת תושבות לארץ אין כל הפליה, נוכח קיומו של טעם רלוונטי להבחנה בין תושב לבין אזרח. על כן, בית המשפט שב ופסק כי תושבי מזרח ירושלים נחשבים לבעלי רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל, וכפועל יוצא, האופן שבו הם עלולים לאבד את רישיונם נקבע לפי הוראות חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו מכוחו (שס).

24. הלכת עווד – שעליה חזר בית המשפט בעניין דארי ובפרשות נוספות – משרטטת מתווה סטטוטורי ברור, אשר מונע עמימות בשאלת ההסדרים החלים ביחס לתושבי מזרח ירושלים ומעמדם. גישה זו מאפשרת הרמוניה חקיקתית, ומונעת מצב שבו תושבי מזרח ירושלים שלא הוענקה להם אזרחות יהיו בעלי מעמד עמום שלא ברור טיבו, ובפרט – אם וכיצד ניתן לבטלו. כדברי השופט א' ברק:

"גישה פרשנית זו מגשימה את תכלית דברי החקיקה שהחילו את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על מזרח ירושלים; היא מונעת קיומם של 'חללים' משפטיים; היא יוצרת שוויון בין כל המצוי בישראל כדין (שאינם אזרחים או בעלי תעודות עולה); היא תואמת את הפראקטיקה שעל-פיה נהגו כל השנים [...] היא מונעת קיומו של סטאטוס חדש של 'תושבות קונסטיטוציונית' או 'מעין אזרחות' שזכרו לא בא בחוק, ואשר דיניו לוטים בערפל" (עניין עווד, בעמ' 430).

25. אולם, בצד יתרונותיה האמורים, לא ניתן להתעלם מכך שגישה פרשנית זו אינה נותנת משקל משמעותי למצבם הייחודי של תושבי מזרח ירושלים. 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. לעומת זאת, כפי שמתברר מעיון בדברים שהושמעו במליאת הכנסת במסגרת הליך החקיקה וכפי שעוד יפורט להלן, ההסדר הקבוע בחוק הכניסה לישראל נועד לחול על זרים ותיירים, שזיקתם לארץ פחותה. שאלה היא אפוא אם יש מקום לעשות שימוש בסמכות הרחבה – לכאורה ללא מגבלות וסייגים – שהוענקה למשיב בחוק ביחס גם לתושבי מזרח ירושלים, ששיבתם בשטח החלה עוד קודם להחלת הדין הישראלי בשטח זה ושזיקתם אליו נפרדת ועצמאית מזיקתם למדינה – שעה שסמכות זו כיוונה עצמה מלכתחילה ל"זרים", שזיקתם לישראל היא חלשה. כפי שיתואר בהמשך, אף שהנחת המוצא היא כי למי שאינו אזרח אין זכות קנויה להיכנס בשערי המדינה וכי גם אם הותר לו להיכנס אליה מחויבות המדינה כלפיו פחותה – ספק רב אם כוחה של הנחה זו יפה באותה המידה ביחס לתושבי מזרח ירושלים. מכאן, שהרציונל שעמד בבסיס הענקת סמכות רחבה למשיב במסגרת חוק הכניסה לישראל אינו ישים באותה העוצמה כאשר מדובר בתושבי מזרח ירושלים.

26. בשם לב לקושי זה, שאלה היא אם הלכת עווד, ולמצער האופן שבו יושמה, נותנת את המשקל הראוי לנסיבותיהם המיוחדות של תושבי מזרח ירושלים. אמנם, לכאורה עומדת לתושבי מזרח ירושלים – כמו לכל תושב קבע בישראל – הזכות להתאזרח לפי סעיף 5 לחוק האזרחות, ובכך "לשריין" את מעמדם בישראל (עניין דארי, פסקה 10). עם זאת, המורכבות הפוליטית הכרוכה בצעד זה עבור אוכלוסייה זו הביאה לכך כי בחלוף כיוכל שנים להחלת המשפט, השיפוט והמינהל על מזרח ירושלים, רובם המכריע של תושבי מזרח ירושלים אינו מחזיק באזרחות ישראלית. גם בעניין דארי, ציין בית המשפט, מבלי לקבוע מסמרות, כי "אין במסקנה זו [כלומר, במסקנה שלפיה תחול הלכת עווד גם לאחר חקיקת חוקי היסוד – ע' פ'] כדי לסתום בהכרח את הגולל על הטענה שיש להבחין בין מי שקיבל מעמד של תושב קבע מכיוון שנולד בישראל (או בשטח שהפך להיות חלק מישראל) וגדל בה לבין מי שקיבל מעמד של תושב קבע לאחר שהיגר לישראל"; וכי "במסגרת השקילה והאיזון בין הנתונים והזיקות השונות, אפשר ויש משקל גם לשאלה מהו הבסיס שעליו נשען הרישיון לשיבת קבע" (שם, פסקה 11). בהמשך, העלה בית המשפט את האפשרות – מבלי להכריע בדבר – כי קיומו של נוהל ספציפי להשבת רישיון לשיבת קבע לאחר שזה פקע ("נוהל שרנסקי"), שנוסח באופן כללי אך כוון ללשכות משרד הפנים במזרח ירושלים, מלמד אולי כי יש משמעות לבסיס הרישיון לשיבת קבע של תושבי מזרח

ירושלים (כלומר לעובדה כי מדובר במי שנולד במקום לגביו הוא מחזיק ברישיון לישיבת קבע, להבדיל ממי שהיגר או הגיע למקום זה), המצדיק התייחסות מיוחדת כלפיהם במסגרת הפעלת שיקול הדעת (שס), פסקה 12; ראו גם ע"מ 9807/09 זרינה נ' משרד הפנים, פסקה 21 (1.8.2011) (להלן: עניין זרינה); ע"מ (מינהליים י-ם) 1630/09 חוסייני נ' שר הפנים (24.8.2010)). לאחר זאת, בעניין אלחאק, קבעתי כי השיקול בדבר בסיס התושבות של תושבי מזרח ירושלים נושא עמו משמעות בעת בחינת שיקול הדעת של השר בכל שאמור להחלטות שעניינן מעמדם של תושבי מזרח ירושלים (ע"מ 3268/14 אלחאק נ' שר הפנים, פסקה 19 (14.3.2017) (להלן: עניין אלחאק)). בעניין זה ציינתי כי "כאשר נדרש השר לבחון בקשה להשיב רישיון לישיבת קבע למי שהוא תושב מזרח ירושלים, עליו להתחשב במצבם הייחודי של תושבים אלה – שבשונה מעניינם של מי שהיגרו לישראל ומבקשים לקבל בה מעמד – הם בעלי זיקה חזקה למקום מגוריהם, כמי שנולדו בשטח זה – ולעיתים אף הוריהם והורי הוריהם נולדו בו – והם מקיימים בו חיי משפחה וקהילה במשך שנים" (שס).

27. על אף הערתי זו, לא ראיתי להרחיב בנוגע להלכת עווד ואופן יישומה, בשל השוני המשמעותי בין ענייננו לבין פסקי הדין השונים שניתנו במתווה הלכת עווד (ראו, בין היתר: עניין דאדי; בג"ץ 7603/96 מלאעבי נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד נט(4) 337 (2005); בג"ץ 2056/01 ראזק נ' שר הפנים (22.5.2002) (להלן: עניין ראזק); בג"ץ 7952/96 בוטתאני נ' שר הפנים (31.12.1996);). ומהו שוני זה? בעניין עווד ובפסיקה שבאה בעקבותיו דובר בפגיעה של רישיון לישיבת קבע עקב העתקת מרכז חיים למדינה אחרת: פגיעה המתרחשת בהתאם לקבוע בתקנות הכניסה לישראל, או לחלופין – מתוך הרישיון עצמו. כאמור, כפי שנפסק בעניין עווד, רישיון לישיבת קבע נסמך על מציאות של ישיבת קבע, וכאשר מציאות זו שוב אינה קיימת, פוקע הרישיון מתוכו הוא, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי. משכך, ולהבדיל מענייננו, באותן פרשות לא נדרש שר הפנים להפעיל את סמכותו הקונסטיטוטית "לבטל רישיון ישיבה" לפי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, אלא היה מדובר בעניין דקלרטיבי בלבד. לעומת זאת, רישיונם של העותרים במקרה שלפנינו לא פקע, אלא בוטל באופן קונסטיטוטיובי, כפועל יוצא מהחלטת השר. ודומה שאין צריך להכביר מלים על ההבדל בין רישיון הפוקע מעצמו, עקב העתקה וולונטרית של מרכז החיים למדינה אחרת, לבין החלטה קונסטיטוטית בדבר ביטול רישיון – שהיא החלטה הכופה על הפרט הרחקה ממקום מושבו.

ביטול רישיון ישיבה של תושב מזרח ירושלים

28. על יסוד הרקע האמור נעבור לשאלה המונחת לפתחנו: כלום אוצר סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל את סמכות השר לבטל רישיון לישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים מן הטעם של "הפרת חובת האמונים" למדינה. אקדים אחרית לראשית: בענייננו, הגעתי למסקנה כי יש להשיב לשאלה האמורה בשלילה, מסקנה הנובעת מפרשנות סעיף 11(א)(2) לחוק שעליה אעמוד להלן ומעקרונות יסוד שהותוו בפסיקתנו.

מתווה הדיון יהיה כדלקמן: תחילה נציג את התשתית המשפטית למלאכת הפרשנות התכליתית. לאחר מכן נבחן את לשון הוראת החוק האמורה; את התכלית הסובייקטיבית, כפי שזו נלמדת מההיסטוריה החקיקתית; ואת התכלית האובייקטיבית, אשר מצריכה איזון בין אינטרסים שונים העומדים בבסיס ההוראה. לבסוף נשקלל את שלושת שלבי המהלך הפרשני כדי לענות על השאלה הפרשנית שעומדת להכרעתנו.

המסגרת הפרשנית: מלאכת הפרשנות התכליתית

29. פרשנות החקיקה נפתחת, כידוע, בבחינת מרכיב הלשון. לשון החוק היא נקודת המוצא. אין לתת לחוק משמעות שהלשון איננה יכולה לסבול. בשלב זה יש לחלץ ממילות החוק את שלל המשמעויות אשר נמצאות במתחם האפשרויות הלשוניות ולהסיר מדרכנו את אלו הנעדרות כל עיגון לשוני (ראו ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים לישראל בע"מ, פסקה 34 (14.5.2012) (להלן: עניין רוטמן); ע"א 8863/07 ב.מ. כפריס דדו בע"מ נ' מנהל מע"מ חיפה, פסקה 18 (28.3.2010); ע"א 8453/09 קרן נ' בנק דיסקונט לישראל בע"מ, פסקה 19 (2.1.2012)). ככל שהשלב הראשון מותיר אחריו יותר מאפשרות אחת, נידרש לבחור מבין החלופות הקיימות את האפשרות שמגשימה באופן מיטבי את תכלית החוק.

30. תכלית החוק מורכבת מתכלית סובייקטיבית ואובייקטיבית (עע"ם 7749/09 אורט ישראל נ' הממונה על מחוז ירושלים במשרד הפנים, פסקה 22 (30.11.2011); רע"א 8233/08 כובשי נ' שוורץ, פ"ד סד(2) 207, 238 (2010) (להלן: עניין כובשי)). תכליתו הסובייקטיבית של החוק, המכונה גם "כוונת המחוקק", כוללת את המטרות ואת הערכים שביקש המחוקק להגשים באמצעות דבר החקיקה (בג"ץ 273/10 אלמזרח נ' בית הדין הארצי לעבודה ירושלים, פסקה 14 (2.9.2011)). זוהי הכוונה שעמדה לנגד עיני המחוקק שעה שחוקק את הוראת החוק. אין היא כוונה משוערת, ואין היא ניחוש באשר לכוונת המחוקק אילו היה נותן דעתו לשאלה. לעומתה, התכלית האובייקטיבית

כוללת את המטרות והמדיניות, את הערכים והעקרונות שאותם נועד להגשים כל דבר חקיקה בחברה דמוקרטית מודרנית (עניין כובשי, שם; אהרון ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 202 (1993) (להלן: ברק)). ערכי היסוד של השיטה המשפטית מהווים "מעין 'מטריה נורמטיבית' הפרושה מעל דברי החקיקה כולם", ועל רקע ערכי יסוד אלה יש לפרשם (ע"א 165/82 קיבוץ חצור נ' פקיד שומה רחובות, פ"ד לט(2) 70, 75 (1985)). כלולים בהם הרצון והצורך להגשים ערכי צדק, מוסר, זכויות אדם וכמו כן עיקרון שלטון החוק וחובת ההגינות השלטונית. חזקה היא שכל חוק נועד להגשימם (רע"א 3899/04 מדינת ישראל נ' אבן זוהר, פ"ד סא(1) 301, 317 (2006); בג"ץ 4562/92 קנדאן נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נד(1) 272, 258 (2000); בג"ץ 4562/92 זנדברג נ' רשות השידור, פ"ד נ(2) 793, 803-804 (1996) (להלן: עניין זנדברג)). מכאן שתכליתו האובייקטיבית של דבר חקיקה אינה משקפת רצון ריאלי של המחוקק; היא חיצונית לטקסט ולהקשרו הספציפי, ומבטאת את כוונת "המחוקק הסביר" או "השיטה המשפטית" (עניין כובשי, שם; ברק, בעמ' 204).

31. על תכלית הנורמה לומד אפוא הפרשן ממקורות פנימיים, כגון לשון החוק, מקומה של ההוראה ביחס להוראות אחרות באותו חוק, מבנהו הכללי של החוק והמטרות הקבועות בו; וממקורות חיצוניים כגון ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית של החוק ועקרונות היסוד של השיטה (עניין רוטמן, פסקה 49; בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המסים, פ"ד סד(2) 479, 506 (2010) (להלן: עניין מנאע); בג"ץ 909/08 A.I.M.D LTD נ' המפקח על היהלומים, פסקה 12 (29.12.2009); ע"א 8269/02 פקיד שומה חיפה נ' כרמל אולפנינים בע"מ, פ"ד נט(1) 499, 505 (2004); ברק, בעמ' 202). כמו כן, רשאי בית המשפט ליתן משקל לעמדתו הפרשנית של המינהל, כפי שזו עולה, בין היתר, מהתקנות שהותקנו מכוח החוק ומאופן הפעלת הסמכות השלטונית (ברק, בעמ' 803-795); ועליו לשאוף לפרש את החוק על רקע המערך החקיקתי שבו הוא מצוי במטרה לקיים הרמוניה חקיקתית ככל שניתן (השוו יגאל מרזל "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952" ספר אדמונד לוי בעמ' 6-16 לכתב היד (אוהד גורדון, אסתר חיות, יצחק עמית ואליקים רובינשטיין עורכים, צפוי להתפרסם ב-2017) (להלן: מרזל)).

32. סיכומו של מודל הפרשנות התכליתית הוא כי את הוראת החוק יש לפרש על סמך התכליות הסובייקטיביות והאובייקטיביות שהוא נועד להגשים. מהלך האיזון המתואר כולל בחובו הפעלת שיקול דעת שיפוטי ומושפע מהתפתחויות משפטיות, חברתיות, כלכליות ואחרות שחלו בשיטה (ע"א 2622/01 מנהל מס שבח מקרקעין נ'

לבנון, פ"ד נז(5) 309, 326 (2002); ברק, בעמ' 264-267). עמד על כך הנשיא א' ברק
 בע"א 2000/97 לינדורן נ' קרנית – קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים, פ"ד נה(1) 12, 33-
 32 (1999):

"המובן שיש ליתן לדיבור שבחוק [...] אינו קבוע ועומד לעולמים. החוק הוא חלק מהחיים, והחיים משתנים. עם השינוי במציאות משתנה גם הבנת החוק. לשון החוק עומדת על מכונה, אך משמעותה משתנה עם 'תנאי החיים המשתנים' [...] החוק משתלב במציאות החדשה. כך מדבר חוק ישן אל האדם המודרני. מכאן הגישה הפרשנית, כי 'החוק מדבר תמיד' [...] הפרשנות היא תהליך מתחדש. יש לתת תוכן מודרני ללשון הישנה, בכך יקטן הפער בין החוק לבין החיים. על רקע זה נכון לומר [...] כי הפרשן עשוי להבין את החוק טוב יותר מיוצר החוק, וכי החוק הוא לעולם חכם מיוצרו [...] החוק הוא יצור חי, פרשנותו צריכה להיות דינמית. יש להבינו באופן שישתלב במציאות המודרנית ויקדם אותה [...]".

בנוסף, מושפע האיזון האמור מחקיקתם של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו
 וחוק יסוד: חופש העיסוק. כך, ציין הנשיא א' ברק בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת
 ישראל, פ"ד מט(4) 589, 648-649 (1995) (להלן: דנ"פ גנימאת) כי:

"מעמדו החוקתי של חוק היסוד מקרין עצמו לכל חלקיו של המשפט הישראלי. הקרנה זו אינה פוסחת על הדין הישן. אף הוא חלק ממשפטה של מדינת ישראל. אף הוא רקמה מרקמותיה. ההקרנה החוקתית הבאה מחוק היסוד משפיעה על כל חלקי המשפט הישראלי. היא בהכרח משפיעה גם על הדין הישן. אמת, תוקפו של הדין הישן נשמר. עוצמת ההקרנה של חוק היסוד כלפיו היא, על כן, חזקה פחות מעוצמת ההקרנה על דין חדש. זה האחרון עשוי להתבטל אם יעמוד בניגוד להוראות חוק היסוד. הדין הישן מוגן לפני ביטול. עומדת לו מטרייה חוקתית המגינה עליו. אך הדין הישן אינו מוגן מפני תפיסה פרשנית חדשה באשר למובנו [...] כל נורמה חקוקה צריכה להתפרש בהשראתו של חוק היסוד [...] המקום הגיאומטרי לשינוי בהבנת הדין הישן הוא בתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה [...] בגדרה של תכלית אובייקטיבית זו נדרש לא פעם לאזן בין ערכי יסוד מתנגשים. נקודת האיזון משתנה עם שינוי במשקלם של הערכים והאינטרסים המתנגשים [...] וכאן פועל חוק היסוד את פעולתו הפרשנית. מכוחו עשוי להינתן משקל שונה ממה שניתן בעבר לערכים ולאינטרסים הקבועים בו. כתוצאה מכך עשויה להשתנות נקודת האיזון בין אינטרסים וערכים הקובעים את תכליתו האובייקטיבית של החוק. בעקבות זאת משתנה התכלית האובייקטיבית

עצמה. בשל כך משתנה התכלית הסופית (פרי האיזון בין התכלית הסובייקטיבית לתכלית האובייקטיבית) של דבר החקיקה. כך מתייצב לפנינו דבר החקיקה הישן במובנו החדש. דבר החקיקה לא שונה, אך מובנו שונה. נשמר תוקפו של הדין הישן, אך שונה היקף פריסתו" (שם; ראו עוד: בש"פ 537/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(3) 355, 412 (1995); בג"ץ 2390/96 קרטיק נ' מדינת ישראל, פ"ד נה(2) 625, 711-712 (2001)).

במסגרת המהלך הפרשני נידרש אפוא לאזן בין התכליות השונות ולפרש את החוק על רקע העקרונות שנקבעו בחוקי היסוד ובשיטתנו המשפטית. על פי כללי פרשנות אלה נפנה לפרשנות סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, ונפתח בבחינת לשון הסעיף.

(א) לשון הסעיף

33. חוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים להעניק ולבטל רישיונות ישיבה מסוגים שונים. רישיון לישיבת קבע הוא אך אחד מהם (סעיף 2(א) לחוק; השוו ע"ם 5718/09 מדינת ישראל נ' טרור, פסקה 30 (27.4.2011)). מקור הסמכות העיקרי שאליו מפנה המשיב הוא סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, שקובע כך:

ביטול אשרות 11(א)(2) שר הפנים
רשאי, לפי שיקול דעתו –
לבטל רישיון ישיבה שניתן
לפי חוק זה.

34. לפי הלכת עווד הוותיקה ויישומה בפסיקה, ישיבתם של העותרים בישראל אינה אלא מכוח רישיון לישיבת קבע, שהוא "רישיון ישיבה שניתן לפי חוק זה". ניתן לטעון אפוא כי המשיב מוסמך לבטל רישיון לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים מכל טעם, שכן החוק אינו מונה רשימת טעמים מוגבלת להפעלת הסמכות האמורה. להשקפתי, זו אינה מסקנה מתחייבת.

35. התיבה "לפי שיקול דעתו" היא שעומדת במוקד דיוננו. עמדתו הפרשנית של המשיב גורסת כאמור כי המובן הלשוני שיש להעניק לתיבה זו הוא כי במישור הסמכות, שיקול דעתו לשלול רישיון קבע אינו מוגבל; וכי בכפוף לכללי המשפט המינהלי, כל טעם יכול לבוא בגדרו. אף שפרשנות זו עולה בקנה אחד עם "תחושת הלשון", הרי שכפי שהטעים בבג"ץ 846/93 ברק נ' בית-הדין הארצי לעבודה, ירושלים,

פ"ד נא(1) 3, 10 (1994) (להלן: עניין ברק) המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק, "פרשנות אינה אך בלשנות". השאלה אינה אפוא מה פירוש הדיבור "לפי שיקול דעתו" בלשון העברית, אלא מהו המסר הנורמטיבי הטמון בה – מהי המשמעות המשפטית (להבדיל מהלשונית) העולה מן החוק. כאשר עסקינן במשמעות משפטית, ברי כי הדיבור "לפי שיקול דעתו" עשוי לקבל מובנים שונים בהקשרים שונים. כך, בעניין ברק הגיע בית משפט זה לכלל מסקנה כי אין לפרש הוראה במערכת יחסים חוזית שלפיה עובד יהא זכאי לדמי ביטוח אם יפרוש משירותו בחברה "מכל סיבה שהיא" כמשתרעת על פרישה בנסיבות של ביצוע עבירות חמורות של גניבה והפרת אמונים. כפי שהסביר זאת שם המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק:

"אכן, זה פועלה של הפרשנות. לעתים היא מעניקה ללשון משמעות המתרחקת מהמובן הלשוני הטבעי והרגיל שלה ('פרשנות מרחיבה'); לעתים היא מייחסת ללשון משמעות המגבילה את מובנה הטבעי והרגיל ('פרשנות מצמצמת'). הן הפרשנות המרחיבה והן הפרשנות המצמצמת אינן מהוות כללים פרשניים המחייבים תוצאה פרשנית. הן תוצאה פרשנית המתחייבת מכללים פרשניים" (שם, בעמ' 13).

בפרשה זו הוסיף והסביר המשנה לנשיא (כתוארו אז) א' ברק כי דיבור זה ("מכל סיבה") – ככל דיבור אחר – זקוק לפרשנות: "אין טקסט שאינו זקוק לפרשנות. כל טקסט נקלט בנו לאחר שפירשנו אותו (במודע או שלא במודע). אין לקבל את הדעה, שהוצגה בפנינו על-ידי בא-כוח העותר, כי הדיבור 'מכל סיבה' הוא ברור, ועל-כן אינו זקוק לפרשנות. טקסט אינו מדבר 'כשלעצמו'. אין לטקסט משמעות קדם-פרשנית. טקסט משיב לשאלות שאנו שואלים אותו, והוא מדבר אלינו באמצעות פרשנותו. כל הוראה מחייבת פרשנות" (שם).

36. בדומה, בעניין זנדברג נדונה הוראת חוק, שכונה "חוק התשריר", הקובעת כי אגרות בעד החזקת מקלט רדיו או טלוויזיה "תקפות לכל דין ולכל דבר וענין מיום קביעתן". נקבע כי הביטוי "לכל דין ולכל דבר וענין" מחייב אף הוא פרשנות, שמכוחה ניתן לומר כי את הדיבור "לכל דין ולכל דבר" יש לצמצם, ולא להחילו על תוצאות מסוימות הסותרות את התכלית המונחת ביסוד החוק שנדון שם. כפי שהסביר בפרשה ההיא הנשיא א' ברק, "צמצום זה של הדיבור 'לכל דין ולכל דבר' נעשה מכוח שיקולים שאינם לשוניים. הוא נערך מכוח שיקולים הקשורים בתכלית החקיקה" (שם, בעמ' 805). באותה פרשה הגיע הנשיא א' ברק למסקנה שלפיה תכלית החוק היא כי יינתן תוקף למפרע לאגרות מסוימות ולהפרשי ההצמדה עליהן, אך לא יהא תוקף למפרע

לקנס הפיגורים על אותם סכומים, אף שבמובן הלשוני ניתן לומר כי האגרה תקפה הן לעניין תוספת קנסות הפיגורים, הן לעניין הפרשי ההצמדה. מסקנה אחרונה זו לעניין קנס הפיגורים, ציין הנשיא, "אינה מתיישבת לכאורה עם לשונו הרחבה של חוק התשריר. על פיה, האגרות תקפות 'לכל דין ולכל דבר וענין'. האם ניתן לפרש בצמצום את לשונו הרחבה של חוק התשריר באופן שמתן התוקף, חרף לשונו הכוללת, לא יחול על קנס הפיגורים? הניתן, על-פי כללי הפרשנות המקובלים עלינו, לפרש בצמצום לשון רחבה אך בשל תכלית צרה יותר המונחת ביסודה? לדעתי התשובה היא בחיוב" (שס, בעמ' 810-811). וכך הסביר שם הנשיא א' ברק את התוצאה שאליה הגיע:

"השופט אינו רשאי לגלות שוויון נפש למצב דברים שבו תכלית החקיקה אינה מתגשמת. עליו לעשות מאמץ פרשני להגשים את תכליתה של החקיקה [...] עליו לפרש את החוק על-פי תכליתו. לעתים תוביל פרשנות זו לתוצאה כי ללשון החוק ניתן פירוש מרחיב. לעתים – וזהו המקרה שלפנינו – מביאה פרשנות זו למסקנה כי ללשון החוק יש ליתן פרשנות צרה. אמת המידה היא זו של תכלית החוק. לשם הגשמתה רשאי הפרשן לצמצם את משמעותו (הלשונית) הרחבה של החוק [...] (שס, בעמ' 811).

ואמנם, אין בכך משום חידוש. כמתואר בעניין זנדברג, במקרים רבים הגיע בית המשפט למסקנה כי פרשנות תכליתית מביאה לתוצאה כי ללשון רחבה – ולעתים רחבה מאוד – יש ליתן פירוש (תכליתי) שתוצאתו מובן (משפטי) צר. כך, למשל, במספר ניכר של חוקים נקבע כי החלטות מסוימות תהיינה סופיות. חרף לשון רחבה זו נקבע בשורה ארוכה של פסקי דין, כי אין בהוראות אלו כדי לשלול את סמכותו של בית המשפט הגבוה לצדק: הדיבור "אין אחריו ולא כלום" התפרש כמאפשר פנייה לבית המשפט הגבוה לצדק; ובדומה הדיבור "סופי" התפרש ככפוף לחריג בדבר פנייה לבית משפט זה (ראו האסמכתאות הרבות שס, בעמ' 812 ואילך).

הנה כי כן, גם הדיבור "לפי שיקול דעתו" הקבוע בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל טעון פרשנות, אשר תגדיר את גבולות ההשתרעות של מונח זה.

37. שאלה שהתעוררה בפרשה זו היא אם ניתן לראות את תקנות הכניסה לישראל ככאלו התוחמות את שיקול דעת המשיב. תשובתי לשאלה זו היא בשלילה. ראשית אציין כי התקנות שהותקנו עד כה מכוח הסמכות שהוענקה בחוק הכניסה לישראל מתייחסות בעיקר לפקיעת תוקפו של רישיון ישיבת קבע, מקום שבעל הרישיון עזב את

ישראל והשתקע במדינה אחרת; והדיון בפסיקתנו התמקד אף הוא, כאמור לעיל, בפקיעת רישיון לישיבת קבע מן הטעמים המנויים בתקנות, להבדיל משלילת רישיון לישיבת קבע מטעמים אחרים (השוו בג"ץ 9047/00 יגמור נ' שר הפנים (12.1.2003) (להלן: עניין יגמור)). שנית ועיקר, אף שתקנות אלו קובעות אימתי יפקע תוקפו של רישיון לישיבת קבע (וראו תקנה 11(ג) לתקנות אלו: "תוקפו של רישיון לישיבת קבע יפקע [...] אם בעל הרשיון עזב את ישראל והשתקע במדינה מחוץ לישראל"; וכמו כן – מכוח תקנה 11(א)(4) ו-11(א)(5) שאליהן מפנה תקנה 11(ג) לתקנות אלו – "אם השר התנה את תוקף הרשיון בקיומו של תנאי כלשהו והתנאי לא קיים"; או "אם נעשה במסמך הנסיעה שבו ניתן הרשיון תיקון או שינוי בידי מי שלא הוסמך לכך"), בית משפט זה סמך ידיו בעבר על החלטותיו של השר לבטל רישיון לישיבת קבע של אדם בשל טעמים שאינם מנויים בתקנות. כך למשל, בע"מ 8844/04 שעבאן נ' משרד הפנים (12.2.2006) (להלן: עניין שעבאן) נדחו טענות נגד החלטת המשיב לבטל רישיון לישיבת קבע לאחר שנמצא שזה הוענק במרמה ובשל נתונים כוזבים, וזאת על אף שטעמים אלה לא צוינו במפורש בחוק או בתקנות כעילה לביטול רישיון ישיבה. פסק הדין בעניין שעבאן מלמד אפוא כי המשיב מוסמך לשלול רישיונות לישיבת קבע גם מטעמים שאינם קבועים בתקנות. יש לציין בצד האמור כי ההחלטה המינהלית בעניין שעבאן – כמו גם בפרשות נוספות – שונה מענייננו באופן משמעותי, שכן היא התייחסה לביטול רישיון לישיבת קבע שניתן על ידי המשיב לפלסטיני תושב האזור במסגרת איחוד משפחות. נמען ההחלטה היה על כן "מהגר" ולא "ירושלמי", ומעמדו בישראל הוענק לו על ידי המשיב במסגרת הליכי הגירה. גם העילה שבעטיה נשלל הרישיון לישיבת קבע בישראל – קבלת המעמד תוך מרמה והצגת נתונים כוזבים – קשורה במישורין לכך שמדובר ברישיון שניתן על ידי המשיב בהחלטה מינהלית פרטיקולארית במסגרת הליכי הגירה (ראו גם ע"מ 3658/06 לוח נ' שר הפנים (5.3.2008); עניין יגמור). זאת ועוד: במסגרת אימרות-אגב ציין בית משפט זה כי המשיב מוסמך לבטל רישיון ישיבת קבע מ"שיקולים ענייניים" (עניין עווד, בעמ' 431); וכי "מניעה בטחונית" עשויה להוות, במקרים חריגים, עילה לביטול רישיון לישיבת קבע (עניין זרינה, פסקה 21). נוכח האמור, ובשים לב להלכת עווד, אני מוכן אפוא להניח כי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מסמיך את המשיב לבטל את רישיון ישיבת הקבע של תושב מזרח ירושלים מטעמים נוספים על אלה המצויים בתקנות, שאינן מהוות הסדר ממצה לעניין גדר השיקולים שמוסמך השר לשקול בביטול רישיון לישיבת קבע.

38. משאמרנו זאת, נשוב לבחינה פרשנית של היקף הסמכות שנמסרה לשר. ציינו כי במובן הנורמטיבי – ולא הלשוני – טעמים רבים עשויים לבוא בגדרו של שיקול

דעתו של השר; אחרים עלולים להימצא מחוצה לו. עולה מכך כי הן פרשנות העותרים, הן פרשנות המשיב להוראת החוק מצויות במתחם האפשרויות הלשוניות של סעיף 11(א)(2) לחוק. על רקע מסקנה זו, יש לקבוע מבין האפשרויות הללו מהי האפשרות שמגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה – על מרכיביה הסובייקטיביים והאובייקטיביים – ומגבשת את משמעותה המשפטית של הוראת החוק (ראו עניין רוטמן, פסקה 49; ע"א 10554/02 ערכים תיקי השקעות (1993) בע"מ נ' פקיד שומה ת"א 1, פסקה 14 (21.11.2006)). לכך נפנה כעת.

(ב) תכלית החוק

(ב)(1) "כוונת המחוקק" – על התכלית הסובייקטיבית של החוק

39. חוק הכניסה לישראל נחקק בשנת 1952, וקדמו לו דיונים נרחבים. מדיונים אלה ניתן ללמוד על החשש שהעלו חברי כנסת שונים מפני הסמכתו הכללית של המשיב להעניק ולבטל רישיונות ישיבה. כך, במסגרת הדיונים הללו, העלו חברי האופוזיציה (ובכלל זה מפלגות מק"י ומפ"ם) את החשש כי סמכות המשיב רחבה מדי, וקראו להגדרת העילות למתן ולביטול רישיונות ישיבה בחוק עצמו. ברוח זו ציין ח"כ ישראל בר יהודה ממפלגת מפ"ם, בהתייחסו לסמכות השר למתן ולביטול רישיונות ישיבה, כי:

"אינכם קובעים מהו המעשה, שיש בו חטא ועבירה ושבעדו צפוי עונש, אלא אתם רק קובעים מיהו השוטר שברגע שירצה ישתמש בכל הסאנקציות שירצה – וזה הכול, זהו כל תכנון של החוק. לא מובן מדוע כתבתם כל כך הרבה סעיפים בהצעת החוק. יכולתם לכתוב את הדבר כולו בשני סעיפים קצרים: 'שר הפנים' וכל מי שימצא לנכון ייתן או לא ייתן למי שירצה לתת – כך יהיה העניין פשוט יותר וגם ישר יותר" (ד"כ 11, 2021 (התשי"ב)).

רבים מחברי האופוזיציה התייחסו לחשש שהמשיב ישקול שיקולים פוליטיים זרים בהחלטותיו לשלול רישיונות ישיבה, בפרט ככל שמדובר בזרים המזוהים עם תפיסות קומוניסטיות; ושסמכותו זו תופעל גם כלפי אנשים עם זיקה הדוקה יותר לישראל, דוגמת ערכים תושבי ישראל (ד"כ 12, 3173 (התשי"ב)). ח"כ עזרא איכילוב ממפלגת הציונים הכלליים אף קבל על סמכותו הנרחבת של השר לקבוע בתקנות הסדרים ליישום סמכויותיו, וציין כי "זוהי הפרזה מבחינה תחוקתית והסדרים הפנימיים

לגבי סמכויותיו של שר, בייחוד כאשר הם נוגעים לדברים כאלה שיכולים להיות עניין של פיקוח נפש" (ד"כ 11, 2019 (התשי"ב)).

40. במענה לחששות אלה הבהירו חברי כנסת שונים כי תחולתו של החוק – שכוונה במקור "חוק ההגירה" – תהא מצומצמת: החוק נועד לחול על מהגרים מסוגים שונים, ולהסדיר את כניסתם לשטח המדינה ואת שהייתם בה. כך, הדגיש ח"כ עמי אסף מסיעת מפא"י (בשם הרוב בוועדת הפנים) כי החוק נועד לחול כלפי "אנשים זרים" שאין למדינה כלפיהם "שום חובה ושום התחייבות". ובלשונו:

"החוק הזה אינו מדבר באזרחי מדינת ישראל, אינו נוגע ליהודים באשר הם – מחוץ למדינת ישראל, אינו נוגע לתושבים הנמצאים במדינת ישראל, לפני קבלת החוק הזה, גם אם אינם אזרחים. הוא נוגע רק לאנשים זרים המעוניינים להיכנס למדינת ישראל [...] המדובר הוא באנשים, אשר לעת עתה אין לנו כלפיהם שום חובה ושום התחייבות ואנחנו צריכים להיות, כשליטים בביתנו, חופשיים לגמרי בשיקול דעתנו, אם אנחנו מרשים להם להיכנס, אם יש לנו נימוקים כלשהם לא להרשות להם להיכנס, נימוקים כלשהם להגביל בתנאים אלה או אחרים את כניסתם לישראל ושיבתם בה" (ההדגשות הוספו – ע' פ'; ד"כ 12, 3171 (התשי"ב)).

עוד הוסיף ח"כ עמי אסף כי "הואיל והמדובר באנשים שאין לנו שום התחייבות כלפיהם, הרי אין כל הצדקה לכך, שנגביל את המשיב, פירוש – את הממשלה, פירוש – את הרשות המבצעת, שאנחנו מוסרים לה להגן על ענייני המדינה ולשמור עליהם" (שם).

41. דברים ברוח דומה אמר גם יו"ר ועדת הפנים ח"כ יוסף ספיר, שהבהיר כי הסמכות הרחבה בחוק ממילא אינה מכוונת כלפי אנשים עם זיקה הדוקה יותר לישראל, כדוגמת ערבים תושבי ישראל שלא קיבלו מטעם כזה או אחר אזרחות ישראלית עם הקמת המדינה:

"בקביעת דעתה ועמדתה בעניינים אלה לא ראתה הוועדה את החוק הזה כנוגע במישרים לאותם התושבים [...] כל התושבים האלה שהחוק לא חל עליהם, נשארים בסטאטוס שלפני מתן החוק. הוועדה רצתה שהחוק הזה לא יכניס שום שינוי בסטאטוס של האנשים האלה [...] החוק אינו בא להקנות זכויות או לשלול זכויות, אלא להשאיר את המצב הקיים, וכיוון שהעניינים העיקריים שלהם אינם כלולים במסגרתו של החוק, הרי העניינים

האחרים יסודרו [...] בלי כל קשר עם החוק הזה" (שם, בעמ' 3174).

42. אכן, כפי שמציין חברי השופט נ' הנדל, בשנת 1996 תוקן חוק הכניסה לישראל בנוסחו המקורי, והוסף לו בסעיף 18(ב) כי "אין בהוראה זו כדי למנוע את שר הפנים מליתן רשיון לישיבת קבע לאדם שנכנס כאמור, ומשניתן לו הרשיון, יחולו עליו הוראות חוק זה". לעמדת חברי, מכך נובע כי "המחוקק ראה בחוק מקשה אחת וביקש להחילו במלואו על כל הבאים בשעריו – ללא קשר למידת זיקתם לאזור מגוריהם" (פסקה 14 לחוות דעתו). מסקנתי מעיון בהיסטוריה החקיקתית שונה. הדבר נלמד ראשית מלשון החוק בסעיף זה, אשר עוסק במי ש"נכנס" לישראל – בנבדל ממי שיישב בה. אף בדברי ההסבר לתיקון זה הוטעם כי "יש בארץ אנשים שנכנסו לישראל לפני יום 5.9.52, הוא יום תחילתו של החוק העיקרי, ואין בידם רשיון לישיבת קבע. מוצע, להסמיך במפורש את שר הפנים ליתן לאנשים אלה רשיונות לישיבת קבע ולהחיל עליהם בדרך זו את הוראות החוק" (ההדגשה הוספה – ע' פ'; דברי הסבר להצעת חוק הכניסה לישראל (תיקון), התשכ"ו-1965, ה"ח 675). על כך שכוונת המחוקק לא הייתה "ללכוד" ברשתו את יושבי הארץ ניתן ללמוד גם מסעיף 18(ג) לחוק, שנזכר עוד בנוסחו המקורי של החוק, ושנוסחו לאמור: "מי שהיה, ביום ט"ז בכסלו תש"ח (29 בנובמבר 1947), תושב השטח שהיה לשטח ישראל, ויצא משטח זה לפני אותו תאריך, וביקש, תוך שנתיים מתחילת תקפו של חוק זה לחזור לישראל – רשאי שר הפנים לתת לו אשרה לכך" (ההדגשות הוספו – ע' פ'). נקל לראות כי כבר בנקודה חקיקתית ראשונית זו ביקש המחוקק לאבחן את מעמדם של תושבי הארץ; ואף התייחס אליהם בלשון שונה: לא "מי שנכנס", כי אם "מי שהיה [...]" תושב השטח. שוני טרמינולוגי זה אכן הולם את נסיבות העניין.

43. הנה כי כן, ההיסטוריה החקיקתית מלמדת כי באמצעות דבר החקיקה העומד במוקד דיוננו ביקש המחוקק למסור למשיב סמכות להעניק או לשלול רשיונות ישיבה בארץ ביחס למי שזיקתם לארץ פחותה – זרים ותיירים הבאים בשעריה. תכליתו הסובייקטיבית של החוק, הנלמדת מכוונתו הגלויה של המחוקק, הייתה אפוא שלא להחילו על מי שכבר מצוי בשערי ארצנו, כי אם על מי שמתדפקים על דלתותיה. היינו: כוונת המחוקק הייתה כי החוק לא יוחל על הקטגוריה שבה עסקינן. כך הבינו יוצרי החוק את לשון הטקסט שאותו חוקקו (ברק, בעמ' 152).

לאחר שאמרנו דברים אלה על אודות תכליתו הסובייקטיבית של החוק, נפנה לבחינתה של תכליתו האובייקטיבית.

(ב)(2) התכלית האובייקטיבית ועקרונות היסוד של השיטה

(א) ריבונות המדינה

44. מושכלות יסוד הן כי למדינה ריבונות לקבוע מי יבוא בשעריה ובאילו תנאים, באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה. פסיקתו ארוכת השנים של בית משפט זה בנוגע לחוק הכניסה לישראל ולהפעלת הסמכויות מכוחו מבארת כי שיקול הדעת הרחב המוקנה למשיב בחוק בכל הקשור למתן או לשלילת היתרי כניסה ורישיונות ישיבה בישראל מבטא את אופייה הריבוני של המדינה (בג"ץ 11437/05 קו לעובד נ' משרד הפנים, פ"ד סד(3) 152, 122 (2011); בג"ץ 1031/93 פסרו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 705, 661 (1995); בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 519-520 (1992); בג"ץ 482/71 קלרק נ' שר הפנים, פ"ד כז(1) 113, 117 (1972)). תכליתה של הסמכות הקונקרטית לבטל רישיון ישיבה, הקבועה בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, נגזרת מתכלית החוק בכללותו: היא – הסמכות – מוענקת לשר הפנים מתוך הכרה בפרווגטיבה של המדינה להחליט כלפי מי שאינם אזרחים אם יוכלו להמשיך לשהות בה ובאילו תנאים, "באופן שיאפשר את פעילותה התקינה ואת ההגנה על זכויות אזרחיה ותושביה" (בג"ץ 7385/13 איתן מדיניות הגירה ישראלית נ' ממשלת ישראל, פסקה 51 (22.9.2014)). הנחת היסוד היא, אפוא, כי למי שאינו אזרח אין זכות קנויה להיכנס בשערי המדינה, וגם שמשהות לו להיכנס – מחויבות המדינה כלפיו היא פחותה.

(ב) ביטחון המדינה ושלוש הציבור

45. עיקרון נוסף העומד ביסוד השיטה המשפטית במדינת ישראל הוא העיקרון בדבר השמירה על שלום הציבור וביטחונו (ברק, בעמ' 453-454). נקודת המוצא בחברה דמוקרטית היא כי הדמוקרטיה רשאית ואף חייבת לנקוט אמצעים כדי להגן על עצמה. בהתקיים סיכון לפגיעה במדינה או בביטחון תושביה תוך שימוש במסגרת הדמוקרטית, ממילא לא ניתן לממש באופן אפקטיבי את הזכויות והחירויות שהיא מעניקה (בג"ץ 7052/03 עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים, פ"ד סא(2) 202, 339 (2006) (להלן: עניין עדאלה); בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 383, 352 (2002); בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 76 (2004); דנ"פ 7048/97 פלונים נ' שר

הביטחון, פ"ד נד(1) 721, 741 (2000)). מכאן שגם במסגרת הריסונים המוטלים עליה, אין הדמוקרטיה מחויבת לתת ידה למי שחותר תחתיה או פועל בשיתוף פעולה עם אויביה כדי לפגוע בה.

בצד שניים אלה, העשויים לתמוך בפרשנות מרחיבה בנוגע להפעלת סמכותו של שר הפנים לפי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, ערכי יסוד נוספים הנלמדים מעקרונות היסוד של שיטת המשפט הישראלית ומהמערך החקיקתי המצוי בה עשויים לתמוך בפרשנות מצמצמת לסמכות זו.

(ג) קידום זכויות אדם

46. הוראות החוק במשפטנו נחקקות ומתפרשות על רקע משטר זכויות האדם במדינתנו. ההנחה היא כי כל דבר חקיקה מבקש לקדם זכויות אדם ואינו מבקש לפגוע בהן. משכך, ההכרה בזכויות האדם מהווה את תכליתו האובייקטיבית של כל דבר חקיקה (ע"א 524/88 "פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב, פ"ד מה(4) 561, 529 (1991); ברק, בעמ' 553). כלל ידוע הוא כי חוק הפוגע בזכויות האדם יפורש ככלל באופן מצמצם ודווקני (ב"ש 71/78 מדינת ישראל נ' אבוקסיס, פ"ד לב(2) 240, 246 (1978); ברק, בעמ' 555). עמד על כך בית משפט זה בצינו כי "כשהמדובר בסמכות שיש בה פגיעה ממשית בזכות יסודית של אזרח בחברה חפשית, לא נהסס להכריע לטובת הפירוש אשר מצמצם את הפגיעה בזכויות האזרח, שכן חזקה היא שהמחוקק מכבד זכויות אלה" (בג"ץ 124/70 שמש נ' רשם החברות, פ"ד כה(1) 505, 513 (1971)). במקרה אחר נקבע כי "מאחר ומדובר בשלילת זכות טבעית ויסודית של קשר בין הורה וילדו, מצווים אנו להקפיד ולפרש מהותם ותכנם של יוצאים-מן-הכלל אלה, שמאפשרים שלילת זכות מעין זו, בזהירות מרובה ובדרך הפירוש המצמצם" (ע"א 488/77 פלוני נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד לב(3) 421, 432 (1978)). מעמד הבכורה של זכויות האדם במשפטנו מורה אפוא כי כל דבר חקיקה המגביל זכות יסוד יפורש בצמצום.

47. האפשרות לבטל רישיון לישיבת קבע כרוכה בפגיעה קשה בזכויות יסוד. רישיון לישיבת קבע מקנה למחזיק בו את הזכות לשהות בישראל. הסנקציה המיידית כתוצאה מביטול רישיון לישיבת קבע, מבלי שניתן תחתיו רישיון ישיבה אחר, היא הרחקתו של בעל הרישיון שנשלל מישראל (וראו סעיף 13 לחוק הקובע כי "מי שאינו אזרח ישראלי או עולה לפי חוק השבות, תש"י-1950, ונמצא בישראל, בלי רישיון

ישיבה (בחוק זה – שוהה שלא כדין), יורחק מישראל בהקדם האפשרי). מובן כי עוצמת הפגיעה בזכויות ובאינטרסים של הפרט הכרוכה בהרחקה כאמור עומדת ביחס ישר לעוצמת זיקתו לישראל ולמקום מגוריו: ככל שיושב הפרט בארץ תקופה רציפה יותר, כך גירושו מביתו כרוך בפגיעה בזכויות רבות יותר שזכו למעמד חוקתי במשפטנו. ביטול הרישיון – וכפועל יוצא: הרחקתו של הפרט מישראל – פוגעים כמובן בכבודו ובחירותו של הפרט. לצד זאת, שלילת הרישיון עלולה להוביל גם לפגיעה חמורה בזכות לחיי משפחה, אשר הוכרה במשפט הישראלי כזכות חוקתית הנגזרת מזכות האדם לכבוד (בג"ץ 3648/97 סטמקה נ' שר הפנים, פ"ד נג(2) 728, 782 (1999)). כפי שהוטעם בעניין עדאלה, "הגם שזכות זו, הזכות לנישואין ולקיום חיי משפחה, לא זכתה להימנות מפורשות עם זכויות היסוד שהוכרו מפורשות בחוקי היסוד, נסכים כולנו – נסכים ונצהיר – כי נגזרת היא, נגזרת מן הראשונות במלכות היא, מכבוד האדם" (שם, בעמ' 400).

48. לצד כל אלה, ביטול רישיון ישיבת הקבע שבידי הפרט פוגע גם בזכאותו לזכויות ולהטבות רבות המוקנות למי שאוחז רישיון מסוג זה – זכויות והטבות החורגות מעצם הזכות לשבת, דרך קבע, בשטח המדינה. בין היתר, תושב קבע זכאי לזכויות סוציאליות לפי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995; לזכות לשירותי בריאות לפי חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994; לזכות הצבעה בבחירות לרשויות המקומיות (סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965); לחופש תנועה מלא ברחבי המדינה (שכן הוא נושא בתעודת זהות ישראלית לפי סעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965); ולאפשרות להיות מועסק בשירות המדינה ובתפקידים ציבוריים נוספים (סעיף 16(א) לחוק שירות המדינה (מינויים), התשי"ט-1969). למעשה, ההבחנה המרכזית בין אזרח לבין תושב קבע מבחינת אגד הזכויות המוקנות לו היא הזכות לבחור ולהיבחר לכנסת, הקנויה לאזרח בלבד (סעיפים 5 ו-6 לחוק יסוד: הכנסת), כמו גם הזכות לקבל דרכון ישראלי (סעיף 2(א) לחוק הדרכונים, התשי"ב-1952).

49. ראוי לציין כי הגם שהכרזה על "פקיעה" של רישיון ישיבת קבע כרוכה באובדן זכויות שאין להקל בו ראש, כאשר מדובר ב"ביטול" רישיון עוצמת הפגיעה היא – מטבע הדברים – קשה לאין שיעור. כפי שצוין, פקיעת רישיון הישיבה לפי חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו מכוחו, מתרחשת מאליה, לאחר שפסקה "המציאות" של ישיבה בארץ – למשל, כאשר תושב קבע עזב את ישראל לתקופה ארוכה והעביר – כפועל יוצא של בחירתו החופשית – את מרכז חייו למדינה אחרת.

במצב אחרון זה, ממילא נחלשה זיקתו של הפרט לישראל, ומכך נגזרת גם עוצמת הפגיעה הכרוכה בפגיעת רישיון הישיבה. לעומת זאת, כאשר עסקינן בביטול רישיון ישיבה, פירוש של דבר – הלכה למעשה – הוצאת צו הרחקה כפוי לאדם ממקום מושבו (בג"ץ 1661/05 המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל, פ"ד נט(2) 481, 563-561, 755 (2005)). על כן, לא ימצא חולק כי הפגיעה הכרוכה בביטול קונסטיטוטיבי של רישיון לישיבת קבע היא פגיעה חמורה. מעניין לציין בהקשר זה כי מחשבה מחודשת על סמכות דומה הביאה לביטולה. כוונתי היא לתקנה 112 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה), שהסמיכה את המפקד הצבאי, בין היתר, ליתן צו גירוש לאזרחי ישראל – תקנה אשר בוטלה בחוק במסגרת שינוי חקיקתי מקיף שנערך ביחס לסמכויות המעצר הנרחבות שעוגנו בתקנות ההגנה. השינוי הוסבר בכך ש"[...] אין להשלים עם קיומן של התקנות הקיצוניות כפי שעודן בתוקף"; ועוד הוטעם כי מטרתו "לבטל את התקנות המנדטוריות ולהמירן בחוק ישראלי שיענה על צרכי הבטחון תוך שמירה קפדנית מירבית על עקרונות חשובים במערכות שלטון החוק" (ראו דברי ההסבר להצעת חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978, ה"ח 1360, 294; סעיף 12 לחוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים), התשל"ט-1979).

50. כך ככלל, וכך ביתר שאת כאשר עסקינן 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.

עינינו הרואות: סמכות שר הפנים לשלול רישיון לישיבת קבע כרוכה, בין היתר, בפגיעה בזכויות אשר זכו למעמד חוקתי במשפטנו לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כפי שכבר הוזכר, הגם שתוקפו של חוק הכניסה לישראל אינו עומד להכרעה נוכח הוראת שמירת הדינים הקבועה בחוק היסוד, פרשנות גדר סמכותו של שר הפנים מכוח החוק תיעשה בהתאם לעקרונות ולערכים שהותוו בחוק היסוד ולזכויות הנגזרות ממנו (עניין מנאע, בעמ' 511; ע"ב 92/03 מופז נ' יו"ר ועדת הבחירות

המרכזית לכנסת ה-16, פ"ד נז(3) 793, 811 (2003); דנ"פ גנימאת, בעמ' 643, ובעמ' 653).

51. בהקשר זה אעיר כי עד לשנים האחרונות נהג המשיב להפעיל את סמכותו לשלול רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים רק כאשר פקעה תושבותם בשל עזיבתם את הארץ והשתקעותם במדינה אחרת, מכוח העילות שצוינו מפורשות בתקנה 11א לתקנות הכניסה לישראל (ראו, למשל, עניין זרינה; עניין דארי; בג"ץ 7603/96 וופא נ' הממונה על מרשם התושבים במשרד הפנים, פ"ד נט(4) 337, 340 (2005); עת"ם (מינהליים ת"א) 10-01-23714 ח"יו נ' שר הפנים (22.3.2011); עניין ראזק; עת"ם (מינהליים י-ם) 666/05 זידאן נ' מדינת ישראל, שר הפנים (9.3.2006); עת"ם (מינהליים י-ם) 652/05 מוסטפה נ' מדינת ישראל (21.11.2005); עת"ם (מינהליים י-ם) 457/03 סאלם נ' שר הפנים (25.8.2003)); או כאשר מעמד התושבות הושג במרמה (ראו, למשל, עת"ם (מינהליים י-ם) 13-03-6146 אבו קובע נ' שר הפנים (30.7.2013)). למעשה, אף אם ניתן להבין את רוחב שיקול הדעת שניתן לשר על רקע המאטריה המיוחדת של הסדרי הכניסה לישראל שבגדרה מפעילה המדינה סמכויותיה כלפי חוץ ביחס למי שאין לו זכות קנויה להיכנס בשעריה (ראו פסקאות 39-43 לעיל; ראו גם מרזל, בעמ' 12-14), על רקע התכלית הסובייקטיבית שעליה עמדנו ברי כי לא הייתה כוונה לפגוע בזכויות יסוד של מי שנכללים בקטגוריה שבה עסקינן, וייתכן שיש בכך כדי להסביר מדוע סמכות השר לא הופעלה עד כה באופן ששולל מתושב קבע "יליד" את רישיון הישיבה שלו מהטעם של הפרת אמונים כלפי המדינה. ניתן אף לומר כי זו הפעם הראשונה שבה מגיעה לפתחו של בית משפט זה החלטה מינהלית על ביטול רישיון לישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים (שהוא או הוריו קיבלו את המעמד מכוח התפקדות למרשם האוכלוסין בשנת 1967), ובפרט – כאשר ביטול הרישיון נעשה מכוח עילת "הפרת אמונים". המשיב מצהיר אף הוא כי מקרה זה (יחד עם מקרה אחר שתלוי ועומד בבית המשפט לעניינים מינהליים בירושלים שבו בוטל רישיון לישיבת קבע של חברי "חוליית סילואן" בחודש מאי 2005 – עת"ם (מינהליים י-ם) 303/06 על קסאם נ' שר הפנים) הוא מקרה תקדימי של הפעלת סמכות זו. משמבקש השר להפעיל סמכותו באופן שונה מדפוס הפעלתה בעבר, חל אף ביתר שאת הכלל שלפיו יש לפרש את אופן הפעלת סמכותו בהתאם לרוח חוקי היסוד.

פגיעה בזכויות יסוד ודרישת ההסמכה המפורשת והמפורטת

52. היבט נוסף של התפיסה הפרשנית המקובלת היא כי אין לפרש דבר חקיקה כמסמך לפגיעה בזכויות יסוד אלא אם כן ההסמכה לכך היא ברורה, חד משמעית ומפורשת (בג"ץ 333/85 אביאל נ' שר העבודה והרווחה, פ"ד מה(4) 581, 600 (1991); בג"ץ 355/79 קטלן נ' שירות בתי הסוהר, פ"ד לד(3) 294, 303, 308 (1980); בג"ץ 200/57 ברנשטיין נ' המועצה המקומית בית שמש, פ"ד יב 264, 268 (1958); ברק, בעמ' 558). לצד דרישת ההסמכה המפורשת, הובעה בפסיקתנו הדעה שלפיה כאשר מדובר בפעולה הפוגעת בזכויות יסוד, אין די בקיומה של הסמכה מפורשת בחוק שהיא סתמית, כוללנית וגורפת, ויש להצביע על הרשאה ברורה "הקובעת אמות-מידה כלליות למאפיינים המהותיים של הפגיעה המותרת באמצעות חקיקת-משנה" (בג"ץ 10203/03 "המפקד הלאומי" בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד סב(4) 715, 823 (2008)). 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 (ראו גם דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פ"ד סג(3) 41, 63-65 (2009); בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה 7 (7.10.2008); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 122-125 (2010) (להלן: ברק-ארז)).

53. בבסיס דרישות ההסמכה המפורשת והמפורטת עומדים רציונאליים זהים. הסמכה בחוק שאינה קובעת במפורש את הסמכות לפגוע בזכות יסוד או שקובעת זאת בצורה רחבה וכללית אינה רצויה, שכן היא אינה עולה בקנה אחד עם עיקרון הפרדת הרשויות, עם עיקרון שלטון החוק ועם חובת ההגינות השלטונית (השוו בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל, פ"ד סב(1) 200, 213 (2006) (להלן: עניין מטה הרוב)). עיקרון הפרדת הרשויות מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, היא שתקבע את הסמכות המינהלית לפגוע בזכויות יסוד ואת אמות המידה הכלליות להפעלתה. מקום שקיימת פגיעה בזכויות הפרט, מתחדד הצורך בליבון פרלמנטרי פומבי של השיקולים החוקתיים והערכיים הצריכים לעניין, באופן שיבטיח "[...] ערובה מוסדית מסוימת לכך שזכויות יסוד לא ייפגעו אלא כאשר הדבר דרוש" (בג"ץ 5936/97 לם נ' מנכ"ל משרד החינוך, התרבות והספורט, פ"ד נג(4) 673, 684 (1999); ראו גם בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 765-766 (2004)). 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 (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)).

54. בענייננו, לא זו בלבד שהוראות חוק הכניסה לישראל אינן כוללות אמות מידה להפעלת הסמכות לבטל רישיון ישיבת קבע – גם התקנות אשר הותקנו מכוח החוק אינן מגדירות את הקריטריונים להפעלת סמכות זו, ועוסקות אך בפקיעת תוקפו של רישיון ישיבה – היינו: בביטול דקלרטיבי בלבד. המשיב טוען, כאמור, כי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מסמיכו בצורה מפורשת וברורה לבטל רישיון ישיבה. אולם, עיון בסעיף 11(א)(2) לחוק מעלה כי ההסמכה הניתנת לשר הפנים לשלול רישיון ישיבה, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע, היא כללית ועמומה. הסעיף אינו מפרט, ולו בקווים כלליים, אילו שיקולים רשאי השר לשקול במסגרת סמכותו זו ומהם הטעמים שבגינם רשאי הוא לשלול רישיון ישיבה, ובכלל זה רישיון לישיבת קבע. למעשה, מדובר בחקיקה סתומה (vague), אשר אינה כוללת הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי (לדיון בצורך בהכוונה של שיקול הדעת המינהלי ביחס לסמכות שר הפנים מכוח חוק הכניסה לישראל ראו והשוו מרזל, בעמ' 18). הסעיף נושא דיונו איננו נוקב אפוא במפורש בזכות הנפגעת בעקבות המעשה המינהלי, ואין הוא מפרט ומתווה את אמות המידה לפגיעה בזכות.

בסוף עניין זה אך לא בשוליו, ייאמר ברורות: להשקפתי, עקרונות אלה – כשהם בפני עצמם – לא היו משום נימוק מספק לקביעה שלפיה נעדר שר הפנים סמכות לשלול רישיון לישיבת קבע מתושבי מזרח ירושלים בעילה של הפרת אמונים, ולו היו

עומדים הם לבדם לא היה בכוחם להטות את הכף. אלא שבגדרי מלאכת האיזון הפרשנית, אנו נדרשים לעמוד עליהם כחלק מהשקלול הכולל הנדרש.

כלל ההסדרים הראשוניים ועילת "הפרת האמונים"

55. כלל פרשני נוסף תומך במסקנה שלפיה יש להעניק פרשנות מצומצמת להסמכה שעומדת במוקד דיוננו הוא כלל ההסדרים הראשוניים. לפי כלל זה של פרשנות, שעל עיקריו אעמוד להלן, חזקה פרשנית היא כי הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד. חזקה זו התעצמה לאחר חקיקת חוקי היסוד על דבר זכויות האדם (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 517-524 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין)).

56. עמדנו על כך שהענקת סמכות רחבה בעניינים אלה לרשות המבצעת, בלא להתוות בחקיקת הכנסת את אמות המידה העקרוניות להפעלת סמכות זו, עלולה לעמוד בניגוד לתפיסת המשטר הדמוקרטי, לעיקרון הפרדת הרשויות ולעיקרון שלטון החוק. הדברים מקבלים משנה תוקף בהקשרה של עילת "הפרת האמונים". כלל ידוע הוא כי את המדיניות הכללית ואת העקרונות המנחים לפתרון של הכרעות גורליות, עקרוניות ומהותיות לחיי הפרט ראוי לקבוע בחוק של הכנסת, ואילו הרשות המבצעת צריכה לקבוע את דרכי ההגשמה והיישום של "ההסדרים הראשוניים" (בג"ץ 6051/08 המועצה המקומית ראש פינה נ' השר לשירותי דת, פסקה 24 (8.5.2012); בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש, למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 56 (2002); עניין רובינשטיין, בעמ' 502). בהתאם לעקרונות שלטון החוק וחוקיות המינהל ובדומה להקפדה היתרה בנוגע למידה שבה על הסמכת המינהל להיות מפורשת כאשר עסקינן בהסדר הכרוך בפגיעה בזכויות יסוד, נדרשת הקפדה מוגברת על עיקרון ההסדרים הראשוניים מקום שבו צפויה פגיעה בזכויות יסוד (ראו והשוו בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 21 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014)). ראו גם האסמכתאות שהובאו בפסקאות 52-53 לעיל).

57. 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.

58. כדי להכיר בקיומה של עילת "הפרת אמונים" אשר בגינה ניתן להטיל סנקציות על הפרט, יש לקבוע ראשית כי הפרט נושא בחובת אמונים כלפי המדינה, ולאחר מכן לקבוע את תוכנה, היקפה ועוצמתה של החובה האמורה. בספרות קיימות גישות שונות לעניין זה: יש הדוגלים בגישה מרחיבה לעניין חובת האמונים ויש המבכרים גישה מצמצמת יותר. הגישה המצמצמת מתמקדת בחובה שלא לפגוע במדינה באופן שעלול לסכן את המשך קיומה ותפקודה, ואילו הגישה המרחיבה כוללת אף את החובה לנקוט פעולות המבטאות נאמנות למדינה, כדוגמת שירות צבאי או לאומי, הצהרת אמונים למדינה ואף שמירה על זהות המדינה וערכיה (ראו ליאב אורגד "חידת הנאמנות – מי חייב מה למי ומדוע" משפט ואדם: גבורות לאמנון רובינשטיין – משפט ועסקים יד 723 (2012) (להלן: אורגד); יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" ספר יצחק זמיר: על משפט, ממשל וחברה 491 (2005) (להלן: זילברשץ); אפרת רחף אף על-פי שחטא – ישראלי הוא? – שלילת אזרחות בגין הפרת אמונים 58-66 (2008) (להלן: רחף)). לדברי הוגה הדעות רוטו, לכל מדינה יש "עיקרי אמונה בסיסיים" שנאמנות למדינה משמעותה נאמנות להם (ז'אן ז'אק רוטו על האמנה החברתית 210-212 (2003)). בדומה, גורס הברמס כי נאמנות למדינה משמעותה נאמנות לערכים חוקתיים אוניברסאליים, הגם שאלה יפורשו בהתאם לנסיבות הרלוונטיות במדינה מסוימת. לגישתו, בכל מדינה קיימים ערכי מינימום משותפים – שאליהם יש לגלות נאמנות – הכוללים, בין היתר, פעולה לשימור המדינה (Habermas, *The Postnational Constellation and the Future of Jürgen Democracy*, in *THE POSTNATIONAL CONSTELLATION: POLITICAL ESSAYS* 58-112 (Max Penski ed., 2001)). ריבוי הגישות מצביע על חלופות אפשריות בנוגע לטיב מערכת הערכים שאליה מחויב פרט המבקש לקיים את חובתו: ממחויבות בסיסית לערכים אוניברסאליים ועד למחויבות רחבה לאופייה, לסמליה ולערכיה של המדינה. כך או כך, מהאמור לעיל עולה כי גם אלה המצדדים בחובת אמונים כלפי המדינה נחלקים בשאלה מה צריכים להיות היקפה ועוצמתה של חובה כאמור.

59. שאלות דומות התעוררו בנוגע לאפשרות קביעתה של "הפרת אמונים" כעילה לביטול אזרחות. חוק האזרחות, כנוסחו היום, קובע כי "בית המשפט לעניינים

מינהליים [...], רשאי, לבקשת שר הפנים, לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אם [...] אותו אדם עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל [...]", כאשר "הפרת אמונים למדינת ישראל" מוגדרת בסעיף 11(ב)(2) לחוק זה ככל אחד מן המעשים הבאים:

"(א) 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;

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

(ג) רכישת אזרחות או זכות לישיבת קבע במדינה או בשטח המנויים בתוספת" [איראן, אפגניסטן, לבנון, לוב, סודאן, סוריה, עיראק, פקיסטן, תימן ושטח רצועת עזה – ע' פ'].

60. ההשתלשלות החקיקתית שהובילה למתווה הנוכחי (שנכנס לתוקף בשנת 2008) מצביעה על המורכבות הכרוכה באפשרות לשלול אזרחות בשל "הפרת אמונים" למדינה. בהצעת החוק הממשלתית המקורית שהונחה בראשית שנות ה-50 לא נכללה האפשרות לבטל אזרחות בעילה של הפרת אמונים, ורק בתום דיונים ממושכים הוחלט לצרפה להצעה (ד"כ 11, 1858-1863 (התשי"ב)). במהלך הדיונים בכנסת התעוררה השאלה אם יש להטיל חובת אמונים רק על מי ש"התאזרח" או שמא גם על מי שנולד בארץ או חי בה בעת קום המדינה. שאלה זו הייתה שנויה במחלוקת עזה. מחד גיסא, סברו חלק מחברי הכנסת כי אין לשלול אזרחות ממי שנולד בארץ ("אזרח טבעי"), ובכלל זה מערביי ישראל, בגין מעשה שעולה כדי "הפרת אמונים" (ראו דברי ח"כ יעקב שפירא (מסיעת מפא"י) ודברי ח"כ שמואל מיקוניס מסיעת מק"י; שם, בעמ' 1859, 1862-1863). מאידך גיסא, גרס ח"כ דוד בר-רב-האי (אף הוא מסיעת מפא"י) כי יש לקבוע בחוק אפשרות לבטל את אזרחותו גם של אזרחי ישראלי "טבעי" בגין הפרת אמונים, בהתייחסו באופן קונקרטי לאפשרות שמי מבין אזרחי ישראל הערביים יצטרף לכוחות הלוחמים במדינת ישראל (שם, בעמ' 1860). בתום דיונים ממושכים הוחלט לאפשר שלילת אזרחות מחמת "הפרת אמונים" רק ביחס למי ש"רכש אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות". עם זאת, בשנת 1968 תוקן הסעיף ונקבע כי ניתן לשלול את אזרחותו של כל אזרח שהפר את חובת האמונים כלפי המדינה.

61. סוגיה נוספת שהייתה נתונה במחלוקת והוסדרה באופן שונה לאורך השנים היא בידי מי יש להפקיד את הסמכות לבטל אזרחות. הצעת החוק המקורית משנת 1950

ביקשה להקנות לשר הפנים את הסמכות לבטל אזרחות (רחף, בעמ' 76). בסופו של יום, הוקנתה הסמכות לבטל אזרחות לבית המשפט המחוזי, בכפוף לזכות ערעור לבית המשפט העליון. אולם, בשנת 1980 תוקן חוק האזרחות והסמכות לבטל אזרחות הועברה לשר הפנים (תיקון מס' 4). העברה זו עוררה קושי. בבג"ץ 2757/96 אלדאי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18 (1996) נדונה עתירה נגד החלטת שר הפנים שלא לבטל את אזרחותו של יגאל עמיר, בעקבות הרשעתו ברצח ראש הממשלה יצחק רבין ז"ל. בהודעה שמסר שר הפנים לבית המשפט באותו הליך נאמר כי "התוצאה של תיקון זה [העברת הסמכות לביטול אזרחות לשר הפנים – ע' פ'], בהתייחס לעילה שבסעיף 11(ב) לחוק [שעניינה הפרת אמונים – ע' פ'], הינה הענקת סמכות רחבה וגורפת לגוף מינהלי, שהעילה להפעלתה עמומה. ככל הידוע אין למתכונת זו מקבילה בשיטות המשפט המוכרות לנו". 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); הדיון בבקשה יתקיים בנוכחותו של האזרח (סעיף 11(ד) לחוק זה); בית המשפט יהיה רשאי לסטות מדיני הראיות ולעיין בראיות חסויות במסגרת הדיון בבקשה, בתנאים מסוימים (סעיף 11(ה) לחוק); תמונה ועדה בראשות משפטן שתייעץ לשר הפנים לעניין החלטות ובקשות לביטול אזרחות (סעיף 11(ח) לחוק); ותיקון התוספת (מדינות עוינות שהשתקעות בהן היא עילה לביטול האזרחות) ייעשה על ידי שר הפנים באישור ועדת הפנים והגנת הסביבה של הכנסת (סעיף 11(ט) לחוק).

62. לא רק מיהות הגוף המוסמך לבטל את האזרחות והמתווה הדיוני עוררו שאלות, אלא גם אופייה העמום של עילת הפרת האמונים. בשנת 2006, כאשר נתבקש היועץ המשפטי דאז מזוז לחוות דעתו בעניין האפשרות לבטל את אזרחותו של חבר כנסת פלוני בעילה של הפרת אמונים, הודיע היועץ כי הוא סבור שאין מקום להשתמש בסמכות זו במתכונתה הקיימת, וכי מן הראוי לקבוע הוראות מהותיות ודיוניות

להסדרת הנושא. יוזכר כי סעיף 11(ב) לחוק האזרחות, בנוסחו דאז, קבע כי "שר הפנים רשאי לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אשר עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל". עוד הוסיף היועץ כי "ככלל יש להימנע מהפעלת הסמכות לשלילת אזרחות בעילה של 'הפרת אמונים', וכי מכל-מקום, אין להפעיל את הסמכות לשלילת אזרחות כלפי אזרח ישראלי אלא [...] לאחר שיוגדרו בחוק, [ב]אופן ספציפי, עילות הביטול" (הודעת לשכת הדובר המצטטת את מכתב היועץ המשפטי לממשלה, משרד המשפטים, 6.8.2006). ואכן, במסגרת תיקון מס' 9 לחוק האזרחות יצק המחוקק תוכן בעילת "הפרת אמונים", בקובעו כי "הפרת אמונים" היא אחת מאלה: מעשה טרור, סיוע או שידול למעשה טרור, נטילת חלק פעיל בארגון טרור; מעשה בגידה או ריגול חמור; או רכישת אזרחות או זכות לישיבת קבע במדינה עוינת (סעיפים 11(ב)(2)-(א)-(ג) לחוק זה).

63. מתברר אפוא כי האפשרות לשלול אזרחות עקב הפרת חובת האמונים כלפי המדינה הייתה שנויה במחלוקת ברבדים רבים: אם ראוי לאפשר שלילת אזרחות בשל "הפרת אמונים"; אם ראוי לאפשר להפעיל סמכות זו כלפי אזרח מלידה או רק כלפי מי שרכש אזרחותו בדרך של התאזרחות; אם ראוי שסמכות זו תופעל על ידי גורם מינהלי או שמא במסגרת הליך שיפוטי; ואם ניתן לבטל אזרחות בעילה כללית של "הפרת אמונים" מבלי שהמעשים שנכללים בגדרה יפורטו בחקיקה. נראה אם כן שלא זו בלבד שהמחוקק ראה לנכון להסדיר סוגיה זו בצורה מפורטת בחקיקה ראשית, מפאת עוצמת הפגיעה הכרוכה בזכויות והמורכבות העיונית והמעשית הטמונה בביטול אזרחות, אלא שהוא גם ראה צורך להפקיד את סמכות הביטול בידי בית המשפט ולקבוע מגבלות דיוניות משמעותיות על הפעלתה.

מן המקובץ עולה כי שאלת שלילת מעמד בגין הפרת חובת אמונים מהווה שאלה רגישה שניטשת בעניינה מחלוקת רחבת היקף. אשר על כן, נראה כי עקרונות היסוד של שיטתנו מחייבים כי עניין רגיש ושנוי במחלוקת מסוג זה יזכה להסדרה חקיקתית מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית.

64. שאלה אחת צפה ועולה אגב דברים אלה שאמרנו כאן: לכאורה, אם הדין מאפשר שלילת אזרחות מחמת הפרת אמונים, יטען הטוען בבחינת "קל וחומר", ועל רקע השאיפה להרמוניה חקיקתית (במיוחד בין חוקים המשתייכים לאותה "תבנית חקיקתית"), כי יש לאפשר זאת ביחס לתושב קבע. דא עקא, שאלת זהותם של הנושאים בחובת אמונים אף היא שאלה מורכבת. יש הסבורים כי אין להבחין בין תושבי קבע

לבין אזרחים, שכן על כל אדם שגדל במדינה, התחנך בה, נהנה ממשאביה וזוכה בהגנתה ראוי להטיל חובת נאמנות, אף אם אין הוא אזרח (אורגד, בעמ' 734). גם החוק הישראלי מכיר בכך שביטויים מסוימים של חובת אמונים חלים גם על מי שאינם אזרחים. כך למשל, גם תושבי קבע, ולא רק אזרחים, מחויבים בשירות ביטחון (סעיף 1 לחוק שירות ביטחון [נוסח משולב], התשמ"ז-1986). בהמשך, חוק העונשין מטיל אחריות פלילית בגין עבירות הפרת אמונים גם על מי שאינו אזרח ישראלי – ובפרט על מי שמחויב בשירות ביטחון (ראו סעיפים 101 ו-131 לחוק העונשין, התשל"ז-1977). זו הגישה שבה דוגל המשיב בכתב תשובתו. המשיב סבור כי התושבות מושתתת, בין השאר, על הזיקה הקיימת בין התושב לבין מדינה; וכי מעמד תושב הקבע מקפל בתוכו דרישה מובנית של מחויבות ונאמנות בסיסית כלפי המדינה, אזרחית ותושביה, וזאת מתוך תחושת שותפות הדדית בין המדינה לבין הפרט. אשר להיקפה של חובה זו סבור המשיב כי תושב קבע מחויב למצער ב"גרעין הבסיסי" של נאמנות למדינה, והוא "החובה שלא לפגוע במדינה או החובה שלא להיות בלתי נאמן במפגיע לחברה ולמסגרת המדינתית". מנגד, יש הסבורים כי חובת הנאמנות אינה חלה על תושבים, נוכח ההבדלים המשמעותיים בין תושבים לבין אזרחים. הבדלים אלה נוגעים הן לטיב הזכויות המוקנות לכל אחת מן הקבוצות ביחסיה עם המדינה, הן לעוצמת החברות במסגרת המדינתית של הפרטים המשתייכים לכל קבוצה וחובותיהם כלפי המדינה כפועל יוצא. במילים אחרות, רישיון תושבות קבע מקנה סל מצומצם יותר של זכויות מאשר אזרחות, ובאופן דומה אף חובותיו של התושב כלפי המדינה הן – מטבע הדברים – מצומצמות יותר מאלו של האזרח כלפיה. בנוסף, בשונה מן ההוראה הקבועה בחוק האזרחות בנוגע לאדם המבקש להתאזרח, שלפיה קודם להענקת אזרחותו יצהיר הלה כי יהיה "אזרח נאמן" למדינת ישראל, אין בנמצא הוראה מקבילה המחייבת תושב קבע להצהיר על נאמנותו כתנאי לקבלת רישיון הישיבה. בצד האמור, תושבי הקבע, להבדיל מאזרחים, אינם נוטלים חלק בחיים הפוליטיים ברמה הלאומית, שכן הם אינם בעלי זכות לבחור ולהיבחר בבחירות הכלליות כאזרחי המדינה.

65. המורכבות שעליה עמדתי נכונה אף ביתר שאת כאשר עסקינן בתושבי מזרח ירושלים, וזאת על רקע המציאות הפוליטית שבה הם חיים. לתושבי מזרח ירושלים זיקה הדוקה לציבור הפלסטיני באזור יהודה ושומרון ובתחומי הרשות הפלסטינית. לא זו אף זו: מדינת ישראל אף אפשרה לתושבי מזרח ירושלים להצביע בבחירות הכלליות לרשות הפלסטינית; ובהקשרים מסוימים, כדוגמת נושא החינוך, אף מכירה מדינת ישראל במאפייניהם הייחודיים. כך, במוסדות חינוך רשמיים במזרח ירושלים נלמדת תכנית לימודים פלסטינית (מאיה חושן "מערכת החינוך הייחודית של ירושלים" 40 שנה בירושלים – 1967-2007, 257, 266 (2008); יובל וורגן מערכת החינוך במזרח-ירושלים:

כיתות לימוד ותוכניות לימודים (מרכז המחקר והמידע של הכנסת, 2010)). הטלה של חובת נאמנות על תושבי מזרח ירושלים – בהינתן הקונפליקט ארוך השנים בין הציבור הפלסטיני לבין מדינת ישראל – קביעת היקפה של חובה זו; וקביעה כי הפרת החובה מצדיקה את ביטול רישיון הישיבה שלהם, מחייבת זהירות רבה (ראו והשוו זילברשץ, בעמ' 529-532), ולהשקפתי, אין מקומה במסגרת החלטה מינהלית תחת הסמכה סטטוטורית רחבה ועמומה. מסירת הכרעה מעין זו למחוקק הראשי לא יהא בה כדי לפגוע בשאיפה להרמוניה חקיקתית – שחזקה שגם זה האחרון מודע לה – וזאת בצד השיקולים האחרים הנגזרים מהשוני בין הקטגוריות השונות שעליהן עמדנו. ממילא, נוכח המודלים החקיקתיים השונים, שיקולים של הרמוניה חקיקתית אינם יכולים להביא למסקנה פרשנית בענייננו עוד בטרם יתווה המחוקק הראשי את ההסדר הראוי ביחס לתושבי קבע.

מובן כי אין באמור משום נקיטת עמדה בשאלה אם יש מקום להטיל על תושבי קבע חובת נאמנות ומהו היקפה של אותה חובה, כמו גם בשאלת מהות הסנקציה בעקבות הפרתה. הכרעה זו מסורה למחוקק הראשי (בכפוף למגבלות החוקתיות הנגזרות מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו).

עד כאן על היבטים פרשניים שונים של דבר החקיקה נושא דיוננו. עתה מונחים מרכיבי הפרשנות לפני השופט. "ניצב לפניו מיגוון האפשרויות הלשוניות והתכליות השונות המונחות ביסוד הנורמה המשפטית ה'כלואה' בטקסט. כאן מתחיל השלב הבא בתהליך הפרשני. על הפרשן לעצב את המשמעות המשפטית של הטקסט. עליו לשלוף מתוך מיגוון האפשרויות הלשוניות משמעות אחת המצויה בו, ואשר יותר מכל משמעות לשונית אחרת מגשימה את תכליתה של החקיקה. זוהי המשמעות המשפטית של הטקסט. זהו מובנו המשפטי" (עניין זנדברג, בעמ' 804). משסיימנו לבחון את התכליות השונות הרלוונטיות לענייננו, עלינו להציב אותן אלו מול אלו כדי לאזן ביניהן ולגבש את תכליתו הסופית של דבר החקיקה.

שלב המסקנות: פרשנות החוק בראי התכלית

66. וזה היה הילוכנו: תחילה, מצאנו כי לשון החוק סובלת כמה פירושים, ומשכך לא ניתן ללמוד ממנה מהן העילות שלאורן מוסמך המשיב לבטל רישיון ישיבה. בהמשך נדרשנו לתכלית הסובייקטיבית ולתכלית האובייקטיבית של דבר החקיקה. מסענו אל ההיסטוריה החקיקתית העלה כי המחוקק לא ביקש להחיל חוק זה על פרטים

הנמנים על הקטגוריה שבה עסקינן: כפי שעולה מהדיונים שקדמו לחקיקת החוק, כוונת המחוקק הייתה להסדיר באמצעותו את מעמדם של "זרים" המבקשים להיכנס לישראל ולשהות בה, ולא את מעמדם של מי שנולדו במדינה והתגוררו בה עוד לפני שהוחל עליהם חוק זה, ואשר זיקתם למדינה הדוקה יותר. אשר לתכלית האובייקטיבית, עמדנו על כמה מטרות ועקרונות יסוד הבאים לידי ביטוי בדבר החקיקה שאותו נדרשנו לפרש. ציינו כי החוק מבטא את עיקרון ריבונות המדינה ואת יכולתה להכריע למי תינתן זכות הכניסה בשעריה, וכמו כן שיש בו משום ביטוי לערך היסוד של ביטחון המדינה ושלוש הציבור. למול שתי מטרות אלו, אשר לאורן מתבקשת פרשנות רחבה של התיבה "לפי שיקול דעתו" שבסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, עמדנו על הפגיעה הקשה בזכויות יסוד הנגזרות מהפעלת הסמכות בהקשר שבו עסקינן ועל עמימותה וכלליותה של ההסמכה בחוק. עוד עמדנו על כך שהתקנות שהותקנו מכוח החוק עסקו בהוראות לפקיעת רישיון ישיבה ולא בביטול קונסטיטוטיובי של רישיון, וכי עד לשנים האחרונות לא הפעיל המשיב את הסמכות האמורה כבמקרה דנן על תושבי מזרח ירושלים; ומהטעם של הפרת חובת הנאמנות. לבסוף הדגשנו כי יש לראות בסוגיה שבמוקד המחלוקת בפרשה זו משום "הסדר ראשוני" הטעון הסדרה בחקיקה ראשית של הכנסת.

67. להשקפתי, בענייננו מוביל האיזון בין התכליות השונות למסקנה שלפיה התיבה "לפי שיקול דעתו" אינה מעניקה סמכות לשר הפנים לשלול רישיון לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים מחמת הפרת אמונים. שתי התכליות שעליהן יש לעמוד בבואנו לפרש חוק – התכלית הסובייקטיבית והתכלית האובייקטיבית – מובילות שתיהן למסקנה זו. במישור התכלית הסובייקטיבית, דומה כי יוצרי החוק לא ראו לנגד עיניהם את מי שמצויים עמנו, כי אם את אלה אשר באים ומבקשים להיכנס בשערינו. במובן זה תומכת התכלית הסובייקטיבית במסקנה שלפיה יש לפרש את הדיבור "לפי שיקול דעתו" ככזה שלא חל על הקטגוריה שעליה נמנים העותרים דכאן. עמידה על התכלית האובייקטיבית מחייבת שקילה מורכבת יותר. שורה של עקרונות יסוד מקרינים בענייננו על פרשנות החוק לאורה של תכלית זו, ומתחרים על הבכורה: מן העבר האחד, ניצבים עיקרון ריבונות המדינה וביטחונה; מן העבר השני – זכויות היסוד, דרישת ההסמכה המפורשת והמפורטת וכלל ההסדרים הראשוניים. בענייננו קיימת אפוא התנגשות פנימית בין הערכים, העקרונות והאינטרסים אשר הוראת החוק נועדה להגשים. במצב דברים זה נקבעת התכלית על פי האיזון הראוי שבין הערכים, העקרונות והאינטרסים בינם לבין עצמם (בג"ץ 7157/95 ארד נ' יושב-ראש הכנסת, פ"ד נ(1) 573, 585-586 (1996)). האיזון בין עקרונות אלה משתנה ממקרה למקרה. דעתי היא כי כאשר עסקינן בתושבי מזרח ירושלים ובעילה של הפרת אמונים – על רקע רגישות ומורכבות הסוגיה שעליהן עמדתי לעיל – מחייב האיזון בין העקרונות השונים הענקה

פרשנות מצמצמת לדבר החקיקה. אף שאינני מקל ראש כלל ועיקר בעקרונות היסוד המכוננים של ריבונות המדינה וביטחונה, שהם שיקולים בעלי משקל סגולי ניכר, הרי שאין תחולתם שווה בקטגוריות השונות.

68. אכן, המדינה ריבונית להכריע את מי מבקשת היא להביא בשעריה, ואת מי מעוניינת היא להותיר בגבולותיה. כאשר מדובר במהגרים ובזרים, המדינה סוברנית לקבוע כי – בכפוף לכל דין – אין היא מעוניינת לאפשר כניסתו של מאן דהוא או לאפשר את המשך שהייתו בתחומה. שונים הם פני הדברים כאשר עסקינן במי שמצויים עמנו. כאשר מדובר בילידי המקום, שעל אפיונם עמדנו לעיל, נחלש כוחו היחסי של עיקרון זה בשקלול הערכים המתחרים; מה גם שלמותר לציין כי עד לקביעת הסדר סטוטורי על ידי המחוקק הראשי, אם יראה זאת לנכון, רשאות הרשויות המוסמכות להפעיל מגוון סמכויות אחרות להתמודד עם סכנה לביטחון המדינה ושלום הציבור. מנגד, עוצמת הפגיעה בזכויות היסוד בעקבות ביטול רישיון ישיבת הקבע במקרה דנן – רבה וקשה היא. אין לך כמעט זכות שאינה נפגעת שעה שמדובר בגירוש מביתו של יליד המקום שיושב בארץ תקופה ניכרת, עקב שלילת רישיון ישיבת הקבע שבו הוא אוחז: הזכות לכבוד, הזכות לחירות והזכות לחיי משפחה. סופו של עניין הוא כי כוחם היחסי של השיקולים השונים בעניינו מטה את הכף לעבר העדפת פרשנות מצמצמת לסמכות המשיב הקבועה בסעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, בהתייחס לקטגוריה שבה עסקינן. המסקנה הפרשנית היא כי המשיב אינו מוסמך לבטל רישיון ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בגין עילת הפרת אמונים.

סיכומו של עניין

69. באנו למסקנה כי סעיפים 2(א) ו-11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל אינם אוצרים את הסמכות לשלול רישיון ישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים מחמת "הפרת אמונים", וכי על מנת להוציא לפועל החלטה מינהלית דוגמת זו נושא דיוננו נדרשת הסדרה חקיקתית מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית של הכנסת (שנתונה כמובן לביקורת חוקתית). בנסיבות אלו אין מנוס מן הקביעה כי דין החלטת המשיב לשלול את רישיון ישיבת הקבע של העותרים בגין הפרת חובת נאמנותם למדינה – להתבטל.

על רקעה של מסקנה זו, משמצאנו כי השר אינו מוסמך לשלול רישיון ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בעילת "הפרת אמונים" מכוח ההסמכה המפורשת שבסעיף 11(א) לחוק, לא ראיתי לדון בטענה החלופית שהעלה המשיב שלפיה סמכותו

לשלול את רישיון ישיבת הקבע של העותרים מחמת "הפרת אמונים" נגזרת מסמכותו הכללית להעניק רישיון ישיבה לפי סעיף 2(א) לחוק בהתאם לסעיף 15 לחוק הפרשנות, שכן מקום שבו הסמכות המפורשת לשלול רישיון ישיבה אינה מאפשרת לשר לפעול כפי שפעל, הרי שגם הסמכות הכללית, המשתמעת מהסמכות ליתן רישיונות ישיבה (שבמקרה זה ניתנו באורח קונסטרוקטיבי), אין בה די. זאת, אף ביתר שאת מקום שמדובר בסמכות הכרוכה בפגיעה בזכויות יסוד (השוו עניין מנאע, בעמ' 526). מסקנה זו שאלה הגענו מייתרת דיון בטענות פרטניות נוספת, לרבות טענות שהשמיעו בדיון לפנינו באי כוח העותרים, שלפיה עיקרון שלטון החוק מחייב כי פרט יוכל להבין כיצד עליו לנהוג ומהן הסנקציות הצפויות לו על התנהגות זו או אחרת; וכי נוכח התנהגות המדינה טרם הבחירות, לא היו יכולים העותרים לחזות שההשתתפות בבחירות תוביל לביטול רישיונות ישיבת הקבע.

הערות לפני סיום

70. ההחלטה נושא העתירה אשר עמדנו עליה כלשונה, מלמדת בבירור כי בבסיסה עמד השיקול בדבר הפרת חובת נאמנותם של העותרים כלפי המדינה. משכך, דיונו התמקד בשאלת סמכות השר לשלול רישיון קבע של תושבי מזרח ירושלים מחמת עילת "הפרת אמונים" – היא העילה העומדת בבסיס ההחלטה נושא העתירה שלפנינו, ובשאלה זו בלבד. במקרה זה, לא מצאנו כי יש בכוחה של עילה זו להתיר שלילת רישיון ישיבת קבע כאמור.

71. בצד האמור מבקש אני להוסיף ולהעיר כך: לא נעלמה מעיני טענת המשיב כי העותרים נבחרו לכהונתם מטעמו של ארגון הטרור חמאס, השולל את קיומה של מדינת ישראל וחותר להשמדה במאבק מזוין. אין צריך לומר כי מדינת ישראל אינה צריכה לתת ידה לגורמי ארגון טרור מעין זה. הכרעתנו הפרשנית אינה מתמקדת בעניינם של העותרים דווקא, כי אם בשאלה פרשנית בעלת תחולה כללית הנוגעת לתושבי מזרח ירושלים. משכך, הכרעתנו זו הוגבלה למישור הסמכות בהקשר שעליו עמדנו, ולכך בלבד. אין היא באה לרפות את ידי העוסקים במלחמה בטרור. כלל יסוד הוא כי גם במלחמה בטרור מגבילה עצמה מדינת ישראל לפעולה בגדר הוראות הדין. שמירה על שלטון החוק והכרה בחירויות הפרט מהוות מרכיב חשוב בסדר יומה של הדמוקרטיה הישראלית. להשקפתי, עלינו להוסיף ולהתמיד בשמירה על עיקרון יסוד זה. המאבק המתמיד בטרור יימשך, תוך נקיטת האמצעים המגוונים שמעמיד הדין לרשות

המופקדות על כך; בה במידה, יוכל המחוקק הראשי, ככל שהדבר יראה לו, להידרש לסוגיה זו, ולקבוע הסדר מפורט העולה בקנה אחד עם חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

לאחר הדברים האלה – בית המשפט שופט, והמחוקק מחוקק

72. לאחר כתיבת חוות דעתי זו הגיעו לידי חוות דעתם המקיפות של חבריי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין (בדימ') והשופט נ' הנדל. חבריי, שדעתם שונה מדעתי, נימקו היטב את עמדתם – אך אני בעמדתי נותרתי. אבקש להתייחס רק לנקודה אחת העולה מן הדברים שהוזכרה בסיום חוות הדעת של חברי השופט נ' הנדל, והיא נוגעת למה שהגדיר חברי כשיח בין בית המשפט לבין המחוקק. חברי סבור – ובכך הוא נאמן לגישתו – כי "ראוי היה לשרטט עבור המחוקק, ולו בקווים מנחים, את המרחב החוקתי הלגיטימי לגיבוש הסדר עתידי". כך, שכן לשיטתו התוצאה שאליה הגעתי שקולה לביטולו המעשי של החוק – ולא ניתן ללמוד ממנה אם המחוקק רשאי לאמץ פרקטיקה של ביטול רישיונות ישיבה ולהעניק לה עיגון מפורש בחקיקה (פסקה 38 לחוות דעתו). אני רואה עין בעין עם חברי את הדברים גם בעניין זה, ואסביר עמדתי בקצרה.

73. תחילה, התוצאה הפרשנית שאליה הגעתי איננה שקולה לביטול הסמכות לבטל רישיונות לישיבת קבע – אף לא בקירוב. כל שאמרתי, ואת טעמי לכך הצגתי בהרחבה, הוא כי בחינה פרשנית של הסמכות שהוענקה לשר בסעיף 11(א)(2) לחוק מלמדת כי אין הוא מוסמך – משמע: במסגרת החוק הקיים, אין הוא רשאי – לבטל רישיון לישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים בעילה של "הפרת אמונים". זו מלאכת הפרשנות, וזו תוצאתה. התעוררה לפנינו שאלה נקודתית, ועליה השבנו: מצאנו כי הפעולה המינהלית לא באה בגדרי הסמכות הקיימת, ולפיכך דינה בטלות. כך הם פני הדברים בעולמה של פרשנות, אשר לעולם איננה מתיימרת להקיף את הסמכות מכל עבריה ולקבוע מה ייפול בין גדרותיה ומה יותר מחוצה להן. פרשנות אינה יכולה לעשות כן – שהרי כל מצבי העולם, הנוכחיים ושעתידיים לבוא, מי ישערם – ואף אין זה ראוי שתעשה כן. המחוקק, אם ירצה, יעשה כחוכמתו – ולא לבית המשפט הניחושים. עמד על כך בספרו המלומד אהרן ברק:

"תפקידו של בית המשפט הוא לפרש את החוק באופן המגשים את תכליתו. תפקידו אינו לפזול לעבר צעדיו הבאים של המחוקק תוך ניסיון לנחש מה תהא תגובת המחוקק. תגובה אפשרית זו – שלשופט אין כלים לדעת את תוכנה – אינה צריכה להשפיע על הפירוש. השופט מפרש והמחוקק מחוקק [...] אין לשופט 'אסטרטגיה'

באשר לצעדיו האפשריים של המחוקק, וכיצד למנוע אותם או לזרז אותם. 'אסטרטגיה' זו זרה היא לשופט" (אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 381 (2004)).

אכן, ייתכן – ואיני נוקט עמדה בעניין זה – שהסדר חקיקתי עתידי שיבקש להעניק לשר את הסמכות שמצאנו שאינה קיימת לו כעת לא יעמוד בביקורת חוקתית. המסקנה בעניין זה תיגזר כמובן מפרטיו של אותו הסדר. אך קביעה שלפיה סמכות קיימת אינה אוצרת כוח לביצוע פעולה מינהלית פלונית – אין משמעה שחקיקה עתידית שתסמך במפורש לביצוע פעולה כאמור לא תסכון. כידוע, מלאכת השיפוט מגבילה עצמה לשאלות הנקודתיות העומדות להכרעה בפני בית המשפט בעתירה שלפניו. אכן, "השופט שם עצמו בסד של כללים. אין הוא נדרש בפסקיו אלא למה שהצדדים הביאו לפניו. הוא מגביל עצמו לשאלות קונקרטיות שיש להכרעה בהן נפקות ממשית ואשר חיוני להכריע בהן. אין הוא נותן חוות דעת מייעצות [...] ואין הוא מכריע בשאלה שטרם באה לעולם או בשאלה שחלפה מן העולם" (עניין עזאלה, בעמ' 542). אם יבחר המחוקק לעגן בחקיקה ראשית הסמכה מן הסוג שנדרש כאן – יצטרך ההסדר העתידי לעמוד, כמובן, בביקורת חוקתית המבוצעת לפי חוקי היסוד. אך לא לנו לקבוע מראש עבור המחוקק מה לחוקק וכיצד.

סוף דבר

74. במוקד עתירה זו עמדה שאלת סמכותו של שר הפנים לשלול את רישיון ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים, מחמת "הפרת חובת נאמנותם" כלפי המדינה. בפתח הדברים עמדתי על הדין החל בעניין זה. הבהרתי כי על החלטת שר הפנים לשלול את מעמד התושבות של העותרים חל המשפט הישראלי; וכי בהתאם להלכת עווד, על תושבי מזרח ירושלים חלים ההסדרים הקבועים בחוק הכניסה לישראל. התייחסתי לצורך להעניק משקל הולם למצבם הייחודי של תושבי מזרח ירושלים ולזיקתם ההדוקה למקום מגוריהם. יצאתי מנקודת הנחה שחוק הכניסה לישראל חל על העותרים, ושסעיף 11(א) לחוק מסמך את שר הפנים לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלהם מטעמים שונים. מכאן פנה דיוננו לפרשנות החוק. פרשנות דבר החקיקה החלה בלשונו של החוק. בעניין זה מצאתי כי לשונו של החוק סובלת כמה פירושים, ואין נובע ממנה כי המשיב, אשר רשאי לשלול רישיון "לפי שיקול דעתו", רשאי לעשות כן מכל טעם שהוא. בחינת התכלית הסובייקטיבית העלתה כי המחוקק כלל לא התכוון, במועד חקיקת החוק, להחיל את ההסדר שנקבע בו על ילידי המקום, שאינם מהגרים או צאצאי מהגרים אשר הגיעו לישראל ממדינה אחרת בהתאם להחלטת המשיב ולפי

שיקול דעתו. בגדרי התכלית האובייקטיבית עמדתי על כמה מטרות וערכי יסוד של השיטה שיש בהם כדי להשליך על האיזון הראוי במקרה זה. על רקע הפגיעה הקשה בזכויות יסוד חוקתיות שתגרם כתוצאה מהפעלת הסמכות, מצאתי כי מלאכת האיזון בין תכליות החוק מביאה למסקנה כי אין לפרש את התיבה "לפי שיקול דעתו" המקנה סמכות לשר הפנים לשלול רישיון לישיבת קבע ככזו הכוללת גם סמכות לבטל רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בעילה של "הפרת אמונים".

מטעם זה אציע לחברותיי ולחבריי לקבל את העתירה, לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולקבוע כי החלטת השר לשלול את רישיונם של העותרים מבוטלת.

באשר להשהיית הצהרת הבטלות ביחס לעותרים 1, 8, 15 ו-21, מצטרף אני לאמור בפסקה 4 לחוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות.

ש ו פ ט

השופט י' דנציגר:

אני מסכים לאמור בחוות דעתו המפורטת של חברי השופט ע' פוגלמן, ובפרט למסקנה שאליה הגיע, לפיה הוראות הסעיפים 2(א) ו-11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל אינם מסמיכים את השר לשלול רישיון ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בעילה של "הפרת אמונים". משכך, ראיתי לנכון לתמוך בהצעתו לקבל את העתירה, לעשות את הצו על תנאי למוחלט ולקבוע כי החלטת השר – שבבסיסה עמד השיקול בדבר הפרת חובת האמונים של העותרים כלפי המדינה – לשלול את רישיונם של העותרים, מבוטלת.

לאחר שקראתי את חוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות, ראיתי לנכון לקבל את הצעתה להשהות לפרק זמן בן שישה חודשים את בטלות החלטת שר הפנים מן הטעמים שצויינו בפסקה 4 לחוות דעתה. פרק זמן זה יאפשר לרשות המחוקקת – ככל שתמצא לנכון לעשות כן – לחוקק הסדר ראשוני מתאים, שהיה ויחוקק הוא יאפשר קבלת החלטה עדכנית בעניינם של העותרים 1, 8, 15 ו-21.

השופטת ד' ברק-ארז:

1. אני מסכימה לפסק דינו של חברי השופט ע' פוגלמן, ומבקשת להצטרף אליו. גם לשיטתי היקפה של חובת הנאמנות המוטלת על תושבי המדינה והסנקציות המתאימות במקרה של הפרתה הן סוגיות עקרוניות ביותר שלא ניתן להלום את הסדרתן על-ידי הרשות המבצעת, ללא הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה.

2. אכן, לעתים התגלעו בבית משפט זה חילוקי דעות באשר לשאלה האם הסדר מסוים טעון הסדרה מפורטת בחקיקה ראשית (במתכונת של הסדר ראשוני) אם לאו (ראו למשל: בג"ץ 1437/02 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פ"ד נח(2) 746, 757 (2004); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל (2.7.2014); בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל (27.3.2016)). עם זאת, בנסיבות העניין, אני סבורה שהכף נוטה בכיוון לעבר חיוניות קביעתו של הסדר ראשוני בחקיקה.

3. לשיטתי, מסקנה זו מבוססת על ארבעה נדבכים: הנדבך הפרשני הפנימי – שעניינו פרשנותו של חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל) בזיקה לדברי חקיקה אחרים; הנדבך התיאורטי – שעניינו המחלוקות באשר להגדרת היקפה של חובת הנאמנות ותוצאותיה המשפטיות, כמו גם ביחס ל"זליגה" או טשטוש התחומים בין דיני האזרחות ודיני התושבות; הנדבך הבינלאומי – שעניינו בחינת ההגנות הקיימות במשפט הבינלאומי על בעלי זיקת ישיבה לטריטוריה; והנדבך ההשוואתי – שעניינו עיון בהסדרים השונים המעוגנים בדברי חקיקה של מדינות דמוקרטיות אחרות בכל הנוגע לשלילת מעמד במדינה.

חלק ראשון: נדבך פרשני פנימי – חוק הכניסה לישראל בסביבתו החקיקתית

4. פרשנותו של חוק הכניסה לישראל בהשוואה לדברי חקיקה אחרים, בהתאם לגישה של הרמוניה חקיקתית, עשויה אף היא מספר רבדים: השוואה לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להלן: חוק האזרחות); ביטולה של סמכות הגירוש לפי תקנות ההגנה

(שעת חירום), 1945 (להלן: תקנות ההגנה); וההבחנה הברורה בחקיקה בין היקפה של חובת הנאמנות של האזרח לחובת הנאמנות של התושב, כמפורט להלן.

5. השוואה לחוק האזרחות – כפי שציין חברי השופט פוגלמן, ההשוואה בין ההסדרים הקיימים בחוק האזרחות בנושא שלילת מעמד מטעמים של "הפרת אמונים", הן לפני והן אחרי התיקונים שהוכנסו בו, לבין שתיקתו המוחלטת של חוק הכניסה לישראל ביחס לאותו עניין היא מאירת עיניים. חוק האזרחות עסק במאטריה קרובה ונחקק באותה שנה ממש כמו חוק הכניסה לישראל. אולם, בעוד שבחוק האזרחות הכנסת נדרשה במפורש לאפשרות של שלילת אזרחות בשל חוסר נאמנות, בחוק הכניסה לישראל לא קיימת הסדרה דומה בכל הנוגע לביטול אשרות ורישיונות ישיבה. יתר על כן, חוק האזרחות כולל מנגנונים שתפקידם לוודא כי שלילת מעמד מטעם זה לא תיעשה כלאחר יד, ולא תופקד בידיה של הרשות המבצעת בלבד, בשונה מחוק הכניסה לישראל, שמותיר לשר הפנים שיקול דעת רחב בסוגיה זו.

6. נוסחו המקורי של חוק האזרחות, שכמו חוק הכניסה לישראל נחקק בשנת 1952, הפקיד את הסמכות ליטול אזרחות רק בידי בית משפט, ואף זאת רק בעניינו של מי שרכש אותה מכוח התאזרחות. הסמכות האמורה הוענקה לשר הפנים והוחלה גם על אזרחים מלידה רק בהמשך (ראו: חוק האזרחות (תיקון מס' 4), התש"ם-1980). היסטוריה זו תומכת אף היא בעמדה כי חוק הכניסה לישראל – מבחינת הסביבה החקיקתית שבה נוסח בשנותיה הראשונות של המדינה – לא שיווה נגד עיניו את הסמכות של שר הפנים לקבל החלטה דרסטית על שינוי במעמד קבע של אדם. לא מיותר אף להוסיף כי התיקון משנת 1980 לא נכלל בהצעת החוק הממשלתית לתיקון חוק האזרחות אלא התקבל "ברגע האחרון" במסגרת דיון בהסתייגויות במליאת הכנסת (ראו: הצעת חוק האזרחות (תיקון מס' 4), התש"ם-1979; ד"כ 89, 4208-4204 (התש"ם)). ואכן, כפי שציין חברי השופט פוגלמן, בסופו של דבר, הסדר זה בוטל, על דרך "השבת עטרה ליושנה" ותיקון נוסף בחוק האזרחות החזיר את הסמכות להחליט על שלילת אזרחות לידי בית המשפט (חוק האזרחות (תיקון מס' 9), התשס"ח-2008). כיום, חוק האזרחות מעמיד תנאים נוספים בכל הנוגע לשלילת מעמד מטעמים של הפרת אמונים – מהותיים ופרוצדוראליים. כך, על בית המשפט לוודא האם לאדם שאזרחותו נשללת יש מעמד אזרחי במדינה אחרת, ואם לא כן – בית המשפט יורה על כך שיוענק לו רישיון ישיבה בישראל (סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות). בנוסף, על בקשה לשלילת מעמד מטעמים אלה להיות מוגשת כשהיא מלווה בהסכמה בכתב של היועץ המשפטי לממשלה (סעיף 11(ג) לחוק האזרחות).

7. לכאורה, ניתן לטעון כי קיימים הבדלים מהותיים שמצדיקים את ההבחנה הקיימת באשר לאופן הסדרתן בחוק של שלילת אזרחות, מצד אחד, ושלילת תושבות, מצד אחר. הרי, זיקתו של האזרח למדינה חזקה מזו של התושב, ועל כן, במקרה הרגיל, שלילת אזרחות מובילה לפגיעה חמורה יותר בזכויות מאשר שלילת תושבות. מנגד, ניתן לטעון, כפי שמוסבר בהמשך, כי חובת הנאמנות של האזרח כלפי המדינה היא ברמה גבוהה יותר מזו של התושב, כך שהפרתה עשויה להתגבש גם מקום שבו אותה התנהגות לא הייתה נחשבת ביטוי לחוסר נאמנות מהיבטו של אדם בעל זיקה פחותה למדינה. אולם, אין בכוחם של הבדלים אלה להצדיק או להסביר העדרה של כל הסדרה בכל הנוגע לשיקולים ולמגבלות שצריכים לחול על שלילתה של תושבות קבע. הדברים נכונים במיוחד כאשר מדובר בשלילת מעמדם של מי שלא היגרו לישראל, אלא נולדו בה (דהיינו, לא במצב הטיפוסי שעמד נגד עיני הכנסת בעת שחקקה את חוק הכניסה לישראל). על כן, במהלכים החקיקתיים שנסבו על הסדרת הסמכות לשלילת אזרחות יש כדי לחזק את המסקנה הפרשנית כי חוק הכניסה לישראל בנוסחו הנוכחי אינו מקנה לשר הפנים סמכות לשלול מעמד קבע בישראל מטעמים של חוסר נאמנות. כפי שהראה חברי השופט פוגלמן בפסק דינו, כך סברה הכנסת בזמן הרלוונטי לחקיקתו של חוק הכניסה לישראל, ולא הוכנס בו כל תיקון המצביע על שינוי בכך.

8. הייחוד בתחולתו של חוק הכניסה לישראל גם על מי שאינם מהגרים – חוק הכניסה לישראל, שנחקק במקור כדי לחול על מי שמבקשים להיכנס לישראל, הוחל ברבות השנים גם על תושבי הקבע של מזרח ירושלים אשר נולדו בשטח מדינת ישראל ולא היגרו אליו (ראו: בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424 (1988) (להלן: עניין עווד); עע"ם 5829/05 דארי נ' משרד הפנים (20.9.2007) (להלן: עניין דארי)). חברי השופט פוגלמן ציין בחוות דעתו כי הכרעות אלה מעוררות שאלות מורכבות, ואף אני מצטרפת לדבריו. אולם, גם כאשר נקודת המוצא היא תחולתו של חוק הכניסה לישראל אף על מי שלא נכנסו לישראל במובן המקובל של מונח זה, אין להתעלם מן השאלות הפרשניות המיוחדות שתחולה זו מעוררת. כפי שאפרט להלן לכאורה יש הצדקה לכך שהקריטריונים לשלילת מעמד של מי שנולד בישראל וגר בה כל חייו יהיו שונים מהקריטריונים לשלילת מעמד של מי שהיגר אליה. הלכה למעשה הבחנה זו עוברת כחוט השני בחקיקה של מדינות אחרות, גם אותן מדינות שהוזכרו בחוות דעתם של חבריי, והיא אף צריכה לעמוד נגד עיניו של המחוקק בבואו לקבוע את ההסדרים הראשוניים בסוגיה.

9. ביטולה של סמכות הגירוש בתקנות ההגנה – בשנת 1979 נפל דבר בישראל. בחקיקה בעלת אופי עקרוני – חוק סמכויות שעת חירום (מעצרים), התשל"ט-1979 (להלן: חוק סמכויות שעת חירום) – בוטלו כמה מן הסמכויות הדרקוניות ביותר מתקנות ההגנה המנדטוריות. אחת מן הסמכויות שבוטלו, ולא נקבע לה תחליף, היא הסמכות לגרש "אדם כל-שהוא" מתחומי ישראל, שהייתה מעוגנת בתקנה 112 לתקנות ההגנה. המדובר בהחלטה ערכית מודעת של הממשלה והכנסת באותה עת המסתייגת מסמכות מינהלית כללית שעניינה גירוש של "אדם כל-שהוא" (כלשונה של התקנה) ממדינת ישראל (ראו: דברי הסבר להצעת חוק סמכויות שעת-חירום (מעצרים והוראות שונות), התשל"ח-1978, ה"ח 293, 294-295). אכן, מרכז הכובד של התיקון היה, מטבע הדברים, הביטול המוחלט של גירוש אזרחים. אולם, הוא אינו מוגבל לכך. תיקון זה תומך גם הוא בפרשנות מצמצמת לסמכותו של שר הפנים בחוק הכניסה לישראל לשלול מעמדם של תושבי קבע מטעם שעניינו הפרה נטענת של חובת הנאמנות, ולא כל שכן לשלול מעמד כזה מתושבים ילידי המקום אשר צפויים להיות מגורשים כתוצאה משלילת מעמדם (כפי שאף נעשה במקרה שבפנינו).

חלק שני: הנדבך התיאורטי – מהותה של חובת הנאמנות וההבחנות בין אזרחים לתושבים

10. עיון עקרוני בהיבטים השונים של חובת הנאמנות והפרתה מוביל אף הוא למסקנה כי לא ניתן לעגן את הסמכות לשלילת מעמד בגין הפרת חובת נאמנות בהוראת חוק כללית ועמומה שאינה מפרטת את המבחנים לכך. זאת, מאחר שהסדר אשר מבקש לעגן סמכות מסוג זה אמור להביא בחשבון את המורכבות הכרוכה בה, כגון המחלוקות באשר להיקפה של חובת הנאמנות ולתחולתה על בעלי מעמד אזרחי שונה.

11. המחלוקות ביחס לחובת הנאמנות וההבחנה בין אזרחים לתושבים – הקושי הכרוך בהחלטה על שלילת תושבות קבע מטעמים של "הפרת נאמנות" ללא הסדרה חקיקתית ברורה גובר בשים לב לאופייה ה"נזיל" של חובת הנאמנות (כמושג משפטי) והמחלוקות באשר להיקפה המדויק. קסתות דיו רבות נשפכו על הגדרת משמעותה של חובת הנאמנות, מעבר לחובה לכבד את חוקי המדינה (שאף אינה מוגבלת לאזרחים ולתושבי קבע). הספרות המשפטית חזרה והצביעה על הקושי להגדיר את היקפה. האם היא מתבטאת בחובה לשרת בצבא? מה ההבדל בין חובת הנאמנות המוטלת על אזרחים לבין זו המוטלת על תושבים? האם בחירתו של אדם שלא לקבל על עצמו את אזרחות המדינה, על הזכויות הכרוכות בה, אינה מצדיקה הטלתן של חובות נאמנות בעוצמה פחותה בהשוואה לאלו שמוטלות על אזרח (מבלי לגרוע מן החובה לציית לחוק)? ולא

פחות חשוב – מהי התגובה המשפטית המתאימה להפרת נאמנות, כשים לב לכך שהתגובה הרגילה להפרת חוק היא תגובה עונשית? (ראו למשל: יפה זילברשץ "נאמנות למדינה" ספר יצחק זמיר על משפט, ממשל וחברה 491 (יואב דותן ואריאל בנדור עורכים, 2005); ליאב אורגד "חידת הנאמנות: מי חב מה למי ומדוע?" משפט ואדם – משפט ועסקים יד 723 (2012)). שאלות נכבדות אלה מחדדות את העובדה שהסדרתה של שאלת הנאמנות בסעיף סל המקנה סמכות כללית ולא מפורשת בידיה של הרשות המבצעת אינה הולמת את מהותה ומורכבותה של שאלה זו, אשר מחייבת – למצער – הסדרה בחקיקה ראשית.

12. חובת הנאמנות בעין החקיקה הישראלית – על הקשיים הכרוכים בהגדרת היקפן של חובות הנאמנות של תושבים ניתן ללמוד גם מן החקיקה הישראלית עצמה. אכן, חוק העונשין, התשל"ז-1977 מחיל את פרק ז', שעניינו עבירות בגידה, באופן שאינו תלוי כלל בכך שלאדם הנוגע בדבר יש מעמד אזרחי. יחד עם זאת, אין גם חולק שחוקי מדינת ישראל, כמו חוקיהן של מדינות אחרות, מכירים בכך שלאזרח יש חובת נאמנות מוגברת, השונה בהיקפה מחובת הנאמנות של מי שלא רכש מעמד של אזרח (לייחוד של זיקת האזרחות למדינה, ראו עוד: בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117 (1984); יפה זילברשץ "האזרחות: מהי ומה תהיה?" מחקרי משפט טז 55 (2000)). ביטוי חגיגי לחובת הנאמנות נותן סעיף 5(ג) לחוק האזרחות שמורה כי "לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו: 'אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל'". אולם, מלבד הצהרה זו, חוק האזרחות אינו יוצק תוכן ממשי לחובת הנאמנות ואינו מבהיר מהי בדיוק אותה נאמנות במישור המשפטי, להבדיל מאשר במישור המוסרי, הערכי או האתי. דוגמה נוספת ניתן להביא מחוק יסוד: הכנסת ממנו ניתן ללמוד כי במקרה שבו לחבר הכנסת הנבחר יש אזרחות נוספת, הצהרת האמונים שלו (לפי סעיף 15 לחוק היסוד) תיעשה רק "לאחר שעשה את כל הדרוש מצדו לשם שחרורו ממנה" (כאמור בסעיף 16א לחוק היסוד). חוק היסוד אינו כולל הוראה דומה לגבי זיקה פחותה למדינה זרה (למשל, במתכונת של "גריין קארד"). גם מכך אפשר ללמוד כי הכנסת מניחה שהיקפן של חובות הנאמנות הנלוות לתושבות הוא פחות. אם כן, חובת הנאמנות היא חובה שעשויה להיות מחלוקת באשר להיבטים הקונקרטיים שלה, מעבר לחובה הברורה וההחלטית לקיים את חוקי המדינה. אולם, ברי שעילת "חוסר הנאמנות" שעליה מבקש המשיב להתבסס אינה מכוונת לכל הפרת חוק שהיא, ואף לא לכל הפרת חוק חמורה. גם בשל מורכבות זו דומה שהחלטה על שלילת מעמד בשל פגיעה בנאמנות מחייבת הסדרה חקיקתית ברורה.

13. טשטוש התחומים בין אזרחות לתושבות קבע – לבסוף, ומכיוון הפוך, הקושי שבפנינו מתעצם עוד יותר כאשר מביאים בחשבון את העובדה שהקטגוריות של "אזרחות" ו"תושבות" אינן עוד כה מובחנות כפי שהיו בעבר. אכן, באופן מסורתי, הזכויות העודפות של אזרחים, כמו גם זיקתם העודפת למדינה בכל מובן, היו ברורות. אולם, דווקא בעולם בן ימינו, עם התנועה הגלובלית המתמדת בו, מתרכים המצבים של אנשים שמבחינה פורמאלית הם אזרחים, אך חייהם מרוחקים מן המדינה וזיקתם אליה רופפת; ומנגד – אנשים שהם "רק" תושבי קבע במדינה, אך חייהם נטועים בה בכל מובן שהוא. על רקע זה, מעת לעת אף עולות הצעות להרחיב את מעגל הזכויות המוענקות לתושבי קבע ולצמצם את עוצמת ההבחנה בינם לבין אזרחים (ראו למשל: Uco Jay Wiersma, *Equality in Hiring Permanent Resident Foreign Nationals in the United States: When Loyalty is the Question, But Not the Issue*, 20 BEHAV. SCI. LAW 141 (2002); Alexander Reilly & Tiziana Torresi, *Voting Rights of Permanent Residents*, 39(1) UNSW L. J. 401 (2016). יתרה מכך, בתקופתנו מרובים המצבים שבהם יש לאדם זיקות משמעותיות ליותר ממדינה אחת. קיומה של זיקה ליותר ממדינה אחת אינה שוללת, כמובן, את הנאמנות של אותם אנשים למדינתם החדשה. זיקתם של יהודים רבים בעולם למדינת ישראל מהווה דוגמה מובהקת למצב מורכב זה. לא בכדי בית המשפט העליון של ארצות הברית פסל את ההחלטה להתייחס להצבעה בבחירות בישראל כמעשה המצדיק את שלילת אזרחותו של יהודי אזרח ארצות הברית (ראו: *Afroyim v. Rusk, Secretary of State*, 387 U.S. 253 (1967) (להלן: *Afroyim*)). אם כן, קיומה של זיקה, אף חזקה, למדינה אחרת אינה מהווה, כשלעצמה, הוכחה לחוסר נאמנות (ראו עוד: Ilan Zvi Baron, *The Problem of Dual Loyalty*, 42(4) CAN. J. POLITICAL SCIENCE 1025 (2009)). כמובן, אין דומה מצבו של אדם שלו זיקה ליותר ממדינה אחת בנסיבות שבהן אותן מדינות נמצאות ביחסים תקינים לבין מצבו של אדם בנסיבות שבהן קיים עימות ביניהן. אולם, דווקא בשל מורכבותם של המצבים שעשויים להתעורר, ההגדרה של הפרת נאמנות וההחלטה על כך טעונות הסדרה ברורה, ואינן יכולות להיות מבוססות על מתחם רחב ועמום של שיקול דעת המוקנה לשר הפנים. לכאורה, ניתן לטעון כי הטשטוש שעליו אני מצביעה בין האזרחות לתושבות מחזק את הציפייה לכך שבתנאים מסוימים ניתן יהיה אף לשלול מעמד של תושבות מטעמים של חוסר נאמנות. אולם, גם אם אלה הם פני הדברים, הרי שהעניין מחייב הסדרה חקיקתית מפורשת, לאחר שמכלול ההיבטים של הסוגיה יזכו להתייחסות בהליך החקיקה, כפי שניתן להניח ולקוות.

14. 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.

חלק שלישי: הנדבך הבינלאומי ופרשנות חוקי המדינה באופן שחותר להתאמה עם המשפט הבינלאומי

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

16. כידוע, גישתו הבסיסית של המשפט הישראלי חותרת, במידת האפשר, להתאמה בין המשפט הפנימי למשפט הבינלאומי. אכן, במקרה של התנגשות חזיתית, גוברת ידו של המשפט הפנימי. אולם, 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 קמייאר 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)). 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. הדבר נכון ביתר שאת בפרשנות הוראה שלה עשויות להיות השלכות גם על מדינות אחרות (מהיבט קליטתם של אותם תושבי קבע שמעמדם נשלל ולכן עוזבים את שטח המדינה).

17. 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.

18. תחילה, נודעת חשיבות להוראותיה של האמנה הבינלאומית בדבר זכויות אזרחיות ומדיניות (כ"א 31, 269 (נפתחה לחתימה ב-1966)). אכן, סעיף 13 לאמנה מבהיר כי ההגנה על מי שאינם אזרחי המדינה ("זרים") מפני גירוש היא מצומצמת יחסית ומתמקדת בהגנות בעלות אופי פרוצדוראלי. אולם, עולה מן האמנה, ובעיקר מן הפרשנות הנוהגת שלה, כי לעתים מדינה תיחשב ל"ארצו" של אדם, היינו שהוא לא ייחשב כ"זר" לכל דבר ועניין, גם כשמדובר במי שאינו אזרח. סעיף 12(4) לאמנה מורה כי "לא תישלל באורח שרירותי מאיש הזכות להיכנס לארצו שלו". 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 שהסדר 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".

אכן, דברים אלה אינם מתייחסים במישרין להחלטה שעניינה שלילת מעמד, אך יש בהם כדי להשליך על אופן הסדרתה של שלילת מעמד ככל שהיא מגבילה את יכולתו של אדם להישאר בארצו (ולו במעמד פחות מזה של תושב קבע).

19. היבט נוסף שלו השלכה על ענייננו הוא התייחסותו של המשפט הבינלאומי להגנות המוענקות לאנשים מפני גירוש ממקום מושבם מההיבט של זכותם לחיי משפחה. דוגמה לכך ניתן להביא מפסיקתו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, אשר הרחיב את ההגנות המוענקות לתושבים "ארוכי-טווח" – בין תושבים שכבר נולדו במדינה כבני דור שני למהגרים ובין תושבים שהיגרו אליה בגיל צעיר – מפני גירוש מכוח הזכות לחיים פרטיים ולחיי משפחה המעוגנת בסעיף 8 לאמנה האירופית לזכויות אדם (Right to respect for private and family life). אמנם, בית הדין האירופי לזכויות אדם חזר והדגיש כי למדינות מוקנית הזכות לגרש זרים (היינו, לא אזרחים) משטחן, אולם בד בבד הכיר בכך שיש להביא בחשבון את הקשרים שלהם למדינה המגרשת, המושפעים, בין היתר, ממשך הזמן שהתגוררו בה (ראו למשל: *Moustaquim v. Slivenko v. Latvia* [GC], ; *Belgium*, no. 12313/86, paras. 35-46 ECHR (1991) Daniel Thym, ; application no. 48321/99, paras. 123-129 ECHR 2003-X *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?* 57 INT'L & COMP. L. Q. 87 (2008)). במקרה שבפנינו, לא נדרשת בחינה קונקרטית של הפגיעה בזכויותיהם של העותרים אל מול השיקולים התומכים בהחלטה שהתקבלה, מאחר ששיקול זה נבחן לצורך דיון בשאלה המקדמית האם ניתן לייחס למחוקק כוונה להעניק לשר הפנים סמכות כה פוגענית, ללא כל הסדרה עקרונית נוספת.

20. ראוי לציין כי ההכרה בזיקתו של אדם למדינה שבשטחה הוא יושב מתחזקת בכל הנוגע לתושבים שנולדו באותו שטח. כך למשל, האמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות משנת 1961 (Convention on the Reduction of Statelessness) ; להלן: האמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות) קובעת בסעיף 1(1) כי המדינות החברות

בה יעניקו אזרחות למי שנולד בשטחן ואלמלא כן יהיה מחוסר אזרחות (Stateless). בהמשך לכך, מוכרת זיקתו של אדם לשטח שבו הוא מתגורר דרך קבע גם אם שטח זה עבר ממדינה אחת לאחרת (ראו: General Assembly resolution 55/153, Nationality of natural persons in relation to the succession of States, A/RES/55/153 (30 January 2001)). בכך יש כדי להעיד על עוצמת הזיקה לטריטוריה של מי שנולד בה או מתגורר בה דרך קבע, חלף חילופי ריבונות, ולחזק את המסקנה בדבר הצורך להסדיר בחקיקה ראשית שלילת מעמד שמוביל לניתוקה של זיקה זו.

21. זווית חשובה נוספת היא הסתייגותו הברורה של המשפט הבינלאומי משלילת מעמד מאדם באופן שיוביל לכך שיהיה "מחוסר אזרחות" (ראו: סעיף 8 לאמנה בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות. עוד ראו: אמנה בדבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות, כ"א 8, 553 (נפתחה לחתימה ב-1954) (להלן: אמנה בדבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות)). חוק האזרחות מבטא הפנמה של נורמה בינלאומית זו בהתנתות את הסמכות לשלילת מעמד אזרחי בכך "שעקב ביטול האזרחות הישראלית לא ייוותר אותו אדם חסר כל אזרחות, ואם ייוותר חסר כל אזרחות כאמור – יינתן לו רישיון לישיבה בישראל" (סעיפים 11(ב)(2) ו-11א(א) לחוק האזרחות). עיקרון זה הופנם גם בחקיקתן של מדינות אחרות בתחום. חוק הכניסה לישראל אינו נדרש לסוגיה זו כלל. אכן, שלילת מעמד לפי חוק הכניסה לישראל אינה יכולה כשלעצמה להוביל לכך שאדם יהיה מחוסר אזרחות (שהרי גם קודם לכן הוא לא נהנה ממעמד של אזרח). אולם, המשפט הבינלאומי מגביל גם את האפשרות של מדינות להורות על גירושם של מחוסרי אזרחות (ראו: סעיף 31 לאמנה בדבר מעמדם של מחוסרי-אזרחות). העדרה של כל הסדרה בנושא זה בחוק הכניסה לישראל – בשונה מאשר בחוק האזרחות – תומכת אף היא במסקנה כי הוא לא כיוון להענקת סמכות שמשמעותה היא שלילת מעמד שתביא, הלכה למעשה, לגירוש מישראל.

22. בשולי הדברים, אוסיף כי מוקד ההתייחסות למשפט הבינלאומי כפי שהוצע לעיל שונה מזה שלו טענו העותרים. העותרים ביקשו להעלות טענות שעניינן מעמדה הבינלאומי של ירושלים. טענות אלה ביקשו להתגבר על עמדתו של המשפט הישראלי לפיה על ירושלים חל המשפט הישראלי, ולכן לא יכלו לצלוח. יתר על כן, טענות העותרים בעניין זה לא יכלו להועיל להם, אף לשיטתם, ככל שהן כיוונו לאיסור על גירושם של אנשים מוגנים לפי דיני המלחמה. הרחקת העותרים מירושלים ומישראל הותירה אותם בשטחים המוחזקים על-ידי ישראל בגדר תפיסה לוחמתית, ולא הרחיקה אותם מטריטוריה זו בכללותה (לעניין זה, ראו את ההבחנה בין סעיף 49 לסעיף 78 לאמנת ז'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, כ"א 1, 453 (נפתחה לחתימה ב-

(1949), וזאת מבלי להכריע כמובן באשר לתנאים לתחולתו של סעיף 78 האמור במקרה דנן).

חלק רביעי: הנדבך ההשוואתי ואופן ההסדרה של הסמכות לשלול מעמד במדינה

23. לבסוף, אני סבורה כי גם המשפט ההשוואתי תומך במסקנה שאליה הגיע חברי השופט פוגלמן. ייאמר כבר עתה כי ההשוואה למשפטן של מדינות אחרות צריכה להשתרע לא רק על השאלה האם אפשר לשלול מעמד מתושבי קבע במדינה, אלא גם, ואף בעיקר, על הגדרת העילות להחלטה כזו בחקיקה ועל השיקולים החלים עליה, לרבות מידת ההתחשבות במשך השהות של התושב במדינה ובעובדת היותו יליד המקום, להבדיל ממהגר. כמו כן, היא צריכה להתחשב גם בהסדרים החלים על שלילת אזרחות, בשים לב לכך שדיני האזרחות הם שמשמשים במקרה הרגיל כמסגרת לדיון בשלילת מעמדם של ילידי המקום, ואילו דיני ההגירה המסדירים את הרישיונות הניתנים לישיבת קבע מוחלים בדרך כלל רק על מי שהיגרו למדינה. כמו כן, ראוי לציין כי מטבע הדברים קיימת זיקה בין הנדבך הבינלאומי לנדבך ההשוואתי: המשפט הבינלאומי מבוסס בין היתר על הפרקטיקה של המדינות השונות, וגם להפך – הפרקטיקה במדינות השונות מושפעת מפירושו של המשפט הבינלאומי.

24. אכן, בכל מדינה ומדינה ההסדרים הנוגעים לביטול מעמד של תושבות הם שונים. זאת ועוד: האמת ניתנת להיאמר שבמבט מ"מעוף הציפור" ניתן לטעון כי השוואה למשפטן של מדינות אחרות דווקא תומכת במסקנה לפיה האפשרות לשלול מעמד של תושב קבע מטעמים של הגנה על ביטחון המדינה היא נורמה מקובלת גם במדינות דמוקרטיות, כפי שמציינים חבריי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין והשופט נ' הנדל. אולם, גם אם מבחינת ה"שורה התחתונה" נכון הוא שהמעמד של תושב קבע לא נחשב למעמד איתן, כך ששיקולים של ביטחון המדינה עשויים לגבור עליו, ההשוואה מלמדת גם על מגבלות או דקויות שיש להן חשיבות רבה לענייננו. ראשית, העילות לשלילת תושבות במדינות השונות מעוגנות באופן מפורש בדברי החקיקה הרלוונטיים, מה שאין כן במסגרת הסמכות הכללית בחוק הכניסה לישראל. שנית, הנורמה החקיקתית בחלק מן המדינות נותנת משקל לשאלת משך התקופה שבה נהנה האדם הנוגע בדבר ממעמד של תושב קבע. שלישית, דומה שיש מקום לטענה כי יש להשוות את היקף האפשרות לשלול את מעמדם של תושבי קבע של ישראל השוהים בה מכוח לידתם להיקף האפשרות לשלול את מעמדם של אזרחים במדינות שמקנות אזרחות "אוטומטית" לילידי המקום, ולא לדיני התושבות שלהן, החלים רק על מהגרים.

רביעית, ובהמשך לכך, נודעת חשיבות לבחינת ההסדרים החקיקתיים במדינות השונות על רקע המקרים הטיפוסיים שעליהם יחולו. להלן אסביר בקצרה את המשמעות שאני מייחסת לנקודות אלה.

הגדרת העילות לשלילת תושבות בחקיקה

25. עיון במשפטן של מדינות אחרות מלמד כי החקיקה המסדירה את האפשרות לשלול מאדם מעמד של תושב (ובכלל זה מעמד של תושב קבע) נוהגת להגדיר את העילות להחלטה באופן מפורט ומפורש (דרישה שיש לה מצדדים גם במסגרת הליכי ניסוח של מסמכים בינלאומיים בני זמננו (ראו והשוו: סעיף 5(2) ל-Draft Articles on the Expulsion of Aliens (United Nations, 2014)). בשל קוצר היריעה, ראוי להתמקד במדינות שהן מדינות הגירה מובהקות, ובעיקר כאלה שזכרו בדבריהם של חבריי המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט הנדל.

26. קנדה – חוק ההגנה על פליטים ומהגרים בקנדה – Immigration and Refugee Protection Act, S.C 2001, c.27 (להלן: החוק הקנדי) – מאפשר לשלול את מעמדו של תושב קבע כאשר הוא אינו עונה עוד על הדרישות לקבלת מעמד של תושב קבע הקבועות בסעיפים 33-36 לחוק (ראו: EMILY CARASO, NON-CITIZENS IN CANADA – STATUS AND RIGHTS 97 (2012) (להלן: קרטו)). סעיפים אלו מגדירים באופן מפורש שלוש קבוצות של עילות רלוונטיות: טעמים ביטחוניים, הפרה של זכויות אדם והרשעה בפלילים. ביחס לקבוצות אלו כולל החוק הקנדי הגדרות קונקרטיות הנוגעות למקרים שבהם ניתן יהיה לשלול מעמד (או, כאמור, לא להעניק מעמד זה מלכתחילה). דומה כי העילה הקרובה ביותר לענייננו היא חברות בארגון שיש בסיס סביר להניח כי הוא מעורב בפעילות שיש בה משום ריגול כנגד קנדה, חתירה תחת יסודותיה הדמוקרטיים של ממשלת קנדה או טרור (ראו: סעיף 34(f) לחוק הקנדי).

27. אוסטרליה – גם חוק ההגירה האוסטרלי – Migration Act, 1958 (להלן: החוק האוסטרלי) – כולל מספר עילות המאפשרות לגרש מן המדינה אנשים שאינם אזרחים, לרבות מי שמחזיקים במעמד של תושב קבע. החוק מאפשר לעשות כן בנסיבות שבהן אדם ביצע עבירה שבגינה נגזר עליו עונש של שנת מאסר אחת לפחות (שם, בסעיף 201); כאשר התנהלותו של אותו אדם מהווה סיכון בטחוני, בכפוף לחוות דעת בעניינו של התושב שתיערך על ידי שירות המודיעין האוסטרלי במיוחד לצורך כך (שם, בסעיף 202(1)); או כאשר תושב קבע ביצע אחת מן העבירות החמורות אשר החוק מונה במפורש (שם, בסעיף 203).

28. ארצות הברית – לבסוף, מעניין לציין כי דווקא בארצות הברית, שבה הסמכות שעניינה שלילת מעמד של תושב קבע היא יחסית כללית, החקיקה בנושא עדיין מכילה רכיבים קונקרטיים ומפורשים שמסייעים בתיחומה. כך, חוק ההגירה והאזרחות האמריקאי (Immigration and Nationality Act) מכיר במספר עילות לגירוש של תושב קבע מהמדינה, בין היתר מטעמים ביטחוניים (Security and Related Grounds); ראו: 8 U.S.C. §1227(a)(4). אכן, לצד העילה המפורשת שעניינה השתתפות בפעולות טרור, נקבעה גם עילת "סל" שעניינה "פעילות המסכנת את האינטרס הציבורי" (בסעיף (a)(4)(A)). יחד עם זאת, אף האחרונה כוללת תתי-סעיפים שמסייעים בתיחומה ובפרשנותה. סעיפים אלו קובעים כי העילה כוללת את מי שמבצע "פעילות פלילית" המסכנת את הביטחון הלאומי; מי שמבצע פעילות שיש בה משום התנגדות לממשל או ניסיון להפילו באמצעים של כוח, אלימות או אמצעים בלתי חוקיים אחרים; וכן מי שמפר את החוק תוך פעילות של ריגול, העברת מידע, או ייצוא טובין וטכנולוגיה (שם).

29. באופן כללי – אם כן, החוקים במדינות השונות, ובכלל זה אלה שמפנים אליהן חברי המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט הנדל, מונים באופן מפורש ומפורט את העילות אשר בגינן ניתן לשלול מעמד של תושבות קבע. כמו כן, נודעת חשיבות לכך שרבות מעילות אלה מבוססות על הרשעה בפלילים, היינו מתייחסות למצבים שבהם התקיים הליך משפטי שבו התבררה אשמתו של האדם הנוגע בדבר.

המשקל שניתן למשך התקופה של תושבות הקבע

30. על כך יש להוסיף כי לא אחת נותנת החקיקה במדינות אחרות משקל למשך השהות של אדם במדינה במסגרת ההסדרה של הסמכות לשלילת מעמדו של תושב קבע. אכן, חקיקה זו אינה שוללת את האפשרות לשלול גם את מעמדו של תושב קבע שישב במדינה תקופה ארוכה. אולם, הבחנה שעניינה משך השהות במדינה היא הבחנה בעלת משקל, ולו מסוים.

31. אוסטרליה – ניתן להזכיר, בהקשר זה, את כלל "עשר השנים" הנוהג באוסטרליה (The Ten Year Rule). כלל זה קובע, בכל הנוגע לעילות של שלילת מעמד המנויות בסעיפים 201-202 לחוק האוסטרלי, כי גירושו של אדם שאינו אזרח מן המדינה יעשה רק בנסיבות שבהן אדם מצוי במדינה פחות מעשר שנים במצטבר. כלל זה מתבסס על ההנחה כי לאחר לפחות עשר שנים של תושבות קבע, גם אדם שאינו אזרח הופך דה פקטו לחלק מן הקהילה האוסטרלית, באופן שצריך לקבל הכרה מסוימת, אף אם אותו אדם ביצע עבירה או התנהל באופן בעייתי (ראו: The Parliament of the Commonwealth of Australia DEPORTATION OF NON-CITIZEN CRIMINALS 27 Joint Standing Committee of Migration, 1998). ועדה מיוחדת שעסקה בנושא של גירוש של מי שאינם אזרחים המליצה לפרלמנט האוסטרלי לצמצם את כלל עשר השנים כך שיחול רק על מי שנכנס לאוסטרליה לפני גיל 18 (שם, בעמ' 35-36). המלצה זו התבססה על שני שיקולים מרכזיים: הצורך להגן על אוסטרליה ועל אזרחיה, מחד גיסא, וההכרה בכך שאדם אשר הגיע למדינה בהיותו קטין ושהה בה מעל לעשר שנים ככל הנראה איבד קשר עם מדינת מוצאו ויהיה קושי בהחזרתו לשם, מאידך גיסא (שם, בעמ' 33). בהקשר זה ציינה הוועדה כי לאוסטרליה יש "אחריות רבה יותר" כלפי מי שבילה את רוב (או כל) שנותיו המעצבות במדינה, וכי אחריות זו צריכה לקבל ביטוי גם במסגרת מדיניות ההגירה (שם). להשלמת התמונה, יצוין כי כלל עשר השנים אינו חל על מי שמעמדו נשלל בשל הרשעה בעבירה חמורה לפי סעיף 203 לחוק האוסטרלי, וכן על מי שמעמדו נשלל לפי סעיף 201(2) לחוק, על בסיס "מבחן אופיי", הקשור בין היתר גם לאיום בטחוני אפשרי שעולה מתושב הקבע (ראו: Sangeetha Pillai, *The Rights and Responsibilities of Australian Citizenship: A Legislative Analysis*, 37 MELB. U. L. REV. 736, 761-762 (2014)).

32. מדינות באיחוד האירופי – דוגמה רלוונטית נוספת מבוססת על הסדרת המעמד של תושבות "ארוכת טווח" (Long Term Residency) בחלק ממדינות האיחוד האירופי. מעמד זה מוסדר במדינות השונות מכוח חקיקה מדינתית אשר אימצה את העקרונות המעוגנים בדירקטיבה של מועצת האיחוד האירופי בנושא (ראו: Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents (להלן: הדירקטיבה)). הדירקטיבה קובעת כי אדם המחזיק במעמד של תושבות ארוכת טווח זכאי ליהנות מהגנה חזקה מפני גירוש מן המדינה (ראו: המבוא (Preamble) לדירקטיבה). משמעותה של הגנה זו היא כי גירוש של תושבים בעלי תושבות ארוכת טווח יעשה רק כאשר התושב מהווה סיכון רציני, קונקרטי וממשי ("Actual and sufficiently serious threat") לביטחון הציבור או לאינטרס הציבורי (סעיף 12(1) לדירקטיבה). זאת ועוד, לפי הדירקטיבה,

טרם קבלת ההחלטה על גירוש של תושב המחזיק בתושבות ארוכת טווח, יש להביא בחשבון את השיקולים הבאים: משך התושבות במדינה, גילו של התושב, השלכות הגירוש על התושב ועל משפחתו, והקשרים שיצר התושב במדינה או היעדר קשרים של התושב במדינת מוצאו, אליה יגורש (סעיפים 12(2) ו-12(3) לדירקטיבה). הדירקטיבה נוסחה ברוח פסיקותיו של בית הדין האירופי לזכויות אדם, ובהתאם לה אימצו מדינות שונות החברות באיחוד האירופי הוראות אשר מיישמות אותה במסגרת הדין המדינתי (ראו: DIEGO ACOSTA ARCARAZO, THE LONG-TERM RESIDENCE STATUS AS A SUBSIDIARY FORM OF EU CITIZENSHIP: AN ANALYSIS OF DIRECTIVE 2003/109 (2011) 122-123). גם כאן, ראוי לחזור ולהזכיר כי בהקשר הנוכחי – כאשר השאלה העומדת על הפרק היא חיוניותה של הדרישה להסדרים ראשוניים – המוקד אינו בכך שגירושם של בעלי מעמד של תושבות ארוכת טווח אינו בלתי אפשרי לחלוטין, אלא בכך שזהו נושא שהוכר כמצדיק חקיקה מפורטת ואמות מידה ברורות.

המשקל שניתן לזיקה למדינה הנובעת מלידה

33. כפי שכבר הובהר, המקרה שבפנינו שונה מן המקרה הטיפוסי של תושבי קבע במדינות אחרות שעניינן נבחן לעיל במסגרת העיון ההשוואתי. ברגיל, תושבי הקבע שאת עניינם מסדירה החקיקה הם מהגרים למדינה ולא ילידי המקום אשר חיים בה כל חייהם. הגדרת הסמכות לשלול את מעמדם במדינה נעשית אפוא לרקעה של ההנחה שהם אורחים (גם אם ותיקים יחסית) במדינה. לעומת זאת, בחלק מן המדינות ילידי המקום מקבלים באופן אוטומטי מעמד של אזרחים, שאותו קשה יותר לשלול. במדינות אחרות, לא אחת, ילידי המקום זכאים לקבל אזרחות בהתקיים תנאים נוספים, כדוגמת מגורים במדינה במשך תקופה. השוואת הדין הישראלי למשפטן של מדינות אחרות חייבת אפוא להביא בחשבון שדיני התושבות של חלקן מדעיקרא לא חלים על אנשים כדוגמת העותרים שבפנינו.

34. שיטה שראוי במיוחד להתעכב עליה בהקשר זה, בין השאר גם משום שחבריי המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט הנדל עשו כן, היא זו של המשפט האמריקני. בארצות הברית, ילידי המקום הם אזרחים "אוטומטית" מכוח לידתם בו (ראו: 8 U.S.C §1401). ממילא מובן אפוא כי מי שנולד בארצות הברית לא יהיה כפוף לסמכויות הנרחבות שעניינן שלילת מעמדו של תושב קבע. לכך יש להוסיף את ההבחנה הברורה שנוהגת במשפט האמריקאי בין מי שרכשו את מעמדם האזרחי מכוח לידה (לרבות, מכוח לידה בטריטוריה אמריקאית) לבין מי שרכשו אותו מעמד בהליך התאזרחות. דיני

האזרחות של ארצות הברית מכירים בסמכות רחבה יותר ליטול את אזרחותו של אדם שרכש אותה בתוקף הליך של התאזרחות, להבדיל מאזרחותו של אדם שנולד כאזרח אמריקאי. למעשה, שלילת המעמד של מי שהוא אזרח מלידה אפשרית במקרים חריגים, ורק כאשר הוכח כי אותו אדם ויתר באופן רצוני על אזרחותו (ראו: 8 U.S.C §1481(a). ראו עוד: עניין *Afroyim*; 344 *Vance, Secretary of State v. Terrazas*, 344 (U.S. 252, 262 (1979)). לעומת זאת, הסמכות לשלול את אזרחותו של אדם אשר "התאזרח" היא סמכות רחבה יותר. כך למשל, קיימת אפשרות לשלול את אזרחותו של אדם ש"התאזרח" אם בתוך חמש שנים מהתאזרחותו הוא הצטרף כחבר לארגון אשר החברות בו הייתה שוללת מלכתחילה את אפשרותו לעמוד בתנאים ל"התאזרחות" (ראו: 8 U.S.C §1451(c)).

המשפט ההשוואתי הלכה למעשה

35. באופן כללי יותר, השימוש בכלי של משפט השוואתי צריך להיעשות באופן שמביא בחשבון לא רק את "המשפט שבספר" אלא גם את "המשפט בפעולה". אבהיר את כוונתי: כאשר מבקשים ללמוד מן המצב המשפטי הנוהג במדינה מסוימת, חשוב לבחון את הנורמה המשמשת כמושא להשוואה לא בעומדה לבדה כנורמה "ערומה" אלא גם בשים לב לאופן יישומה הלכה למעשה. על כן, חשוב לבחון לא רק אם מדינות דמוקרטיות אחרות מכירות באפשרות לשלול מעמד של תושבות קבע, אלא גם האם בפועל מתקבלות החלטות לפיהן אדם שנולד וחי רוב ימיו בתחומי המדינה יגורש ממנה. מבחינה זו, אני מייחסת חשיבות לכך שחבריי המשנה לנשיאה רובינשטיין והשופט הנדל לא הצביעו על תקדימים הדומים לענייננו – לא רק מבחינת אופן הסדרתה של הסמכות אלא גם מבחינת הנסיבות שבהן היא הופעלה.

36. כפי שכבר ציינתי, מן המפורסמות הוא שכל אדם שנולד בתחומי ארצות הברית ורכש בכך באופן "אוטומטי" זכות אזרחות. על כך יש להוסיף, כי לא זו בלבד שאובדן המעמד האזרחי של אדם שנולד כאזרח ארצות הברית יכול להיות מבוסס רק על גילוי כוונה ברורה שלו, אלא שנדירים ביותר המקרים שבהם בתי המשפט בארצות הברית היו נכונים לראות בפעולה שנקט אדם, שנולד כאזרח אמריקני, גילוי דעת חד-משמעי דיו לצורך כך. מיהם אותם אזרחים שאיבדו את אזרחותם באופן זה? הדוגמאות הבולטות לכך הן של אזרח אמריקני ששירת בוואפן ס.ס. באירופה (*U.S. v. Schiffer*, 831 F. Supp. 1166 (E.D. Pa 1993)) ואזרחים ממוצא יפני שעזבו את ארצות הברית בעיצומה של מלחמת העולם השנייה לאחר שחתמו על טפסים שבהם הודיעו על ויתור

על אזרחותם האמריקאית (*Norio Kiyama v Dulles*, 258 F. 2d 109 (9th Cir. 1958)). לעומת זאת, לא הגיעו אל בתי המשפט החלטות שעניינן שלילת מעמד של אזרחים שנולדו אזרחים שקיבלו את מעמדם מכוח לידה בכל הנוגע למאבק בטרור. הסמכויות בתחום זה הופעלו בעניינם של מהגרים, מכוח הסמכויות הנפרדות שחלות עליהם. במובן זה אני סבורה כי יש להתייחס להשוואה למשפט האמריקאי בזהירות המתבקשת, כאשר על הפרק עומדת שאלת פרשנותו של חוק הכניסה לישראל לגבי מי שהם ילידי הארץ וחיו בה את חייהם.

התוצאה האופרטיבית

37. מכל הסיבות שפורטו לעיל, אני סבורה, כמו חברי השופט פוגלמן, כי אין מנוס מביטול החלטתו של שר הפנים בעניין העותרים. לצד זאת, ולאחר ששקלתי את הדברים בכובד ראש, אני מצטרפת לעמדתה של חברתי השופטת א' חיות לפיה יש להורות במקרה זה על השהיית הבטלות לתקופה של חצי שנה, בהתחשב במכלול נסיבות העניין. כפי שהסבירה חברתי, המקרה שבפנינו הוא חריג בהרבה מובנים, בין היתר נוכח התקופה הארוכה שחלפה מאז התקבלה ההחלטה מושא העתירה, ובהתחשב בכך שלא ניתן צו ביניים בעניין הרחקתם של העותרים. על רקע זה, אף אני סבורה כי יש לאפשר לכנסת ולממשלה תקופת היערכות מתאימה.

עם חתימה

38. העתירה שבפנינו מעוררת שאלה מורכבת. אין ספק שגם תושבים נושאים בחובות נאמנות כלפי המדינה. עם זאת, שלילת מעמד של תושבות קבע מאנשים אשר נולדו בארץ וחיו בה כל חייהם על בסיס עילה עמומה של חובת נאמנות מעוררת קשיים רבים – הן מהיבטם של הסדרים אחרים בחקיקה הישראלית עצמה, הן מהיבטים עקרוניים שעניינם היקף הפריסה של חובת הנאמנות ומשמעותה, הן מהיבטו של המשפט הבינלאומי, והן מהיבט ההשוואה למשפטן של מדינות אחרות. 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 ידיה 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.

39. הציפייה לקביעתם של הסדרים ראשוניים בחקיקה הוכרה זה מכבר בפסיקתנו, ולו כעיקרון פרשני (לדעות השונות באשר להיקף תחולתו של העיקרון, ראו: גדעון ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט לב 5 (2010); יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379 (2012); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 151 (2010); ברק מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה 'לקבוע הסדרים ראשוניים' – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מב 449 (2012)). כפי שצינתי בפתח הדברים, במהלך השנים הובעו דעות שונות באשר לשאלה האם מקרה מסוים הוא זה שבו יש לעמוד על קביעתם של הסדרים ראשוניים (ראו לעיל בפסקה 2 לחוות דעתי). אולם, גם כאשר בוחנים את המקרים כולם דומה שענייננו אמור להיות מאופיין כדוגמה מובהקת לתחולתו כלל ההסדרים הראשוניים: האם שלילת מעמדו של אדם במקום לידתו אינה נדרשת לחקיקה ראשית מפורשת ומפורטת ברמת מובהקות גבוהה יותר מן המצבים האחרים שבהם הוחלה חובה זו?

40. העותרים שבפנינו אינם ידידיה של מדינת ישראל, בלשון המעטה. הזדהותם עם ארגון החמאס היא קשה ומקוממת מבחינתו של כל אדם החרד לשלומה של ישראל. אולם, הם גם תושבי קבע של המדינה וניהלו בהם את חייהם. מדינת ישראל אינה חסרה כלים משפטיים על מנת להגיב בחומרה על הפרות חוק, המאיימות על שלומה וביטחונה, ובמקרים המתאימים להעמיד לדין ולהעניש את מי שכשלו בכך. הצעד שבו נקט שר הפנים אינו נמנה עמם.

ש ו פ ט ת

המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין:

א. הסוגיה שלפנינו היא סמכות שר הפנים לשלול תושבות מתושב מזרח ירושלים איש חמאס, וזאת בהתאם לסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, לפיו "שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו... (2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה". אחר שהפכתי וחזרתי והפכתי בחוות דעתו המקיפה של חברי השופט פוגלמן, ואף שביחס

לחלק ניכר מן הדברים אנו רואים עין בעין, לא אוכל, לצערי, להצטרף למסקנתו בסוגיה זו, שהיא אקטואלית גם בתקופה זו (ראו הודעה לעיתונות מיום 21.10.15 באתר רשות האוכלוסין וההגירה בדבר שימוע לפני שלילת תושבות למי שנטלו חלק בפיועי התקופה האחרונה). בתמצית אומר, כי לדעתי עסקינן בשאלה של שיקול דעת, וכי סמכות שר הפנים לפי סעיף 11(א), קיימת, אך השימוש בה צריך להיות זהיר, מוקפד ומצומצם. במקרה דנא סבורני, כי שיקול דעתו של שר הפנים מאפשר לו לבטל רשיון ישיבה מקום שבו האדם בו מדובר מפר את חובת האמונים החלה על תושב מזרח ירושלים, שהיא מצומצמת מזו החלה על אזרחים, אך כוללת חובה שלא לפעול נגד המדינה תוך הצטרפות לאויביה. במקרה דנא עסקינן בחמאס – ארגון טרור מאויביה המובהקים של ישראל, שאין חולק כי העותרים משתייכים אליו, ומטעמו גם נבחרו לפרלמנט הפלסטיני, במפלגה הנושאת את השם "הרפורמה והשינוי".

ב. כפי שתיאר חברי השופט פוגלמן, על החלטת המשיב (להלן גם שר הפנים) לשלול את מעמד התושבות של העותרים חל המשפט הישראלי, ובהתאם לבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מ"ב(2) 424 (1988) (להלן הלכת עווד), חלים על תושבי מזרח ירושלים ההסדרים הקבועים בחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952 (להלן חוק הכניסה לישראל או החוק). ואולם, חברי סבור כי מלשוננו של סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל לא ניתן ללמוד, כי המשיב, הרשאי על פי החוק לשלול רשיון ישיבה "לפי שיקול דעתו", יכול לעשות זאת מכל טעם שהוא. השופט פוגלמן בחן את תכלית החקיקה – הן זו הסובייקטיבית והן זו האובייקטיבית – ובסופו של יום בא לכלל למסקנה, כי אין לפרש את הדיבור "לפי שיקול דעתו" ככולל גם סמכות לבטל רשיון ישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בעילה של הפרת אמונים. כן הודגש, כי יש לראות בסוגיה שבמוקד המחלוקת משום "הסדר ראשוני" הטעון הסדרה בחקיקה ראשית של הכנסת. עוד העיר השופט פוגלמן, כי בצד יתרונותיה של הלכת עווד, לא ניתן בה משקל משמעותי למצבם הייחודי של תושבי מזרח ירושלים ולנסיבותיהם, אולם לא מצא להכריע בעניין זה במסגרת דנא, לנוכח השוני, עליו עמד לשיטתו, בין ענייננו לבין פסקי הדין השונים שניתנו בהתבסס על הלכת עווד.

ג. דעת לנבון נקל, כי הדיבור "לפי שיקול דעתו" אינו כולל בחובו כל טעם שיעלה על הדעת לשלילת רשיון ישיבה. בהיבט זה תמים דעים אנוכי עם חברי השופט פוגלמן באשר לצורך להגדיר ככל הניתן את גבולות ההשתרעות של דיבור זה. דיבור זה טעון פרשנות, כשלנגד עינינו זכויות היסוד של הפרט וערכי היסוד של משפטנו מזה ובטחון הציבור והמדינה מזה; כמובן שאין נעדרים משיח זה השכל הישר וההיגיון הבריא:

"ביטוי (זה) מופיע לא אחת בפסיקתי (השכל הישר-א"ר), אך אביא מדברי גדולים ממני, כגון השופט (כתארו אז) זילברג בע"פ 31/50 מלצקי נ' היועץ המשפטי (1950) "ישנו מבחן אחד שאפשר לסמוך עליו בכל עת, והוא מבחן השכל הישר, או ההיגיון הבריא והפשוט של חיי המציאות". בתלמוד הירושלמי מובא סיפור ההולם את ענייננו (בבא מציעא, ב' ה'), מסופר על התנא ר' שמעון בן שטח שהשיב אבידתו של לא יהודי. שאלוהו תלמידיו: היש חובה להשיב אבידת גוי? ענה להם רבי שמעון: 'מה אתון סברין? שמעון בן שטח ברברין הוה?' [מה אתם חושבים? שמעון בן שטח ברברין הוא?]. מסר הסיפור פשוט – ישנם עניינים שאינם מצריכים עיסוק דווקא באיסור והיתר ולא פלפולים שנוקם עולה על תועלתם, אלא שכל ישר ולב נכון; אחד מגדולי הדור האחרון, הרב ש"ז אורבך, אמר 'לא כתוב בשום מקום שאסור להכניס חתולים לארון הקודש. זה שכל ישר' (שמע זאת מפיו הרב ישראל רוזן, במאמר 'האם מותר להכניס חתולים לארון הקודש?' שבת בשבתו, פרשת נשא, י' בסיוון תשע"ה – 28.5.15). יפים לכך דבריו של הרב ד"ר אהרן ליכטנשטיין, שהלך זה מקרוב לבית עולמו ('הלכה והלכים כאושיות מוסר' ערכים במבחן מלחמה (ירושלים, תשמ"ה))". (בג"ץ 2684/12 התנועה לחזק הסובלנות בחינוך הדתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (2015), פסקה ל"ו (9.12.15):

יצוין תחילה בהקשר זה כי בדיוני ועדת הפנים של הכנסת בחוק הכניסה לישראל בראשית הדברים, הציע נציג משרד המשפטים, ד"ר אורי ידין (כתארו אז), להוסיף את התיבה "לפי שיקול דעתו", שכן "מלים אלו אולי מבהירות קצת גם לגבי בית הדין הגבוה לצדק, שהסמכות היא לפי שיקול דעת, כלומר, לפי אותם הכללים המשפטיים שבית הדין הגבוה לצדק יכול אח"כ לבדוק..." (פרוטוקול מיום 24.6.52, עמ' 5). קרי, שיקול הדעת המוקנה לשר הפנים הוא רחב ביותר כל עוד הוא עומד בכללי המשפט המינהלי: העדר שרירות, סבירות, שויון וכיוצא באלה. המלומד י' מרזל במאמרו "על שיקול דעתו (הרחב) של שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל" (צפוי להתפרסם בספר אדמונד לוי – להלן מרזל), מסביר כי לנוכח הרגישות הרבה והמשמעויות של החלטות בנושאי הגירה, במיוחד בשל הרכיב ה"ריבוני" שלהן, נקודת המוצא הפסיקתית היא שיש כעיקרון לשר הפנים שיקול דעת רחב מאוד; ראו למשל בג"ץ 431/89 קנדל ריצ'רד נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505 (1992) שעסק, בין היתר בהעדר חובת הנמקה של החלטות שר הפנים לפי חוק הכניסה לישראל, אך גם הערתו וביקורתו של השופט (כתארו אז) מ' חשין (עמ' 527-528) בדבר הביקורת על שיקול הדעת. כן ראו טעמים נוספים לשיקול הדעת הרחב המוקנה לשר הפנים בפרק הראשון למאמרו של מרזל – מומחיות, ריבונות המדינה והיעדר זכות מוקנית להיכנס למדינה ולשהות בה. אכן,

שיקול דעת רחב זה סויג בפסיקה במהלך השנים באמצעים שונים, למשל החובה לקבוע נהלים והחובה לשקול שיקולים הומניטריים, אך ככלל, כפי שהראה מרזל, ההתערבות השיפוטית בכגון דא מצומצמת. עוד סבור הוא, כי הותרת שיקול דעת רחב לשר הפנים היא במידה רבה פועל יוצא של היבטי מדיניות, ושל הנחת היסוד שהרשות המחוקקת והרשות המבצעת (ולא בית המשפט) הן המוסמכות והמתאימות לשקול את השלכות הרוחב של הסוגיות הפרטניות, לכדי מדיניות הגירה מקיפה וכוללת. אוסיף ואטעים: אכן, לא הרי 1952, שנת חקיקתו של חוק הכניסה לישראל, כשנת 1988, השנה בה נפסקה הלכת עווד, וכהרי 1992, בה ניתן פסק הדין בעניין קנדל; ולא הרי שנים אלה כהרי ימינו אלה. הפסיקה הרחיבה לאורך השנים את אחיזתה בפרשנות, בעיקר בנושאי זכויות האדם, ודעתי שלי נוחה מכך. ואולם, האם אין קו שאותו אין לחצות? לדעתי התשובה היא כי יש קו כזה, והוא – לגבי תושבי מזרח ירושלים – כי אמנם אין נדרשת מהם שבועת אמונים לתנועה הציונית, אך הם אינם רשאים לנהל מאבק נגד המדינה (כפי שעושה חמאס), ואל נהיה חלילה כשוטים שבעולם שכאשר יורקים בפנינו נאמר "גשם נדבות".

ד. כאמור, נכון אני ללכת כברת דרך בדרכו של חברי, ומסכים אני – בכל הכבוד – עם ראייתו את התכלית האובייקטיבית והתכלית הסובייקטיבית של החוק. אכן, כפי שעלה מהדיונים שקדמו לחקיקת החוק (דברי הכנסת 12, 3171 (תשי"ב)), כוונת המחוקק היתה מעיקרא להסדיר את מעמדם של זרים, ולא את מעמדם של מי שנולדו במדינה והתגוררו בה עוד לפני שהוחל עליהם החוק; לא היתה לעת ההיא שאלת תושבות "מיוחדת" זו של תושבי מזרח ירושלים, שנולדה אחרי מלחמת ששת הימים. כך גם ניתן ללמוד משמה של הצעת החוק – "חוק ההגירה" ומן הגורם המופקד על ביצועו – "קצין ההגירה" (הצעת חוק ההגירה, תשי"ב-1952, הצעות חוק תשי"ב, 134). הדברים עולים בקנה אחד עם הממד ההיסטורי, שכן בחוק האזרחות תשי"ב-1952 הוסדר, באותה תקופה עצמה, מעמדם כאזרחי ישראל של הערבים שנולדו בהם וילדיהם, ואילו הצטרפותם של ערביי מזרח ירושלים כתושבי קבע לוטה היתה כאמור בערפילי העתיד. בהיבט התכלית הסובייקטיבית, ציין חברי השופט פוגלמן כי החוק מבטא את עקרון ריבונות המדינה, וכן יש בו משום ביטוי לערך של בטחון המדינה ושלוש הציבור מזה, ולמניעת הפגיעה בזכויות יסוד מזה. לית מאן דפליג, כי האיזון בין אלה הוא מורכב וטומן בחובו מתח בלתי נמנע (ראו רשימתי "ייעוץ משפטי לממשלה ואכיפת החוק" בספרי נתיבי משפט וממשל – סוגיות במשפט הציבורי בישראל (תשס"ג); 41, 50); פורסמה לפני כן במחקרי משפט, י"ז (תשס"ב-2001), 7).

ה. כבואנו לבחון את השיקולים השונים, אין לשכוח כי נושא זה קשור בטבורו לסכסוך הפלסטינאי-ישראלי. אין עסקינן בפרשנות סעיף חוק באניה המשייטת במים שקטים, והרי מסביב יהום הסער. מדינת ישראל טרם באה אל המנוחה והנחלה. ירושלים היא אחת הזירות שעליהן ניטשת המחלוקת, והיא גם אחד מן הנושאים האמורים, לפי ההסכם עם הפלסטינאים, להידון במשא ומתן על הסדרי הקבע. שאלת עתידן של השכונות הערביות במזרח ירושלים, שתושביהן הם תושבי קבע בישראל אך לא אזרחיה, כמובן על הפרק. אין לכחד שערכי מזרח ירושלים לא באו אל מדינת ישראל, אלא היא באה אליהם ב- 1967, וכפי שהסביר חברי, תושבי מזרח ירושלים נתונים במצב ייחודי; אין מדובר במי שהיגר למדינת ישראל, אלא במי שחיו בשטח לאחר שנולדו בו או חיו בו שנים רבות, וכך מצאה אותם שעת המלחמה. ואולם, תושבות הקבע שניתנה לתושבים שלא לפי בחירתם הביאה בכנפיה זכויות רבות הדומות לשל אזרח, למעט זכות הבחירה לכנסת, ובהן ביטוח לאומי, ביטוח בריאות, זכות עבודה וזכות תנועה בכל רחבי המדינה. לצד זכויות אלה, החובות מועטות ביותר: עיקרן הציות לחוק ותשלום מסים; באופן פורמלי קיימת חובת גיוס, אך הדבר "על הנייר" בלבד בנסיבות, ורוב מלים אך למותר. לאו מילתא זוטרתי היא. לא יפלא איפוא, כי ישנו "ביקוש" רב למעמד תושבות הקבע, על הזכויות הרבות ומיעוט החובות שהוא נושא באמתחתו, ויעידו התיקים הרבים שבית המשפט לעניינים מינהליים ובית משפט זה דנים בהם (ראו מני רבים בג"ץ 7576/06 עפאנה נ' מינהל האוכלוסין בירושלים (2006); בג"ץ 3220/06 אבו סנינה מחמד נמר נ' משרד הפנים (2006)). נודמן לי להתבטא בהקשר זה בעבר:

"חיה עמנו אוכלוסיה אנושית גדולה, שעיקרה הוא ערבים תושבי מזרח ירושלים, שלא קיבלו עליהם את אזרחות המדינה, חרף החלתו של החוק הישראלי ב- 1967, אך זכאים למגוון זכויות בישראל, ובהן זכויות סוציאליות כספיות של ממש, זכויות עבודה ותנועה, ועוד. לא בכדי, לאור זכויות אלה, נאבקים רבים בבתי המשפט על קבלת מעמד של תושב קבע, על כל הזכויות שהוא מוליד, אשר החובות הבאות עימו מעטות מאוד, ואין צורך להאריך. השאלות הבטחוניות והאחרות שמעורר מצב זה הן ידועות, ובאות לידי ביטוי בדרכים שונות בחקיקה ובפסיקה, ובעיקר במציאות, לרבות זיקות כאלה ואחרות לרשות הפלסטינאית. נכון לעת הזאת – ועד להסדר קבע עם הפלסטינאים, ואולי גם לאחריו – לפחות האוכלוסיות אלה באלה, והדבר מביא להסדרים מפותלים של טלאי על גבי טלאי, שאולי אין מנוס מהם בנסיבות עצובות אלה שמזמנים החיים, ועל כן נדרשת הפרשנות המסועפת שעמד עליה חברי. לא בכדי מלאכת הרשויות היא קשה עד מאוד. לעושי השלום, ועד אז – למחוקק, פתרונים..." (עצ"מ

5718/09 מדינת ישראל נ' הודא מחמד טרור, פ"ד סד(3)
319, 355 (2011).

ו. כאמור, לטעמי, שלילת התושבות אמורה להעמיד את התושב במזרח ירושלים שתושבותו נשללה במצב שבו היה אילולא תושבות הקבע, קרי – בעבר במעמד בממלכת ירדן, כיום ברשות הפלסטינאית שתושביה הערביים של מזרח ירושלים מצביעים למוסדותיה לעת בחירות שם. חברי עמד על כך שקיימת מחלוקת בדבר תוכנה, היקפה ועוצמתה של חובת האמונים של תושבי מזרח ירושלים כלפי המדינה. הביטוי "חובת אמונים" הוא ביטוי טעון; אין חולק כי לאזרח מדינה חובת אמונים כלפיה, הכוללת גם תוכן ערכי. לדידי, חובת תושב קבע, במיוחד זה ש"התושבות באה אליו" כבנידון דידן, צריכה להיות מועטת יותר משל אזרח, אך אינה מאוינת. בעיניי חובה שאין להרהר אחריה היא החובה שלא לחתור תחת המדינה, קיומה ובטחונה. אין ענייננו בחובת אמונים במובנה החיובי – הזדהות עם ערכיה של מדינת ישראל ודבקות בהם, הגם שככל שכזו קיימת אצל תושבים ערבים במזרח ירושלים, הנה מה טוב, אלא בחובת אמונים במובנה ה"שלילי" והמצומצם (ראו מאמרו של ל' אורגד "חידת הנאמנות – מי חייב מה למי ומדוע" משפט ועסקים י"ד (תשע"ב), 723, 729-731, 738 לעניין חובת אמונים במובנה החיובי והשלילי וכן חובת אמונים כנגזרת מן ההצדקות לה: הכרת טובה, היסטוריה וייעוד משותפים, הבטחת חירויות הפרט, הסכמה וחווה מפורש או משתמע כחלק מן "האמנה החברתית"). ודוק; אין ציפיה כי חובת האמונים של תושבי קבע תהא כשל אזרח מן השורה, וכי יזדהו עם הדגל וההמנון הלאומי והערכים שביסודם, אולם מתבקש למצער כי "בֹּר שְׁשִׁיתִי מִמֶּנּוּ – אֶל תִּזְרַק בּוֹ אֶבֶן" (במדבר רבה, כ"ב). לדעתי לא יתכן – הדבר נוגד כל היגיון והגינות – שיוכל תושב קבע לחתור תחת המדינה, על ידי השתייכות לאויביה המרים ביותר – וליהנות מברכות התושבות תוך בעיטה בוטה בתוכנה המינימלי; "החתרת תחת מדינת ישראל וגם קיבלת הטבות ממנה"? ניתן איפוא לטעמי לחשוב על מדרג של חובת אמונים, וכפועל יוצא מכך – מדרג של הפרתה. נראה כי ראייה מדורגת זו של מהות חובת האמונים הולמת את גישת המחוקק, כפי שבאה לידי ביטוי בסעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, המבקש להגדיר מהי "הפרת אמונים למדינת ישראל": "בפסקה זו, 'הפרת אמונים למדינת ישראל', כל אחד מאלה: (א) מעשה טרור כהגדרתו בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, סיוע או שידול למעשה כאמור, או נטילת חלק פעיל בארגון טרור כהגדרתו בחוק האמור; (ב) מעשה המהווה בגידה לפי סעיפים 97 עד 99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או ריגול חמור לפי סעיף 113(ב) לחוק האמור; (ג) רכישת אזרחות או זכות לישיבת קבע במדינה או בשטח המנויים בתוספת"; ובנידון דידן – מקל וחומר. לטעמי עילות סעיף 11(ב) לחוק האזרחות עשויות בהחלט לשמש להיקש לענייננו,

וספציפית – העילה שבסעיף 11(ב)(2)(א) סיפא, של נטילת חלק פעיל בארגון טרור. עוד אוסיף, בפרשת עווד נאמר (בעמ' 430-431, מפי השופט – כתארו אז א' ברק) "... ניתן לראות בתושבי מזרח ירושלים כמי שקיבלו רישיון לישיבת קבע... ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים ענייניים יש בכוחם להפעיל את סמכותו של שר הפנים. למותר לציין, כי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, נתונה לביקורת שיפוטית". הגם שעובדות פרשת עווד היו שונות (קבלת אזרחות בארה"ב והעתקת מרכז החיים), ניתן לטעמי להקיש לעניין שיקול הדעת שיכול השר להפעיל לגבי תושבי מזרח ירושלים, וכשלעצמי אני רואה מקום לרוקן את הסמכות מתוכנה מכל וכל; המונח "רישיון" כולל בחובו תנאי ביטולו של הרישיון. אכן, לרישיון ישיבת הקבע נופך מיוחד בשל תולדותיו, ועל כן ביטולו צריך שיהא זהיר ומידתי בתוצאותיו; אך מכאן ועד לשלילת הסמכות יש מרחק משמעותי, שאיני סבור כי נעבר.

ז. ועוד באותו עניין: בבג"ץ 2934/07 שורת הדין Israel Law Center נ' יושבת-ראש הכנסת, פ"ד סב(3) 92, 116 (2007) שבהמשך לו תוקן סעיף 11 לחוק האזרחות לנוסח שהובא מעלה, ואשר עניינו שלילת אזרחות, נקבע כי הוראת סעיף 11(א) לחוק האזרחות כנוסחה אז, אינה מביאה לביטול האזרחות מאליה במקרה של יציאה שלא כדין למדינת אויב, וכי לשם ביטול האזרחות נדרש אישורו של שר הפנים, ציינתי שם:

"בסופו של יום, כגודל חשיבותה של האזרחות לאדם, כפי שתיאר גם חברי על פי האסמכתאות השונות, כן גודל הזהירות בביטולה או בשלילתה. כמדינה יהודית המהווה בית לאומי לעם ששנים רבות נע מגולה לגולה, בהיעדר אזרחות וסטטוס, חבה ישראל בריסון בנושא דנא. על כן, יש לפרש את הוראת סעיף 11(א) לחוק האזרחות כיוצרת 'חזקת ויתור', כדברי חברי, ולא כמשמיעה שלילת אזרחות מניה וביה. ואולם, אני רואה עצמי פטור מן האמירה, כי 'חזקת ויתור' זו אינה חזקה של מה בכך, שכן המבקש להחזיק באזרחות צריך ליתן תוקף לאזרחותו; אין בידי לאחוז את החבל בשני קצותיו – קרי, לראות את האזרחות כקליפה של נוחות שאין בתוכה תוכן אשר אינו זכויות בלבד, אלא גם חובות של אמונים ונאמנות, כפי שפירט חברי. אכן, אין מדינה מתוקנת, ומדינת ישראל בכלל זה, ועל פי רקעה ותולדותיה כאמור, ממהרת ליטול מאדם את אזרחותו, וכך ראוי – אך המחוקק אמר דברו בסעיף 11(א) ולא השחיתו לריק, ואין צורך להכביר מלים". (הדגשה אינה במקור-א"ר)

והדברים יפים לענייננו אף ביתר שאת, שכן הניתן להלום כי אויבים פעילים של המדינה ימשיכו ליהנות מהטבותיה.

כאן איפוא בעיניי קו השבר וקו התיחום; על כן, בשונה מחברי השופט פוגלמן, איני סבור כי יש לשמוט מידי שר הפנים מכל וכל את הסמכות כמות שהיא. הפעלת הסמכות, כפי שציין המשיב, ראוי לה שתיעשה – כאמור – באופן זהיר ומושכל ובמקרים יוצאי דופן; ויודגש, כי המשיב אף הצהיר בפנינו כי בכוונתו במקרים המתאימים לקבל החלטה בתום בחינה מדוקדקת של הנסיבות הפרטניות ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה (בדומה לסעיף 11(ג) לחוק האזרחות); ולמותר לציין כי נדרש שימוע כהלכתו. אכן, בחוק האזרחות ההסדר מפורט יותר, אך אין פירושו איון הסמכות בחוק הכניסה לישראל.

ח. חברי השופט פוגלמן הסביר, כי הוראות חוק הכניסה לישראל אינן כוללות אמות מידה להפעלת הסמכות לבטל רשיון לישיבת קבע, וכי אף התקנות אשר הותקנו מכוח החוק, אינן מגדירות את הקריטריונים להפעלת סמכות זו, ועוסקות אך בפקיעת תוקפו של רשיון ישיבה. עוד תומך חברי יתדותיו בחזקה, כי הסמכת המינהל לחקיקת משנה או להוראות מינהל היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד; ועל כן סבור הוא כי עקרונות היסוד של שיטתנו מחייבים שעניין רגיש כגון זה שבפנינו יזכה להסדרה חקיקתית מפורטת. כנודע, ישנן גישות שונות לעניין כלל ההסדרים הראשוניים: הראשונה, גורסת כי כלל ההסדרים הראשוניים מהווה עיקרון במשפט המינהלי, שבמסגרתו נדרשת הסמכה מפורשת בחקיקה כל אימת שהכנסת מבקשת להעביר למינהל הציבורי סמכות להסדיר עניינים ראשוניים (ג' ספיר "הסדרים ראשוניים" עיוני משפט ל"ב (תש"ע), 5; י' דותן "הסדרים ראשוניים ועיקרון החוקיות החדש" משפטים מ"ב (תשע"ב), 379). הגישה האחרת גורסת שלכלל בדבר הסדרים ראשוניים מעמד חוקתי, והסעד בשל הפרתו הוא לרוב שלילת הסמכות של הגוף המינהלי לפעול, אף אם החוק מסמיך את הרשות המינהלית לקבוע בעצמה את ההסדרים הראשוניים (ב' מדינה "הכלל החוקתי בדבר החובה לקבוע 'הסדרים ראשוניים' בחוק – תגובה ליואב דותן ולגדעון ספיר" משפטים מ"ב (תשע"ב), 449)).

ט. ככלל הסדר ראשוני נחוץ כאשר אין הנושא מוסדר בחקיקה כל עיקר. אשר לרמת ההפשטה של ההסדר הראשוני, זו משתנה מעניין לעניין. ככל שהפגיעה בחירותו של הפרט גדולה יותר, כך אין להסתפק ברמת הפשטה גבוהה מדי, ונדרש הסדר בחקיקה ראשית הקובע, ולוא רק באופן כללי, את מהות הפגיעה או היקפה. כאשר מושא ההסדר הוא נושא מורכב, הדורש מומחיות רבה, ניתן לא פעם להסתפק ברמת הפשטה גבוהה (בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב (5) 481, 515 (1998)). עוד נקבע, בבחינת פשיטא, כי בדיקת מקור ההסמכה תיעשה תוך התבוננות בתמונה הכללית ובכלל סעיפי החוק, ולא אך בסעיף החוק הקונקרטי (בג"ץ 11075/04

גרבי נ' שרת החינוך (2007)). בנדון דידן הסמכה בחוק קיימת מעיקרא, ואין עניינו במצב של ריק, ועל כן גם לא בסמכות ערטילאית, אף שגם לדידי רצויה הסדרה ברורה יותר של הסמכות ויציקת תוכן לחוק הקיים, נוכח מורכבות הסוגיה והמתח בין השיקולים השונים; ראו בהקשר זה דיונה מאיר העיניים של פרופ' מרגית כהן בדבר הטענות המצדדות בעמימות הסדרתן של סוגיות ספציפיות, ובפרט תחומים שאין עליהם הסכמה ציבורית ופוליטית, בספרה סמכויות כלליות של הרשות המבצעת (תשס"ג), 232; כן ראו מרזל, המעלה אפשרות להסדר "מעין ראשוני" – שייקבע על ידי הממשלה במליאתה ולא על ידי שר הפנים. מכל מקום, איני סבור כי מצויים אנו ב"שיתוק הסדרי", המונע הפעלת הסמכות, בתנאים האמורים. אוסיף: חברי המשנה לנשיאה (בדימ') ג'ובראן נדרש להיבט החוקתי באשר ליחס בין עיקרון חוקיות המינהל לפסקת שמירת הדינים (סעיף 10) בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. הוא הביא (פסקה 7) כתנא דמסייע את דברי חברתי השופטת ברון באחרונה בבג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' שר הפנים, פסקה 3 (31.8.2017), פסק דין שהייתי בהרכבו. כדי להסיר ספק אציין כי הגם שהוראת שמירת הדינים היתה פשרה פוליטית, כדי להשיג הסכמה לחקיקת חוק היסוד – כוחה עמה, וגם חברתי לא קבעה אחרת לעת הזאת, וכמובן דווקא מתוך כבוד לחוקי היסוד ראוי לבחון היטב את מעמדה ואת הרלבנטיות שלה בטרם תמורות; לשינויים חברתיים משקל, אך עליהם להיבחן גם בהגינות כלפי מכוני חוק היסוד, ולעתים ייאמר, כי "כל המשנה ידו על התחתונה" כאמרת המשפט העברי (משנה בבא מציעא, ו', ב'). לעתיד פתרונים, והכל בשכל ישר.

י. אוסיף, לחיבת המשפט העברי, כי בו כמו במשפט הישראלי, קיימת היררכיה בין נורמות משפטיות שונות. דומה, כי מעין מקבילה להסדרים משניים הן תקנות הקהל (ראו לדיון מפורט מ' אלון המשפט העברי, תולדותיו, מקורותיו, עקרונותיו (תשל"ג), ב' 558 ואילך; כן ראו "שלטון הקהילה ויחסי יחיד וציבור במשפט העברי" שנה בשנה 209, א' הלוי פיצ'ניק (עורך) (תשל"ח); א' נחלון "סמכות הציבור להתקין תקנות לפי התשב"ץ: הגוף המתקין תקנות" שנתון המשפט העברי א' 142 (תשל"ד)). מדובר בכללים שהתקבלו בקהילה היהודית פנימה, והוענק להם תוקף הלכתי מחייב. ניתן למצוא עדויות לכך במקרא, בתיאור ההחלטה הקיבוצית של השבטים שלא לבוא בקשרי נישואין עם שבט בנימין בעקבות פרשת "פילגש בגבעה" – "וְאִישׁ יִשְׂרָאֵל נִשְׁבָּע בְּמִצְפָּה לֵאמֹר אִישׁ מִמֶּנּוּ לֹא-יִתֵּן בְּתוּלָתוֹ לְבְנֵימִן לְאִשָּׁה" (שופטים כ"א, א'). מקור הלכתי מפורש יותר לסמכות הציבור להתקין תקנות מצוי בתוספתא בבא מציעא י"א, כ"ג וכן בתלמוד הבבלי בבא בתרא ח' ע"ב, ושם נאמר: "ורשאין בני העיר להתנות על המדות, ועל השערים, ועל שכר פועלים, ולהסיע על קיצתן". סמכות זו אינה מוחלטת, אלא כפופה למספר כללים. כדברי הרמ"א (ר' משה איסרליש, המאה ה"ז, פולין): "פשוט

הוא שאין כח ביד בני העיר לתקן תקנות רק מה שבידן מכח הדין ולא מה שתעלה על רוחם, וזה לא היה ולא יהיה" (שו"ת הרמ"א, סימן ע"ג); קרי, תקנות הקהל אינן יכולות לחרוג מן ההלכה, כפי שחקיקת משנה אינה יכולה לחרוג מחקיקה ראשית. הגבלה נוספת קשורה לחשיבות הנושא שבו מתקבלת החלטה קיבוצית; כך נכתב בשו"ת צדקה ומשפט (ר' צדקה בן רבי סעדיה חוצין, המאה הי"ח, עיראק): "עלה בדינו מתורתו של הרמב"ן, דדוקא בב"ה [בבית הכנסת] עשו אותה כתשמישי מצוה להפקיע קדושתה כל זמן שירצו זט"ה [ז' טובי העיר] במא"ה [במעמד אנשי העיר] אבל כתשמישי קדושה אין כח ביד בני העיר ולא טובי העיר להפקיע קדושתם כלל" (יורה דעה סימן י"ח). משמע, בסמכות הקהל להפקיע קדושת תשמישי מצוה (דוגמת שופר), בניגוד לתשמישי קדושה (דוגמת ספר תורה) אשר קדושתם אינה ניתנת להפקעה בגין חשיבותם; זאת בדומה לעקרון ה"הסדרים הראשוניים".

י"א. לבסוף, סקירה קצרה של משפט משה מלמד, כי במספר דמוקרטיות מערביות ניתן לשלול מאדם תושבות קבע מטעמים הקשורים באינטרס הציבורי ובטובת הציבור: והתמונה מגוונת. בחלק מן המדינות מוקנה לגורם האמון על מדיניות הפנים שיקול דעת רחב, והחוק אינו נוקב בעילות ובאמות המידה הקונקרטיות להפעלת הסמכות – בבריטניה ניתן לגרש אדם, שאינו אזרח המדינה, ככל שמזכיר המדינה קבע כי הדבר נחוץ לטובת הציבור ("conducive to the public good" [§3(5)(a) of the Immigration Act 1971]. מזכיר המדינה רשאי לשלול מטעמים אלה אף אזרחות (conducive to the public good" [§40(2) of the British Nationality Act 1981], זאת – אלא אם הדבר יוביל ל"חוסר אזרחות" [§40(4) of the British Nationality Act 1981]. ואולם, בהתקיים שלושה תנאים, שלילת אזרחות תתאפשר על אף האמור (תיקון לחוק משנת 2014): (1) אזרחות כתוצאה מהתאזרחות (naturalization) (2) שלילת האזרחות היא מטעמי טובת הציבור, שכן האזרח פעל באופן שמנוגד לאינטרסים החיוניים (vital interests) של המדינה, ו-(3) לדרג המיניסטריאלי הרלבנטי יש בסיס סביר להאמין שהאזרח יכול לקבל אזרחות במדינה אחרת [§40(4A) of the British Nationality Act 1981]. בהתאם לחוק באוסטרליה, ניתן לשלול או לשנות את תנאי התושבות של כל אזרח זר אם שר ההגירה סבור, כי נדרש לעשות כן לנוכח האינטרס ציבורי [§197AD of the Migration Act 1958]. כמו כן, ככל שהשר סבור שפעילויותיו של אזרח זר, באוסטרליה או מחוצה לה, מהוות סיכון בטחוני למדינה, רשאי הוא לגרשו בכפוף למספר תנאים מצטברים [§§200, 202 of the Migration Act 1958]. אזרח המדינה הפועל באופן שאינו מתיישב עם נאמנותו למדינה, למשל נוטל חלק בפעילות טרוריסטית, במימון טרור וכדומה, נחשב כמי שמוותר על אזרחותו [§33AA(1)-(2) of the Australian Citizenship Act 2007]. במדינות אחרות הגדיר החוק במפורש את

העילות להפעלת הסמכות: בארה"ב ניתן לשלול אזרחות, בין השאר, מאזרח המבצע מעשה בגידה, מנסה להשתמש בנשק נגד ארה"ב וכיוצא באלה [8 USC 1481(a)(7)]. בקנדה, ניתן לשלול את תושבות הקבע מטעמים שונים לרבות פעילות הקשורה בטרור [§34(1) of the Immigration and Refugee Protection Act]. התמונה, כאמור, רבת פנים – אך העיקרון קיים.

י"ב. נשוב לענייננו. כאמור איני סבור כי בנדון דידן עסקינן בהעדר הסדרה בחקיקה מעיקרא ובהעדר סמכות; עדיף היה כי החקיקה תיתן יתר פירוט, ובמבט לעתיד אם ייעשה כן הנה מה טוב; אך את ההסמכה הקיימת אין לדעתי לרוקן מתוכן, וניתן להפעילה לאחר שהשתכנע שר הפנים, על פי ראיות מינהליות טובות, בהפרה של חובת הנאמנות במובן המצומצם, כפי שפורט, כמו בפעילות חמאס, ולאחר שנועץ ביועץ המשפטי לממשלה, וכמובן בכפוף לשימוע כהלכתו בנפש חפצה. יוסף, כי אין מבוטלי המעמד של תושב קבע נותרים חסרי מעמד – נסיבה שהן מטעמים אנושיים והן מטעמים בינלאומיים אין לה מקום – מעמדם הוא, כך יש להניח, כשל תושבי הרשות הפלסטינאית. אוסיף, כי כשלעצמי ראיתי את עיקר פעלה של החלטת השר, כאמור, בשלילת ההטבות הניתנות על-ידי מדינת ישראל. אין בכך למנוע ממבוטלי תושבות הקבע לפנות בבקשה למעמד זמני, שאינו תושבות קבע, והדבר יישקל.

נוכח כל האמור, אילו נשמעה דעתי, הייתי מבטל את הצו על תנאי ולא הייתי נעתר לעתירה.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה (ב ד י מ ')

השופט נ' הנדל:

1. הרשאי שר הפנים (להלן: השר) לבטל רישיון לישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים בגין "הפרת אמונים" כלפי מדינת ישראל? זוהי השאלה העומדת בפתח דיוננו. וביתר פירוט: העתירה שלפנינו מופנית כנגד החלטת השר, מיום 30.6.2006, לבטל את רישיונות ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21 (להלן: העותרים) – תושבי מזרח ירושלים אשר נבחרו מטעם רשימת "השינוי והרפורמה", המזוהה עם ארגון החמאס (להלן: החמאס), לתפקידים בכירים במוסדות השלטון הפלסטיני. על פי

השקפת השר, פעילות העותרים במסגרת "ארגון טרור אשר שם לו למטרה להילחם בישראל" מהווה הפרה בוטה של חובת הנאמנות שהם חבים כלפי המדינה – ועל כן, בידיו לבטל את רישיונות הישיבה שלהם. זאת, מכוח סמכותו לפי סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה), הקובע כי –

"שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו –

[...]

(2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה".

האם רשאי היה השר לפעול כך? ביום 23.10.2011 ניתן צו על תנאי המורה לו לנמק מדוע לא תבוטל ההחלטה מושא העתירה "בין היתר, בשל היעדר הסמכה מפורשת ומפורטת בחקיקה ראשית והיעדר הסדר ראשוני בחקיקה ראשית לשלילת תושבות הקבע של מי שנולדו במזרח ירושלים בעילה של הפרת אמונים או בעילות אחרות שלהן טוען המשיב 1". חברי, השופט ע' פוגלמן, סבור שיש לעשות צו זה למוחלט ולבטל את החלטת השר. ברם, לאחר העיון בחומר מצאתי לצרף דעתי לעמדת חברי, המשנה לנשיאה א' רובינשטיין, הסבור כי השר פעל בגדרי סמכותו. לצד נימוקי חברי הראויים, בעמודים הבאים ברצוני לשים את הדגש על הניתוח המשפטי של הסוגיה לאור חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בכלל, והחוקים הרלוונטיים, כללי הפרשנות והערכים המתנגשים בענייננו בפרט.

התשתית הנורמטיבית – פסקת שמירת הדינים

2. נקודת המוצא לדיון בסוגיית סמכותו של השר מצויה בפסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: פסקת שמירת הדינים), אשר מגנה על סעיף 11(א) לחוק הכניסה מפני ביקורת חוקתית. זאת מהטעם כי חוק הכניסה – לרבות סעיף 11(א), העומד במוקד ענייננו – בא לעולם כבר בשנת 1952, דורותיים לפני חקיקת חוק היסוד בשנת 1992. משמע, כי סעיף זה חסין מפני ביקורת חוקתית שבכוחה לגרום לביטולו. "פסקת שמירת הדינים באה לומר כי חוק היסוד כבוד האדם וחירותו אינו בעל תחולה רטרואקטיבית" (דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 5 לחוות דעתי (15.1.2015)). המשמעות היא כי אף במקרה בו חוק ישן אינו עומד בביקורת החוקתית, לרבות מבחני פסקת ההגבלה (סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו), לא ניתן לערער אחר תוקפו. ואולם, אין הדבר אומר כי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו אינו רלוונטי לחוק הישן ואינו מקיים כל שיח עמו. אדרבה, הלכה מושרשת היא כי מעמדם החוקתי של חוקי היסוד מקרין על פרשנותה של חקיקה

קודמת – באופן שעשוי לשנות את מובנה, כך שיעלה בקנה אחד עם המערך הנורמטיבי החדש (דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589, 653 (1995); להלן: עניין גנימאת). השאלה הניצבת בפנינו היא, אפוא, פרשנית במהותה: האם נכון לפרש את סעיף 11(א) לחוק הכניסה – אשר אינו מכיל קריטריונים באשר לדרך הפעלת הסמכות המוקנית לשר, ומותיר לו, לכאורה, שיקול דעת רחב – באופן שימנע את ביטול רישיונות הישיבה של העותרים. זאת, בין היתר, גם בהינתן רוחו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

3. אכן, השימוש בחוקי היסוד ככלי פרשני מוגבל מטבעו. חקיקתם (או, שמא, כינונם) אינה מאפשרת להתעלם מן הטקסט ולכפות על החקיקה המוקדמת פרשנות שהלשון אינה סובלת – או לצקת בה תוכן הנוגד את משמעותה המקורית (שם; ע"א 2281/06 אבן זוהר נ' מדינת ישראל, פס' 5 לחוות דעתו של השופט ס' גוברמן (28.4.2010); להלן: עניין אבן זוהר). כך, למשל, נדחתה על הסף עתירה שהופנתה כלפי סעיף 136 לחוק הבחירות לכנסת [נוסח משולב], התשכ"ט-1969, המורה למעסיקים במגזר הפרטי לשלם לעובדיהם שכר עבור יום השבתון של הבחירות לכנסת, והובהר כי –

"נוסח הסעיף הוא חד-משמעי, ונקבע בו במפורש כי 'ישלם לו המעסיק את השכר שהעובד היה משתכר אצלו ביום הבחירות אילולא שבת'. איני רואה כיצד ניתן לפרש את החוק אחרת ברוח עקרונות חוק היסוד, כך שתוטל על המדינה החובה לשאת בתשלום, כפי שמוצע על ידי העותרות" (בג"ץ 8940/14 א.פ.ט אדוונסד פאואר טכנולוגי בע"מ נ' כנסת ישראל, פס' 6 (18.1.2015)).

באופן דומה, חוקי היסוד אינם משפיעים על ניתוח תכליתה הסובייקטיבית של חקיקה מוקדמת; תכלית זו משקפת את כוונות המחוקק בזמן אמת, ושורשיה במועד תהליך החקיקה. אם להידרש ללשונו של הנשיא א' ברק –

"התכלית הסובייקטיבית אינה משתנה. היא פרי נתון פסיכולוגי-היסטורי באשר לכוונתם של יוצרי הטקסט. כוונה זו היא 'עובדה' שאינה משתנה" (עניין גנימאת, עמ' 654).

והייתי מוסיף: גם אם בחינת התכלית הסובייקטיבית מהווה סוג של מסע אמפירי, אין מדובר בבדיקה טכנית נעדרת כל מעוף. הבחינה אינה מוגבלת לשאלות מה אמר המחוקק ועל מה אמר. למשל, ייתכן שהמחוקקים לא התייחסו למצב עובדתי חדש

שנוצר רק שנים ארוכות לאחר חקיקת חוק מסוים, אך מתוכן הדברים שאמרו תוך כדי הליכי החקיקה ניתן לעמוד בכל זאת על עמדתם ביחס להתפתחות המאוחרת.

4. השפעת חוקי היסוד במישור הפרשני ממוקדת בעיקרה בשלבי ניתוח התכלית האובייקטיבית של החקיקה – תכלית שעשויה להשתנות בעקבות התמורה במעמד של ערכים ואינטרסים רלוונטיים – ובעריכת האיזון הסופי בין לשון החוק, תכליתו הסובייקטיבית ותכליתו האובייקטיבית (שם; ע"א 8622/07 רוטמן נ' מע"צ החברה הלאומית לדרכים בישראל בע"מ, פס' 37 (14.5.2012); להלן: עניין רוטמן). בהתאם, כאשר לשון החוק איננה חד משמעית, ואף התכלית הסובייקטיבית אינה מטה את הכף, ראוי יהיה להעדיף מבין קשת הפרשנויות האפשריות את זו התואמת ביותר את ערכי היסוד. ברם, הפרשנות לאור חוקי היסוד "כשמה כן היא – פרשנות ולא שכתוב" (עניין אבן זוהר, פס' 10 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן). פרשנות זו, כפי שהיטיבה להבהיר השופטת א' פרוקצ'יה –

"מוגבלת ומתוחמת לשוליה של הוראת החוק הישנה, ואין בכוחן להפוך את יוצרותיה, ולשנות את מהותה בגרעינה העמוק... הקרנה פרשנית של עקרונות חוקתיים שהתגבשו בחוק היסוד מאוחר יותר אינם יכולים להפוך את עורו של ההסדר החקיקתי הקיים, ולשנות את התפיסה החקיקתית הבסיסית הקיימת ברקעו" (שם, פס' 10 לחוות דעתה).

המחויבות לשמירה על תכליתו המקורית של דבר החקיקה הרלוונטי, ועל הסדרי הליכה שלו, גדלה ביחס ישיר למידת מורכבותו והיקף השלכותיו (שם, פס' 10 ו-11). בהתאם, נקבע, למשל, בעניין אבן זוהר, כי תקנה 125 לתקנות ההגנה (שעת חירום), 1945, המסמיכה את המפקד הצבאי להכריז בצו על סגירתו של שטח כלשהו, יוצרת "הסדר שלילי" השולל מבעלי הקרקע זכות לפיצויים. פרשנות זו מובילה, אמנם, לפגיעה "דרקונית" בזכות הקניין – בייחוד נוכח שינוי הנסיבות הביטחוניות שעמדו בבסיס התקנה. אף על פי כן, נקבע כי היא "מתבקשת ממבנה החקיקה, מנוסחה ומתכליותיה", כך שיש לדחות מפניה חלופות פרשניות התואמות את רוח חוק היסוד – דוגמת סיווג שתיקת המחוקק בסוגיית הפיצויים כ"חסר" בר השלמה (שם, פס' 7 לחוות דעתו של השופט ס' ג'ובראן, ופס' 7, ו-11-10 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה; מנגד, ראו פס' 57-60 לחוות דעתו של השופט י' דנציגר). ניתן לסכם סוגיה זו במילותיה של חברתי, השופטת א' חיות (ע"א 4220/12 אלעזקבי נ' מדינת ישראל, פס' 82 לחוות דעתה (14.5.2015)) –

"פרשנות ברוח חוקי היסוד אינה נוסחת קסם היכולה לייצר זכויות יש מאין, וכבר ציין הנשיא א' ברק כי:

"יש להכיר בכך שלא בכל מקרה ניתן לתת לחוק פירוש דינמי. לא תמיד אפשר, בדרך הפרשנות, להתאים את החוק למציאות החברתית החדשה. יש גם חוקים, שתכליתם 'נוקשה' [...] בחוקים אלה אין אפשרות לפרשנות דינמית. פרשן נאמן נותן לחוקים אלה פרשנות שתתאים לתכליתם ביום חקיקתם".

פרשן נאמן מפרש בכנות ובהגינות. מאפייניו – יושר ויושרה. כשם שעל השופט הפרשן לבטא את החירות המוענקת לו מכוח סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו ביחס לחקיקה חדשה, כך עליו לתת את הכבוד הראוי למגבלות שמטילה פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק היסוד בנוגע לחקיקה ישנה.

עקרונות הפרשנות

5. פרשנות ראויה של חקיקה ישנה לפי פסקת שמירת הדינים חייבת להישען על היסודות הכלליים של הפרשנות בשיטתנו המשפטית. אסקור תחילה יסודות אלו, שאינם אלא עקרונות הפרשנות התכליתית. לאחר מכן, אבחן האם הם מאפשרים לצמצם בכלים פרשניים את סעיף 11(א) לחוק, באופן שיוציא מגדרי סמכותו של השר את האפשרות לבטל רישיונות ישיבה של תושבי מזרח ירושלים בעילת הפרת אמונים.

כידוע, פרשנותו של דבר חקיקה נעשית בשלושה שלבים (עצ"מ 4955/07 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה רעננה נ' קרן תורה ועבודה, פס' 30 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (26.10.2010); להלן: עניין תורה ועבודה): בשלב הראשון, על הפרשן לבחון את לשון החוק, ולנפות פרשנויות שאינן מוצאות בה אחיזה. "גבול הפרשנות הוא גבול הלשון", כך שעיון לשוני, ולו מינימאלי, מהווה תנאי הכרחי לאימוץ חלופה פרשנית מסוימת (בג"ץ 6824/07 מנאע נ' רשות המיסים, פס' 19 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (20.12.2010); להלן: עניין מנאע). בהקשר זה נהנה הפרשן ממרחב תמרון רחב יחסית, שכן גם ביטויים הנתפסים, בלשון בני אדם, כבעלי משמעות ברורה ונחרצת, אינם בהכרח כאלה במישור המשפטי. כך, למשל, בהתייחסו לסעיף 190(א)(1) לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965, הקובע כי "לא יופקע חלק ממגרש, בתשלום או ללא תשלום, אם כתוצאה מכך יפחת שוויה של יתרת המגרש", סבר בית משפט זה כי –

”הביטוי ‘פחת שוויה’ הינו ביטוי בעל ‘רקמה פתוחה’ אשר ניתן לייחס לו פרשנויות רבות. בכמה יפחת? האם כל הפחתה אף מזערית, או שמא הפחתה סבירה או הפחתה משמעותית” (עניין תורה ועבודה, פס’ 31).

הנה כי כן, יש להעמיק אל מתחת למשמעותו האינטואיטיבית – או המקובלת – של הטקסט, על מנת למצות את קשת האפשרויות הלשוניות הגלומות בו (אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה 117-118 (1993); להלן: פרשנות במשפט). זאת, בין היתר, תוך התחשבות בהקשר שבו מופיעה ההוראה הרלוונטית (שם, עמ’ 104). ועדיין, גבול הלשון אינו העדר גבול. הוא אינו פרוץ. אין למתוח אותו בצורה מלאכותית. הפרשנות המילולית טומנת בחובה גמישות, ולעיתים אף גמישות רבה, אך אין היא בגדר משחק שמטרתו לעמעם את המילה הכתובה בכל דרך. הזהירות מתבקשת ביתר שאת בחקיקה ישנה, המוגנת באמצעות פסקת שמירת הדינים.

6. במידה ולשון החוק עולה בקנה אחד עם מספר אפשרויות פרשניות, יידרש הפרשן לבחור, במסגרת השלב השני של התהליך הפרשני, את זו המגשימה באופן מיטבי את תכלית החקיקה (בג”ץ 693/91 אפרת נ’ הממונה על מרשם האוכלוסין, פ”ד מז(1) 749, פס’ 11 לפסק דינו של הנשיא א’ ברק (1993); להלן: עניין אפרת). אף בשלב השני יש מקום להעניק משקל מסוים למידת ההתאמה הלשונית של פרשנות זו או אחרת – לצד הבחינה התכליתית. בחינה זו מורכבת משני רבדים עיקריים: תחילה – התכלית הסובייקטיבית שחפץ המחוקק לקדם באמצעות החוק (“כוונת המחוקק”), והיא שעמדה, בפועל, לנגד עיניו. על כך מלמדת ההיסטוריה החקיקתית והפרלמנטרית, כפי שהיא באה לידי ביטוי, בין היתר, ברקע החברתי והמשפטי לחקיקה, בדברי ההסבר להצעת החוק, או בהתייחסות המחוקקים אליה תוך כדי הליך החקיקה. כמו כן, ניתן, כאמור, להסתייע בלשון החוק, וחשוב מכך – בניתוח הנושא אותו הוא מבקש להסדיר, מבנה החוק, ההסדרים השונים שהוא מכיל ויחסי הגומלין ביניהם (שם, פס’ 13-15; פרשנות במשפט, עמ’ 201-202).

אל התכלית הסובייקטיבית מצטרפת התכלית האובייקטיבית, המתמקדת במטרותיו הנורמטיביות של החוק, ובמדיניות אותה נועד להגשים. אכן, “לא פעם יש לו לדבר חקיקה תכלית אובייקטיבית, שחברי הגוף המחוקק לא העלו כלל בדעתם” (עניין אפרת, פס’ 12). במישור זה מקובל להבחין בין התכלית הקונקרטית – הנגזרת “מסוגו של דבר החקיקה, ומטיפוס הסדריו” – לבין תכליתו הכללית של החוק, המצויה ברמת הפשטה גבוהה יותר, וכוללת את ערכי היסוד של השיטה (פרשנות במשפט, עמ’ 202-203). כך, למשל, “מרכיב מרכזי” בתכליתם האובייקטיבית של הסדרי פקודת

המסים (גביה), הינו הצורך להבטיח גבייה אפקטיבית של המס, על מנת לאפשר מימון שירותים ציבוריים חשובים. ברם, הסדרים אלה מהווים חלק מן המארג הכללי של החקיקה בישראל, ומכאן שנלוות להם תכליות נוספות בדמות הגנה על זכויות יסוד מוכרות (עניין מנאע, פס' 25-28). רציונל דומה מלמד כי בגיבוש תכלית החוק יש להתחשב בתוכנם של הסדרים חקיקתיים "בעלי קרבה עניינית", הגם שאינם נושאים מעמד חוקתי, על מנת לקדם הרמוניה נורמטיבית (עניין רוטמן, פס' 98; רע"ב 4393/11 מוסלי נ' מדינת ישראל, פס' 16 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן (8.11.2011); להלן: עניין מוסלי). חקיקת משנה עשויה אף היא להוות נתון רלוונטי בגיבוש תכלית החקיקה הראשית – אם כי משקלה אינו מכריע (עניין רוטמן, פס' 56; פרשנות במשפט, עמ' 801-803). מכל מקום, לאחר איתור הערכים, האינטרסים והשיקולים השונים, על הפרשן לזקק את תכליתו האובייקטיבית של החוק – כפי שהיא עולה מהם.

ככל שהתכליות השונות שזוהו מובילות לתוצאה פרשנית ברורה, לא מתעורר כל קושי. ברם, במקרים רבים נדרש הפרשן להמשיך אל השלב השלישי של התהליך, ולגבש את תכליתו הסופית של החוק לאחר איזון בין התכליות הנוגדות שנחשפו בשלב השני, ובמסגרת גבולות הלשון שהותוו בשלב הראשון. ככלל, התכלית האובייקטיבית נהנית מעליונות על פני זו הסובייקטיבית – אלא אם האחרונה עולה "בצורה מפורשת, חד משמעית וברורה" מלשון החוק (עניין אפרת, פס' 12; פרשנות במשפט, עמ' 260-261). מכל מקום, המסקנה הפרשנית הסופית נתונה לשיקול דעת שיפוטי, ותתבצע בכל מקרה לגופו. היא משתכללת לאחר בחינת לשון החוק, תכליותיו השונות וקשת הפרשנויות הנגזרת מהן.

חוק הכניסה לישראל – רקע

7. מצוידים בארגז כלים פרשני זה, נסקור עתה את חוק הכניסה לישראל – המסדיר, לצד עצם הכניסה לתחומי המדינה, את ישיבתם בישראל של אלו שאינם מחזיקים באזרחות ישראלית, באשרת עולה או בתעודת עולה (סעיף 1(ב) לחוק). סעיף 2(א) לחוק מסמיך את שר הפנים להעניק אשרות ורישיונות ישיבה וקובע כי –

"שר הפנים רשאי לתת –

[...]

(4) אשרה ורשיון לישיבת קבע".

חוק הכניסה, והתקנות שהותקנו מכוחו (תקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974; להלן: התקנות), אינם קובעים קריטריונים למתן הרישיון, ומותירים לשר שיקול דעת רחב. אף על פי כן, היקף הסמכות מוגבל – שכן השר אינו רשאי לשקול שיקולים החורגים מתכליותיו, המפורשות והמשתמעות, של החוק – והפעלתה כפופה לעילות הביקורת המקובלות במשפט המינהלי (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 520 ו-527-528 (1992); להלן: עניין קנדל). בהתאם, נמנע בית משפט זה מהתערבות במדיניות השר לפיה יינתנו רישיונות לישיבת קבע רק במקרים חריגים, ומשיקולים מיוחדים (בג"ץ 2828/00 קובלסקי נ' שר הפנים, פ"ד נז(2) 21, 27 (2003); בג"ץ 10533/04 ויס נ' שר הפנים, פס' 19 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (28.6.2011)). כמו כן, הוכרה סמכות השר לשקול שיקולים הקשורים בסיכון הנשקף מן המבקש לביטחון המדינה או לשלום הציבור – בין היתר, על רקע עברו הפלילי (עע"מ 9993/03 חמדאן נ' ממשלת ישראל, פס' 9-10 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (9.2.2005)).

8. שיקול הדעת הרחב שניתן לשר במסגרת חוק הכניסה בא לידי ביטוי גם בסעיף 11(א) לחוק, העומד, כזכור, במוקד העתירה הנוכחית. סעיף זה הינו הצד השני של המטבע: בעוד סעיף 2 מקנה לשר סמכות כללית להעניק רישיונות ישיבה, סעיף 11(א) עוסק בסמכות לביטול רישיונות אלה. גם כאן, לא נקב המחוקק בקריטריונים מנחים אלא הסתפק בהסמכה רחבה –

"שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו –

[...]

(2) לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה".

אף התקנות שנקבעו רחוקות מלמצות את היקף סמכות הביטול שבסעיף 11(א). אבהיר: תקנות 11(א)(4), (5) ו-11(ג) לתקנות מונות מספר מקרים שבהם יפקע רישיון לישיבת קבע – דוגמת אי קיום תנאי שהתנה השר, או השתקעות במדינה זרה. ואולם, שורשיהן של תקנות אלה בסעיף 6(2) לחוק הכניסה, המקנה לשר סמכות להתנות את תוקף רישיון הישיבה בתנאים שונים – לרבות תנאים בעלי אופי כללי – ולא בסעיף 11(א) לו (בג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424, פס' 13 לפסק דינו של הנשיא א' ברק (1988) (להלן: הלכת עווד); ראו גם בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל, פס' 45 לפסק דינו של השופט א' א' לוי (30.3.2006) (להלן: עניין קו לעובד)).

זאת ועוד, פקיעת הרישיון במקרה השלישי – השתקעות במדינה זרה – נגזרת במישורין מהסדרי חוק הכניסה. רישיון הישיבה הוא "בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע", כך שמעבר המחזיק למדינה אחרת שומט את הבסיס מתחת לרישיון "והריהו מתבטל מעצמו, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי" (הלכת עווד, עמ' 433). משכך, ברור שלא ניתן לראות בתקנות משום "רשימה סגורה", הממזה את סמכות הביטול, לפי סעיף 11(א) לחוק הכניסה; אדרבה, על מנת לצקת תוכן בסמכות זו, מן ההכרח להכיר בעילות נוספות – מלבד אלו המנויות בתקנות לעניין הפקיעה – שאם לא כן, סעיף 11(א) יוותר כסמכות מיותרת וריקה מתוכן.

9. בהלכת עווד קבע בית משפט זה כי בעקבות החלת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל בשטחי מזרח ירושלים (באמצעות צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967, וסעיף 11ב לפקודת סדרי השלטון והמשפט, התש"ח-1948 (להלן: הוראות ההחלה)), הוסדר מעמד תושבי האזור באמצעות חוק הכניסה, והם כפופים, אפוא, למכלול הוראותיו. בלב אותה פרשה ניצב צו גירוש שניתן נגד העותר, יליד מזרח ירושלים, בגין פעילותו "נגד שליטת ישראל באזורי יהודה והשומרון וחבל עזה". העותר התפקד במפקד האוכלוסין שנערך במזרח ירושלים בשנת 1967, ואף קיבל בשעתו תעודת זהות ישראלית. ברם, שנים ספורות לאחר מכן יצא את הארץ לצרכי לימודים, קיבל – לבקשתו – אזרחות אמריקנית, וביקוריו בישראל היו מעטים וחטופים. על פי השקפת השר, בנסיבות אלה בא העותר בגדרי תקנה 11(ג) לתקנות, כך שרישיון הישיבה שלו פקע ואין מניעה לגרשו. לעומתו, העותר טען כי תושבי מזרח ירושלים נהנים ממעמד מיוחד שאינו כפוף להסדרי חוק הכניסה, ולא ניתן לשלול אותו או לבטלו.

בית המשפט אימץ, כאמור, את עמדת השר, וקבע כי אף שתושבי מזרח ירושלים לא קיבלו מעולם רישיון ישיבה פורמאלי, "מתן הרישיון יכול להשתמע מנסיבות העניין" – במקרה זה, עריכת מפקד האוכלוסין, רישום המתפקדים במרשם האוכלוסין ומתן תעודות זהות ישראליות (שס, עמ' 430). לפיכך פסק הנשיא א' ברק כי

"שהותם בישראל של תושבי מזרח ירושלים, שלא התאזרחו, נעשית מכוח רישיון ישיבה, ורואים בכל מי שהתפקד במפקד האוכלוסין שהתקיים ב-1967 כמי שקיבל רישיון לישיבת קבע" (הלכת עווד, עמ' 431).

טענות העותר בדבר זכאותם של תושבי מזרח ירושלים למעמד ייחודי – "מעין אזרחות" – נדחו. נקבע כי משניתנה לתושבים אלה אפשרות לקבל אזרחות ישראלית, המעמד אליו חותר העותר הינו בגדר "אנומאליה, שאין לה כל צידוק או היגיון" (שס, עמ' 430). משמעותו היא, כך צוין, קבלת זכויות אזרח ללא החובות הנלוות להן, כמו גם חסינות גורפת מפני ביטול עתידי של המעמד – לרבות במקרים שבהם ניתן לבטל אזרחות (ראו סעיף 11 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952; להלן: חוק האזרחות). אין זה מתקבל על הדעת כי "מעין אזרחות" תקנה פריבילגיות רחבות יותר מזו של האזרחות עצמה. לא זו אף זו: הכרה במעמד ייחודי של תושבי מזרח ירושלים, תוך יצירת מעמדות שונים בקרב תושבים שאינם אזרחים, אינה תואמת את עקרון השוויון, ואף חותרת תחת תכלית הוראות ההחלה, המבקשות לקדם "סינכרוניזציה בין המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לבין מזרח ירושלים והשוהים בה" (הלכת עווד, עמ' 430). בהעדר אפשרות להכיר במעמד כזה, אין מנוס מן המסקנה כי המקור הנורמטיבי היחיד להסדרת ישיבתם של תושבי מזרח ירושלים שבחרו להימנע מקבלת אזרחות הינו חוק הכניסה. אגב, יצוין כי מעמד ילדים שנולדו לתושבים אלה לאחר מתן רישיון הישיבה יהיה כמעמד הוריהם – בהתאם לתקנה 12 לתקנות.

על רקע קביעתו העקרונית, ניתח בית המשפט את השלכות שהייתו הממושכת של העותר בארצות הברית, והתאזרחותו שם, בהתאם להסדרי חוק הכניסה והתקנות הנלוות – ומצא כי בנסיבות העניין פקע רישיונו מאליו (שס, עמ' 433-432; ראו פס' 9 לעיל, ופס' 17 להלן). אכן, מדברי הנשיא ברק באותו עניין עולה בבירור כי על תושבי מזרח ירושלים חלות גם ההוראות הקשורות בביטול רישיון הישיבה – ולא רק בפקיעתו: "סמכות הביטול של שר הפנים אינה הופכת את ישיבת הקבע לישיבה בחדר. ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים עניינים יש בכוחם להפעיל את סמכותו" (הלכת עווד, עמ' 431). כלומר, בכפוף לסייג כללי זה השר מחזיק בסמכות לבטל רישיונות ישיבה של תושבי מזרח ירושלים.

10. בעקבות חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הועלו טענות בדבר הצורך בבחינה מחודשת של מעמד תושבי מזרח ירושלים, נוכח הפגיעה הקשה הכרוכה בשלילת רישיונות הישיבה לפי הסדרי חוק הכניסה. ברם, טענות אלה נדחו בעניין דארי, שם הובהר כי סעיף 1(ב) לחוק הכניסה, יחד עם סעיף 1(ב) לחוק האזרחות, יוצרים הסדר שלילי ומעניקים לחוק הכניסה בלעדיות בכל הקשור להסדרת ישיבתם בישראל של תושבים נטולי אזרחות (ולחלופין, תעודת או אשרת עולה) –

"השקפת המחוקק היא שנושא הישיבה בישראל נשלט באופן הרמטי על ידי חוק האזרחות וחוק הכניסה לישראל [...] כיוון שלתושבי מזרח ירושלים לא הוענקה אזרחות באופן גורף על פי בחירתם (כפי שהוסבר לעיל) – הרי המסגרת החוקית היחידה האפשרית להסדרת מעמדם היא, כאמור, ההכרה ברישיון לישיבת קבע שיש להם" (עצ"מ 5829/05 דארי נ' משרד הפנים, פס' 9 להם; 20.9.2007; להלן: עניין דארי).

מאחר וסעיפי החוק היוצרים את ההסדר השלילי קדמו לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, הרי שפסקת שמירת הדינים מגנה עליהם מפני ביקורת חוקתית, ומונעת, אפוא, הכרה במעמד חדש, בלתי כתוב, של תושבי מזרח ירושלים. אמנם קיימת חובה לפרש חקיקה ישנה ברוח חוקי היסוד, אך נקבע כי –

"אין כל דרך לפרש את הוראות החוק האמורות באופן שלא יכלול את החלתו של חוק הכניסה לישראל על תושבי מזרח ירושלים שאינם אזרחי מדינת ישראל" (שם).

עמדה זו התקבלה בפסיקה, וניתן לה ביטוי בשורה ארוכה של הלכות העוסקות בהיבטים מגוונים של מעמד תושבי מזרח ירושלים (ראו, למשל, בג"ץ 5373/08 אבו לבדה נ' שרת החינוך, פס' 22 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה (6.2.2011) [הזכות לחינוך חובה חינוך]; עצ"מ 9807/09 זרינה נ' שר הפנים, פס' 20 (1.8.2011) [פקיעת רישיון לישיבת קבע] (להלן: עניין זרינה); עצ"מ 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים, פס' 5 (17.3.2005) [עתירה לקבלת רישיון לישיבת קבע]; ע"א 4664/08 משעל נ' האפוטרופוס לנכסי נפקדים, פס' 10-13 (11.7.2010) [מעמד תושבי מזרח ירושלים לעניין חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950]).

כפועל יוצא, שב בית המשפט וקבע כי הוראות חוק הכניסה לגבי תנאי הפקיעה, או הביטול, של רישיונות ישיבה יפים גם לגבי תושבי מזרח ירושלים –

"הקביעה כי מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הינו של מי שקיבל רישיון לישיבת קבע לפי חוק הכניסה לישראל הביאה מטבע הדברים לכך שגם שלילתו של מעמד זה תיעשה על פי ההסדר הקבוע בחוק ובתקנות שהותקנו לפיו.

[...]

סיכום האמור עד כה הוא כי אין מקום לסטות מההלכת עווד. במילים אחרות – תושבי מזרח ירושלים, והמערערים בכללם, נחשבים לבעלי רישיון לישיבת קבע בישראל שעל כן האופן בו הם עלולים לאבד את רישיונם נקבע גם הוא על פי חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו על פיו (עניין דארי, פס' 7 ו-11).

פרשת דארי, כמוה כהלכת עווד, סבבה סביב סוגיית פקיעת רישיונות הישיבה של תושבי מזרח ירושלים שהשתקעו מחוץ לישראל. ברם, כפי שמעיד הנוסח המצוטט לעיל, היא קובעת כי חוק הכניסה לישראל הוחל על תושבים אלה כמקשה אחת, וכי מכלול הוראותיו באשר לאובדן רישיונות הישיבה – לרבות בסוגיית הביטול – יפה גם לגביהם.

סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה – פרשנות

11. תמונה רחבה זו של הסדרי חוק הכניסה לישראל מאפשרת לנו לגשת עתה אל השאלה שבמוקד העתירה הנוכחית: האם מוסמך שר הפנים לשלול רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים הממלאים משרות שלטוניות בכירות ברשות הפלסטינית מטעם ארגון החמאס, בעילה של "הפרת אמונים" כלפי מדינת ישראל.

כאמור, כבר בהלכת עווד פסק בית משפט זה כי מעמד תושבי מזרח ירושלים מעוגן ברישיונות הישיבה שקיבלו מכוח החוק, ושלל את האפשרות לקיום סטטוס ייחודי, בדמות "אזרחות למחצה", המתקיים במקביל להסדרי החוק ואינו כפוף אליהם. כפי שהובהר בעניין דארי, חקיקת חוקי היסוד לא שינתה דבר במישור זה, שכן חוק הכניסה – באמצעות סעיף 1(ב) לו, החסין מפני ביקורת חוקתית – נוטל בלעדיות על הסדרת הישיבה בישראל, ופוסל חלופות אחרות – לרבות הכרה במעמד "טבעי" ובלתי כתוב של תושבי מזרח ירושלים. אכן, העובדה כי מדובר באוכלוסייה שחלקה התגורר במקום עוד בטרם החלת הדין הישראלי, אינה נטולת משמעות. מאפיין זה מבדיל בין תושבי מזרח ירושלים למהגרים מקרוב באו – אשר זיקתם לישראל מבוססת, כל כולה, על החלטת השר להעניק להם רישיון ישיבה – ועשויה להיות לו משמעות במישור הפעלת שיקול הדעת של השר (ראו, בין היתר, שס, פס' 11). ברם, הזיקה של תושבים אלה למקום מגוריהם, אינה יכולה ליצור יש מאין, ולהקנות להם מעמד עצמאי, שלא בא זכרו עלי ספר. בהעדר מקור חלופי להסדרת מעמדם, כפי שהובהר בעניין דארי (פס' 7 ו-11), ברי כי תושבי מזרח ירושלים כפופים למכלול הוראותיו של חוק הכניסה, לרבות ביחס לפקיעת וביטול רישיונות הישיבה שלהם.

עם זאת, תחולתה העקרונית של סמכות הביטול על תושבי מזרח ירושלים אינה שמה קץ לדיון, הואיל ויש להכריע בשאלה אלו עילות מקנות לשר סמכות זו. בפרט, ולענייננו, האם היה בידיו לבטל את רישיונות העותרים בשל "חברותם הפעילה [...]" במועצה הפלסטינית המחוקקת, היושבת ברמאללה, מטעם ארגון חמאס, והיותם [...] פעילים מרכזיים במוסדות ארגון טרור החמאס? לטענת העותרים, נוכח מעמדם הייחודי כתושבי מזרח ירושלים, ולאור הפגיעה הקשה הכרוכה בביטול רישיונות הישיבה שלהם, יש לפרש את סעיף 11(א) בצורה מצמצמת עד כדי כך שלא יסמך את השר לפעול כפי שפעל. האם פרשנות זו עולה בקנה אחד עם נוסח החוק ותכליותיו?

לשון החוק

12. משמעותה הלשונית הפשוטה והברורה של הוראת סעיף 11(א) לחוק הכניסה, לפיה שר הפנים "רשאי, לפי שיקול דעתו... לבטל רשיון ישיבה שניתן לפי חוק זה" – רחבה היא. זאת, בשני מובנים. אפתח בסיפא. תחולת הסעיף אינה מוגבלת לסוג מסוים של רישיונות ישיבה, או לקבוצה מסוימת של מחזיקים. לשון החוק אינה מסויגת. לכן, סמכות הביטול חלה אף על רשיון לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים. כך היא לשון החוק, וכך היא מסורת הפסיקה מאז הלכת עו"ד. כפי שצינתי לעיל (פס' 9-10), כבר נקבע מפורשות כי רישיונות הישיבה של תושבי מזרח ירושלים ניתנו מכוח חוק הכניסה לישראל – ועל כן הם כפופים גם לסמכות הביטול שבסעיף 11(א).

נעבור לרישא של תיבת סעיף 11(א) – "רשאי, לפי שיקול דעתו". הסמכות לביטול רישיונות ישיבה ברורה. לצד זאת, פשיטא בעיני כי רוחב שיקול הדעת של השר אינו בלתי מוגבל. בכדי להגיע למסקנה זו די בכללים המחייבים במשפט המינהלי. הענקת סמכות לשר לפעול על פי שיקול דעתו איננה משולה לצ'ק פתוח – "לפי שיקול דעתו – יהא אשר יהא". בשלב זה אסתפק בדוגמה לפיה השר אינו רשאי להחליט באופן שרירותי על ביטול רישיונות הישיבה של תושבי מזרח ירושלים ששם משפחתם מתחיל באותיות א'-ל'. לדוגמאות מהותיות וגבוליות יותר אדרש בהמשך. אך יהיו גבולות הסמכות אשר יהיו, עומדת בעינה המסקנה הלשונית לפיה הטקסט אינו סובל פרשנות המובילה, ולו במבחן התוצאה, לריקון סמכות הביטול של השר מכל תוכן. הפרשנות הלשונית חייבת להביא לתוצאה לפיה השר רשאי לבטל את רישיונות הישיבה – גם של תושבי מזרח ירושלים – על פי עילה. לא כל עילה, אך, לכל הפחות, עילה או עילות מסוימות.

ודוק, עילה לביטול הרישיון ולא לפקיעתו. השתיים דומות אחת לשנייה, בכך ששתיהן מובילות לאובדן רישיון לישיבת קבע. במה מתבטא, אפוא, השוני ביניהן? על כך ניתן ללמוד מן התקנות. לפי תקנות 11(א)-(4)-(5), ו-11(ג), תוקפו של רישיון לישיבת קבע יפקע בנסיבות הבאות –

“(4) אם השר התנה את תוקף הרישיון בקיומו של תנאי כלשהו והתנאי לא קיים;
 (5) אם נעשה במסמך הנסיעה שבו ניתן הרישיון תיקון או שינוי בידי מי שלא הוסמך לכך.
 [...] (ג) [...] אם בעל הרישיון עזב את ישראל והשתקע במדינה מחוץ לישראל”

הסדר זה עשוי להוות כלי עזר להבנת סמכות הביטול המעוגנת בסעיף 11(א) לחוק הכניסה – שכן פקיעה לחוד וביטול לחוד, ומכאן שסמכות הביטול מתייחסת לעילות שונות מאלו המובילות לפקיעת הרישיון. אכן, משקלה של חקיקת משנה בפרשנות החוק אינו מכריע, אך היא מהווה נתון פרשני שעל בית המשפט להתחשב בו (ראו לעיל, פס' 6).

יתר על כן, ההבחנה בין ביטול לפקיעה עולה בענייננו מן החוק עצמו ולא רק מן התקנות. כזכור, בהלכת עווד נקבע כי ניתוק הזיקה העובדתית לישראל מוביל, מיניה וביה, לפקיעת רישיון הישיבה, ללא צורך באקט פורמאלי של ביטול –

“ניתן להגיע למסקנה בדבר פקיעת תוקף רישיון ישיבת הקבע גם ללא התקנות ומכוח פירוש של חוק הכניסה לישראל [...] אכן, רישיון לישיבת קבע – להבדיל ממעשה התאזרחות – הוא יצור כלאיים. מחד גיסא הוא בעל אופי קונסטיטוטיבי, המעמיד את הזכות לישיבת הקבע; מאידך גיסא הוא בעל אופי דקלרטיבי, המבטא את המציאות של ישיבת הקבע. כאשר מציאות זו נעלמת, אין עוד לרישיון במה שיתפוס, והריהו מתבטל מעצמו, בלא כל צורך במעשה ביטול פורמאלי” (עמ' 433; ההדגשה אינה במקור).

אשר על כן, נוכח החזקה כי אין המחוקק משחית מילותיו לריק (ראו, למשל, פס' 15 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור בבג"ץ 10017/09 קרן דולב לצדק רפואי נ' ממשלת ישראל (20.5.2010)), ברי כי סמכות הביטול של השר אינה מוגבלת למצבים של ניתוק הזיקה העובדתית לישראל – פקיעה – שכן במקרים אלה לא נותר צורך לבטל את

רישיונות הישיבה. פרשנות אחרת תהפוך את לשונו הברורה של סעיף 11(א), המבקש להקנות לשר סמכות ממשית לביטול רישיונות ישיבה, לאות מתה ונטולת תוכן (ראו והשוו ע"מ 4105/09 עיריית חיפה נ' עמותת העדה היהודית הספרדית, פס' 47 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור (2.2.2012); להלן: עניין עיריית חיפה). מטעם דומה יש לקבוע כי העילות שבידי השר לשקול אינן מתמצות באלה שנמנו בתקנה 11(א)(4) ו- (5) לתקנות – שכן בהתקיים האחרונות הרישיון פוקע מאליו, ואין עוד צורך בביטולו. מאחר שמקור הסמכות לתקנות אלה – כפי שהובהר בהלכת עווד (ראו לעיל, פס' 8) – הוא סעיף 6(2) לחוק, המסקנה כי יש להעניק לסעיף 11(א) פרשנות רחבה, אשר תקנה לו תוכן החורג מעילות הפקיעה שכבר עוגנו בסעיף 6(2), עולה במישרין מחוק הכניסה עצמו ולא רק מחקיקת המשנה.

הנה כי כן, אף שאין לראות בסעיף 11(א) לחוק הכניסה משום הסמכה גורפת של השר, לשונו מחייבת הכרה בקשת רחבה של עילות ביטול – שכן הגבלת הסמכות לעילות המנויות בתקנות תייתר אותה כליל, ותרוקן מתוכן את הלשון המסמיכה הברורה של החוק. במילים אחרות, הלשון מלמדת כי השר רשאי לבטל רישיונות ישיבה גם במצבים שבהם המחזיק עודו מתגורר בארץ, וזיקתו הממשית אליה לא פקעה (בניגוד למקרה המוסדר בתקנה 11(ג) לתקנות). מסקנה זו עולה גם מהשוואת נוסח סעיפים 2(א) ו-11(א) לחוק: בעוד הראשון, העוסק בסמכות להעניק רישיונות ישיבה, משתמש במונח "רשאי" כדי לתאר את שיקול הדעת המוקנה לשר, סעיף 11(א) מבליט את אלמנט שיקול הדעת ומדגיש כי השר "רשאי" לבטל רישיונות ישיבה, "לפי שיקול דעתו". דגש זה מלמד על הפקדת שיקול דעת רחב בידי השר גם במישור הביטול, למרות ההשלכות של סמכות זו על זכויות מחזיקי הרישיונות.

נקודת הפתיחה היא, אפוא, כי הפרשנות הלשונית תומכת בהרחבת היקף שיקול הדעת של השר. ברם, לשם הכרעה באשר לעילת הביטול מושא ענייננו – מילוי תפקידים שלטוניים בכירים מטעם ארגון טרור הפועל כנגד המדינה ותושביה – יש לעבור לשלביה הבאים של הפרשנות התכליתית, ולעמוד על תכליות החוק המסמיק.

התכלית הסובייקטיבית

13. דברי המחוקקים במהלך הדיון בחוק מלמדים על החשיבות שיוחסה, מבחינת התכלית הסובייקטיבית, להפקדת שיקול דעת רחב בידי השר – הן ברמה המוסדית, והן ברמה המהותית. כך, למשל, נדחתה הסתייגות שביקשה להורות לשר לעגן בתקנות את

התנאים למתן רישיון ישיבה (לפי סעיף 6 לחוק), נוכח הרצון להעניק לו גמישות מרבית –

”קשה מאד למצוא מסקנות בתקנות שתענינה לכל המקרים ולכל סוגי האנשים שביחס אליהם ייתכנו תנאים מגבילים אלה או אחרים לגבי תנאי ישיבתם בארץ [...] אין כל הצדקה לכך שנגביל את שר הפנים, פירושו – את הממשלה, פירושו – את הרשות המבצעת, שאנחנו מוסרים לה להגן על ענייני המדינה ולשמור עליהם” (ח”כ עמי אסף, בשם הרוב בוועדת הפנים; ד”כ 12, 3171 (התשי”ב)).

תפיסה דומה באה לידי ביטוי גם בדברי ח”כ יוסף ספיר, יו”ר ועדת הפנים של הכנסת, אשר הדגיש ”שבכל הארצות של משטר דמוקראטי נמסרת סמכות זאת לשר הנוגע בדבר”. לדבריו, אין להפקיד את סמכות הביטול, לפי סעיף 11(א), בידי הרשות השופטת. ח”כ ספיר הוסיף ועמד על תפקידו של בית המשפט בהליך, ועל האיזונים שמכיל החוק במישור המהותי –

”גם אם נאמר ‘לפי שיקול דעתו של השר’ הרי זה נתון בכל זאת לעירעור בפני בית הדין הגבוה לצדק. אמנם בית הדין העליון לצדק מוגבל באפשרויות שיפוטו לאור הגדרה זאת של סמכות השר, אך יחד עם זה היתה הנחה, שהשר יצטרך להוכיח בכל אופן, שהוא שקל בדעתו. במסיבות הכלליות של העניינים שאנו דנים בהם לא היה שום ספק, ששיקולו של השר חייב להיות רציני במידה כזאת שהוא לא ייכשל באיזה כוונות שהובאו לפניו, או מתוך איזה נימוקים אחרים [...] בכל אופן, הוועדה שוכנעה בכך, שבכל הארצות של משטר דמוקראטי נמסרת סמכות זאת לשר הנוגע בדבר, והוא צריך לשפוט במקרים אינדיבידואליים מסויימים” (ד”כ 12, 3173 (התשי”ב)).

כלומר, המחוקק סבר אמנם שאין לאפשר לשר לפעול משיקולים פוליטיים פסולים, ברוח החששות שהביעו חברי כנסת מן האופוזיציה במהלך הדיון (שם, עמ’ 3172-3173). ברם, הייתה לו כוונה ברורה להקנות לשר שיקול דעת רחב, המבוסס גם על עילות ביטול מהותיות ולא רק פרוצדוראליות –

”ההגבלה של חבר הכנסת ארם, שזה יחול רק במקרה של מתן ידיעות כוזבות, לא נתקבלה על דעת הוועדה כי הנימוקים לבטל רישיון ישיבה אינם חייבים להיות מתוך

נימוק של מתן ידיעות כוזבות בלבד" (שם, עמ' 3174;
ההדגשה אינה במקור).

שר הפנים נתפס כ"שומר הסף" של גבולות ישראל (בג"ץ 8093/03 ארטמייב נ' משרד הפנים, פ"ד נט(4) 577, 584 (2004)) – ועל כן, כמי שראוי להפקיד בידיו סמכות מהותית, שאינה מתמצה בשלילת רישיונות שניתנו בהליך פגום. משכך, ועל רקע הגדרת השמירה על ביטחון המדינה כאחת מן התכליות המרכזיות לשמן ניתנה לשר סמכות זו (ראו, למשל, דברי ח"כ מיכאל חזני, ד"כ 11, 2073 (התשי"ב)), נראה כי המחוקק ביקש להעניק לעילת הפרת האמונים מקום מרכזי במסגרת סעיף 11(א) לחוק.

14. אמנם, עיון בהיסטוריה החקיקתית מלמד כי המחוקק סבר שסוגיית מעמד תושבי ישראל הערבים שלא התאזרחו "צריכה להיות נידונה במסגרת המתאימה" (דברי ח"כ יוסף ספיר, שם, עמ' 3169). ברם, אין במודעות למאפייניה המיוחדים של אוכלוסייה זו, כדי להקנות לה חסינות מפני סמכות הביטול של השר. אדרבה, המחוקק הבהיר כי –

"הוועדה רצתה שהחוק הזה לא יכניס שום שינוי בסטאטוס של האנשים האלה. החוק אינו בא להקנות זכויות או לשלול זכויות, אלא להשאיר את המצב הקיים, וכיוון שהעניינים העיקריים שלהם אינם כלולים במסגרתו של החוק, הרי העניינים האחרים יסודרו כפי שאמרתי, בלי כל קשר עם החוק הזה" (שם, עמ' 3174).

יתר על כן, גם אם בעת חקיקת החוק נותרה סוגיית האוכלוסייה המקומית תלויה ועומדת, הדברים השתנו לאחר מכן. בנוסחו המקורי – ומתוך כוונה להותיר על כנו את הסטאטוס הקיים, והבלתי מוסדר, של ערביי ישראל שטרם התאזרחו (שם, עמ' 3179) – קבע סעיף 18(ב) לחוק הכניסה כי "מי שנכנס לישראל לפני תחילת תקפו של חוק זה דינו יהיה כאילו חוק זה לא נתקבל". ברם, בשנת 1966 תוקן החוק המקורי, והתווספה לו הקביעה לפיה –

"אין בהוראה זו כדי למנוע את שר הפנים מליתן רשיון לישיבת קבע לאדם שנכנס כאמור, ומשניתן לו הרשיון, יחולו עליו הוראות חוק זה" (חוק הכניסה לישראל (תיקון מס' 1), ס"ח התשכ"ו 479, 53; ההדגשה אינה במקור).

כלומר, לאחר בחינת עניינה של אוכלוסייה זו נמנע המחוקק מהכרה גורפת בזכותה לשבת בתחומי ישראל, והפקיד בידי השר סמכות להסדרה פרטנית של מעמד

המבקשים. זאת ועוד, הובהר בצורה שאינה משתמעת לשתי פנים כי עם קבלת הרישיון יחולו על המחזיק "הוראות חוק זה" – על פניו, לרבות ביחס לפקיעתו או ביטולו. בנסיבות אלה, כאשר התיקון האמור נכנס לתוקפו בטרם הוחלו המשפט, השיפוט והמינהל הישראלי בשטחי מזרח ירושלים, אין להעניק כיום משקל מכריע ל"כוונת המחוקק" המקורית – שכן החוק תוקן באופן המשקף תפיסה שונה לחלוטין. אדרבה, יש להקיש לעניינם של העותרים מן ההסדר המתוקן, המלמד כי המחוקק ראה בחוק מקשה אחת וביקש להחילו במלואו על כל הבאים בשעריו – ללא קשר למידת זיקתם לאזור מגוריהם. כיוון שמעמד תושבי מזרח ירושלים הוסדר, כאמור, באמצעות חוק הכניסה, הרי שכוונת המחוקק היא להחיל גם עליהם את מלוא הסדריו, לרבות בסוגיית הביטול.

עולה כי התכלית הסובייקטיבית תומכת במתן שיקול דעת רחב לשר הפנים בבטול רישיון ישיבה – הן במישור העילות שבידיו לשקול, והן ביחס לתושבים שהם בני האוכלוסייה הערבית במזרח ירושלים. ברם, פרשנות כנה והוגנת מחייבת שתי הערות נוספות: האחת, כי ההסתייעות בדברי המחוקק לצורך זיהוי התכלית הסובייקטיבית מוגבלת מטבעה, כפי שאבהיר להלן (פס' 34). השנייה, כי הן במועד חקיקת החוק (1952), והן במועד תיקון מס' 1 לו (1966), לא עמדה בפני המחוקקים הסוגיה הקונקרטית של תושבי מזרח ירושלים – סוגיה שהתעוררה רק בעקבות מלחמת ששת הימים בשנת 1967. נתון זה עשוי להפחית ממשקל התכלית הסובייקטיבית בפרשנות החוק, אם כי מן הצד השני יש חשיבות לכך שמאז 1967 ועד היום נמנע המחוקק מקביעת הסדר ייחודי לגבי תושבי מזרח ירושלים, חרף הפסיקה בהלכת עווד אשר נותרה בתוקפה גם כיום.

התכלית האובייקטיבית

15. בדיקת תכליתו האובייקטיבית של חוק היא מרכיב חשוב של התהליך הפרשני. רגישה היא. ברובד זה של ההליך על השופט הפרשן לתור אחר המדיניות והמטרות הראויות. זאת, לא על בסיס כוונתו הסובייקטיבית של המחוקק אלא על סמך היעדים הצומחים מהחוק בכלל והסעיף מושא הבדיקה הפרשנית בפרט – כפי שהם עולים "מהטכסט החקיקתי על רקע עקרונות שיטת המשפט" (עניין עיריית חיפה, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה מ' נאור). בכך שונה התכלית האובייקטיבית מרעותה, התכלית הסובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית מחייבת איתור אינטרסים וערכים שלעיתים ניצבים בסתירה זה לזה. ההכרעה ביניהם תושפע מבחינה ספציפית של החוק הנידון

ואף מערכי היסוד של השיטה המשפטית. כאשר ניתוח התכלית האובייקטיבית מגלה "התנגשות" בין זכויות לבין ערכי יסוד חוקתיים אחרים, נדרש איזון נקודתי בין הערכים הנוגדים. כפי שהיטיבה להסביר חברתי הנשיאה –

"ערכי היסוד של השיטה מתורגמים על-ידי הפרשנות התכליתית לחזקות באשר לתכליתו הכללית של כל חוק וחוק" (אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 421 (2003)). מדובר בחזקות-תכלית בענינים כגון בטחון, ודאות הרמוניה ועקביות במשפט, ערכים אתיים, מטרות חברתיות, דרכי התנהגות ראויה, זכויות אדם ותחולת החקיקה בזמן (שם, בעמ' 421-427; אהרן ברק פרשנות במשפט כרך שני – פרשנות החקיקה, שער שישי (1993)) [...] המצב שונה בהתנגשות בין חזקות-תכלית בענין זכויות אדם לבין חזקות-תכלית אחרת [...] לעתים קיים מתח בין זכויות יסוד, עקרונות חוקתיים וכד' לבין עצמם (כגון מתח בין כבוד האדם וחופש הביטוי), והאיזון ביניהם הוא פחות "אנכי" מאשר איזון בין עקרונות יסוד חוקתיים לבין הרצון הסובייקטיבי הלכאורי של המחוקק בחוק מסוים" (שם).

16. חוק הכניסה משרטט הסדר חקיקתי מקיף וכוללני. מעיון בחוק עולה כי שאיפתו ליצור הסדר ממצה ביחס לנושא החשוב של כניסה ויציאה מישראל, ושיבה בה. הוא מחולק למספר פרקים – הראשון, רשות כניסה ושיבה; השני, סדרי כניסה; השלישי, ביטול אשרות ועבירות; הרביעי, הרחקה ומשמורת; הרביעי 1, שנחקק לפני כחמש שנים, עניינו בית הדין לעררים; והחמישי, הוראות שונות.

בבסיס חוק הכניסה ניצבים אינטרסים וערכים אלה, הבאים לידי ביטוי גם במסגרת סמכות הביטול המעוגנת בסעיף 11(א): מחד גיסא, ריבונות המדינה, המקנה לה "זכות טבעית" לשלוט בזהות הבאים בשעריה, ובתנאי ישיבתם בה (בג"ץ 7052/03 עדאלה נ' שר הפנים, פס' 50-51 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין (14.5.2006)); להלן: עניין עדאלה). הגבלת הכניסה לישראל – שלא לדבר על ההגבלות הקשורות במתן מעמד של אזרחות או תושבות – משרתת שורת מטרות, לרבות שמירה "על התרבות המיוחדת של תושבי המדינה, על הזהות [...] על האינטרסים הכלכליים שלהם ועל הסדר והמוסר הציבוריים (בג"ץ 1031/93 פסדו (גולדשטיין) נ' שר הפנים, פ"ד מט(4) 705, 661 (1995)). לצד תכלית השמירה על הריבונות נודעת חשיבות רבה גם להגנה על ביטחון המדינה ושלוש אזרחיה – תכלית שעשויה להצדיק התאמות ושינויים בדיני ההגירה בהתאם לצרכים הביטחוניים (עניין עדאלה, פס' 79-84 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין). מאידך גיסא, קמה ועומדת תכלית נוספת – סותרת לעיתים –

שעניינה הצורך להגן על זכויות המחזיקים ברישיונות הישיבה. 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. לשון אחר, אף אם היקף ההגנה החוקתית על תושב קבע מצומצם בהשוואה לאזרח, עדיין פגיעה במעמדו, או בהטבות הנלוות לו, חשופה לביקורת שיפוטית.

תכליות נוגדות אלה משקפות הן את ייעודו הספציפי של חוק הכניסה – אשר נקרא במקורו "חוק ההגירה" – והן את התכליות הרחבות יותר המשתקפות במכלול החקיקה המסדירה את הכניסה לארץ והישיבה בה, ונגזרות מעקרונות היסוד של השיטה. נוכח טיבן ומשקלן של תכליות אלה, אין בפגיעה בזכויות המחזיק ברישיון הישיבה כדי להכריע את הכף – ועל הפרשן לגבש את תכליתו האובייקטיבית של החוק באמצעות עריכת איזון ראוי בין הערכים הנוגדים.

17. סבורני, כי האיזון בין הערכים המתנגשים מוביל למסקנה ששיקול הדעת המוקנה לשר, מכוח סעיף 11(א) לחוק הכניסה, מוגבל אמנם לעילות מסוימות בלבד – אך עילת "הפרת האמונים", למצער בנסיבות יוצאות הדופן שבבסיס עתירה זו, נמנית עליהן. בבואנו לתחום את סמכות הביטול ניתן להסתייע בהקבלתה להסדרי חוק הכניסה והתקנות הנלוות ביחס לפקיעת רישיונות לישיבת קבע. כזכור, בהלכת עו"ד נקבע כי רישיונות אלה משקפים "את המציאות של ישיבת הקבע", ומשום כך "כאשר מציאות זו נעלמת, אין עוד לרישיון במה שיתפוס, והריהו מתבטל מעצמו" (עמ' 433). כלומר, אובדן המעמד של אדם העוזב את מדינת ישראל ובוחר להשתקע במדינה זרה – או, בלשון משפטית, פקיעת רישיון הישיבה שלו – הוא תולדה של החלטתו לשנות את המציאות של ישיבה בארץ ולשים לה קץ. רישיונו פוקע משום שהתנהגותו אינה מתיישבת עוד עם הגדרתו כתושב קבע. סמכות הביטול שונה, כמובן, מהסדר הפקיעה – וכפי שהבהרתי לעיל, חלה גם במצבים בהם זיקתו הפיזית של המחזיק לישראל עומדת בעינה. ברם, נוכח העובדה כי מדובר בשני "מסלולים" מקבילים, ובלעדיים, לאובדן רישיון הישיבה בישראל, יש לעמוד על המשותף ביניהם וליצור הסדר כולל הרמוני וקוהרנטי.

נראה, אפוא, כי בדומה להסדר הפקיעה, שיקול הדעת של השר במישור הביטול – מעבר לעילות פרוצדוראליות, דוגמת ביטול רישיון שניתן במרמה (ראו, למשל, ע"מ 8844/04 שעבאן נ' משרד הפנים (12.2.2006)) – מוגבל לעילות ממשיות ורציניות, המקיימות זיקה מהותית לתוצאה של אוכדן המעמד. קרי, עילות הנובעות מהתנהלות הטומנת בחובה מעין התנערות רעיונית של המחזיק ממעמד התושבות, אף אם לא ניתן את זיקתו הפיזית למקום. באופן זה, מעשים שאין להם זיקה מהותית למעמדו של המחזיק – דוגמת מעורבות בתאונת דרכים, או אפילו ביצוע עבירות מסוימות – לא יוכלו לשמש בסיס לביטול רישיונו. בכך בא לידי ביטוי משקלן של זכויות היסוד, המונעות פגיעה שרירותית ובלתי מאוזנת בתושבי קבע. לעומת זאת, הפרת אמונים כלפי המדינה מהווה אקט של התנערות ממעמד התושבות. מעשים הבאים בגדר קטגוריה זו, כגון ריגול חמור או בגידה, מלמדים כי המחזיק בחר לנתק את זיקתו המהותית לישראל, ולקרוא תיגר על מעמדו כתושב קבע. לפיכך, התכליות המהותיות שעניינן שמירה על ריבונות המדינה, ביטחונה ושלומו אזרחי, מצדדות במתן סמכות רחבה לביטול רישיונו – על אף הפגיעה בזכויותיו.

על המשמעות של הפרת אמונים חמורה בהקשר של חוק הכניסה לישראל, ניתן ללמוד מדברים שנאמרו בבג"ץ 7061/05 עטאונה נ' שר הפנים (20.11.2005). בדחותו עתירה לקבלת רישיון ישיבה מטעמים של "איחוד משפחות", הדגיש בית משפט זה כי

"המבקש לזכות בישיבת קבע בישראל אינו יכול להיות קשור עם פעילי פח"ע וטרור. ישיבה בישראל וקשר לגורמים כאלה הם בחינת תרתי דסתרי, ויש צורך במידה רבה של נאיביות, שלא לנקוט ביטוי חריף יותר, כדי שהמשיבים יאפשרו בנסיבות כאלה לעותר להמשיך בתהליך המדורג ולישב ישיבת קבע כאילו עולם כמנהגו נוהג. היה על העותר, המבקש לבוא קבע בקהל תושבי המדינה, לנהוג בהתאם למחויבות שהדבר מטיל עליו, ולא כן עשה. לפיכך אין בדינו להיעתר לעתירה" (פס' ה (3) לפסק דינו של המשנה לנשיאה, א' רובינשטיין; ההדגשות אינן במקור).

אכן, בקשה לקבלת רישיון לחוד וביטול רישיון שכבר ניתן לחוד. ברם, יש בדברים אלה כדי ללמד כי מעורבות ממשית בפעילות טרור עומדת בניגוד עמוק ומהותי למעמד של ישיבת קבע – ומכאן שגם במישור הביטול ראוי לייחס לה משמעות רבה. וזהו המקום להדגיש – תושבות קבע אינה "רק" תושבות. הכרת המדינה כי לאדם זכות לשבת בגבולותיה ללא הגבלת זמן עולה עד כדי מתן זכות מדרגה גבוהה מאד. לכן,

פעילות משמעותית שמתנערת מליבת שלטון המדינה בוודאי אינה דרה בכפיפה אחת עם מעמד תושבות הקבע.

18. משנקבע בפסיקה כי מעמד תושבי מזרח ירושלים מבוסס על רישיונות הישיבה שניתנו להם לפי חוק הכניסה – ולא על זכות "טבעית" בלתי כתובה – הרי שהאיזון הכללי שנקבע במסגרת החוק יפה גם לגביהם. או, במילותיו של בית משפט זה בעניין דארי: "תושבי מזרח ירושלים [...] נחשבים לבעלי רישיון לישיבת קבע בישראל שעל כן האופן בו הם עלולים לאבד את רישיונם נקבע גם הוא על פי חוק הכניסה לישראל והתקנות שהותקנו על פיו" (פס' 11; ראו פס' 10 לעיל). זיקתם ההיסטורית של תושבים אלה למקום מגוריהם עשויה להשפיע על אופן הפעלת הסמכות בידי השר. ברם, אף אם קבוצה זו היא בעלת מאפיינים ייחודיים, היא תלויה בהוראות חוק הכניסה ואינה מצויה מחוץ לגדרי תחולתו. כפי שהרחבתי במסגרת ניתוח התכלית הסובייקטיבית, המסקנה לפיה גם אוכלוסייה "ילידית" שמעמדה הוסדר מכוח חוק הכניסה כפופה למכלול הוראותיו – לרבות בסוגיית הביטול – עולה בבירור מסעיף 18(ב) לחוק הכניסה, בנוסחו המתוקן (ראו פס' 14 לעיל). אשר על כן, אין יסוד לבניית חומה בין תושבי מזרח ירושלים ותושבים אחרים בכל הקשור לקיומן של עילות שהשר רשאי לשקול לפי סעיף 11(א) לחוק הכניסה.

אינדיקציה נוספת לתחולת סמכות הביטול על תושבי מזרח ירושלים ניתן למצוא בכך שעל אף השינויים שנעשו בחוק הכניסה לאורך השנים, סעיף 11(א) לחוק נותר על כנו גם לאחר שנת 1967 – מבלי שהמחוקק יפעל להוצאת אוכלוסייה זו מגדרי הסמכות. "שתיקת" המחוקק בולטת במיוחד על רקע הסדרים חקיקתיים אחרים שבהם הוצאו במפורש תושבי מזרח ירושלים מן הכלל – דוגמת סעיף 3 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970, אשר קבע כי חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, לא יחול עליהם (ראו והשוו ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פס' 23 ו-25 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (15.4.2015)). יש בשתיקה זו של המחוקק כדי לחזק את מסורת הפסיקה מאז הלכת עווד, בדבר תחולת מלוא הוראות חוק הכניסה על תושבי מזרח ירושלים – לרבות בסוגיית הביטול.

19. סיכום ראשוני של התכלית האובייקטיבית מלמד כי יש להכיר בסמכות רחבה של שר הפנים לבטל רישיונות ישיבה, לא רק מכוח לשון החוק אלא גם מכוח האינטרסים המרכזיים הטמונים בו. כאמור, אלה כוללים, מן הצד האחד, התווית מדיניות הגירה, ושמירה על אופי המדינה, על ביטחונה ועל ריבונותה. מן הצד האחר,

ביטול רישיון לישיבת קבע מהווה פגיעה קשה במחזיק אותו. האיזון בין תכליות אלה מורה כי החוק מסמיך את השר לבטל רישיונות בגין התנהגות חריגה וקיצונית של המחזיק, העולה כדי התנערות ממעמדו כתושב קבע. שלילת רישיון בגין הפרת אמונים, למצער במקרה הקונקרטי של העותרים, תואמת, אפוא, את התכלית האובייקטיבית של החוק. קשה יהיה לטעון כי מדובר בשימוש יתר בסמכות הביטול ומשכנע יותר כי עסקינן בשימוש ראוי בסמכות שהוענקה לשר.

עם זאת, מקרנו מיוחד הוא. הסיבה לכך היא שהעותרים הינם תושבי מזרח ירושלים שזכו ברישיון ישיבת הקבע מכוח לידתם, על ההיסטוריה של תושבים אלה. מצד אחד אמרנו כי חוק הכניסה חל עליהם כעל כל בעל רישיון לישיבת קבע. מצד שני, המציאות מורכבת מכך ולא ניתנת לסיווגים בינאריים. האם ניתן "לעגל את הריבוע" והאם ראוי לעשות זאת? כאמור, החלק הנדון של חוק הכניסה חסין מביקורת חוקתית לפי סעיף 8 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לעומת זאת, סעיף 10 לחוק היסוד (פסקת שמירת הדינים) דורש שהמלאכה הפרשנית תיערך על פי רוח חוק היסוד, אך ללא פגיעה בתוקף החקיקה הישנה. לכן, טרם מסקנה סופית ברצוני להתמקד במספר שיקולים בעלי משקל מיוחד שמטים את הכף לכיוון דחיית העתירה. שיקולים אלה גם יבליטו את הצורך לערוך פרשנות תכליתית על פי כלל שמירת הדינים. בל נשכח כי צעידה במסלול זה היא מצוות המחוקק.

פרשנות: תכלית אובייקטיבית וכלל שמירת הדינים

20. סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו קובע כי "אין בחוק זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק היסוד". ברם, אף שהדבר לא נאמר בו בבירור (בניגוד להוראת סעיף 10 לחוק יסוד: חופש העיסוק), הלכה מושרשת היא כי יש לפרש גם חקיקה "ישנה" – המוגנת מפני ביקורת חוקתית – ברוח חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. פסקת שמירת הדינים מכילה שני היבטים: לא תעשה, ועשה. הראשון, הימנעות מפגיעה בתוקפה של חקיקה ישנה – כלל תוקף. השני, מתן מובן ההולם את רוח חוק היסוד – כלל פרשנות. היבטים אלה, גם אם אינם עומדים באותו מדרג, מחייבים בחינה מדוקדקת של התכליות הנוגדות שביסוד החקיקה הישנה. במקרה שלפנינו מדובר, מחד גיסא, בזכויות המחזיקים ברישיונות הישיבה, ומאידך גיסא, בשיקולי הריבונות והביטחון. אל המתח הכללי בין ערכים ועקרונות אלה מתווסף בענייננו נתון ייחודי, בדמות היותם של העותרים תושבי מזרח ירושלים – קרי, בנים לקבוצת אוכלוסייה שזיקתה לאזור קדמה להחלת המשפט, השיפוט והמינהל

הישראליים בשנת 1967. לא ניתן להתעלם מן הפסיקה מאז הלכת עווד ועד היום – לרבות לאחר חקיקת חוק: יסוד כבוד האדם וחירותו – לפיה סמכות הביטול חלה גם על אוכלוסייה זו. ואולם, גם אם אוכלוסיית מזרח ירושלים אינה בגדר קבוצה ייחודית – *Sui generis* – מבחינה משפטית, יתכן ומצבה כזה מן הבחינה העובדתית. לכך התכוונתי לעיל בדברי בדבר הצורך לעגל את הריבוע. לא ניתן לשלול את קיומה של סמכות ביטול ביחס לתושבים אלה, אך בד בבד ראוי לצמצמה. יש להכיר בקשר העמוק של העותרים למקום מגוריהם, ולשלבם בפרשנות מצמצמת של סמכות השר לפי סעיף 11(א) לחוק הכניסה. אמנם, גם בראייה זו סבורני כי עניינם של העותרים שלפנינו מצוי בליבת סמכות הביטול. כך, על פי הפרשנות הלשונית ותכליתיות הסובייקטיבית והאובייקטיבית של החוק, ואף משלושה נימוקים נוספים – עליהם ארחיב להלן: א. הוראת סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות, הרואה ב"הפרת אמונים" עילה לביטול אזרחות; ב. אופיים של מעשי העותרים, המצויים בקצה סקאלת "הפרת האמונים" ומשקפים התנערות בוטה ממעמד התושבות; ג. עמדת המשפט המשווה, המלמדת כי שלילת מעמד במקרים כגון אלה שלפנינו מקובלת במשטרים דמוקרטיים.

חוק האזרחות

21. סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות מכיר מפורשות במעשים העולים כדי "הפרת אמונים" כלפי המדינה משום עילה לביטול אזרחותו הישראלית של אדם. נוכח הקרבה המהותית בין חוק הכניסה וחוק האזרחות, המסדירים יחדיו את נושא הישיבה בישראל (ראו פס' 10 לעיל), יש לייחס משקל בלתי מבוטל להוראה זו, הקובעת כי –

"11. (ב) בית המשפט לעניינים מינהליים (בסעיף זה – בית המשפט), רשאי, לבקשת שר הפנים, לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אם התקיים אחד מאלה:
[...] (2) אותו אדם עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל, ובלבד שעקב ביטול האזרחות הישראלית לא ייוותר אותו אדם חסר כל אזרחות, ואם ייוותר חסר כל אזרחות כאמור – יינתן לו רישיון לישיבה בישראל, כפי שיוורה בית המשפט [...] בפסקה זו, "הפרת אמונים" למדינת ישראל", כל אחד מאלה:

(א) מעשה טרור כהגדרתו בחוק איסור מימון טרור, התשס"ה-2005, סיוע או שידול למעשה כאמור, או נטילת חלק פעיל בארגון טרור כהגדרתו בחוק האמור;
(ב) מעשה המהווה בגידה לפי סעיפים 97 עד 99 לחוק העונשין, התשל"ז-1977, או ריגול חמור לפי סעיף 113(ב) לחוק האמור;

(ג) רכישת אזרחות או זכות לישיבת קבע
במדינה או בשטח המנויים בתוספת.

דהיינו, "הפרת אמונים" חמורה כלפי המדינה – במובן של ריגול, בגידה או פעילות בארגון טרור – נתפסת כצידוק לשלילת אזרחות. ודוק, האזרחות מהווה זכות יסוד, המקנה את הזכות לבחור ולהיבחר העומדת בבסיס המשטר הדמוקרטי (בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22 (1996)). שלילתה נושאת, אפוא, השלכות חמורות במיוחד: לא זו בלבד שבכוחה להפקיע מן האזרח את הזכות להוסיף ולהתגורר בתחומי המדינה – לצד זכויות סוציאליות ותעסוקתיות נלוות – אלא שהיא נוטלת את מעמדו הרם כחבר בקהילייה הפוליטית הישראלית ומונעת ממנו את האפשרות להשתתף באופן מלא בעיצוב עתידה – לרבות הזכות לבחור ולהיבחר. אלה זכויות יסוד של האזרח בחברה דמוקרטית. כך נוצר צביון פוליטי, וכך נבחר השלטון. כל הצבעה של יחיד שוות ערך להצבעת כל יחיד אחר. ואף על פי כן, נקבע כי במקרה של הפרת אמונים יועדפו שיקולי הריבונות וההגנה על הציבור, המתירים למדינה להחליט מי יבוא בשעריה ומי יורשה לשבת בה, אפילו על פני זכות האזרח להוסיף ולשמור על מעמדו.

ייתאמר ברורות: אין בכוונתי "לייבא" את ההסדר הקבוע בחוק האזרחות, על קרבו וכרעיו. מדובר בהסדר שונה, המכיל מערכת של בלמים ואיזונים שאינה קיימת בחוק הכניסה. כך ביחס לזהות הגורם המחזיק בסמכות, וכך ביחס לפרוצדורת הביטול (לעניינים אלה אדרש להלן; ראו פס' 29 ו-31). ברם, בבואנו להידרש לשאלת תכליתו האובייקטיבית של סעיף 11(א) לחוק הכניסה, לא ניתן להתעלם מן העמדה העקרונית שבאה לידי ביטוי בסעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות ביחס לעילות ביטול המעמד. כאמור, בין שני החוקים המסדירים את הישיבה בתחומי ישראל קיים דמיון מהותי, כך שהחתירה להרמוניה חקיקתית מחייבת לפרש את חוק הכניסה לישראל ברוח הסדרי חוק האזרחות (ראו גם עניין מוסלי, פס' 16 לפסק דינו של השופט ע' פוגלמן). יתר על כן, "אף שביטול תושבות אינו עניין של מה בכך, הרי חומרתו פחותה מזו של ביטול אזרחות" (עניין שעבאן, פס' 4) – ומכאן שהאיזון העקרוני שאומץ במישור האזרחות יפה בבחינת קל וחומר לדיני ישיבת הקבע. להיקש זה חשיבות רבה במיוחד לנוכח טענות העותרים למעמד ייחודי הנובע מזיקתם רבת השנים לשטחי מזרח ירושלים. נכון כי לזיקה זו משקל מסוים, אך – כפי שהובהר בהלכת עווד – אין בה כדי להעניק לתושבים שבחרו להימנע מקבלת אזרחות ישראלית זכויות רחבות יותר מאלו המוקנות לאזרחי המדינה. משהתברר כי אזרחים עשויים לאבד את אזרחותם בגין הפרת אמונים, מתבקשת המסקנה הפרשנית כי יושבי קבע חשופים אף הם לסנקציה דומה – תהיה זיקתם לקרקע אשר תהיה. תהא זו מסקנה מפתיעה אם תושב קבע שבחר לקבל אזרחות

ייחשף עקב כך לעילות ביטול שאינן בתוקף כלפי תושב קבע. לאמור, האזרח זכאי להגנה מקיפה יותר על מעמדו מאשר תושב קבע. אף אם נאמר שיש לצמצם את הפער, אין זה מתקבל על הדעת כי האזרח יהיה חשוף יותר לביטול בגין עילה שלא תתקיים לגבי תושב קבע. ואכן, זו תהיה התוצאה אם נאמר כי הפרת האמונים כעילה לביטול רישיונות ישיבה אינה חלה על תושבי מזרח ירושלים שלא התאזרחו. עולה כי ההשוואה לעילות ביטול האזרחות בחוק האזרחות תומכת במסקנה כי דין העתירה להידחות.

מיקום מעשי העותרים על סקאלת הפרת האמונים

22. עילת "הפרת האמונים", כהגדרתה בחוק האזרחות, רחבה למדי. היא מעניקה סמכות לביטול אזרחותו של אדם הנוטל "חלק פעיל בארגון טרור", או רוכש אזרחות באחת מן המדינות המנויות בו. ניתן לשאול אם, לגופו של עניין, ראוי לאמץ עילות ביטול כה רחבות בהקשר של תושבי קבע בכלל, ותושבי מזרח ירושלים בפרט. שאלה קשה בעיני האם חברות "גרידא" בארגוני טרור – או עצם רכישתו של מעמד במדינת אויב – עולים כדי התנערות ממעמד תושבות הקבע, והאם התנערות "מוחלטת" הינה תנאי סף לכניסה בשערי סמכות הביטול של השר. מכל מקום, העותרים שבפנינו אינם חברים מן השורה; הם נבחרו למשרות בכירות מטעם רשימת "השינוי והרפורמה" המזוהה עם החמאס – גוף שחרת על דגלו את השמדת מדינת ישראל, והוכרז זה מכבר כארגון טרור וכהתאחדות בלתי מותרת. כפי שציין בית משפט זה –

"החמאס הוא אירגון טרור רצחני, מן הקיצוניים והמסוכנים שבאירגוני הטרור, ומטרתו המוצהרת והברורה היא מלחמת ג'יהאד שתמחה את ישראל מעל פני האדמה [...] מאז הוקם, לוחם החמאס מלחמת טרור קשה ורצחנית בישראל ומכה הוא בתושביה ללא רחם. מאות נהרגו ואלפים נפצעו בפיגועי התאבדות מבית-מדרשו של האירגון" (עניין עדאלה, פס' 9-10 לחוות דעתו של המשנה לנשיא מ' חשין).

עותר 1 מונה בשעתו מטעם החמאס לתפקיד "שר לענייני ירושלים" בממשלה הפלסטינית, בעוד עותרים 8, 15 ו-21 התמודדו – ונבחרו – למועצה הפלסטינית המחוקקת. הנה כי כן, העותרים אינם פעילים זוטרים המסתפקים בהבעת הזדהות עם מטרות החמאס, או בסיוע נקודתי להגשמתן. מדובר במנהיגים פוליטיים בכירים, הניצבים ב"חלון הראווה" של הארגון, ופועלים בקרב תושבי מזרח ירושלים – והאוכלוסייה הפלסטינית כולה – על מנת להרחיב ולהעצים את התמיכה בחמאס

ובמטרותיו. מטרות אלה כוללות, כזכור, פעילות טרור רחבת היקף כנגד אזרחי ישראל וחתירה תחת עצם קיומה של המדינה. ודוק, העותרים נבחרו, ובחרו, לייצג את החמאס בתפקידים בכירים במוסדות השלטון של הרשות הפלסטינית – על זרועותיה השונות. עם כל החומרה המיוחסת לפעילות "אזרחית" הנעשית במסגרת ארגוני טרור, השתייכותם של העותרים לדרג השלטוני מקנה להתנהלותם דרגת חומרה אחרת (אשר למשמעות הפעולות ה"אזרחיות" של ארגוני הטרור ראו ע"פ 1784/14 עאשור נ' מדינת ישראל, פס' 37-38 לפסק דינה של השופטת ד' ברק-ארז (3.9.2015)). עוד ניתן לתהות, לנוכח הכרת הפסיקה ב"מניעה ביטחונית" כעילת ביטול, מדוע עילת הפרת האמונים אינה בעלת מעמד דומה – ולו בנסיבות עניינינו (ראו והשוו עניין זרינה, פס' 3 ו-21).

זאת ועוד, גם כאשר הועמדה בפני העותרים האפשרות להתפטר ממשורותיהם כתנאי לביטול החלטת השר בעניינם, הם בחרו להוסיף ולייצג את החמאס במערכת הפוליטית הפלסטינית. התנהלותם משקפת, אפוא, התנערות רעיונית עמוקה וממשית ממעמד התושבות – הגם שזיקתם הפיזית למזרח ירושלים לא נותקה באותה עת. ההתפתחויות המאוחרות בזירה הפנים-פלסטינית, אשר הביאו להפסקת המעשית של פעילות המועצה המחוקקת ולפיזור ממשלת החמאס, אינן רלוונטיות במישור זה ואינן "מרפאות" את הפרת האמונים של העותרים – במיוחד בהינתן אי נכונותם להתפטר מתפקידיהם בהתאם לדרישת השר.

הנה כי כן, השר בחר להפעיל את סמכות הביטול במקרה קצה. ראשית, השימוש בסמכות הוגבל, בפועל, לעילה של הפרת אמונים. רובד נוסף של הצמצום בהפעלת שיקול הדעת הוא החומרה המיוחדת של הפרת האמונים בנסיבות הקונקרטיות שלפנינו. צמצום כפול זה מצביע על האופן בו פעל השר ביחס לסמכות הביטול שהוענקה לו על פי דין. יש לזכור כי לא פחות משישה שרי פנים, ממחנות פוליטיים שונים ולאורך זמן, תמכו בהחלטה מושא העתירה. לכל אחד מן העותרים ניתנה זכות הטיעון, וכאמור לעיל, אף הוענקה להם הזדמנות להגיע להסדר שבמסגרתו יוכלו לשמור על מעמדם. צא ולמד, כי השר פעל בזהירות ובשיקול דעת. בהינתן המצב המשפטי לפיו לא ניתן להורות על ביטול תוקפו של סעיף 11(א) לחוק, אלא רק להעניק לו מובן אחר, יש לכך משקל. ודוק, אינני טוען כי השר רשאי להפעיל את סמכות הביטול רק במקרה כגון זה שלפנינו. ייתכנו מקרים אחרים שבהם רמת החומרה מצויה על מקום דומה בסקאלת הפרת האמונים, ועשויה להצדיק סנקציה של ביטול רישיונות לישיבת קבע. הדברים האמורים נועדו לשמש כקו מנחה לבחינת סמכות השר, ולא לתחום במדויק את גבולותיה. העיקר בעתירה זו הוא ההתנהגות הקונקרטית של העותרים – וסבורני כי זו מצויה בליבת הסמכות.

23. מסקנה זו נתמכת גם בניתוח השוואתי, המלמד כי הפרת אמונים נתפסת כעילה מרכזית לביטול מעמדם של תושבים, ואף אזרחים, בשיטות משפט דמוקרטיות מובהקות שונות. אמת, המשפט המשווה חיצוני לחקיקה, אך כבר נאמר כי הוא ממלא תפקיד חשוב בניתוח תכליתיה האובייקטיבית –

“המשפט המשווה הוא מקור חשוב שממנו רשאי הפרשן ללמוד על תכליתו האובייקטיבית של דבר החקיקה. זאת, הן לעניין התכלית הספציפית (מיקרו-השוואה) והן לעניין התכלית הכללית (מקרו-השוואה). במסגרתה של תכלית ספציפית ניתן לקבל השראה מדבר חקיקה דומה בשיטת משפט דמוקרטית זרה. כך הדבר כאשר מבקשים ללמוד את התכלית המונחת ביסוד חקיקה המסדירה “מוסד” משפטי, כגון שליחות או שכירות.

[...]

לעתים קרובות, בטרם יכריע השופט באשר לתוכנו והיקפו של מוסד משפטי המצוי בשיטתו, הוא יפנה אל שיטות משפט אחרות, לשם השוואה. מטרתה של השוואה זו היא השראה. תנאי חיוני להשראה זו הוא שהמוסדות המשפטיים אותם משווים הם ברי השוואה, דהיינו, שהם מבוססים על הנחות בסיסיות משותפות ובאים להגשים מטרות משותפות” (אהרן ברק פרשנות תכליתית במשפט 420-421 (2003)).

מובן שעל הפרשן להשתמש במשפט המשווה בצורה זהירה, ורק מקום בו קיים דמיון מהותי בין שיטות המשפט שעל הפרק (שם ; רע”א H. Lundbeck A.S. 5267/09 ו’ אוניפארם בע”מ, פס’ 72 לפסק דינו של השופט י’ דנציגר (15.3.2010)). אולם, העתירה שלפנינו מעלה על סדר היום סוגיה בעלת מרכיבים אוניברסאליים: כפי שאבהיר להלן, שאלת הלגיטימיות של שלילת מעמד תושבים, או אזרחים, הפועלים כנגד המדינה ופוגעים בביטחונה ובשלום תושביה, אינה ייחודית לישראל. ראוי, אפוא, להפנות לדברים רלוונטיים שנאמרו בעניין אחר –

“בכל העולם נדרשות מדינות, בשנים האחרונות, להתמודד עם דילמות שונות הקשורות לאיכות הסביבה. חלק נכבד מהדילמות משלב בתוכו בין היתר היבטים

משפטיים, כלכליים ומוסריים [...] בשל אופייה האוניברסאלי של הסוגיה שלפנינו אני סבור שתצמח ברכה מהטיית אוזן קשבת אל המגמות המשפטיות בעולם הרחב (בג"ץ 6971/11 איתנית מוצרי בניה בע"מ נ' מדינת ישראל, פס' 10 לחוות דעתי (2.4.2013)).

עם כל הזהירות המתבקשת, נדמה כי דווקא בתחומי המשפט החוקתי בחינה השוואתית של שיטות דמוקרטיות שונות עשויה להעניק לשופט כלי, אשר גם אם אינו מחייב – יתרום להבנת האינטרסים השונים, בכפוף להתאמת הבחינה לדין ולחברה הישראלים.

24. לגופו של ענייננו, סקירת המשפט המשווה מלמדת על מגמה גורפת של הכרה בשיקולי ביטחון כעילה לשלילת מעמד – בין אם מדובר בתושבות קבע ובין אם מדובר באזרחות. הדגש יושם על הסוגיה המתעוררת כאן – שלילת רישיון לישיבת קבע בגין הפרת אמונים.

תושבות קבע

25. המשפט האמריקני מתיר לגרש מתחומי ארצות הברית תושב קבע ("permanent resident") שהורשע בעבירות של בגידה, ריגול או התנהגות פלילית אחרת "which endangers public safety or national security" (Immigration Nationality Act, 8 U.S.C. § 237(a)(4)(A); להלן: INA). צעד דומה ניתן לנקוט כלפי תושב המביע תמיכה בארגוני טרור, משכנע בני אדם אחרים לעשות זאת, או שהוא "a representative... of a terrorist organization... or a political, social, or other group that endorses or espouses terrorist activity" (Immigration § 237(a)(4)(B); 8 U.S.C. § 1182(a)(3)(B)). כלומר, גם מעורבות "פוליטית" בפעולות טרור נתפסת כעילה ראויה לביטול מעמד התושבות ולגירוש משטחי ארה"ב. להשלמת התמונה, יצוין כי החוק האמריקאי רואה אף בעבירות פליליות נטולות היבטים ביטחוניים – דוגמת עבירות סמים, סחר בבני אדם, אלימות או פגיעה בילדים – עילה מספקת לגירוש (INA §§ 237(a)(2)(E)-(F)).

בבריטניה, ניתן לגרש מן הארץ תושב קבע (המחזיק ב- "indefinite leave to remain") אם השר הממונה סבור כי הרחקתו מן הארץ תהיה לתועלת הציבור (Immigration Act 1971, c. 77, §3(5)). למעשה, נקבע כי כשמדובר ב- Foreign criminal – קרי, אדם שהורשע בעבירות מסוימות, או שהוטל עליו עונש מאסר בן 12 חודשים ומעלה – השר חייב לפעול בדרך זו, ולגרש את תושב הקבע,

למעט במקרים בהם הדבר "מתנגש" באמנות בינלאומיות שעליהן חתומה הממלכה המאוחדת (UK Borders Act, c. 30, §32 (Eng.)). יתר על כן, גם כאשר מסיבות כלשהן לא ניתן לגרש את העברייני, השר רשאי לבטל את רישיון ישיבת הקבע שלו (Nationality, Immigration and Asylum Act 2002, c. 41, §76 (Eng.)).

גם בקנדה מחזיקות רשויות ההגירה בסמכות רחבה להרחקת תושבי קבע, באמצעות הוצאת Removal order. במקרים מסוימים, השר הממונה רשאי לפעול במישרין לגירוש תושבים אלה, ולעיתים נדרש הליך מורכב יותר שבמסגרתו יינתן צו ההרחקה על ידי ה- Immigration Division, לאחר עריכת שימוע מקדים (Immigration and Refugee Protection Act, SC 2001, c. 27, §§44(1)-(3), 46(1)(c); להלן: IRP). בין העילות שבגינן ניתן למנוע מתושב קבע להיכנס לקנדה, או לגרשו ממנה, מונה המחוקק הקנדי שיקולי ביטחון לאומי – דוגמת מעורבות בריגול, טרור, או חתרנות כלפי ממשלה דמוקרטית (שס, §34(1)(a)-(c)). למעשה, די בחברות בארגונים המעורבים בפעילות מעין זו כדי להקנות למחלקת ההגירה סמכות לפעול (שס, §34(1)(f)). בצד שיקולי הביטחון, נקבע כי ניתן להרחיק מן הארץ תושבים שנטלו חלק בפשיעה חמורה (שס, §36) או שהפרו זכויות אדם בסיסיות (שס, §35), וכן מחזיקים רישיונותיהם הושגו באמצעות מצגי שווא (על הדמיון המהותי בין עילות מניעת הכניסה לקנדה והרחקת תושבי קבע המצויים בה, ראו EMILY CARASCO, NON-CITIZENS IN CANADA: STATUS AND RIGHTS 100 (2012)).

אזרחות

26. אשר לשלילת אזרחות, המשפט האמריקני קובע כי אדם שביצע מרצונו החופשי פעולות שונות המשקפות התנערות ממעמד האזרחות – לרבות כאלה שאינן כרוכות בפגיעה בביטחון המדינה, כגון הצהרת אמונים למדינה זרה או התאזרחות בה – מאבד את מעמדו. זאת, בין אם מדובר ב- Native born citizen ובין אם במתאזרח שזיקתו למקום קצרת ימים (§ 1481(a)(1)-(2) U.S.C. 8). הוא הדין ביחס לפעולות חמורות יותר, כגון בגידה או השתתפות בפעולות מלחמתיות כנגד ארה"ב, המביאות אף הן לאובדן האזרחות (שס, § 1481(a)(3), (7)). תוצאה זו תתרחש רק במקום בו פעל האזרח "with the intention of relinquishing United States nationality" (שס, § 1481(a)). בעניין זה, נעיר שתיים: האחת, כי דרישת הכוונה נובעת מלשון התיקון ה-14 לחוקה האמריקנית (U.S. Const. amend. XIV; Afroyim v. Rusk, 387 U.S. 253, 14 (1967); Vance v. Terrazas, 444 U.S. 252, 263 (1980)), ובאופן כללי יותר

מערך חירות הפרט. השנייה, כי התנהגות מסוימת מוכרת, במקרים שונים, כיוצרת מעין חזקה – אם כי לא חלוטה – בדבר כוונה לוותר על האזרחות (לדיון בעניין ראו Peter J. Spiro, *Expatriating Terrorists*, 82 FORDHAM L. REV. 2169 (2014)).

מכל מקום, הבעת כוונה פוזיטיבית להתנערות מן האזרחות אינה נתפסת כתנאי מהותי לביטול מעמד זה בשיטות משפט אחרות. כך, למשל, המשפט הקנדי רואה בפגיעה בביטחון הלאומי עילה לשלילת מעמד האזרחות, ומסמיך את השר הממונה לפעול כנגד אדם שהורשע בבגידה, מעורבות בטרור, או בשורת עבירות הקבועות ב-National Defence Act. מעבר לכך, ניתן לשלול אזרחות גם מאדם ששירת בצבא זר או בארגון חמוש אחר "that was engaged in an armed conflict with Canada" (Citizenship Act, RSC 1985, c. C-29, §10(2); להלן: *Citizenship Act*).

באוסטרליה, אופן רכישת האזרחות הוא בעל משמעות רבה יותר. כך, כאשר מדובר ב-"citizenship by descent" – דהיינו, אדם שנולד לאזרח אוסטרלי מחוץ לגבולות המדינה – השר הממונה רשאי לבטל את אזרחותו אם שוכנע ששמירת המעמד "would be contrary to the public interest". לעומת זאת, כאשר מדובר באזרחות שהוענקה לאדם זר ("citizenship by conferral"), עילות השלילה רחבות יותר – אם כי במקרה כזה יש להבטיח כי אובדן האזרחות לא יותיר אותו נטול מעמד במדינות אחרות (Australian Citizenship Act 2007, §34). בנוסף, השר מוסמך לשלול אזרחות של אדם המחזיק בנתינות זרה ומשרת בכוחות המזוינים של מדינה המצויה במלחמה עם אוסטרליה (שם, §35(1)(b)). הנה כי כן, מבלי לצלול לפרטיו המדויקים של ההסדר, ניתן להתרשם כי גם המשפט האוסטרלי רואה באינטרס הציבורי בכלל – ובשיקולים ביטחוניים בפרט – עילה רבת משקל לנטילת אזרחותו של אדם.

זהות הגורם המוסמך

27. בחינת ההסדרים החקיקתיים שהוצגו בקצרה לעיל מלמדת כי בדרך כלל השר הממונה – או טריבונאלים מנהליים אחרים – הם שמחזיקים בסמכות לביטול מעמד האזרחות או התושבות.

כך, למשל, המשפט הבריטי מקנה ל- Secretary of State סמכות רחבה לשלילת אזרחות, מקום בו השר השתכנע כי הדבר ישרת את טובת הציבור ("conductive to the public good"; British Nationality Act 1981, c. 61, §40(2)). במקרי קצה – כאשר שלילת האזרחות תותיר אדם ללא מעמד כלשהו ("stateless") – ניתנת הגנה רבה יותר לאזרח מלידה, אך הסמכות העיקרית אינה מושפעת מדרך רכישת האזרחות. כלומר, שיקולי הריבונות וטובת הציבור מקנים סמכות לשלילת המעמד גם כאשר מדובר באזרח מלידה, ולא במתאזרח שזה מקרוב בא (שם, §40(4)-(4A)). באופן דומה, הדין הקנדי מפקיד את הסמכות לביטול האזרחות הקנדית בידי השר הממונה – למעט מקרים חריגים שבהם השר רשאי רק להניע את הליך הביטול, אך בית המשפט הוא שנדרש להכריע בעניין (Citizenship Act, §10.1). כאשר לביטול רישיון לישיבת קבע התמונה מורכבת מעט יותר, אך גם כאן ברור כי הסמכות מופקדת במלואה בידי הרשות המבצעת. במקרים מסוימים השר עצמו יקבל את ההחלטה, ולעיתים עליו להעביר את הממצאים לידי ה- Immigration Division לצורך עריכת "Admissibility Hearing" (IRP, §44(2)). הדין האוסטרלי מפקיד אף הוא את הסמכות לבטל אזרחות בידי השר הממונה (Australian Citizenship Act 2007, §§34-35), ומעניק לשר – באופן אישי, או באמצעות מחלקת ההגירה (the Department of Immigration) – שיקול דעת בשאלה האם לשלול תושבות קבע מקום בו התקיימו התנאים המאפשרים זאת (Migration Act 1958, §§116(1), 133C, 501). הסדר דומה קיים גם בארה"ב, שם הסמכות למתן Removal order – השוללת את מעמדו של תושב קבע, ומאפשרת את גירושו – נתונה בידי "immigration judge", המסתייך לרשות המבצעת (INA §§ 240(a)(1), (c)(1)(a)). גורם זה מחליט באשר לגורל מחזיק הרישיון לאחר עריכת שימוע, ובהתאם לכללי ה- Due process (שם, § 240(b)).

היקף הביקורת השיפוטית

28. כמו כן, ניתן להתרשם מן הבחינה ההשוואתית כי היקף הביקורת השיפוטית על החלטות גורמי ההגירה באשר לשלילת מעמד – מצומצם.

בבריטניה, ניתן לערער, בדרך כלל, על החלטת השר במישור שלילת האזרחות לערכאה שיפוטית – First-tier tribunal. אולם, הליך כזה אינו מתאפשר במקום בו הוציא השר תעודת חיסיון לגבי המידע שעמד בבסיס החלטתו, ואישר כי חשיפתו תפגע

בביטחון המדינה, ביחסי החוץ שלה או באינטרסים ציבוריים אחרים (British Nationality Act, § 40A(1)-(2)).

בקנדה, ניתן לערער על החלטות השר וה- Immigration Division באשר לביטול תושבות הקבע (IRP, §63(3)), בפני ערכאה שאת חבריה ממנה הממשלה (שם, §153(1)), והיא מחזיקה ב- Equitable jurisdiction – המקנה לה גמישות בכל הקשור לדיני הראיות. ערכאה זו רשאית להתערב במקום בו נפלו בהחלטה פגמים עובדתיים או משפטיים, ולחלופין, כאשר הופרו עקרונות הצדק הטבעי. אולם, זכות הערעור אינה עומדת למחזיק שמעמדו בוטל מטעמי ביטחון או פגיעה בזכויות אדם (שם, §64(1)). ערעור לערכאות הרגילות (Federal Court) ניתן להגיש רק לאחר מיצוי הליכי הערר הקבועים בחוק, בכפוף לקבלת רשות ערעור – אשר תינתן רק אם מתעוררת בעניין “serious question of general importance” (IRP, §§72(1), 74(d)).

ההסדר המקובל באוסטרליה משקף נכונות לצמצום הביקורת השיפוטית על החלטות הרשות המבצעת באשר לשלילת אזרחות. במקרים מסוימים ניתן לערער ל- Administrative appeals Tribunal – אולם זכות זו אינה קיימת כאשר האזרחות נשללה בגין שירות בצבא זר של מדינה המצויה במצב מלחמה עם אוסטרליה (Australian Citizenship Act, §52(1)(f)). הערעור על החלטות שעניינן ביטול אשרה לשיבת קבע מוגבל אף הוא לעילות שלילה מסוימות – בין כשמדובר בערעור לערכאה המינהלית, ובין בפנייה ל- Federal Court (Migration Act, §§475-478, 500(4A)).

מן האמור לעיל עולה כי שלילת אזרחות – ועל אחת כמה וכמה רישיון לשיבת קבע – משיקולים של שמירה על ריבונות המדינה, ביטחונה ושלום הציבור, מקובלת בשיטות משפט דמוקרטיות, החולקות תפיסות יסוד דומות לאלו המקובלות בישראל. יתר על כן, מעבר להכרה העקרונית בזכותה זו של המדינה, הניתוח ההשוואתי מלמד כי הפקדת הסמכות, הרחבה, בידי השר הממונה – תוך קיום ביקורת שיפוטית, מוגבלת לעיתים, על החלטותיו – תואמת אף היא את המקובל בעולם. בנסיבות אלה, הטענה לפיה האיזון ההולם בין התכליות הנוגדות שעל הפרק שולל פרשנות המכירה בסמכות השר לבטל רישיונות לשיבת קבע בעילת הפרת אמונים – מאבדת ממשקלה. אדרבה, בהתחשב בפונקציה הדומה שממלאים מוסדות האזרחות ותושבות הקבע בישראל ובמדינות אותן סקרנו, ועל רקע עקרונות היסוד הדומים שבבסיס שיטותיהן המשפטיות של מדינות אלה, ניתן ללמוד כי הפרת אמונים חמורה כלפי המדינה מצויה בליבת תכליתו האובייקטיבית של סעיף 11(א) לחוק הכניסה.

29. בפסקאות הקודמות הוצגו שלושה נימוקים התומכים בעמדת השר. לא רק שכוחם המצטבר מחזק מסקנה זו, אלא שהנימוקים משתלבים זה בזה. למשל, חוק האזרחות כולל עילת ביטול של הפרת אמונים. לדיוננו, אין צורך להביע עמדה בדבר שלילת תושבות קבע בשל ביצוע עבירה פלילית שאינה נושאת אופי ביטחוני. הכרה מצומצמת בעילת ביטול שמתבססת על הנסיבות הקונקרטיות שלפנינו, תואמת את מעמדם המיוחד של תושבי מזרח ירושלים. לאמור, אף אם נתייחס אליהם כאזרחים, גם המשפט הישראלי וגם המשפט המשווה מכירים בעילת הפרת האמונים כבסיס לשלילת מעמד. נכון כי סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות כולל שני מאפיינים נוספים שאינם קיימים במסגרת הסמכות לביטול רישיונות קבע, לפי סעיף 11(א) לחוק הכניסה: ראשית, ההכרעה הראשונית באשר לשלילת המעמד מצויה בסמכות בית המשפט; ושנית, הביטול אפשרי רק בכפוף לכך –

”שעקב ביטול האזרחות הישראלית לא ייוותר אותו אדם חסר כל אזרחות, ואם ייוותר חסר כל אזרחות כאמור – יינתן לו רישיון לישיבה בישראל, כפי שיורה בית המשפט.”

באשר למאפיין הראשון, מהראי של המשפט המשווה עולה כי כדי לשלול אזרחות או תושבות לא נדרש שבית משפט – בניגוד לגורם מינהלי – הוא אשר יקבל את ההחלטה הראשונה. אלא, חיוני שתהיה ביקורת שיפוטית על ההחלטה. דהיינו, שהמחזיק יקבל את יומו. בענייננו, ישנה ביקורת כזו, והא ראייה שהחלטת השר לגבי העותרים הועמדה לביקורתו השיפוטית של בית משפט זה, על כל המשתמע מכך. באשר למאפיין השני, כפי שעלה במהלך הדיון, על רקע מעמדם של העותרים – אשר נבחרו, כזכור, למשרות פוליטיות בכירות ברשות הפלסטינית – קשה לקבל את טענתם כי אין בידם לקבל מעמד בשטחי הרשות. בכל מקרה, עתירה זו עוסקת באפשרות של ביטול רישיונות ישיבת הקבע שלהם, מבלי להביע עמדה באשר לאפשרויות שונות העומדות בפני העותרים גם לגבי קבלת מעמד חלופי בישראל.

30. מן הטעמים האמורים, וזהו עיקר, המסקנה המתבקשת היא כי תכליתו האובייקטיבית של סעיף 11(א) לחוק הכניסה מצדדת בביטול רישיונות ישיבה בגין הפרת אמונים – למצער, במקרה הייחודי שלפנינו. העותרים בחרו, כזכור, למלא תפקידים בכירים מטעם ארגון החמאס, הפועל באופן שיטתי ומתמשך כנגד מדינת ישראל ותושביה. לא מדובר בבני אדם שהשתתפו בהפרת סדר נקודתית, או הביעו תמיכה סתמית בטרור – כי אם במנהיגים בשלטון החמאס. מנהיג כפשוטו – לא מכוח

יכולתו בשטח, אלא בר סמכות שלטונית. מהלך פרשני שתוצאתו תהיה כי "אם נעשה במסמך הנסיעה שבו ניתן הרישיון תיקון או שינוי בידי מי שלא הוסמך לכך" יאבד המחזיק את רישיונו (לפי תקנות 11(א)(5) ו-11(ג)), בעוד כהונה בדרגי המנהיגות והשלטון של ארגון טרור הקורא תיגר על עצם קיומה של המדינה לא תפגע במעמדו – קשה להשלים עמו מבחינה תכליתית. היעלה על הדעת כי שלילת תושבות תתקיים במילוי הבקשה לקבל רשיון ואילו בחירותיו של מחזיק הרישיון בהמשך הדרך, תהיה חומרתן אשר תהיה, אין בכוחה להשפיע על המעמד? הייתי משיב לכך בשלילה. כך עולה גם על פי הדין הפנימי – סעיף 11(ב)(2) לחוק האזרחות – והדין המשווה שהובא.

סיכום

31. מכלול מרכיבי הפרשנות – לשון החוק, תכליתו הסובייקטיבית, תכליתו האובייקטיבית ופסקת שמירת הדינים – מוביל, אפוא, למסקנה כי סעיף 11(א) לחוק הכניסה מסמך את השר לבטל רישיונות ישיבה בגין "הפרת אמונים" כלפי המדינה. זאת, לכל הפחות, כאשר מדובר – כבענייננו – בהפרה מהותית, מתמשכת ומתריסה, המשקפת התנערות ממשית ממעמד התושבות.

הניסיון להבחין בהקשר זה בין תושבי מזרח ירושלים לבין מחזיקי רישיונות ישיבה "רגילים", משמעו הכרה, דה פקטו, במעמד ייחודי – הנהנה מחסינות מוחלטת מפני פגיעה, ומקנה לאוכלוסייה ה"ילידית" זכויות שאין בצידן חובות. כפי שהובהר, הדבר מנוגד לפסיקתו העקבית של בית משפט זה, אשר קבע כי חוק האזרחות וחוק הכניסה מסדירים "באופן הרמטי" את סוגיית הישיבה בישראל, ועל כן אין להכיר במעמד בלתי כתוב, המבוסס רק על זיקת תושבי מזרח ירושלים לאזור מגוריהם. אדרבה, מעמדם של תושבים אלה נובע אף הוא מרישיונות הישיבה שקיבלו לפי חוק הכניסה, ומשום כך הם כפופים למלוא הסדריו – לרבות באשר לפקיעת הרישיונות או ביטולם.

אשר על כן, סבורני כי השר פעל בגדרי סמכותו כאשר קיבל את ההחלטה מושא העתירה הנוכחית. כמובן, אין בכך כדי ללמד כי השר מוסמך לבטל רישיונות לישיבת קבע בכל מקרה של "הפרת אמונים", כהגדרתה הרחבה יחסית בחוק האזרחות. ניתן לטעון כי מעורבות מינורית ונקודתית בפעילות ארגוני טרור – בייחוד כשמדובר בפעילות "אזרחית" – אינה עולה כדי "התנערות" ממעמד התושבות, ואינה מהווה

עילה ראויה לביטול רישיון ישיבה. מבלי להכריע בסוגיה מורכבת זו, אסתפק בקביעה כי יהיו אשר יהיו גבולותיה המדויקים של סמכות השר, עניינם של העותרים מצוי בליבתה.

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. עוד ציינה המדינה כי השר מחויב לכללים דיוניים, הקובעים כי עליו לקבל באופן אישי את ההחלטה לבטל רישיון לישיבת קבע, לעשות זאת לאחר בחינה מדוקדקת ועל דעת היועץ המשפטי לממשלה, ולהשתמש בסמכותו רק כמוצא אחרון. יש מקום לנהוג כך – לבטח כאשר מדובר בתושבי מזרח ירושלים ששורשיהם נטועים באדמתם, והם אינם זרים לה. כאמור, תושב כזה אינו חסין מביטול רישיונו מבחינה נורמטיבית, אך לצד זאת יש מקום להתחשב בנסיבותיו העובדתיות. כאמור, השר הפעיל את סמכותו בסבירות ובמידתיות. מסקנה זו נובעת גם מכך שהעותרים קיבלו זכות טיעון ואף ניתנה להם הזדמנות לשמור על מעמדם – הזדמנות שהם בחרו שלא לנצל. אמנם, השר לא ביטל בעבר רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים, אך סמכותו לעשות זאת עולה בבירור מלשון החוק, מוגנת על ידי פסקת שמירת הדינים והופעלה בנסיבות קיצוניות. כל נשכח כי עניינם של העותרים מהווה "אב טיפוס" של מקרים בהם ישנו צידוק לביטול התושבות – לאור התנערום ממעמד זה, והפגיעה הקשה בביטחון המדינה ושלוש תושביה. נוכח האמור, לרבות תכליות סעיף 11(א) לחוק הכניסה, עליהן עמדתי בהרחבה לעיל, ואף הזהירות בה נקט השר בהפעילו את סמכותו, אין מקום להתערב בהחלטתו לגופה.

דעתי הינה, אפוא, כי אין מקום לקבל את העתירה.

הערות מתודולוגיות

32. הגעתי אל התוצאה אליה הגעתי מן הנימוקים שפורטו לעיל. עיינתי היטב בחוות דעתו היסודית, המפורטת והסדורה של חברי, השופט ע' פוגלמן. השקפותינו בנידון שונות. ההכרעה בסוגיות מעין אלו אינה קלה, ולכן יש חשיבות רבה לא רק

לתוצאה אלא גם לדרך. הדבר לא ייחשב כתגלית אם ייאמר כי האחרונה משפיעה על הראשונה. מצאתי לנכון להתייחס, אפוא, לגישה המתודולוגית שלפיה יש לפרש חקיקה ישנה בכלל, ואת סעיף 11(א) לחוק הכניסה בפרט. נדמה כי בסוגיות מסוימות קיימים הבדלי גישה ביני לבין חברי. מעבר לכך, הדגשים שונים במתודולוגיה ראויים לצוץ מעל פני הפסק כדי שתמונת השיקולים תהיה ברורה יותר. מחמת חשיבות העניין אעמוד, ולו בתמצית, על הסוגיות הבאות: א. פרשנות לשונית; ב. התכלית הסובייקטיבית; ג. תכלית אובייקטיבית ספציפית וכללית; ד. כלל ההסדרים הראשוניים ו"החובה לפרש"; ה. פסקאות 8 ו-10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו; ו. השיח בין בית המשפט לכנסת.

א. פרשנות לשונית

33. הפרשנות מתחילה בלשון. זוהי המסגרת. הבחינה הלשונית עשויה להביא לתוצאות שונות. כך, למשל, סעיף 9(ב) לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד-1984 קובע כי –

"תקופת כהונתם של נשיאים וסגני נשיאים של בתי משפט מחוזיים ושל בתי משפט שלום תהיה שבע שנים מיום המינוי, ולא ניתן לשוב ולמנותם לתקופת כהונה נוספת באותו תפקיד בבית משפט שדרגתו זהה לדרגת בית המשפט שבו כיהנו בתפקיד זה".

לשון הסעיף מגבילה את תקופת הכהונה ונותנת מענה חד משמעי לשאלה בדבר אורך הכהונה והיכולת לכהן באותו תפקיד קדנציה נוספת. במקרים אחרים, הלשון אינה מכריעה בסוגיה המשפטית, אך היא מתווה את גבולות הגזרה לדיון בה ומשרטטת את מתחם האפשרויות הפרשניות. דהיינו, קביעה יש – אך הכרעה סופית אין. ניתן להגדיר זאת כ"ממצא לשוני". בענייננו, לשון הסעיף אינה מעניקה תשובה ברורה באשר לסמכות הביטול בעילת הפרת האמונים, אך ישנו ממצא לשוני העולה ממנה: היא מלמדת כי השר מוסמך לבטל רישיונות ישיבה, ומגבילה את הספק הפרשני לשאלה באלו מקרים ועילות. בנוסף, הלשון גם אינה מבחינה בין בעלי רישיונות שונים, כך שתושבי מזרח ירושלים לא הוחרגו מתחולת סמכות הביטול.

אכן, הביטוי "לפי שיקול דעתו" אינו מקיף, בהכרח, כל עילה. אך בבוא השופט הפרשן לשלבים הבאים של מלאכת הפרשנות הוא מצויד בלשון לפיה ישנם מקרים בהם השר רשאי לבטל רישיונות ישיבה. השופט הפרשן אינו יכול לפטור עצמו

בקביעה כללית בדבר המשמעויות השונות שביטוי מסוים עשוי לשאת בהקשרים שונים. עליו להעמיד חלופות פרשניות אלה במבחן דבר החקיקה הספציפי שעל הפרק – ובענייננו, סעיף 11(א) לחוק הכניסה – ולהראות כי מקור סמכות זה, על נסיבותיו הייחודיות ומכלול הוראותיו, סובל את אותן חלופות.

ודוק, סוגיה תכליתית זו תיבחן בפריזמה של הענקת סמכות לשר לבטל. הלשון כשלעצמה איננה מגדירה מפורשות בגין איזה טעם רשאי השר לבטל רישיונות ישיבה. מכאן החשיבות של שלבי הפרשנות הבאים. אך הממצא הלשוני עומד בעינו. אלו גבולות הגזרה. הניתוח הפרשני והמסקנה חייבים להימצא בתוכם. לכן, היה והשופט הפרשן יגיע למסקנה כי העילה הנידונה אינה ראויה כי אז יהיה עליו להסביר מדוע ובאלו נסיבות השר יהיה רשאי לבטל. הלשון תוחמת את שיקול הדעת של השופט, והוא אינו רשאי להתעלם מההסמכה הברורה שהוענקה לשר. לדעתי, על מנת לבסס את העמדה כי הפרת אמונים אינה נכנסת בשערי סמכות השר, יהא על השופט הדן בעניין להסביר ולהצביע על עילות אחרות הבאות בגדרי סמכות הביטול של השר ומקנות לה תוכן פוזיטיבי. בהעדר חלופות כאלה, אימוץ העמדה השוללת את סמכות השר לגבי עילת הפרת האמונים משמעו ביטול דה פקטו של הסמכות – צעד העומד בניגוד ברור ללשון החוק.

גבולותיה הרחבים של הלשון משפיעים על היקף הבחינה התכליתית. למשל, ניתן לטעון כי אם מעשים הפוגעים בביטחון המדינה ושלום תושביה אינם מאפשרים לשר לבטל רישיונות ישיבה, קשה להעלות על הדעת אלו מקרים מצויים בגרעין סמכות הביטול – גרעין שלא ניתן להתכחש, כאמור, לקיומו. לדעתי, על מנת להסיק כי הלשון אינה מחייבת הכרה בסמכות ביטול בגין הפרת אמונים, נכון יהיה להרים את הנטל ולשכנע כי מסקנה זו לא תרוקן את סמכות הביטול מתוכן. אחרת, ייווצר ביטול מוסווה של לשון סעיף 11(א) לחוק – ולו במישור המעשי.

ב. התכלית הסובייקטיבית

34. נקודה נוספת עוסקת במשקל שמייחס חברי לדברים שאמרו מספר חברי כנסת במהלך הדיון בחוק – מהם עולה, לדעתו, שהמחוקק ביקש שלא להחיל את הסדרי חוק הכניסה לישראל "על מי שכבר מצוי בשערי ארצנו". בחוות דעתי (לעיל, פס' 13-14) עמדתי על כך שפרשנות זו של כוונת המחוקק אינה נקייה מקשיים, וצינתי כי התמונה

המלאה מלמדת שתכליתו הסובייקטיבית של החוק תומכת בהחלתו על העותרים ושכמותם. ראוי להוסיף ולהעיר, ברמה המתודולוגית, כי הסתמכות על דברים שנאמרו בכנסת כאינדיקציה לתכלית החוק מעוררת קשיים לא מבוטלים, לרבות במישור האפיסטמולוגי – הכיצד ניתן לדעת מהי עמדת המחוקק. בעניין אחר כתבתי כי –

”מלומדים בארץ ובחו”ל הזהירו מפני מתן משקל יתר לכוונת המחוקקים, בבוא בית המשפט להידרש למלאכת פרשנות החוק (ראו למשל א’ ברק פרשנות במשפט כרך ראשון (תורת הפרשנות הכללית), בעמ’ 357-360; R. Dworkin, *Law’s Empire* Harvard Univ. Press, Cambridge, Mass (1986) 313-354. פרופ’ דבורקין אף מעלה טענה מעשית נגד הישענות בית משפט על דברי המחוקקים במהלך הדיונים בשלבי תהליך החקיקה. הוא שואל ’ונניח ששלושה מחוקקים מתבטאים בצורה מסוימת, ייתכן שישנם בנמצא שבעה מחוקקים נוספים אשר בוחרים שלא להביע את עמדתם באותו שלב” (ע”א 280/09 סלופארק טכנולוגיות בע”מ נ’ מילגם חניה סלולארית בע”מ, פס’ 6 (22.2.2011)).

בנוסף אחר, ציין חברי, השופט י’ דנציגר, כי –

”עמדתו של חבר כנסת כזה או אחר, ואף עמדתם של מציעי החוק ויוזמיו, אינה משקפת בהכרח את עמדתו של ’המחוקק’, שהינו גוף המורכב מחברים רבים המייצגים את מגוון הדעות הפוליטיות של אזרחי המדינה. לפיכך, ידועה הגישה לפיה ’אין לנו לחפש בהיסטוריה החקיקתית את עמדתו של חבר-כנסת זה או אחר באשר לבעיה הספציפית המטרידה אותנו. פתרונה של בעיה זו מוטל עלינו, ועלינו בלבד” (בג”ץ 5239/11 אבנרי נ’ הכנסת, פס’ 47 לחוות דעתו (15.4.2015)).

מובן שאין בכך כדי לשלול לחלוטין את השימוש בכלי פרשני מוכר זה, אך ראוי להתייחס אליו בזהירות המתחייבת.

ג. התכלית האובייקטיבית

35. הערה מתודולוגית נוספת נוגעת לאופן בחינת התכלית האובייקטיבית של החוק. תכלית זו ניתן להמשיך לבניין דו-קומתי, אשר קומתו האחת מכילה את תכליותיו הספציפיות של דבר החקיקה, בעוד האחרת מוסיפה עליהן תכליות כלליות, השאובות מעקרונות היסוד של השיטה, ומהסדרים חקיקתיים דומים. שתי קומות אלה

מרכיבות את המבנה השלם, ומאפשרות לפרשן לזהות את מכלול הערכים והאינטרסים היוצרים את תכליתו האובייקטיבית של החוק – אך עודן שתי קומות נבדלות. ההבחנה בין תכליותיו הקונקרטיות של החוק לבין אלה הכלליות חשובה בכמה מובנים: מן הבחינה המעשית, ניתוח כוללני של התכלית האובייקטיבית עלול להוביל למתן משקל יתר לעקרונות היסוד, תוך דחיקת רגלי התכלית הספציפית – אשר בירורה מחייב ירידה לחקר דבר החקיקה הקונקרטי שעל הפרק. טשטוש תכלית זו יוצר גם עיוות נורמטיבי, שכן "עקרונית, הפרשנות התכליתית תעדיף את התכלית האינדיווידואלית על פני חזקת התכלית הכללית" (פרשנות תכליתית במשפט, עמ' 429). לפיכך, יש להקפיד על ניתוח דו-שלבי, שבמסגרתו יעמוד הפרשן על התכליות השונות – ולא רק על עקרונות יסוד מוכרים היטב – ויעניק להן את המשקל הראוי בגיבוש תכליתו האובייקטיבית של החוק. אף סדר הקומות חשוב הוא. לא ניתן, ולא נכון, לדלג על הקומה הראשונה – היא התכלית הספציפית של החוק. יש לתור אחר התכליות שהמחוקק עצמו העדיף, כפי שהן עולות מדבר החקיקה שעל הפרק – לרבות סעיפים רלוונטיים אחרים בו – טרם בחינת עקרונות היסוד של השיטה. הפרשנות מתחילה בבחינת מילות החוק והחוק הקונקרטי עצמו. זה ההקשר והרקע הראשוני – מעין תשתית עובדתית. למשל, כלל הוא כי –

"שופט אינו רשאי לומר כי תכלית החוק אינה נראית לו, ולהפעיל את שיקול דעתו על מנת להגשים תכלית אחרת הנראית לו עדיפה" (פרשנות החקיקה, בעמ' 92) (הובא בע"א 8569/06 מנהל מיסוי מקרקעין ח'יפה נ' פוליטי, פס' 39 לחוות דעתה של הנשיאה מ' נאור (28.5.2008)).

נכון, כי לעיתים קיימת חפיפה בין התכלית הספציפית לכללית – בייחוד כאשר מדובר בחקיקה מהותית העוסקת בהסדרת סוגיות יסוד, דוגמת חוק הכניסה לישראל. אך חובתו של הפרשן להיות נוכח בכל קומה, ולתת את הדעת על שני רבדים אלו על מנת להבטיח כי בגיבוש התכלית האובייקטיבית יינתן משקל הולם למכלול הערכים והאינטרסים הרלוונטיים.

ד. כלל ההסדרים הראשוניים ו"החובה לפרש"

36. עיון בחוות דעתו של חברי מלמד כי ניתן בה משקל משמעותי לכלל ההסדרים הראשוניים – כלל פרשני הקובע "כי בעניינים הנופלים בגדר 'הסדרים ראשוניים' רשות מנהלית אינה רשאית לפעול אלא על פי הסמכה ברורה של המחוקק" (יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 411 (2012)). כלומר,

הנחת היסוד היא כי המחוקק ביקש להותיר בידיו את הסמכות לקבוע את עקרונות המדיניות, והפקיד בידי הרשות המבצעת אך את מלאכת הוצאתם אל הפועל. על פי השקפתו של חברי, נוכח המורכבות הקשורה בביטול רישיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים בעילת הפרת אמונים, מדובר בהסדר ראשוני – ועל כן, בהעדר קריטריונים מנחים בסעיף 11(א) לחוק הכניסה, יש לפרש את החוק באופן שאינו מסמיך את השר להתוות מדיניות בסוגיה רגישה זו.

אכן, כלל ההסדרים הראשוניים מהווה מרכיב חשוב בתהליך הפרשני – לבטח כאשר ניצבות על הפרק זכויות יסוד. ברם, יש לזכור כי מדובר בחזקה הניתנת לסתירה, שכן מקום בו קיימת הסמכה ברורה לקביעת הסדרים ראשוניים, הרשות המבצעת רשאית לפעול על פיה. למעלה מכך, כאשר ניצבת על הפרק חקיקה שקדמה לחוקי היסוד – ותוקפה מוגן, אפוא, באמצעות פסקת שמירת הדינים – יש להגמיש את דרישת "ההסמכה המפורשת" הנגזרת מכלל ההסדרים הראשוניים (בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ולעסקים נ' ממשלת ישראל, פס' 21 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014); להלן: עניין המרכז האקדמי). בהתאם, הובהר בעניין שיח חדש כי הוראת החוק לפיה מועצת מקרקעי ישראל תקבע "את המדיניות הקרקעית שלפיה יפעל המינהל", מסמיכה את המועצה לגבש הסדרים ראשוניים למרות שהחוק אינו מכיל הנחיות כלשהן באשר למדיניות הרצויה (בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד נו(6) 25, 58-59 (29.8.2002)).

על רקע דברים אלה, סבורני כי הוראת סעיף 11(א) לחוק הכניסה – הקובעת במפורש כי השר רשאי לבטל רישיונות ישיבה "לפי שיקול דעתו" – ממלאת אחר דרישת ההסמכה המפורשת. יהיה היקפה אשר יהיה, לא ניתן לפקפק בעצם קיומה של סמכות כלשהי לביטול רישיונות ישיבה. ברם, בפרפראזה על מילותיו של השופט אור בעניין שיח חדש (שם, עמ' 58), החוק המסמיך אינו מתייחס ליעדים שצריכים להיות לשר, או לכללים ולעקרונות שצריכים להנחות אותו בקביעת סדרי הכניסה לישראל והישיבה בה. תפקיד זה מוענק לשר המוסמך. עמדה אחרת משמעה שלילה מעשית של האפשרות לבטל רישיון, בכל עילה שהיא, והפיכת סעיף 11(א) לחוק לאות מתה. צעד שכזה איננו בגדר "פרשנות" מצמצמת של החוק, כמתחייב מכלל ההסדרים הראשוניים, כי אם ביטול המוחלט. (אוסף בקצרה כי הגישה לפיה המחוקק אינו רשאי לאצול את הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים לא זכתה להכרה בפסיקה; ראו, למשל, עניין המרכז האקדמי, פס' 22-25 לפסק דינו של הנשיא א' גרוניס. מכל מקום, כאשר מדובר, כבעניינינו, בחקיקה שתוקפה מוגן באמצעות פסקת שמירת הדינים בוודאי שאין משמעות לממד החוקתי של כלל ההסדרים הראשוניים).

זאת ועוד, אף לו אניח – וזאת איננה עמדתי – כי נפל פגם בהסמכה שבסעיף 11(א) לחוק הכניסה, אין בדבר כדי להושיע את העותרים. גם אם קיימים מקרי קצה שבהם טענה זו ראויה לבחינה, ביטול רישיונות ישיבה בגין הפרת אמונים בוטה ומהותית בנוסח שביצעו העותרים (ראו פס' 22 לעיל), אינה מעוררת קושי – שכן ברור כי הדבר מצוי בליבת הסמכות (השוו לדברי המשנה לנשיא מ' חשין בבג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4), 481, 513-514 (1997), שם נאמר כי על אף שצו הפיקוח על יהלומים, יבואם ויצואם מעורר קושי מנקודת המבט של כלל ההסדרים הראשוניים, אין לשלול את חוקיות ההחלטה שלא להעניק לעותר רישיון – מאחר ואין ספק של ממש בכך שבנסיבות העניין סירוב זה מצוי בליבת הסמכות).

במאמר מוסגר אציין כי עצם הגדרת עילת הפרת האמונים כ"הסדר ראשוני" אינה נקייה מקשיים. אכן, ישנה מורכבות רבה באשר להגדרת חובותיהם של יושבי קבע – לבטח אלה המשתייכים לאוכלוסייה "ילידית". כך, למשל, עומד חברי על קיומן של גישות שונות בנוגע לשאלה האם יש לגייס תושבים אלה לשירות צבאי, או לדרוש מהם להצהיר אמונים למדינה – ורואה בכך עדות למחלוקת בדבר היקף חובת האמונים של יושבי קבע (פס' 58 לחוות דעתו). ברם, הסוגיה הניצבת בפנינו אינה היקף חובות המחזיק ברישיון לישיבת קבע מן הבחינה הפוזיטיבית, אלא מתי התנהגותו כה שלילית ובוטה עד שיש בה כדי להצדיק את ביטול מעמדו. ענייננו, אפוא, בסוגיה המצומצמת של ביטול המעמד, אשר עומדת בפני עצמה, ולא בקביעת הסדר ראשוני רחב ומקיף באשר לחובות תושב הקבע. סוגיה זו מורכבת, כמובן, אף היא, אך היקפה צר יותר. כפי שצוין לעיל בהתייחס לפרשנות הלשונית, מבחינה מתודולוגית יש להתמקד בסוגיה הקונקרטית הנידונה.

העיקר הוא חובת השופט לפרש את החוק. כך במקרנו. סמכות הביטול עולה בבירור מלשון החוק, והסוגיה הפרשנית היא האם סמכות זו כוללת עילה של הפרת אמונים, בנסיבות המתוארות, על ידי תושבי מזרח ירושלים. מהטעמים שהובאו לעיל, לרבות סעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, גישתי היא שאין מנוס מלהביע עמדה פרשנית לגופה של עילה.

ה. בין פסקת ההגבלה לפסקת שימור הדינים – סעיפים 8 ו-10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו

37. נקודה מתודולוגית נוספת שרלוונטית גם לפסקה הבאה בדבר הדיאלוג בין הכנסת לבית המשפט, היא בהבדל בין פסקת שמירת הדינים (סעיף 10) לבין פסקת ההגבלה (סעיף 8). למעשה, חברי אינו יוצק תוכן פסיקתי לחוק הקיים, למשל על ידי צמצום שיקול הדעת לעילות מוגדרות, אלא מפנה את האתגר לפתחה של הכנסת. דהיינו, "[ו]כי על מנת להוציא לפועל החלטה מינהלית דוגמת זו נושא דיונו נדרשת הסדרה חקיקתית מפורטת ומפורשת בחקיקה ראשית של הכנסת" (פס' 69 לחוות דעתו). כאמור, מכוח כלל ההסדרים הראשוניים סבור חברי כי אין מנוס מכך שיהיה על הכנסת לנקוט עמדה חדשה בעניין. גישה זו מוקשית בעיני מהטעם הבא: סעיף 11(א) לחוק הכניסה הוא בגדר חקיקה ישנה המסמיכה את השר, בצורה ברורה, לבטל רישיונות ישיבה. בתור חקיקה ישנה אין לפגוע בתוקפו ויש לפרש אותו ברוח חוקי היסוד. הוראה לפיה על הכנסת להסדיר את הסוגיה מחדש, היה ותתקבל, תביא לכך כי ההסדר החדש לא יהיה בגדר חוק ישן, אלא בגדר חוק חדש החשוף למבחנים הנוקשים יותר של פסקת ההגבלה. והרי, פסקת שמירת הדינים כשמה כן היא. יש לשמור על הדין. אין להורות על ביטול החוק המוגן – אך גם פה זוהי התוצאה המעשית שנובעת מגישת חברי. סבורני שאין מקום ליצור מנגנון של העברת מסלול באופן שנקבע כי חוק ישן בטל דה פקטו ונותר רק לחוקק חוק חדש.

1. השיח בין בית המשפט למחוקק

38. בהכרעתו, עומד חברי על השיקולים הנוגדים המתעוררים בענייננו – ריבונות המדינה מול הפגיעה הקשה בזכויות הפרט – אך אינו צועד אל מעבר לגבולות הפרשנות, באופן שעשוי לשמש כ"מפת דרכים" למחוקק עתידי. אין בחוות דעתו עמדה באשר לחוקתיות של ביטול רישיונות ישיבה בנסיבות ענייננו, ולא ניתן ללמוד ממנה האם המחוקק רשאי לאמץ פרקטיקה שכזו ולהעניק לה עיגון מפורש בחקיקה. הדבר עלול להוביל לגלגול שני ומיותר של העתירה הנוכחית, הפעם במישור החוקתי, ואף לביטול הסדרים חקיקתיים שייווצרו בעקבות פסק הדין הנוכחי – היה ועמדת חברי תתקבל. לטעמי, מדובר בפגיעה בשיח שבין בית משפט זה והכנסת. אמת, מן הבחינה הפורמלית חברי אינו מבקש להורות על פסילת חוק, אך כפי שציינתי לעיל התוצאה הפרשנית אליה הגיע שקולה לביטולו המעשי. בנסיבות אלה, סבורני כי ראוי לפעול ברוח העמדה שהביע חברי, השופט ח' מלצר, במסגרת הדיון בגלגולן השלישי של העתירות נגד התיקונים לחוק למניעת הסתננות (עבירות ושיפוט), התשי"ד-1954 –

"יהיה זה ראוי [...] שיימסר למחוקקים לא רק מה איננו חוקתי, אלא שייאמר בקווים כלליים גם מה צפוי לעמוד

בדרישות החוקתיות" (בג"ץ 8665/14 דטטה נ' הכנסת, פס' 7 לחוות דעתו (11.8.2015)).

בית משפט זה אינו מחויב להנחות את המחוקק – ובוודאי שאינו אמור לפסוק בעניין שאינו ניצב בפניו. עם זאת, לאור האפשרות הצפויה לנקיטת צעדים חקיקתיים שיעגנו את סמכות השר, היה והעתירה תתקבל – ראוי היה לשרטט עבור המחוקק, ולו בקווים מנחים, את המרחב החוקתי הלגיטימי לגיבוש ההסדר העתידי. למשל, האם ניתן להסמיך את השר, באופן מלא או חלקי, לבטל רישיונות לישיבת קבע בעילת הפרת האמונים, כהגדרתה בחוק האזרחות. כך, על ידי הצגת קווים כלליים, ניתן יהיה למנוע את האפשרות כי עילת הפרת אמונים כלפי תושבי קבע במזרח ירושלים תבוטל, מן הבחינה המעשית, פעמיים – לראשונה, בכלים פרשניים, ולאחר מכן באמצעות ביקורת חוקתית גלויה.

39. בשורות הקודמות הצגתי שורת הערות מתודולוגיות באשר לפרשנות סעיף 11(א) לחוק הכניסה. עמדתי על הצורך במתן פרשנות לשונית הוליסטית, הבוחנת את הלשון על רקע הקשר ומבטיחה כי הפרשנות לא תרוקן את החוק מתוכנו. כמו כן, הצבעתי על הקושי בהסתמכות על דברי המחוקק כאינדיקציה לתכליתו הסובייקטיבית של החוק, והודגשה חשיבות הבחינה הנפרדת של תכליותו האובייקטיביות הספציפיות והכלליות. לאחר מכן, נדרשתי לחובת הפרשן לפרש חקיקה מוגנת – ולא לפגוע בתוקפה. בהקשר זה צוין כי לא ניתן להתעלם מן ההסמכה המפורשת שבסעיף 11(א) לחוק, הגוברת על החזקה הפרשנית של כלל ההסדרים הראשוניים. עוד הוצג הקושי הכרוך בתוצאה שמשמעותה ביטול מעשי של החוק – למרות הוראת פסקת שמירת הדינים – והובהר כי ככל שתוצאת ההליך תשלול הכרה בסמכות השר לשקול את עילת הפרת האמונים, מן הראוי לשרטט קווים מנחים להסדרה חקיקתית עתידית של הסוגיה.

מודע אני לכך כי ניתן לנתח את הסוגיה שמעוררת העתירה בדרכים שונות. יודגש כי ההערות המתודולוגיות שהצגתי לעיל נועדו, במקרה הקונקרטי, להגן על תוקפם של סעיף 11(א) לחוק הכניסה, הלכות עווד ודארי השוללות הכרה במעמד ייחודי של תושבי מזרח ירושלים, ופסקת שמירת הדינים שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו.

40. סוף דבר, דעתי כדעת חברי המשנה לנשיאה א' רובינשטיין כי יש לדחות את העתירה ולבטל את הצו על תנאי. בנסיבות העניין, הייתי נמנע מהטלת הוצאות. מובן

כי אין בהכרעה זו כדי למנוע מן העותרים להגיש בקשה מחודשת לקבלת מעמד בישראל – ולו באופן ארעי – אותה יהיה על השר לשקול לגופה, בהינתן המכלול.

ש ו פ ט

המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג' ובראן:

1. אני מצטרף בהסכמה לחוות הדעת של חברי השופט ע' פוגלמן ושל חברתי השופטת ד' ברק-ארז. כמותם סבורני כי יש לקבל את העתירה, להפוך את הצו על תנאי לצו מוחלט ולהורות על בטלות החלטתו של שר הפנים לשלול את רישיון ישיבת הקבע של העותרים בעילה של "הפרת אמונים", משזו נעשתה בחוסר סמכות. חברי וחברתי היטיבו לבאר ולנמק את הטעמים שבבסיס מסקנה זו, ועל כן לא אדרש אליהם בהרחבה במסגרת חוות דעתי. לצד זאת, אבקש לייחד את הפסקות הבאות לסוגיה עקרונית בעלת חשיבות בהכרעה שלפנינו – יחסי הגומלין שבין עיקרון חוקיות המנהל, ובפרט כלל ההסדרים הראשוניים, לבין חוקי היסוד, בנסיבות שבהן חלה פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו (להלן: חוק היסוד).

2. על פי עיקרון חוקיות המנהל, אין לרשות המנהלית אלא את הסמכויות שהוענקו לה בחוק או מכוחו, ועל כן פעולה של רשות שלטונית החורגת מגדר החוק המסמיך לוקה בפגם יסודי של חוסר סמכות (ראו: בג"ץ 4374/15 התנועה למען איכות השלטון בישראל (ע"ר) נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה קל (27.3.2016) (להלן: עניין מתווה הגז); בג"ץ 4491/13 המרכז האקדמי למשפט ועסקים נ' ממשלת ישראל, פסקה 16 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס (2.7.2014) (להלן: עניין יצוא הגז); יצחק זמיר הסמכות המינהלית כרך א 74 (2010); ברוך ברכה משפט מינהלי כרך ראשון 35 (1997)). עיקרון זה נובע מתוך תפיסה המבקשת להגביל את כוחו של השלטון, והוא מבטא הן את עיקרון שלטון החוק, שלפיו רשויות השלטון חייבות לבצע כל פעולה על פי חוקים אשר יצאו תחת ידיה של הרשות המחוקקת; והן את עיקרון הפרדת הרשויות, שלפיו יש לפצל את הכוח השלטוני ולהפקידו בידי כמה רשויות המאזנות ובולמות זו את זו (ראו: יואב דותן "הסדרים ראשוניים ועקרון החוקיות החדש" משפטים מב 379, 383 (2012); דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 97-98 (2010)).

3. נגזרת חשובה של עיקרון חוקיות המנהל היא כלל ההסדרים הראשוניים, אשר קובע כי כשם שמנועה הרשות המנהלית מפעולה בהיעדר הסמכה מצד הרשות המחוקקת, כך אל לה לנצל הסמכה עמומה שניתנה לה ולקבוע הסדר "ראשוני" – דהיינו הסדר אשר כרוך בהתוויית מדיניות ובקביעת עקרונות מנחים, ומשום כך שמור הוא מטבעו לרשות המחוקקת ולנבחרי הציבור הנמנים עימה. בבחינת השאלה אם הסדר מסוים הוא הסדר ראשוני – ועל כן מחייב חקיקה – או שמא ניתן להסתפק בהנחיה במדרג נורמטיבי נמוך יותר, על בית המשפט לתת את הדעת, בין היתר, למידת ההשפעה של ההסדר על הציבור, להיקף הפגיעה בזכויות הפרט הכרוכה בו, להשלכותיו הכספיות, לדחיפות שבה יש להסדיר את העניין שבמוקד ההסדר, ולמידת המורכבות והידע המקצועי הנדרש. כן ניתן משקל רב לחשיבותו ולמהותיותו של ההסדר, כמו גם להיותו שנוי במחלוקת ציבורית (ראו: בג"ץ 3430/16 התאחדות חברות לביטוח חיים בע"מ נ' הממונה על שוק ההון ביטוח וחיסכון משרד האוצר, פסקה 30.6.2016); עניין מתווה הגז, פסקה קלג; בג"ץ 616/11 התאחדות הסטודנטים בישראל נ' ממשלת ישראל (25.5.2014); בג"ץ 4253/02 קריתי נ' היועץ המשפטי לממשלה (17.3.2009); בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד סא(1) 68, 1 (2006)).

4. כלל ההסדרים הראשוניים מצוי עימנו עוד מראשית ימיו של המשפט הישראלי, ואולם נהוג להבחין בין שתי תקופות עיקריות אשר למשמעותו ולהיקף פרישתו – עובר לחקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק-יסוד: חופש העיסוק (להלן ביחד: חוקי היסוד), ולאחריהם. בתקופה הראשונה, היה הכלל חזקה פרשנית, שלפיה הסמכת הרשות המנהלית להתקין חקיקת משנה או לקבוע הוראות מנהל, היא הסמכה לקביעתם של הסדרים משניים בלבד, ולא לקביעת הסדרים ראשוניים. ואולם, חזקה זו ניתנה לסתירה. על פי הקו המנחה בפסיקה דאז, הסמכת הרשות המנהלית יכול שתקיף גם קביעת הסדרים ראשוניים אשר יש בהם משום פגיעה או הגבלה של זכויות יסוד, ובלבד שהרשות תזכה להסמכה מפורשת מהמחוקק הראשי לקבוע הסדרים מסוג זה (עניין יצוא הגז, פסקה 19 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס; בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב(5) 481, 520-517 (1998) (להלן: עניין רובינשטיין); אהרן ברק מידתיות במשפט – הפגיעה בזכות החוקתית והגבלותיה 149 (2010)).

בתקופה השנייה, בעקבות כינון חוקי היסוד, הוער בפסיקה כי שונה מעמדו של הכלל (עניין רובינשטיין, עמ' 522), ובהמשך אומצה כהלכה מחייבת העמדה שלפיה יש לפרש את דרישת ההסמכה המפורשת במידת הקפדה אשר תואמת את טיב ועוצמת הזכות הנפגעת (ראו: רע"פ 10141/09 בן חיים נ' מדינת ישראל, פסקה 22 לחוות דעתה

של הנשיאה (בדימ') ד' ביניש (6.3.2012); דנג"ץ 9411/00 ארקו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש עיריית ראשון לציון, פסקות 7-12 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (19.10.2009); בג"ץ 1800/07 לשכת עורכי הדין בישראל נ' נציבות שירות המדינה, פסקה 7 לחוות דעתו של השופט א' א' לוי (7.10.2008)).

5. בנסיבות העתירה שלפנינו, אין חולק על כך שהחלטת שר הפנים פוגעת בזכויות יסוד אשר מחייבות הגנה יתרה (השוו: פסקות 46-49 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל). ואולם, בד בבד, מגנה פסקת שמירת הדינים שבסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו על תוקפו של סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן: חוק הכניסה לישראל), שמכוחו ראה עצמו שר הפנים מוסמך לשלול את רישיון ישיבת הקבע של העותרים. השאלה המתעוררת אפוא היא איזו נפקות יש לייחס למסגרת נורמטיבית ייחודית זו בבואנו ליישם את כלל ההסדרים הראשוניים על ענייננו, ולהכריע בדבר סמכותו של שר הפנים.

6. שאלה זו זוכה לתשובה בחוות דעתו המקיפה והמנומקת היטב של חברי השופט נ' הנדל. לשיטתו, על כלל ההסדרים הראשוניים לזכות לפרשנות מצמצמת ביחס לחוק החוסה תחת פסקת שמירת הדינים, ובהתאם על דרישת ההסמכה המפורשת לזכות לפרשנות מרחיבה (פסקה 36 לחוות דעתו). בכך דומה כי חברי מבקש לאמץ את הערתו של הנשיא א' גרוניס בעניין יצוא הגז, שלפיה "ייתכן, כי השאלה האם דרישת ההסמכה המפורשת מתקיימת בחוק שנחקק לפני חקיקת חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו עשויה להיבחן באופן מרוכך יותר בהשוואה לחוק שנחקק לאחר חקיקת חוק היסוד" (שם, פסקה 21 לחוות דעתו). חברי השופט נ' הנדל אף פוסע צעד נוסף בחוות דעתו, בהצביעו על קושי הטמון לדידו בתוצאה שאליה הגיע חברי השופט ע' פוגלמן. לעמדת חברי השופט נ' הנדל, לא ראוי תוצאה שבה נדרש המחוקק, הלכה למעשה, לעגן את ההסדר בחקיקה ראשית על מנת להוציא את ההחלטה המנהלית אל הפועל. זאת, מאחר שתיקון החוק יסיר מעליו את ההגנה של פסקת שמירת הדינים ויביא לחשיפתו לביקורת שיפוטית על פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בכך, סבור חברי, תופר מצוות חוק היסוד לשמור על הדין הישן ולא לפגוע בתוקפו.

7. דעתי בנושא שונה. כשלעצמי, אינני מוצא כל הכרח בקריאה מרוככת של דרישת ההסמכה המפורשת, מקום שעומדת על הפרק הוראת חוק אשר קדמה לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. ואפרט.

סבורני כי גישתו של חברי מקנה לפסקת שמירת הדינים תחולה רחבה ועוצמה יתרה מכפי הרצוי. עמדתי מבכרת תחולה "גרעינית" יותר של פסקה זו, כך שזולת הגנה על הדין הישן מפני ביטול ממש – אין היא מבחינה בינו לבין דין חדש לעניין השפעת חוק היסוד עליו. כך, למשל, סברתי (בדעת מיעוט) בדנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.1.2015) (להלן: עניין דיראני) כי אין להחיל את פסקת שמירת הדינים על הלכותיו של בית משפט זה, וזאת בין היתר משום ש"פרשנות כזו של המונח 'דין' הקבוע בפסקת שמירת הדינים עלולה להרחיב הרחבה יתרה את הפגיעה בזכויות הפרט מכוח דין שקדם לחקיקת חוק היסוד" (שם, פסקה 13 לחוות דעתי. וראו גם פסקה 70 לחוות דעתו של הנשיא א' גרוניס וכן פסקה טז לחוות דעתו של חברי השופט (כתוארו אז) א' רובינשטיין, אשר נמנעו מלהכריע בשאלה זו; ופסקה 2 לחוות דעתה של חברתי המשנה לנשיא (כתוארה אז) מ' נאור, פסקה 16 לחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר ופסקות 2-6 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל, אשר סברו כי פסקת שמירת הדינים חלה אף בנסיבות האמורות). טעם מרכזי הניצב בבסיס עמדתי הוא השאיפה להרמוניה נורמטיבית בשיטה (ראו: בג"ץ 3166/14 גוטמן נ' היועץ המשפטי לממשלה – מדינת ישראל, פסקה 16 לחוות דעתי (12.3.2015); בג"ץ 6728/06 עמותת "אומץ" (אזרחים למען מינהל תקין וצדק חברתי נ' ראש ממשלת ישראל, פסקה 6 לחוות דעתי (30.11.2006); בג"ץ 6620/04 התנועה למען איכות השלטון בישראל נ' הוועדה הציבורית לקביעת השתתפות בהוצאות משפטיות, פסקה 6 לחוות דעתי (3.9.2006); אהרן ברק פרשנות במשפט כרך ראשון – תורת הפרשנות הכללית 469-467 (1998); ראו והשוו: בג"ץ 781/15 ארד-פנקס נ' הוועדה לאישור הסכמים לנשיאת עוברים על פי חוק הסכמים לנשיאת עוברים (אישור הסכם ומעמד הילוד), התשנ"ו-1996, פסקות 36-37 לחוות דעתי (3.8.2017) (להלן: עניין ארד-פנקס)).

במובן זה מעוררת פסקת שמירת הדינים קושי ניכר, שכן היא מונעת תחולה אחידה של חוק היסוד על כלל הדין הישראלי. מטעם זה כונה המצב שנוצר בעקבותיה "אנומליה חוקתית", והובעה ביקורת על התוצאה הנגרמת בעטיה (ראו למשל: אהרן ברק "שמירת דינים" ספר דורית ביניש 413, 415-416 (אהרן ברק, שחר ליפשיץ, קרן אזולאי ואיתי בר-סימן-טוב עורכים, 2017)). ראוי לציין כי תוצאה זו חריגה היא בנוף חוקות העולם, שכן אלו אינן כוללות ברובן המכריע הוראה דומה, אלא שואפות הן לכוון הסדרים שיקיפו את השיטה כולה (שם). שורשיה של אנומליה זו ידועים היטב, והם נובעים מתוך פשרה פוליטית, אשר נועדה לגשר בין תומכי ההצעה לבין אלה שחששו מפני השפעתה על ההסדרים המבטאים את אופיה של מדינת ישראל כמדינה יהודית ודמוקרטית, ובפרט על סוגיות דת ומדינה (ראו: שם, עמ' 414-415; ברק מדינה

דיני זכויות האדם בישראל 31 (2016); אמנון רובינשטיין "סיפורם של חוקי-היסוד" משפט ועסקים יד 79, 101 (2012); אוריאל לין "חוקי היסוד כחלק מהחוקה הישראלית הכתובה" המשפט ה 267, 273 (2001); יהודית קרפ "חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו – ביוגרפיה של מאבקי כוח" משפט וממשל א 323, 342-343 (1993). קושי חוקתי זה נשקף לאחרונה בדבריה הנכוחים של השופטת ע' ברון, בצינה:

"שריון' בלתי מוגבל בזמן של דיני המעמד האישי מפני ביקורת חוקתית, באמצעות הוראת שמירת הדינים, הוא מוקשה [...] הוראת שמירת הדינים היוותה מעין פשרה פוליטית שאפשרה את הנעתה של מהפכה חוקתית בישראל. ואולם לא מן הנמנע כי תגיע העת שבה לא יעמוד לה עוד כוחה של הוראת שמירת הדינים לבלום תהליכים חוקתיים, ובפרט את בחינת התאמת דיני המעמד האישי למציאות בת ימינו ולפסיפס החברתי-תרבותי-דתי שממנה היא מורכבת" (בג"ץ 7339/15 האגודה לשמירת זכויות הפרט נ' משרד הפנים, פסקה 3 לחוות דעתה של השופטת ע' ברון (31.8.2017))

8. בית משפט זה נדרש במרוצת השנים להתמודד עם המתח שבין מצוותו המפורשת של חוק היסוד להימנע מפגיעה בתוקפם של חוקים ישנים, כפי שזו משתקפת בפסקת שמירת הדינים, לבין הרוח החוקתית שביקש הוא להפיח בשיטת המשפט הישראלית. על פי התפיסה אשר התגבשה בפסיקותיו של בית משפט זה, בעוד פסקת שמירת הדינים מגנה על הדין הישן מפני ביקורת שיפוטית אשר תוביל לבטלותו – אין היא יוצרת חלל חוקתי ומאינת כליל את השפעתו של חוק היסוד, ואין היא מקפאה את התפתחותה של שיטתנו המשפטית. נגזרת עיקרית של תפיסה זו היא ההלכה המושרשת אשר נקבעה בדנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת ישראל, פ"ד מט(4) 589 (1995), שלפיה יש לפרש את הדין הישן ברוח חוקי היסוד. בפרשה מאוחרת יותר נדרשתי לסוגיה זו והבעתי את דעתי בדבר מעמדו של חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, בנסיבות שבהן חלה פסקת שמירת הדינים – וכך ציינתי שם:

"לשיטתי, חוקי היסוד נותנים לשופט כלי עזר פרשני טוב וראוי כאשר מתעוררות שאלות פרשניות לגבי הוראות הדין. ודוק, פסקת שמירת הדינים הקבועה בסעיף 10 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו קובעת כי 'אין בחוק-יסוד זה כדי לפגוע בתקפו של דין שהיה קיים ערב תחילתו של חוק-היסוד'. כלומר, כל עוד היה דין קיים עובר לתחולתם של חוקי-היסוד, תוקפו משומר. ואולם, לטעמי, אין להסיק מפסקה זו כי אין להשתמש בחוקי-היסוד ככלי עזר לפרשנות הדין הקיים כאשר דין זה אינו ברור ותוקפו בלאו הכי נתון בספק. חוקי-היסוד העניקו לשיטת משפטנו מערך של עקרונות יסוד, אשר

סבורני כי ניתן, ולעתים אף רצוי, לפנות אליהם עת אנו בוחנים מהי הפרשנות או המדיניות המשפטית הראויה [...] שימוש בחוקי-היסוד ככלי עזר פרשני יכול, לדעתי, למלא בתוכן את העקרונות והזכויות אשר עומדים על הפרק בחקיקה הקיימת, ולבחון באופן ראוי את האיזון ביניהם. סבורני כי לא תהא בכך פגיעה בתוקפם של הדינים הקיימים, אלא המשגת תוכנם בשיח שקול וסדור יותר" (ההדגשה הוספה – ס.ג'). (ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פסקות 2 ו-3 לחוות דעתי (15.4.2015)).

9. משהתווייתי את מסגרת הדיון העקרונית ביחס לתחולתה של פסקת שמירת הדינים, אדרש עתה לקושי שמוצא חברי השופט נ' הנדל בגישה הסבורה שיש לקבל את העתירה, בשל כך שלטענתו גישה כזו תוביל, באופן מעשי, לעיגון סמכותו של שר הפנים בחקיקה, ועקב כך לחשיפתה של סמכות זו לביקורת שיפוטית על פי חוק היסוד. אבקש להעיר מספר הערות בהקשר זה.

10. ראשית, ובמישור העקרוני – מקובלים עליי דבריו של חברי השופט ע' פוגלמן, שלפיהם אל לבית המשפט להביא במניין שיקוליו את צעדיו המשוערים לעתיד של המחוקק (פסקות 72-73 לחוות דעתו; והשוו, מנגד, לעניין ארד-פנקס, פסקות 4-18 לחוות דעתי, שם סברתי כי מקום שבו המחוקק החל זה מכבר לפעול, על בית המשפט להתחשב בכך בנסיבות המתאימות).

11. שנית, ובמישור המעשי – חוששני כי עמדתו של חברי נסמכת על תרחיש שהתקיימותו מוטלת בספק. אכן, אין לחדד כי תוצאה אפשרית של קבלת העתירה היא הסמכתו של שר הפנים בחוק כך שיוכל לנקוט צעד דומה בעתיד. בבוחרו לעשות כן, כבכל מעשה חקיקה, יהיה על המחוקק לתת דעתו למשמעויותיה החוקתיות, כמתחייב מחוקי היסוד שאותם עיצבה הכנסת בכובעה כרשות מכוננת (לחובה החוקתית המוטלת על הרשות המחוקקת מכוח "פסקות הכיבוד" המנויות בחוקי היסוד להגשמת הזכויות המנויות בהם, ראו: עניין ארד-פנקס, פסקה 51 לחוות דעתי; ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221, 412 (1995); אהרן ברק "הזכות החוקתית להגנה על החיים, הגוף והכבוד" משפט וממשל יז 9, 16-19, 27-29, 31-35 (2016)). ברם, תוצאה זו אינה מובנת מאליה, וכרוכה היא באיזון בין שיקולים המשתייכים למגרש החקיקתי, אשר כפי שצוין בהערתי הקודמת – אינם מעניינו של בית משפט זה.

זאת ועוד, אינני סבור כי בדברי חבריי או באלה שלי טמונה קריאה למחוקק לנקוט צעד זה או אחר, על דרך של "עצה שיפוטית" או "מפת דרכים שיפוטית" (השוו: עניין ארד-פנקס, פסקות 5-6 לחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר; בג"ץ 8665/14 דסטה נ' הכנסת, פסקות 6-7 לחות דעתו של חברי השופט ח' מלצר (11.8.2015) (להלן: עניין דסטה); ליאב אורגד ושי לביא "הנחיה שיפוטית: הערות לתיקוני חקיקה בפסיקה בית-המשפט העליון" עיוני משפט לד' 437, 441-447 (2011); אהרן ברק שופט בחברה דמוקרטית 381-382 (2004) (להלן: ברק, שופט בחברה דמוקרטית)). אדרבה, הובהר כי לרשות המדינה כלים רבים להתמודדות עם בעיות מורכבות כגון זו שמעוררים העותרים (ראו: פסקה 69 לחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן; פסקה 39 לחוות דעתה של חברתי השופטת ד' ברק-ארד). מנעד אמצעים רחב זה מחזק את מסקנתי שלפיה אין להשליך מהאפשרות לעיגון הסמכות בחקיקה על השיקולים הצריכים לבחינת חוקיות הפעלתה בהיעדר הסמכה מפורשת בחוק.

12. שלישיית, אינני שותף לדעה שקבלת העתירה משמעה ריקון הסמכות המוקנית לשר הפנים מכוח סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל מתוכן, כך שיש לראות בכך ביטול הלכה למעשה של החוק, באופן הסותר את פסקת שמירת הדינים (ראו פסקות 33 ו-37 לחוות דעתו של חברי השופט נ' הנדל). חברי השופט נ' הנדל הוסיף וציין כי "על השופט הדן בעניין להסביר ולהצביע על עילות אחרות הבאות בגדרי סמכות הביטול ומקנות לה תוכן פוזיטיבי" (פסקה 33 לחוות דעתו). מקובלים עליי עיקריה של עמדה זו, על יסוד העיקרון הפרשני שלפיו המחוקק אינו משחית מילותיו לריק (ראו: אהרן ברק פרשנות במשפט חלק שני – פרשנות החקיקה 595-597 (1993)). לצד זאת, אינני סבור כי עלינו להרחיק לכת ולשרטט את היקפיה המדויקים והמלאים של הסמכות, משלא נדרשת הכרעתנו בסוגיה. דומני כי די אפוא בהפניה לנסיבות אחרות שבהן מקנה הסעיף סמכות אפקטיבית לשר על מנת להשקיט את החשש מפני הפיכתו לאות מתה. לעניין זה יפה פסק דינו של בית משפט זה בע"מ 8844/04 שעבאן נ' משרד הפנים (12.2.2006), בגדרו הותרה על כנה החלטתו של שר הפנים לבטל תושבות קבע על פי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, משנמצא כי זו ניתנה לכתחילה עקב תרמית. עיון בפסיקותיהן של הערכאות הדיוניות מלמד כי הפעלת הסמכות בנסיבות אלו אינה מאורע נדיר, כך שניתן להיווכח כי למובן זה של סמכות שר הפנים משמעות מעשית (ראו לדוגמה: עמ"נ (מנהליים י-ם) 16-10-27333 קיסיה נ' שר הפנים (20.4.2017); עת"מ (מנהליים י-ם) 13-03-6146 אבו קובע נ' שר הפנים (30.7.2013); עת"מ (מנהליים י-ם) 07/497 אלדג'ני נ' מדינת ישראל – לשכת מינהל האוכלוסין (10.2.2008); עת"מ (מנהליים ת"א) 1110/06 אנטונוב נ' מדינת ישראל משרד הפנים (7.2.2007);

עת"מ (מנהליים י-ם) 966/02 אלאדין נ' שר הפנים (29.2.2004)). נוכח דוגמות בלתי ממצות אלו, נחה דעתי כי גישתי אינה מעקרת את הסעיף ממהותו.

13. רביעית, אף אם יתגשם התרחיש שרואה חברי לנגד עיניו, יש להטעים כי לא יהיה זה משום חזון נפרץ. מהלך דומה התרחש סביב סוגיית דחיית שירות הביטחון של תלמידי ישיבות אשר "תורתם אומנותם". כך, נדרש בית משפט זה בעניין רובינשטיין לשאלת חוקיותה של פרקטיקה זו, אשר בוצעה על דרך החלטה של שר הביטחון, מתוקף הסמכתו הכללית שבחוק שירות בטחון [נוסח משולב], התשמ"ו-1986 (להלן: חוק שירות בטחון), לדחות את שירותם של מועמדים לשירות ביטחון. דעת הרוב קיבלה את העתירה וקבעה כי החלטותיו אלו אינן בסמכות, וזאת לנוכח כלל ההסדרים הראשוניים ובשל היותה של הסוגיה עקרונית ושנויה במחלוקת לאומית. בעקבות פסיקה זו, חוקקה הכנסת את חוק דחיית שירות לתלמידי ישיבות שתורתם אומנותם, התשס"ב-2002 (להלן: חוק דחיית השירות). בעוד חוק שירות בטחון חסה תחת פסקת שמירת הדינים, ומשום כך לא נדרש הוא לעמוד במבחני פסקת ההגבלה – בעתירות שהוגשו לבית משפט זה נגד חוק דחיית השירות עמדה סוגיה זו במחלוקת ונבחנה היא לגופה (ראו: בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006), במסגרתו נפסק כי על אף שחוק דחיית השירות אינו מקיים את מבחן המידתיות הראשון, לא בשלה העת להכרעה בדבר חוקתיותו; ובג"ץ 6298/07 רסלר נ' כנסת ישראל (21.2.2012), בגדרו נפסק כי חוק דחיית השירות אינו חוקתי). עינינו הרואות, אם כן, כי האפשרות שקבלת העתירה דנן תוביל לתיקון החוק, כך שתוסר ממנו הגנתה של פסקת שמירת הדינים, אינה חסרת תקדים. יתרה מכך, דעתי היא שאין לראות בה טעם לפגם. רצף זה של צעדים ותגובות מצד בית המשפט מחד גיסא והמחוקק מאידך גיסא מהווה ביטוי לדו-שיח ער ופורה בין הרשויות, שהוא אבן יסוד בדמוקרטיה חוקתית המושתתת על איזונים ובלמים (להרחבה ראו: עניין ארד-פנקס, פסקה 5 לחוות דעתי, פסקה ה' לחוות דעתו של חברי המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין, פסקות 5-6 לחוות דעתו של חברי השופט ח' מלצר; עניין דסטא, פסקה 1 לפסק דינה של חברתי השופטת א' חיות, פסקות 1-7 לפסק דינו של חברי השופט ח' מלצר; ברק, שופט בחברה דמוקרטית, עמ' 376-389; דוד זכריה קולו הזך של הפיקולו: בית המשפט העליון, דיאלוג ומאבק בטרור 241-243 (2012); בל יוסף "אליה וקוץ בה: המעמד הנורמטיבי של יוזמות חקיקה" עיוני משפט מ 253, 292-308 (2017) Barry Friedman, *Dialogue and Judicial Review*, 91 MICH. L. REV. 577 (1993); Peter W. Hogg & Allison A. Bushell, *The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)*, 35 OSGOODE HALL

(L. J. 75 (1997)). עמד על כך השופט (בדימ') א' א' לוי בבג"ץ 466/07 גלאון נ' היועץ המשפטי לממשלה (11.1.2012) (להלן: עניין גלאון), בצינו:

"[ה]רעיון של דיאלוג חוקתי [משקף] הבנה כי ההגנה על הערכים המגולמים בחוקה וקידומם – מלאכה משותפת היא לשלוש רשויות השלטון יחדיו. הבנה זו אינה חותרת תחת עקרונות-היסוד הדמוקרטיים בדבר הפרדת הרשויות ורעיון האיזונים והבלמים, אלא ענינה בהעמקת השיח בין זרועות השלטון וברגישות הדדית האחת לרעותה. מכירה היא בכך שהמפעל החוקתי אינו נחלתה של רשות שלטונית יחידה. אין הוא רובץ לפתחה של איזו מבין הרשויות לבדה. אין האחריות לו, אחריות כבדה עד מאד, מוטלת על שכמו של בית-המשפט לבדו, אף לא על הכנסת או על הממשלה לחוד. ההגנה על ערכי-בסיס חוקתיים, מיסודותיה היפים ביותר של השיטה הדמוקרטית, חבה את קיומה לשלוש הרשויות גם יחד. כאמור בראשית הדברים, כל אחת מאלו נושאת את תרומתה-היא לקידומם, פיתוחם ויישומם של הערכים החוקתיים. הבנה זו מניחה תשתית לתפישה לפיה מוטב יהא העיסוק בשאלות החוקתיות פרי של דיאלוג כן, רציף ומתמשך בין הרשויות. דבר זה עשוי להיטיב עם ההתנהלות השלטונית ככלל. הוא עשוי להיטיב עם זכויות האדם. בכוחו לסלק אנטגוניזם, הנקשר לא אחת במושג הזכות וההגנה עליה. בכוחו לסייע בפיתוחן של זכויות חוקתיות נוספות. מאפשר הוא לזכויות היסוד לחלוק את אור הזרקורים עם ערכים אחרים, שקידומם הוא לציבור מטרה חשובה" (שם, פסקה 42 לחוות דעתו).

סבורני אפוא שאין להצר על כך שהסוגיה עשויה לשוב לפתחו של בית משפט זה, אם אכן תעוגן הסמכות בחוק ותישמע טענה שלפיה אין היא הולמת את חוקי היסוד. ליבון חוקתי זה מגשים את מצוות חוק היסוד ומבטיח כי פעולותיהן של כלל רשויות השלטון ישקפו את ערכי היסוד של מדינת ישראל.

14. על יסוד האמור לעיל, מסקנתי היא כי אין בפסקת שמירת הדינים כדי להצדיק פרשנות מרחיבה של דרישת ההסמכה המפורשת. משום כך, אף אין בה כדי למנוע תוצאה אשר ייתכן ותוביל לעיגון הסמכות בחקיקה ראשית, אם זו מתבקשת. חוששני כי קריאה אחרת יוצקת אל תוך פסקה זו – נוסף על מורכבויותה וקשייה הקיימים ממילא – תוכן נוסף המרחיב את תחולתה מעבר להגנה על תוקפו של הדין הישן. תוצאה זו אינה רצויה בעיניי, מהטעמים שעליהם עמדתי לעיל.

15. כיצד, אם כן, יש להחיל בענייננו את דרישת ההסמכה המפורשת, ואת כלל ההסדרים הראשוניים שלצידה? כפי שציינו חבריי, פרשנותו הראויה של כלל ההסדרים הראשוניים טרם לובנה בפסיקה עד תום. את משנתי בדבר פרשנות הכלל פרשתי בהרחבה בעניין יצוא הגז (ראו שם, פסקות 19-54 לחוות דעתי), ועל כן אסתפק בציון עיקרי הדברים הצריכים לענייננו. בניגוד לגישה הרואה בכלל זה חזקה הניתנת לסתירה, שבה אוחז לדוגמה חברי השופט נ' הנדל (ראו פסקה 36 לחוות דעתו), מצדד אני בגישה שלפיה על פרשנותה של ההסמכה בחקיקה המסמיכה להיעשות ברוח כלל ההסדרים הראשוניים. ודוקו, לא די בקיומה של הסמכה מפורשת כדי להעביר את הסמכות כולה מהרשות המחוקקת לרשות המנהלית – קיומה הוא אך נקודת המוצא. משם, יש לקבוע את היקף הסמכות המועברת באמצעות פרשנות ההסמכה שקבע המחוקק – על-פי אמות המידה שנקבעו בה ומידת פירוטה. בעניין יצוא הגז הבהרתי כי בניגוד לעמדת הנשיא א' גרוניס, אינני סבור כי ראויה הבחנה נוקשה בין הסדר הפוגע בזכויות אדם אשר מעוגנות בחוקי היסוד לבין מקרים אחרים. לשיטתי, עדיפה בחינה עניינית וגמישה, המבחינה בין מקרים שונים על יסוד שיקולים קונקרטיים ורלוונטיים בנסיבות המקרה, כגון האופי החקיקתי של ההסמכה הראשית, הנסיבות שהביאו לקביעת ההסדר מכוחה, ובראש ובראשונה מידת חשיבותה ועקרוניותה של ההכרעה שמבקש ההסדר לאמץ (שם, פסקה 42 לחוות דעתי; וראו גם שם, פסקה יא לחוות דעתו של חברי השופט (כתוארו אז) א' דובינשטיין, אשר נקט גישה דומה לשלי).

16. ומהתם להכא. בענייננו, ברי לכל כי על הכף מונחות זכויות אדם המנויות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, אלא שתחולתו מוקהית בשל פסקת שמירת הדינים. מאחר שדעתי היא כי ממילא אין לערוך הבחנה נוקשה בין זכויות בעלות מעמד חוקתי לבין זכויות שמעמדן פחות, קל וחומר שאינני סבור כי יש לנהוג אחרת עת עסקינן בזכויות חוקתיות בנסיבות שבהן חלה פסקת שמירת הדינים. משהוסר מכשול זה, לא נותר לי אלא לאמץ את קביעותיהם של חברי השופט ע' פוגלמן ושל חברתי השופט ד' ברק-ארז, שלפיהן ענייננו בהסדר ראשוני, ושלנוכח הקשר הרחב והעקרוני של הדברים נדרשת הסמכה מפורשת לשם שלילת רישיון ישיבת הקבע של העותרים בעילה של "הפרת אמונים" – אשר אינה קיימת בסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל.

17. אף שסבורני כי מסקנתי משקפת מדיניות משפטית ראויה, ער אני להשלכותיה החברתיות המורכבות. כפי שחבריי היטיבו להבהיר, בהזדהותם של העותרים עם ארגון החמאס, שפעולותיו השפלות והאכזריות גבו לאורך השנים את חייהם של אזרחים ישראלים רבים, טמונה חומרה רבה. חומרה זו עומדת בעינה הגם שהעותרים משתייכים לדרג הפוליטי של הארגון, ולא למנגנוני הצבאיים (השוו: ע"פ 8317/16 מדינת ישראל

נ' אבו אלקיעאן, פסקה 11 (4.6.2017); ע"פ 1784/14 עאשור נ' מדינת ישראל, פסקות 47-37 (3.9.2015); ע"פ 5925/13 זאהדה נ' מדינת ישראל, פסקה טו (23.4.2014); ע"פ 3827/06 פלוני נ' מדינת ישראל, פסקה 4 (27.3.2007). אין עוררין על חובתה של מדינת ישראל לפעול בדרכים שונות על מנת למגר את האיומים הנשקפים לאזרחיה מארגון זה, ולהעניש בחומרה את אלה הנמנים עם שורותיו בהתאם לחוקיה. עם זאת, איום מתמיד זה אל לו שיערער את עמודי התווך של שיטתנו המשפטית, ובהם העקרונות העומדים בבסיס כלל ההסדרים הראשוניים. על הכרח זה שבשמירה על דמותה הדמוקרטית של המדינה בד בבד עם ההגנה על אזרחיה, הזדמן לי לציין:

"כל מדינה, מעצם הגדרתה, מחויבת בשמירה על קיומה ובשמירה על ביטחונם של אזרחיה – בהיעדר יכולתה לעשות כן לא תוכל היא להצדיק את קיומה. אולם, מן העבר השני יש לזכור כי קיומה של המדינה אינו נועד אך לשם שמירת קיומם הפיזי של אזרחיה, אלא גם כדי לאפשר להם לממש את אנושיותם ואת חירותם, באמצעות יצירתו של שלטון החוק. מסיבה זו, הגם שאיום הטרור המופנה כלפי המדינה וכלפי אזרחיה ממשי וקשה הוא, וחובה על המדינה לעשות ככל שביכולתה כדי להילחם בו ולהדפו, עליה לעשות כן תוך זיכרון מתמיד של מטרתו הסופית של המאבק – השמירה על חירותם ואנושיותם של אזרחיה. כך, שלעולם מוטל על המדינה לשים לנגד עיניה את ערך האדם ואת כבודו כנקודת המוצא וכגבול לפעולותיה, אלמלא כן תאבד את הלגיטימיות לעצם קיומה" (עניין גלאון, פסקה 4 לחוות דעתי).

18. אשר על כן, דעתי כדעת חברי השופט ע' פוגלמן וחברתי השופטת ד' ברק-ארז כי דין העתירה להתקבל.

19. אחר הדברים האלה, הונחה לפניי חוות דעתה של חברתי השופטת א' חיות. לנוכח הנסיבות שעליהן עמדה חברתי, מצאתי להצטרף לתוצאה שאותה הציעה.

ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה (ב ד י מ ')

הנשיאה מ' נאור:

1. אני מסכימה לניתוח המשפטי שבחוות דעתו של חברי השופט ע' פוגלמן.

2. במהלך השנים שבהן היתה עתירה זו תלויה ועומדת, עשינו ניסיונות אין קץ לפתרון המחלוקת בדרכי שלום, אך הדבר לא עלה בידינו לצערנו. כפי שהראה השופט פוגלמן, אין מנוס מחקיקה ראשית.

3. לעניין הסעד האופרטיבי אני מצטרפת גם כן לדברי חברתי השופטת א' חיות.

ה נ ש י א ה

השופטת א' חיות:

1. הדין החל על מזרח ירושלים הוא הדין הישראלי. זאת מכח צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967 שהחיל את המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה על שטח זה, מכח סעיף 8א לפקודת העיריות [נוסח חדש] שהסמיך את שר הפנים להרחיב את תחום שיפוטן של עיריות לפי שיקול דעתו ולפיו הכריז שר הפנים ביום 28.6.1967 על הרחבת תחום עיריית ירושלים לשטחים נוספים במזרח העיר, וכן מתוקף חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, שנחקק כשלוש עשרה שנים לאחר מכן, ואשרר את דבר החלת הדין הישראלי על מזרח העיר.

בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה, פ"ד מב(2) 424 (1988), פסק בית משפט זה כי שהותם של תושבי מזרח ירושלים שלא התאזרחו, הינה מכח רשיון ישיבה וכי רואים את כל מי שהתפקד במפקד האוכלוסין שהתקיים ב-1967 כמי שקיבל רשיון לישיבת קבע בישראל לפי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל). על כן, כך נפסק, הוראות חוק הכניסה לישראל חלות על תושבי מזרח ירושלים. בעע"ם 5829/05 דארי נ' משרד הפנים (20.9.2007) שב בית משפט זה ואימץ גישה זו. משכך נקודת המוצא היא כי הדין הישראלי ובכלל זה חוק הכניסה לישראל חלים על תושבי מזרח ירושלים.

2. סעיף 11(א)(2) בחוק הכניסה לישראל מסמיך את שר הפנים בהוראה כללית ורחבה לבטל רשיונות מסוגים שונים ובהם רשיון לישיבת קבע, אך המקרה שבפנינו

הוא המקרה הראשון שבו נדרש בית משפט זה להחלטה בדבר ביטול רשיון לישיבת קבע של תושב מזרח ירושלים בעילה של "הפרת אמונים", שכן עד לשנים האחרונות נהג שר הפנים לשלול רשיונות לישיבת קבע של תושבי מזרח ירושלים רק כאשר פקעה תושבותם בשל השתקעותם במדינה אחרת.

3. תמימת דעים אני עם חבריי השופטים ע' פוגלמן, השופטת ד' ברק-ארדן והנשיאה מ' נאור כי השאלה מהו היקפה של חובת הנאמנות שחבים בה תושבי קבע כלפי המדינה ובכלל זה תושבי מזרח ירושלים, מן הראוי כי תוסדר בחקיקה ראשית והוא הדין באשר לסנקציה שניתן לנקוט בגין הפרתה. סוגיות אלה לא הוסדרו בחוק הכניסה לישראל, אשר לכתחילה לא נועד להסדיר את מעמדם של תושבים דוגמת תושבי מזרח ירושלים. על כן, מן הראוי שהמחוקק יתן דעתו לסוגיות אלה ויסדיר אותן באופן מפורש ומפורט.

ואדגיש – לגישתי אין זה מן הנמנע כי המחוקק יבחר לאמץ בהקשר זה את אמת-המידה שהוצגה על ידי המשיבים ולפיה נדרשת מתושב הקבע "נאמנות בסיסית" אשר ה"גרעין הקשה" שלה הוא החובה שלא לפגוע במדינה והחובה שלא להיות בלתי נאמן במפגיע לחברה ולמסגרת המדינית. אך בטרם יפעיל שר הפנים סמכות לבטל רשיון לישיבת קבע מטעם זה, מן הראוי כי המחוקק יתחם ויעצב את סמכותו זו של השר ויקבע קריטריונים ואמות-מידה המתאימים לצורך כך. זאת בייחוד בהינתן ההיסטוריה החקיקתית של חוק הכניסה לישראל אשר, כזכור, נחקק במקור עוד בשנת 1952 ומטבע הדברים לא צפה ולא יכול היה לצפות את ההתפתחויות הדרמטיות שהתרחשו בארצנו לאחר חקיקתו והובילו להרחבת שטחה ולהרחבת האוכלוסיה הנמנית כיום עם תושבי הקבע שלה. התפתחויות אלה מחייבות הסדרים ראשוניים מפורשים ומפורטים שאותם על המחוקק לקבוע.

4. מטעם זה אני מצטרפת לעמדתו העקרונית של חברי השופט ע' פוגלמן. עם זאת, בהינתן הנסיבות הייחודיות של המקרה הנדון שהונח לפתחנו שהינו הראשון מסוגו וכן בהינתן העובדה שחלפו מאז מתן ההחלטה נושא העתירה למעלה מאחת עשרה שנים, אשר במהלכן ובהיעדר צו ביניים עמדה החלטת ביטול התושבות בתוקפה, ולבסוף בהינתן ההתפתחויות העדכניות שהתרחשו לאורך השנים שלאחר קבלת ההחלטה, אני סבורה – וכך אציע לחבריי – כי יש להשהות לפרק זמן של שישה חודשים את התוצאה המתחייבת מן העמדה העקרונית אשר בה תומכים רוב חברי ההרכב והיא – בטלות החלטת שר הפנים ביחס לעותרים 1, 8, 15 ו-21 בהיעדר סמכות

לתתה. זאת על מנת לאפשר לכנסת, ככל שתראה זאת לנכון, לחוקק הסדר ראשוני-פרטני מתאים. מכוחו של הסדר, כאמור, ככל שיחוקק, ניתן יהיה לקבל החלטה חדשה בעניינם של העותרים המביאה בחשבון את מכלול הנתונים הרלוונטיים לרבות חלוף הזמן וההתפתחויות העדכניות בעניינם.

ש ו פ ט ת

השופט ח' מלצר:

1. במחלוקת שנפלה בין חברותיי וחבריי, שופטי הרוב, לבין חבריי, שופטי המיעוט – אני מרשה לעצמי להציע דרך ביניים, שיתכן ותהיה מקובלת על כולם, ולא – אמצא עצמי במחנה המיעוט.

לשיטתי בנסיבות המיוחדות שלפנינו – אין מקום להתערב בהחלטתו של שר הפנים לבטל את רישיון הישיבה של העותרים: 1, 8, 15 ו-21 (להלן: העותרים הנ"ל) לשהות בירושלים, שניתנה מכוח סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, תשי"ב-1952, (להלן – חוק הכניסה לישראל, או החוק), המתיר לשר הפנים לבטל – לפי שיקול דעתו – רישיון ישיבה שניתן לפי החוק.

עם זאת, לדעתי מקרים אחרים מאלה שבאו בפנינו כאן ראויים להסדרה בחקיקה ראשית – אם גם בהם שר הפנים יחפוץ לשלול את רישיון הישיבה של תושבי קבע (בכלל זה נכללים גם תושבי מזרח ירושלים).

את טעמי לקביעות האמורות אבהיר בקצרה להלן, ואולם אפתח בהצגת העותרים והשתלשלות העניינים.

תיאור העותרים וציון התפתחויות חשובות במכלול

2. העותר 1, ח'אלד אבו-ערפה מונה לשר לענייני ירושלים מטעם החמאס בממשלה הפלסטינית. בשנים האחרונות, נעצר מעת לעת בגין פעילות בארגון החמאס. מאסרו האחרון הסתיים בספטמבר 2014. העותר 1 עלה בידיעות מודיעיניות כגורם משמעותי העוסק בהכוונת פעילות אל מול ראשי הנהגת החמאס בשטח, זאת בדגש אל מול הנהגת הארגון ופעיליה בירושלים.

3. העותר 8, מוחמד אבו-טיר, הוא חבר הפרלמנט הפלסטיני מטעם חמאס. הלה בעל עבר עשיר של פעילות חמאס ענפה, והוא פעיל צבאי ותיק, אשר שוחרר מהכלא הישראלי בשנת 2005, לאחר שריצה במצטבר כ-25 שנות מאסר בגין מעורבות בפעילות צבאית עוינת.

מידע מודיעיני הצביע על חזרתו של העותר 8 לפעילות ארגונית וצבאית מטעם החמאס, והוביל למעצרו המינהלי בחודש ספטמבר 2011, ממנו שוחרר בתום שנה. לאור פעילותו בהנהגת החמאס באזור יהודה ושומרון (להלן גם – האזור), ולאור החשש כי הוא פועל לקידום פעילות צבאית, נעצר העותר 8 פעם נוספת בחודש יולי 2013. בהמשך הועמד העותר 8 לדין, על בסיס הפללתו בחקירותיהם של אחרים, כמי אשר היה מעורב בפעילות במסגרת של תשתית חמאס צבאית, אשר פעלה בכל אזור יהודה ושומרון. העותר הורשע בגין הפעילות האמורה, ונדון בחודש דצמבר 2014 ל-25 חודשי מאסר בפועל, אשר הסתיימו בחודש יוני 2015.

מהמידע העדכני שברשות גורמי הביטחון עולה כי העותר 8 הוא פעיל חמאס בכיר. אודות העותר 8 ישנו מידע רב, מגוון ומבוסס, המלמד על פעילותו במסגרת החמאס ועל מעורבותו הישירה במימון וקידום פעילות צבאית מסוגים שונים. כך למשל, הסתבר מחקירות שנעשו כי העותר 8 פעל לקידום פיגועים בין השנים 2012 ל-2014, והוא עשה כך גם בזמן שעתירה זו הייתה תלויה ועומדת, לרבות בירורים שערך על: השגת דירת מסתור; רכישת אמצעי לחימה ומימון עבור פעילים שונים, תוך ציוות בין מספר מפקדות חמאס בישובים שונים באזור יהודה ושומרון. העותר 8 עלה גם כגורם בעל סמכות מול בכירי הנהגת החמאס בירושלים, והוא קרא לחידוש המאבק המזוין נגד ישראל.

4. העותר 15, מוחמד טוטח, הוא חבר הפרלמנט הפלסטיני מטעם החמאס, והוא פעיל חמאס ותיק בירושלים, אשר נעצר מספר פעמים ואף ריצה מאסר פלילי בגין פעילותו בארגון החמאס. לאחר שחרורו בדצמבר 2013, נעצר שוב במעצר מינהלי

בחודש יוני 2014 נוכח חזרתו לתפקיד בכיר בחמאס ושוחרר בחודש ספטמבר 2014. במהלך שהותו בכלא, העותר 15 נשא תפקיד בכיר בהנהגת ארגון החמאס בין כתלי הכלא, ומאז שחרורו הוא מעורב בקידום פעילות החמאס בירושלים ובאזור יהודה ושומרון.

5. העותר 21, אחמד עטון, הוא חבר הפרלמנט הפלסטיני מטעם החמאס והוא פעיל חמאס בכיר וותיק. כחלק ממעמדו הבכיר, העותר 21 עומד אף במהלך השנים האחרונות, בקשר עם בכירים בהנהגת ארגון החמאס, ובמסגרת זו הוא פעל לקידום הארגון באזור יהודה ושומרון ובירושלים. על רקע האמור, בחודש פברואר 2014 הוא נעצר בצו מעצר מינהלי, בו היה נתון לכשנה וחצי, עד שחרורו בחודש אוגוסט 2014.

מן המידע שהתקבל אודות העותר 21 עולה, בין היתר, כי הוא מהווה גורם בעל סמכות והשפעה בשטח, וכי במסגרת זו הוא נוטל חלק באירועי חמאס גלויים, אשר במסגרתם נשמעות קריאות בשבח השהידים וחזרה לפעילות צבאית.

6. כפי שעולה מחוות הדעת המודיעינית העדכנית ומכלל התשתית הרלבנטית שהוצגה לשר הפנים על-ידי גורמי הבטחון לאורך השנים – בשנים שחלפו מאז שנת 2006, עת התקבלה ההחלטה לבטל את הרישיון לישיבת קבע של העותרים הנ"ל, מעמדם של העותרים בארגון החמאס לא השתנה. אדרבה, העותרים המשיכו בפעילותם הבכירה בארגון החמאס והם מהווים גורמים בכירים בעלי סמכות בהכוונה של קידום פעילות ארגונית של ארגון החמאס ברחבי ירושלים ובאזור יהודה ושומרון. לא זו אף זו, ישנן אף עדויות משמעותיות לכך שפעילותם של העותרים התפתחה גם למישורים צבאיים.

הערות:

(א) שאר העותרים בעתירה הם בני משפחותיהם של העותרים הנ"ל, שהתגוררו יחד עמם בירושלים.

(ב) בפועל – העותרים: 1, 8, 15 ו-21 מתגוררים מזה למעלה מתשע שנים באזור – מחוץ לישראל, וזאת בגין פעילותם האסורה וההליכים המשפטיים השונים שנפתחו ונוהלו כנגדם.

7. שלילת תושבות הקבע של העותרים: 1, 8, 15 ו-21 באה לאחר שנבחרו (בהתאמה) כשר וכחברי הפרלמנט הפלסטיני, וכן עקב חומר מודיעיני שהצביע על חברותם בחמאס ופעילותם במסגרתו. לאחר מכן התעצמו הידיעות המודיעיניות, ואולם באי-כוח העותרים ניסו לטעון כי העותר 1 חדל מלכהן כשר ואילו העותרים 8, 15 ו-21 מוכנים להתפטר מחברותם בפרלמנט הפלסטיני, במידה (כך במקור) ושר הפנים יחזור בו מביטול רישיון הקבע שלהם לשהות בירושלים.

מגעים שנוהלו בהקשר זה – לא הסתייעו, בין השאר מאחר והעותרים הנ"ל לא הפקידו מכתבי התפטרות והמשיכו בפעילות אסורה מחד גיסא ובשל אי נכונות שרי הפנים לתקופותיהם להיענות לדרישות העותרים מאידך גיסא. נוכח האמור – נדרשנו לפסוק בעתירה, ובמסגרת זו אפרוס עתה את עמדתי ונימוקיה.

מעמד העותרים הנ"ל והדרכים לשינוי מעמדם

8. על פי הלכת בג"ץ 282/88 עווד נ' יצחק שמיר, ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424 (1988) (להלן: הלכת עווד) ניתן לראות בתושבי מזרח ירושלים (כמו העותרים הנ"ל) כמי שקיבלו רישיון לישיבת קבע על פי סעיף 2(א)(4) לחוק הכניסה לישראל מכוח החלטת המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל – על מזרח ירושלים. מכאן ששר הפנים מוסמך עקרונית מכוח סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל לבטל את רישיון הישיבה שניתן לעותרים הנ"ל מכוח החוק – לפי שיקול דעתו. אמנם בתקנות הכניסה לישראל, תשל"ד-1974 (להלן: תקנות הכניסה לישראל, או: התקנות) פורטו עילות ספציפיות המביאות לפקיעת רישיון לישיבת קבע, ואולם בפנינו עלו עילות חריגות לביטול אפשרי של רישיון ישיבת הקבע, שמתקן התקנות האמורות לא צפה אותן מראש. במקרה מיוחד שכזה, יש, לשיטתי, לשר הפנים סמכות לפעול על-פי ההוראה המסמיכה הנ"ל שבחוק. בהקשר זה אדגיש כי אמנם, בדרך כלל, יש בכוחן של תקנות להגביל את שיקול דעת הרשות בהפעלת החוק, ואולם:

"תקנות שאינן מותרות פתח לטיפול במקרים חריגים עשויות להיחשב לעתים כבלתי סבירות או כבלתי מידתיות" (ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך א 206, ה"ש 16 (2010) (להלן: ברק-ארז) ועיינו עוד: בג"ץ 4293/01 משפחה חדשה נ' שר העבודה והרווחה, פסקה 7 לחוות דעתה של הנשיאה ד' ביניש (24.03.2009)).

להשקפתי, המקרה החריג בענייננו הינו, איפוא, אחד מאותם מקרים חריגים, אשר בהם לא ניתן לומר כי התקנות מגבילות את סמכותו הכללית של שר הפנים, הקבועה בחוק מכוח סעיף 11(א)(2) הנזכר לעיל. עיינו עוד והשוו: בג"ץ 2390/10 חליחל נ' שר הפנים (23.05.2010); בג"ץ 1892/14 האגודה לזכויות האזרח בישראל נ' השר לביטחון פנים, פסקה 5 לחוות דעתי (13.06.2017); אסף רנצלר שימוש חורג במקרקעין, פרג ג' – נורמות כלליות ובעיית המקרה המיוחד, 109-65 (2009); ברק-ארז, בעמ' 201-200.

9. שר הפנים עשה כאן שימוש בסמכותו האמורה וביטל את רישיון הישיבה של העותרים הנ"ל בירושלים בהתבסס על 2 טעמים עיקריים:

(א) היבחרותם למוסדות הרשות הפלסטינית (העותר 1 – כשר, והעותרים 8, 15 ו-21 – כחברי הפרלמנט הפלסטיני כאמור).

(ב) פעילותם האסורה במסגרת החמאס.

בהתנהלות זו – הפרו העותרים הנ"ל, לגישת המשיב 1, את חובת הנאמנות החלה עליהם כתושבי קבע במדינה.

10. כאמור אין בדעתי לקבוע פה מסמרות בדבר היקפה של חובת הנאמנות שחלה על תושבי מזרח ירושלים כתושבים במדינת ישראל, ודומה עליו כי צודקים שופטי הרוב כי פירוט חובת הנאמנות האמורה והעיצומים האפשריים בגין הפרתה ראויים להסדרה בחקיקה ראשית. יחד עם זאת, בנסיבות המיוחדות שלפנינו – די היה, לשיטתי, בהיבחרות העותרים הנ"ל למוסדות הרשות הפלסטינית – כדי להתיר למשיב 1 לשלול את רישיון הישיבה שלהם בירושלים מכוח סמכותו על פי סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל. אבהיר הדבר מיד בסמוך.

11. מי שמעדיף לכהן במוסדות שלטון של ישות מדינית אחרת (וזאת עוד מטעמה של מפלגה הכופרת בזכות קיומה של מדינת ישראל במקרה שלנו) – איננו זכאי ליהנות יותר מזכויות של תושבות במדינה שאת קיומה הוא שולל במפגיע. פרופוזיציה זו נגזרת, על דרך של קל וחומר, מהתיאוריה בדבר "דמוקרטיה מתגוננת", אותה תיאר השופט (כתוארו אז) י' זוסמן ב-ע"ב 1/65 ירדור נ' יושב ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השישית, פ"ד יט(3) 365 (1965), כך:

"כדרך שאדם אינו חייב להסכים לכך שיהרגוהו, כך גם מדינה אינה חייבת להסכים שיחסלוה וימחקה מן המפה. שופטיה אינם רשאים לשבת בחיבוק ידים ולהתיימש מהעדר דין פוזיטיבי כשבעל-דין מבקש מהם, שיושיטו לו יד עזר כדי להביא את הקץ על המדינה. כיוצא בזה גם רשות אחרת מרשויות המדינה אינה צריכה לשמש מכשיר בידי מי ששם לעצמו את חיסול המדינה כמטרה, ואין לו – אולי – מטרה אחרת זולתה" (שם בעמוד 390).

ראו בהקשר זה גם: דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני (15.01.2015) (להלן: הלכת דיראני).

זה המקום לציין כי במדינות אחרות בעולם המערבי נשללת לעתים האזרחות, או התושבות ממי שמבקש להבחר למוסדות שלטון של מדינה אחרת, אפילו היא "ידידותית" למדינת אזרחותו, או תושבותו. עיינו למשל: ע"ב 2828/92 רשימת התנועה הלאומית לדמוקרטיה ועליה (דע) נ' יושב-ראש ועדת הבחירות המרכזית לכנסת השלוש-עשרה, פ"ד מו(3) 644 (1992) – לגבי צרפת; לגבי ארה"ב – ראו: Kahane v. Secretary of State, 700 F. Supp. 1162 (D.D.C. 1988).

לא כל שכן כך, כאשר מדובר במי שלצד כהונתו במוסדות הישות האחרת – הוא מעורב גם בפעילות טרוריסטית שכוונתה לקעקע את יסודות מדינת תושבותו. במקרים כגון אלו ניתן לכלול את התושבות, ואף במשפט המשווה, אליו הפנו חבריי בחוות דעתם, מצינו סמכויות ומקרים כאלה. זאת ועוד – פעילות טרוריסטית שכזו "מפקיעה" לכאורה את זכות הגישה לערכאות (השוו: הלכת דיראני), או לוקה באי-ניקיון כפיים מאיין, אשר מחייב את דחיית עתירתם לבג"ץ.

12. יתר על כן – התוצאה המוצעת על ידי מתבקשת גם מיישום (אגב הרחבה מסוימת) של הלכת עווד, שדיברה בהפקעה אוטומטית של התושבות (שם עקב השתקעות במדינה אחרת, וכאן עקב הזדהות פעילה וחברות במוסדות של ישות מדינית אחרת). ניתן להסיק מסקנה זו אף בדרך של היקש, על-פי הוראות חוק יסודות המשפט, התש"ס-1980 – מסעיפים מקבילים הקיימים בחוק האזרחות, תשי"ב-1952 (שם סעיף 11(ב)(2)), והכל כפי שהראה חברי, המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין בחוות-דעתו.

13. העותרים גורסים כי התוצאה האמורה נוגדת כביכול את הוראות המשפט הבינלאומי. בכך הם לא דקו פורתא, שכן "תיחום מגורים" מותר **מטעמי הכרח של בטחון** (Imperative reasons of security) על פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית. ראו: בג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352 (2002). עיינו עוד: YORAM DINSTEIN, THE INTERNATIONAL LAW OF BELLIGERENT OCCUPATION 176-178 (2009); THE 1949 GENEVA CONVENTIONS – A COMMENTARY, "chapter 64: Admissibility of and Procedures for Internment" pp. 1327-1349 (ed. Andrew Clapham, Paola Gaeta & Marco Sassoli, 2015).

בנסיבות שלפנינו "תיחום מגוריהם" של העותרים הנ"ל לאזור שבו פועלים המוסדות אליהם הם נתמנו, או נבחרו **אפשרית איפוא**, במיוחד לנוכח פעילותם שפגעה משמעותית בביטחון ירושלים (מקום מושבם). בהקשר זה לא למותר להזכיר כי בפועל מזה שנים רבות העותרים הנ"ל אינם שוהים בירושלים בין השאר בגין פעילותו באזור ולא רק בשל החלטת השר וכליאתם, ולכן גם מכוח תקנה 11(ג) ו-11א לתקנות הכניסה לישראל והלכת עווד ניתן לומר שתושבותם בירושלים פקעה למעשה, אף ללא קשר להחלטת השר בעניינם.

14. זה המקום להעיר כי זכויות בני משפחותיהם של העותרים הנ"ל לחיי משפחה עם יקיריהם העותרים הנ"ל אמנם נפגעת, ואולם גם היא ניתנת למימוש באזור, ולכן אין היא מצדיקה תוצאה שונה.

15. בצד כל האמור לעיל – אעיר עוד שתי הערות:

(א) גישתי לעניין פסקת שמירת הדינים, הכלולה בסעיף 10 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, שתומכת אף היא בתוצאה, הובהרה בחוות דעתי בהלכת דיראני, ולא אוסיף כאן עוד בנושא זה.

(ב) התוצאה אותה אני מציע לאמץ פה מתאימה לנסיבות המאוד מיוחדות שבפנינו. במקרים אחרים (שאינם דומים) – יש לנהוג להשקפתי, כמוצע על-ידי חברי, השופט ע' פוגלמן וחברותיי וחבריי המצדדים בדעתו.

הנני מקווה כי עמדתי זו תתקבל על דעת כל חברי ההרכב, ואולם היה והרוב לא יראה לנכון לעשות כן – הנני מצרף, לעת הזו, את קולי לעמדת חבריי: המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין והשופט נ' הנדל.

ש ו פ ט

אשר על כן הוחלט, ברוב דעות של הנשיאה מ' נאור, המשנה לנשיאה (בדימ') ס' ג'ובראן והשופטים א' חיות, י' דנציגר, ע' פוגלמן וד' ברק-ארז להורות על ביטול החלטת שר הפנים לשלול את רישיונם של העותרים 1, 8, 15, ו-21 לשיבת קבע בישראל. זאת בניגוד לדעות החולקות של המשנה לנשיאה (בדימ') א' רובינשטיין והשופטים ח' מלצר ונ' הנדל.

דעת הרב קבעה כי יש להשהות את בטלות החלטת שר הפנים ביחס לעותרים 1, 8, 15, ו-21 לתקופה של 6 חודשים.

ניתן היום, כ"ב באלול התשע"ז (13.9.2017).

ה נ ש י א ה	ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה	ה מ ש נ ה ל נ ש י א ה
	(בדימ')	(בדימ')

ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
---------	---------	---------

ש ו פ ט	ש ו פ ט	ש ו פ ט
---------	---------	---------