

העותרים: חאלד אבו ערפה ואח'

ע"י ב"כ עוה"ד אוסאמה סעדי ו/או פאדי קוואסמי ואח'
מרח' צלאח א-דין 19, ת"ד 55379, ירושלים
טלפון: 02-6277711; פקס: 02-6272196

- נגד -

המשיבים: 1. שר הפנים

ע"י פרקליטות המדינה,
משרד המשפטים, ירושלים

2. שורת הדין – Israel Law Center

ע"י ב"כ עוה"ד ניצנה דרשן-לייטנר ו/או רועי כוכבי
מרח' הותיקים 11, פתח-תקוה 49389
טלפון: 03-7361519; פקס: 03-7361520

ידידי
בית המשפט: 1. עדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד חסן ג'בארין ו/או מרואן דלאל ו/או סוהאד
בשארה ו/או עאדל בדיר ו/או סאוסן זהר ו/או נביל דכואר ו/או
נור אלעטאונה ו/או פאטמה אלעג'ו

מעדאלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
ת"ד 510, שפרעם
טלפון: 04-9501610; פקס: 04-9503140

2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד עודד פלר ו/או דן יקיר ו/או דנה אלכסנדר ו/או
אבנר פינצ'וק ו/או מיכל פינצ'וק ו/או עאוני בנא ו/או באנה
שגרי-בדארנה ו/או שרון אברהם-ויס ו/או לימור יהודה ו/או
סוניה בולוס ו/או טלי ניר ו/או סיגל שהב

מהאגודה לזכויות האזרח בישראל
רח' נחלת בנימין 75, תל-אביב 65154
טלפון: 03-5608185; פקס: 03-5608165

חוות דעת מטעם ידידי בית המשפט

בהתאם להחלטת בית המשפט הנכבד מיום 11.4.2007 מתכבדים ידידי בית המשפט להגיש את טיעוניהם.

תוכן העניינים

2	הקדמה
3	I. פגיעת החלטת המשיב בזכויות יסוד
7	II. סמכותו של המשיב – היקפה ותכליתה
7	מבוא
8	אי-חוקתיותו של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל
13	פרשנותו התכליתית של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל
15	למעלה מן הצורך – עדיפות הדין הפלילי
16	ביטול מעמד בשל השתתפות בבחירות לפרלמנט זר
17	III. מעמדה של ירושלים המזרחית ומעמדם של תושביה
17	מבוא
18	מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית
21	מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית ותכליתה של התושבות
25	הסכמי אוסלו והבחירות לרשות הפלסטינית בירושלים המזרחית
30	IV. מן הכלל אל הפרט

הקדמה

1. ואלה ראשי הפרקים של מהלך הטיעון:

- א. החלטת המשיב לשלול את רישיונות הישיבה של העותרים פוגעת בזכויותיהם באופן אנוש;
- ב. סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952 (להלן – חוק הכניסה לישראל) אינו מעניק למשיב סמכות לשלול רישיון לישיבת קבע מן הטעם של "הפרת אמונים";

- ג. סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל אינו מעניק למשיב סמכות לשלול רישיון לישיבת קבע מן מהטעם של חברות בפרלמנט זר ;
- ד. תושבותם של הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית הינה מעמד מיוחד, אשר שונה במהותו ממעמדם של מהגרים. כדברי בג"ץ, רישיון הישיבה של הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית הינו רישיון שניתן בדין ולא בחסד ;
- ה. שלילת רישיון הישיבה של העותרים מנוגדת להוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי, אשר חל על הפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית.

I. פגיעת החלטת המשיב בזכויות יסוד

2. החלטת המשיב לבטל את תושבותם של העותרים פוגעת בזכויות חוקתיות של העותרים. היא פוגעת בזכותם החוקתית לתושבות, היינו, להישאר ולהמשיך לחיות במקום מושבם ובמולדתם ללא סכנת גירוש. כמו כן, החלטת המשיב פוגעת בזכותם של העותרים לחיי משפחה: להמשיך לחיות יחד עם בנות זוגם וילדיהם בירושלים ללא סכנת פירוד.
3. התושבות של הפלסטינים בירושלים המזרחית הינה, בעיקר, תושבות מכוח לידה, השונה מהסוגים האחרים של רישיונות הישיבה המוענקים למהגרים, שהרי כפי שנאמר בבג"ץ 282/88 עווד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, 431 (להלן – עניין עווד) – תושבותם של תושבי ירושלים המזרחית היא תושבות בדין ולא בחסד. לכן, מעמדה דומה למעמדה של אזרחות מכוח לידה. אמנם, הפסיקה טרם התייחסה למעמד החוקתי של תושבות מסוג זה, אולם ניתן להקיש זאת מהפסיקה, שהתייחסה למעמד האזרחות הישראלית.
4. בעניין אלראי דרשו העותרים, כי שר הפנים יעשה שימוש בסמכותו לשלול את אזרחותו של יגאל עמיר, רוצחו של ראש הממשלה. בג"ץ, אשר דחה את העתירה, התייחס למעמדה של האזרחות בקובעו :

"ואף כי בישראל לא זכתה האזרחות למקום של כבוד בחוק יסוד, אין ספק כי היא נמנית עם זכויות היסוד, בין היתר משום שהיא היסוד לזכות הבחירה לכנסת, שממנה צומחת הדמוקרטיה. כידוע, חובה היא על כל רשות מינהלית להימנע מפגיעה בזכות יסוד, והאזרחות בכלל זה, אלא לתכלית ראויה ובמידה ראויה; קל וחומר בשלילת אזרחות, להבדיל מפגיעה אחרת, ובן בנו של קל וחומר בשלילת אזרחות העושה אדם שיש לו אזרחות מלידה לחסר כל אזרחות." (בג"ץ 2757/96 אלראי נ' שר הפנים, פ"ד נ(2) 18, 22 (להלן – עניין אלראי)).

ובהתייחסו למעמדה החוקתי של האזרחות במשפט המשווה ובמשפט הבינלאומי, ציין :

"האזרחות היא זכות יסוד. כך מקובל במשפט הבינלאומי. לדוגמה, סימן 15 להכרזה האוניברסלית של האומות המאוחדות משנת 1948 בדבר זכויות האדם קובע כי כל אדם זכאי לאזרחות. זאת ועוד. אמנת האומות המאוחדות בדבר צמצום המעמד של חוסר אזרחות, משנת 1961, קובעת בסימן 8 איסור, בסייגים מסוימים, לשלול מאדם אזרחות, אם יהיה בכך כדי לעשותו חסר כל אזרחות. כך מקובל גם במשפט של מדינות רבות שקבעו את האזרחות כזכות חוקתית. ראו, לדוגמה, סעיף 1 לתיקון 14 (משנת 1868) לחוקת ארצות הברית." (שם).

5. בית המשפט העליון האמריקאי הבחין בין סוגי מעמד של רשיונות ישיבה לבין תושבות קבע בקובעו:

"Once an alien gains admission to our country and begins to develop the ties that go with permanent residence, his constitutional status changes accordingly." (*Landon v. Plasencia*, 459 U.S. 21 (1982), p. 32)

6. שלילת התושבות של העותרים תפגע, כאמור, בזכותם לנהל חייהם היומיומיים, לעבוד ולהתפרנס ללא הפרעה במקום מולדתם ובמושבם הקבוע, ירושלים. הפסיקה האמריקאית נתנה משקל מכריע לשיקולים אלה (ר': -503 p. *Moore v. City of East Cleveland*, 431 U.S. 494 (1977), p. 504).

7. תושבות מלידה הינה זכות חוקתית משום שהיא מאפשרת, בין היתר, את קיומן של זכויות חוקתיות אחרות. גירושן של אדם ממקום מושבו הקבוע, שבו נולד והתפתח, פוגע בזכויותיו החוקתיות: כבודו, חירותו האישית וקניינו, וכדברי בית המשפט העליון:

"נקודת המוצא העקרונית הינה, כי הוצאתו של אדם ממקום מגוריו והעברתו הכפויה למקום אחר פוגעת קשות בכבודו, בחירותו ובקניינו. ביתו של אדם אינו רק קורת גג לראשו אלא גם אמצעי למיקומו הפיזי והחברתי של אדם, של חייו הפרטיים ויחסיו החברתיים. (ראו M. Stavropoulou, "The Right Not To Be Displaced", 9 Am. U.J. (1994) 687, 717 (Int'l L. & Pol'y)) מספר זכויות אדם בסיסיות נפגעות בשל עקירתו הלא רצונית של אדם מביתו והעברתו למקום אחר, גם אם העברה זו אינה כרוכה בחצייתו של גבול מדיני (ראו F.M. Deng, Internally Displaced Persons: Compilation and Analysis of Legal Norms 14 (1998)). זכויות אדם אלה מקורן בחלקן במשפט הפנימי של המדינות השונות, ובחלקן מעוגנות הן בנורמות של המשפט

הבינלאומי. " (בג"ץ 7015/02 עגירי נ' מפקד כוחות צה"ל, פ"ד נו(6) 352, 365).

8. על כן, מימושן של חירויות חוקתיות אלה קשור למקום מולדתו או מושבו של האדם. כך הוא מימוש האוטונומיה האישית שלו, אשר מתקיימת יחד עם משפחתו, קהילתו, בני עירו או כפרו שם גדלו ילדיו ושם בנה את ביתו. קביעותיו של הנשיא ברק (בדעת מיעוט) אודות חשיבותו של המקום במימוש הזכות לקיים את התא המשפחתי הינן רלבנטיות ביותר לעניין זכותם של העותרים לקיים בירושלים המזרחית את חירויות היסוד שלהם:

"הזכות לקיומו של התא המשפחתי, הינה הזכות להגשמת התא המשפחתי במדינתו של בן הזוג הישראלי. שם ביתו, שם שאר משפחתו, שם קהילתו, שם שורשיו ההיסטוריים, התרבותיים והחברתיים. התא המשפחתי לא מתקיים בחללו של עולם. הוא חי בנתונים של זמן ושל מקום. בזכות זו פוגע החוק. אכן, זכותו של בן הזוג הישראלי שמשפחתו תחיה עימו בישראל; זכותו היא לנטוע את שורשי המשפחה באדמת ארצו שלו." (בג"ץ 7052/03 עאדלה - המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' שר הפנים (פסק דין מיום 14.5.2006, סעיף 43 לפסק דינו של הנשיא ברק (להלן – עניין עאדלה)).

9. ועדת האו"ם לזכויות האדם בדבר יישומה של האמנה הבינלאומית בדבר ביעור כל צורות ההפליה הגזעית קובעת בהערה כללית מס' 30 מיום 1.10.2004, בעניין חובותיהן של מדינות כלפי לא- אזרחים, כדלקמן:

"25. Ensure that laws concerning deportation or other forms of removal of non-citizens from the jurisdiction of the State party do not discriminate in purpose or effect among non-citizens on the basis of race, colour or ethnic or national origin, and that non-citizens have equal access to effective remedies, including the right to challenge expulsion orders, and are allowed effectively to pursue such remedies;

28. Avoid expulsions of non-citizens, **especially of long-term residents**, that would result in disproportionate interference with the right to family life. "

General Recommendation No.30: Discrimination Against Non Citizens: . 01/10/2004. Gen. Rec. No. 30. (General Comments)

10. החלטת המשיב מובילה לפגיעה ממשית בזכותם החוקתית של העותרים לחיי משפחה. גירושם של העותרים לגדה המערבית או לכל מקום אחר, כתוצאה משלילת תושבותם, תמנע מהם לקיים

חיי משפחה עם בנות זוגם וילדיהם, המתגוררים בירושלים. לאחרונה קבע בית המשפט העליון ברוב דעות, כי הזכות לחיי המשפחה הינה זכות חוקתית. כדברי הנשיא ברק:

"נקודת המוצא הינה כי המשפחה הינה "יחידה חוקתית". היא זוכה להגנה חוקתית. הגנה זו מצויה בליבה של הזכות לכבוד האדם. היא נשענת גם על הזכות לפרטיות. אכן, הזכות לחיות יחדיו כתא משפחתי, היא חלק מהזכות לכבוד האדם. היא נופלת לגרעינה של הזכות לכבוד. אחד המרכיבים היסודיים ביותר של כבוד האדם הוא כוחו של האדם לעצב את חיי המשפחה שלו על פי האוטונומיה של רצונו החופשי, ולגדל במסגרתו את ילדיו, תוך חיים משותפים של מרכיבי התא המשפחתי. התא המשפחתי הוא ביטוי מובהק למימושו העצמי של האדם." (עניין עדאלה, בסעיף 32 לפסק דינו של הנשיא ברק).

11. הטענה, כי גירושם של העותרים לשטח הגדה המערבית, ומתן אפשרות לבנות זוגם וילדיהם להצטרף אליהם שם, מרפאה את הפגיעה בזכותם החוקתית לחיי משפחה, אינה מתיישבת עם מהותה של הזכות לקיים חיי משפחה במקום מסוים. כידוע, קיומה של זכות חוקתית מסוימת מתבטאת בתחולתה ובאכיפתה בטריטוריה, שחלה עליה החוקה, ולא במקום אחר. בפרשת עדאלה מתייחס הנשיא ברק לסיטואציה דומה, באומרו:

"האם מתבקשת מכאן גם המסקנה כי המימוש של הזכות החוקתית לחיות יחדיו משמעותו גם הזכות החוקתית למימושה בישראל? תשובתי על שאלה זו הינה, כי הזכות החוקתית להקים תא משפחתי משמעותה הזכות להקים את התא המשפחתי בישראל. אכן, לבן הזוג הישראלי עומדת הזכות החוקתית, הנגזרת מכבוד האדם לחיות עם בן זוגו הזר בישראל ולגדל בישראל את ילדיו." (עניין עדאלה, בסעיף 34 לפסק דינו של הנשיא ברק).

ובאותו עניין ממשיך ומסביר הנשיא ברק את הבעייתיות במעבר בין הגדה המערבית לבין ישראל שגם היא רלבנטית לענייננו:

"כאשר בן הזוג הזר מצוי באזור, נמנע ממנו להיכנס לישראל. מפקד האזור אינו מוסמך ליתן לבן הזוג היתר שהייה בישראל. שר הפנים אינו מוסמך ליתן לו רישיון להיכנס לישראל. אין יוצא ואין בא. התא המשפחתי נפגע." (שם, סעיף 43 לפסק דינו של הנשיא ברק).

12. הנה כי כן, שלילת מעמד התושבות של העותרים תוביל לפגיעה מקסימלית ומעל הנדרש בזכויות החוקתיות של העותרים, ובראשן הזכות לכבד את מעמד התושבות שלהם, המאפשר להם להמשיך ולחיות במקום מושבם הקבוע ובמקום שבו נולדו וגדלו. כמו כן, היא פוגעת בזכות לחיי המשפחה של העותרים, בנות זוגם וילדיהם.

II. סמכותו של המשיב – היקפה ותכליתה

מבוא

13. את שלילת תושבותם של העותרים מבסס המשיב על ההוראה הכללית בסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל, לפיה: "שר הפנים רשאי, לפי שיקול דעתו – [...] לבטל רשיון-ישיבה שניתן לפי חוק זה".

14. רבות נכתב בדבר שיקול הדעת הרחב, שניתן למשיב מכוח חוק הכניסה לישראל – ליתן אשרות ורשיונות, לבטלם, ולהורות על גירוש מישראל – עד כי כיום אין עוד מחלוקת כי שיקול דעת זה, אף שזכה לא פעם לכינוי "מוחלט", אינו מוחלט כלל ועיקר, וכי גם הוא "נתון לביקורת של בית המשפט כשיקול דעתה של כל רשות אחרת" (בג"ץ 758/88 קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527 – 528; בג"ץ 3403/97 אנקין נ' משרד הפנים, פ"ד נא(4) 522, 525):

"סמכותו של שר הפנים... [ב]חוק הכניסה לישראל נחזית על-פניה כסמכות שגוון של מוחלטות משוך עליה: סמכות ללא גבולות, סמכות הפורצת אל כל עבר עד-בלי-די. ואולם כפי שכבר נקבע בפרשת קנדל (בג"ץ 758/88, קנדל נ' שר הפנים, פ"ד מו(4) 505, 527 ואילך) אין בו במשפט ישראל שיקול דעת 'מוחלט', וגם שיקול דעת המכונה שיקול דעת 'מוחלט' אין הוא שיקול דעת מוחלט כל עיקר... טובל הוא עד לשפתו במיגבלות המשפט הטבועות בכל סמכות וסמכות שהשילטון מחזיק בה; קד ומשתחוה הוא לכל עיקרי היסוד והדוקטרינות של שיטת המשפט; וזכויות היסוד של היחיד - בהן, ובראשן, אותן זכויות החרותות בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו ובחוק-יסוד: חופש העיסוק - מהוות חלק בלתי-נפרד במירקם הצופן הגנטי שלו." (בג"ץ 4542/02 עמותת "קו לעובד" נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 30.3.2006), סעיף 3 לפסק דינו של המישנה לנשיא חשין).

15. ברם בכך לא די. הוראת סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל מנוסחת בצורה עמומה ובמונחים כלליים, המותירים למשיב שיקול דעת רחב וגורף לשלול זכויות יסוד.

16. שלילת מעמדו של אדם צריכה להיעשות רק לאחר בירור עובדתי מעמיק, שיקול דעת ראוי ומיצוי זכות הטיעון (ר' בג"ץ 754/83 רנקין נ' שר הפנים, פ"ד לח(4) 113, 117; בג"ץ 2394/95 מוצ'ניק נ' משרד הפנים, פ"ד מט(3) 274, 280). רובינשטיין ומדינה מטילים "ספק רב אם ראוי להותיר סמכויות מרחיקות לכת שכאלה בידיו של שר" (אמנון רובינשטיין וברק מדינה "המשפט החוקתי של מדינת ישראל" (מהדורה שישית, שוקן, תשס"ה), 1109 (להלן – רובינשטיין ומדינה)). סמכות דרקונית, כמו זו שניתנה בהוראת סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, מן הראוי היה שלא תימסר

לאיש, ולמצער - שתימסר בידי הרשות השופטת בחקיקה ראשית מפורטת, בה יקבעו קריטריונים לפגיעה בזכויות ומסגרת להשמעת טענות (ר' ע"פ 7569/00 יגודייב נ' מדינת ישראל, פ"ד נו(4) 529, 577-576 [2002] ECHR 502 (June 20 2002); *Al-Nashif v. Bulgaria* 50963/99).

17. אמנם לבית משפט נכבד זה הסמכות לבקר במסגרת עתירה מינהלית את החלטת המשיב, שניתנה מכוח סמכותו על פי סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, ואולם זאת אך ורק אם מי שמעמדו נשלל יזם את הליך הביקורת. אם לא יעשה כן, ניתן ליטול ממנו, הלכה למעשה, את מעמדו, ללא מתן זכות טיעון, ומבלי שהדבר יגיע לעולם בפני בית המשפט. פגיעה באופן גורף שכזה אינה מאפשרת לבחון האם היא סבירה, האם תכליתה ראויה והאם היא אינה עולה על הנדרש. פגיעה גורפת שכזו מתירה פגיעה בכבוד האדם.

18. חקיקה גורפת שכזו לא היתה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה שבחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, לו נחקקה לאחר חוק היסוד, ומשום כך, הפרשנות התכליתית של הוראת חוק זו חייבת להתיישב, ככל שניתן, עם עקרונות חוק היסוד. נפנה, אם כן, לבחון את פרשנותו הראויה של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל ואת היקף שיקול דעתו של המשיב.

אי-חוקתיותו של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל

19. לשונו של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מעניקה לשר הפנים סמכות רחבה ביותר לשלול כל סוג של רשיון ישיבה, מבלי לציין בגוף הסעיף את אמות המידה, אשר ידריכו את השימוש בסמכות זו, או את התנאים ואת המתווה להפעלת שיקול דעת זה. לכן, מבחינת משמעותו המילולית, מעניק סעיף זה סמכות רחבה לאישיות פוליטית לפגוע בזכויות יסוד ובזכויות חוקתיות באופן שרירותי ביותר. הלכה פסוקה היא, שתפקידה של החקיקה הראשית לקבוע את ההסדרים הראשוניים, המנחים את פעולתה של הרשות המבצעת, ובמיוחד בסוגיות הנוגעות לזכויות יסוד. ולכן, וכפי שנפרט להלן, לשונו של סעיף זה אינה עומדת בתנאי פיסקת ההגבלה של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומן הראוי היה להימנע מלעשות בו שימוש במתכונתו הנוכחית, לפחות ככל שהוא נוגע לשלילת תושבות קבע.

20. יפים לעניינו דברים שנפסקו לאחרונה על ידי הנשיא (בדימוס) ברק (בהתייחסו לסמכות הכללית, שניתנה בסעיף 85 לפקודת המשטרה למפקד המחוז במשטרה ליתן רישיון להפגנה, להתנות בתנאים או לסרב לתיתו):

"עיון בלשונו של סעיף 85 לפקודת המשטרה מעלה כי ההסמכה הניתנת בו למפקד המשטרה להתנות מתן רישיון להפגנה בתנאים, הינה כללית ועמומה. הסעיף איננו מפרט, ולו בקווים כלליים, מהם התנאים אותם רשאי מפקד המשטרה לקבוע, ובשל אלו שיקולים רשאי הוא לקבוע

תנאים כאמור. אין בו הכוונה כלשהי של שיקול הדעת המינהלי. זוהי חקיקה סתומה (vague). חקיקה סתומה איננה רצויה. יש בה כדי לפגוע בעקרון הפרדת הרשויות ובעקרון שלטון החוק (ראו בג"ץ 2740/96 שנסי נ' המפקח על היהלומים, פ"ד נא(4) 481, 520; להלן – פרשת שנסי). בעקרון הפרדת הרשויות כיצד? עקרון זה מחייב כי הכנסת, ולא הרשות המבצעת, תקבע את אמות המידה הכלליות להפעלתה של סמכות מנהלית. הסמכה רחבה וסתומה פוגעת בסמכות החקיקה של הכנסת. בעקרון שלטון החוק כיצד? שלטון החוק המהותי מחייב שהחוק יהיה "ברור ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו את ענייניהם" (שם, שם). הסמכה כוללת ועמומה פוגעת ביכולתם של בני הציבור לדעת אל נכון את זכויותיהם וחובותיהם... חקיקה עמומה נוגדת את הוראות החוקה (ראו למשל L. Tribe, American Constitutional Law 2nd ed. 1988) 1033-1035; P.W. Hogg, Constitutional Law of Canada (Student ed. 2005) 1063-1068). גישה זו חלה גם במשפטנו, וזאת לעניין חקיקה שאינה 'מוגנת' מביקורת חוקתית באמצעות הוראות של 'שמירת דינים'. (בג"ץ 2557/05 מטה הרוב נ' משטרת ישראל (פסק דין מיום 12.12.2006)).

21. הקביעה, לפיה החקיקה הראשית חייבת לפרט את הקריטריונים המהותיים ובמיוחד את אלה הנוגעים לזכויות האזרח, מתבססת על ההלכה הפסוקה, שניתנה אף לפני חקיקת חוקי היסוד. כך למשל קבע השופט אולשן לפני למעלה מארבעים שנה:

"שומה בעצם על המחוקק לקבוע בחוק ולפרט בו את המקרים בהם יש להעניק או לסרב רשיונות, באופן שלרשות המבצעת יישאר רק התפקיד להוציא את הוראות החוק מן הכוח אל הפועל. לפי זה צריכה מלאכת החקיקה להיעשות כך שהאזרח יוכל למצוא בחוק גופו את התשובה לשאלה מה אסור ומה מותר, ושלא יהיה תלוי בנדון זה בשיקול דעתו של השלטון המבצע." (בג"ץ 113/52 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פ"ד ו 696, 702).

22. לאחרונה השתרשה הקביעה המשפטית אודות ההבחנה בין תפקידה של חקיקה ראשית לבין תפקידה הביצועי של הרשות המבצעת, לפיה האחרונה אחראית על ביצוע הנורמות הכלליות, שנקבעו על ידי המחוקק. כך קובע השופט חשין:

"תפישת-היסוד המפעמת בגופה של שיטת המשטר החוקתית בישראל מורה אותנו, כי הרשות המחוקקת - הכנסת - היא הרשות הניצבת בפיסגת הפירמידה של הרשויות הקובעות את הנורמות אשר תנהגנה במדינה, וכי הממשלה ושלוחותיה נועדו להן תפקידי ביצוע הנורמות שקבעה הכנסת... עקרון יסוד זה נשתרש בהלכה, ובתי המשפט חזרו והבהירו שוב ושוב כי הכנסת היא בית היוצר לחקיקתם של 'הסדרים ראשוניים' הקובעים את אורח החיים במדינה, וכי הרשות המבצעת -

הממשלה ובנותיה - סמכותה היא לקבוע הסדרים מישיניים בלבד... אל לו למחוקק להעביר את ההכרעות הגורליות והקשות לרשות המבצעת בלא להנחותה. גם אם זו נבחרת ישירות על ידי העם... תפקידה הוא - כפי ששמה מעיד עליה - הביצוע. לשון אחר: הכנסת נבחרה בידי העם להכריע בסוגיות יסוד של המדינה, ולא נמצא לנו כי רשאית להתנצל את סמכותה זו ולהעבירה לממשלה. אם תכפיף את רצונה לרצונה של הממשלה; אם תסיג את רצונה מפני רצון הממשלה; תמעל הכנסת בתפקידה ובאמון שנתן בה העם." (בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל ואחי' נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 27.2.2006) תק-על 2006(1), 2562 (להלן - עניין ועדת המעקב העליונה)).

23. חוק, הפוגע בזכויות יסוד, אינו מקיים את תנאי פסקת ההגבלה אם הוא לא מסדיר בתור הסדר ראשוני את העקרונות הכלליים והחד-משמעיים והמדיניות הכללית והברורה, אשר עלולים להשפיע על חיי הפרט. כך קובע היועץ המשפטי לממשלה בהנחיותיו בעניין התקנת תקנות (הנחיית היועץ מספר 2.3100 מיום 9.11.2003, סעיף 4.3(ב)):

"חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק עיגנו עקרונות שהיו מקובלים כבר בפסיקה. לאמור, באופן מיוחד ראוי להימנע מחקיקת מסגרת, או מהסתמכות על חקיקה כזאת לצורך קביעת הסדרים ראשוניים בתקנות, בנושאים בעלי חשיבות מיוחדת או רגישות מיוחדת, כמו חירויות היסוד של האדם. אין להגביל זכות יסוד חוקתית באמצעות תקנה ללא הסמכה מפורשת, בחוק העומד באמות המידה של פסקת ההגבלה (ראו, למשל, ע"א 6821/93 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4) 221)".

ר' גם: בג"ץ 3267/97 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב, 481, 525-526 (להלן - עניין רובינשטיין); בג"ץ 3939/99 קיבוץ שדה נחום נ' מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נו(1) (6) 25; בג"ץ 5100/00 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל נ' שירות הביטחון הכללי, פ"ד נג (4) 817.

24. הלכה מושרשת היא בפני בית המשפט האירופאי לזכויות אדם, שחקיקה המעניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ללא התווייתה בתנאים ברורים בחוק, אינה עומדת בתנאי שנקבע באמנה האירופאית לזכויות האדם, המחייב שהפגיעה בזכויות יסוד תהא **לפי חוק**. כך, למשל, נקבע בפרשת *Sunday Times*:

"In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". Firstly, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in

the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst certainty is highly desirable, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice." (*Sunday Times v. United Kingdom* 6538/74 [1979] ECHR 1 (Judgment Delivered on 26 April 1979)).

25. בית המשפט העליון בקנדה קבע אף הוא הלכה דומה, המתייחסת לפירוש "חוק" על פי הצירטר הקנדי. כך, למשל, נקבע בפרשה משנת 1984, שהתייחסה לחקיקה, המגבילה את חופש הביטוי ע"י מתן שיקול דעת רחב לצנזורה על סרטים:

"In our view, although there has certainly been a legislative grant of power to the board to censor...it is not enough to authorize a board to censor or prohibit the exhibition of any film of which it disapproves. That kind of authority is not legal...that kind of regulation cannot be considered as "law". It is accepted that law cannot be vague, undefined and totally discretionary; it must be ascertainable and understandable. Any limits placed on the freedom of expression cannot be left to the whim of an official; such limits must be articulated with some precision or they cannot be considered to be law." (*Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* 45 O.R. (2d) 80; 1984 Ont. Rep).

26. המסקנה העולה מהאמור היא, כי סעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל אינו עומד בתנאי פיסקת ההגבלה של חוקי היסוד. על כן, השימוש בו בתור מקור סמכות לשר הפנים לבטל רישיון ישיבה מנוגד לעקרונות השיטה המשפטית.

מסקנה משפטית זו תואמת גם את עמדתה של המדינה, כי שהובאה בעניין אלראי בהתייחס ללשונו של סעיף 11(ב) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952, הקובע כי: "שר הפנים רשאי לבטל את אזרחותו הישראלית של אדם אשר עשה מעשה שיש בו משום הפרת אמונים למדינת ישראל". בהקשר זה ציין בית המשפט העליון כי:

"הנוסח החדש, המקנה את הסמכות לבטל אזרחות מכל סוג לשר הפנים, בגין מעשה של הפרת אמונים, הוא הנוסח הקיים ועומד מאז ועד היום. על נוסח זה אומר שר הפנים בהודעה שמסר לבית המשפט בתגובה לעתירה זאת כך:

'התוצאה של תיקון זה, בהתייחס לעילה שבסעיף 11(ב) לחוק, הינה הענקת סמכות רחבה וגורפת לגוף מינהלי, שהעילה להפעלתה עמומה. ככל הידוע אין למתכונת זו מקבילה בשיטות המשפט המוכרות לנו'.
 על רקע זה, כך הכריז שר הפנים לפנינו, הוא רואה לנכון להימנע בדרך כלל מהפעלת הסמכות לבטל אזרחות, אותה הוא מגדיר בתור "צעד דרסטי וקיצוני". אכן, זהו צעד קיצוני, שכן האזרחות כוללת בחובה את הזכות לבחור ואת הזכות להיבחר, שהן זכויות יסוד, ויותר מזה. התוצאה היא, לדברי השר, שעד היום לא הופעלה סמכות זאת אפילו פעם אחת. " (עניין אלראי, עמ' 23-24).

27. היועץ המשפטי לממשלה, מר מני מזוז, סבור אף הוא, כי סעיף 11(ב) לחוק האזרחות "מעורר קושי רב", בשל פגיעתו בזכויות יסוד. עוד בשנת 1995 מונה מר מזוז לעמוד בראש ועדה, שמינה שר המשפטים, אשר המליצה, ככלל, להימנע מהפעלת הסמכות. במכתב ששלח היועץ המשפטי לממשלה לשר הפנים, רוני בר-און, לפני חודשים ספורים (ביום 6.8.2006), על רקע בקשתו של השר לבחון אפשרות לשלול את אזרחותו של חה"כ ואסל טאהא בשל התבטאויות שונות שיוחסו לו, מציין היועץ, כי "מדובר בסמכות חריגה אשר אינה קיימת במרבית מדינות העולם, ובמדינות המעטות שבהן הסמכות קיימת, הפעלתה מחייבת קיום הליך בפני ערכאה שיפוטית בלתי תלויה". היועץ המשפטי לממשלה סבור, כי אין לעשות שימוש בסמכות עד לתיקון החוק, והעברת הסמכות לבית המשפט לעניינים מינהליים, אשר ידון בבקשה לביטול אזרחות, שתוגש לפי בקשת שר הפנים ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, ועד לקביעת הוראות מהותיות ודיוניות להסדרת הנושא. היועץ המשפטי לממשלה מציין, כי בשנת 2004 הסכים עם שר הפנים ועם השב"כ לקדם הצעת חוק ממשלתית כאמור. תזכיר חוק בעניין זה אכן הופץ על ידי הלשכה המשפטית של משרד הפנים להערות גורמים שונים ביום 19.7.2005. העתק מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה מצורף.

28. על יסוד האמור לעיל ניתן לקבוע, כי השימוש בסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל בסיטואציה דן הינו בעייתי ביותר, ומן הראוי היה להימנע מלהזקק אליו. אולם, ובשל השימוש שכבר נעשה בו בנסיבות עניינה של עתירה זו, נטען, כי מאחר שסעיף 11(א) לחוק הכניסה לישראל נמנה על החקיקה, שנחקקה לפני חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו, אזי פרשנותו התכליתית של הסעיף חייבת להתיישב, ככל שניתן, עם עקרונותיהם של חוקי היסוד (ר' דנ"פ 2316/95 גנימאת נ' מדינת

ישראל, פ"ד מט(4) 589; ע"פ 5121/98 יששכרוב נ' התובע הצבאי הראשי (פסק דין מיום 4.5.2006).

פרשנותו התכליתית של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל

29. פרשנות תכליתית של דבר חקיקה, המתיישבת עם עקרונות היסוד, מבקשת למצוא את האיזון הראוי בין תכליתו הסובייקטיבית של החוק לבין תכליתו האובייקטיבית. תכליתו הסובייקטיבית של החוק נלמדת מהפרשנות, שניתנת ללשונו של החוק, המבקשת לקיים את המטרות, היעדים, המדיניות והפונקציה שהחוק נועד להגשים. התכלית האובייקטיבית של החוק היא המטרות, היעדים והערכים, אשר החוק מבקש להגשים באמצעותם את ערכי היסוד של חברה דמוקרטית. כדברי השופט ברק (כתוארו אז):

"חוק הינו – בלשונו של השופט זוסמן – 'יצור החי בסביבתו'... על כן אנו מפרשים דבר חקיקה על רקע התפיסה, כי הוא נועד להגשים זכויות אדם, לקיים את שלטון החוק והפרדת הרשויות, להבטיח צדק ומוסר, ולהגן על קיומה של המדינה ובטחונה... עקרונות יסוד אלה, הם הנשמה היתרה של שיטת המשפט". (בג"ץ 693/91 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין במשרד הפנים, פ"ד מז (1) 749, 768 (להלן – עניין אפרת)).

ובפרשה אחרת עמד בית המשפט העליון על השפעת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו וחוק יסוד: חופש העיסוק על פירוש חוקים שקדמו להם, ושם נקבע:

"לשון החוק לא השתנתה. אך תכלית החוק השתנתה. השינוי עשוי שיהיה קל. עשוי הוא לשקף תכלית חדשה שניתן היה להגיע אליה – גם אם בפועל לא הגיעו אליה – בעבר. השינוי עשוי להיות כבד. הוא עשוי לשקף תכלית חדשה שלא היה ניתן להגיע אליה בעבר... אי אפשר עוד לאחר חקיקתם של חוקי היסוד בדבר זכויות האדם לחשוב על תכליתיה הכללית של החקיקה, באותו אופן שבו חשבנו על כך לפני חקיקתם של חוקי היסוד. עולמנו הנורמטיבי השתנה. צורת החשיבה שלנו השתנתה (במודע או שלא במודע)". (בג"ץ 2390/96 קרסיק נ' מדינת ישראל, מינהל מקרקעי ישראל, פ"ד נה (2) 625, 713).

30. תכליתו הסובייקטיבית של חוק הכניסה לישראל בנסיבות ענייננו היא להקנות מעמד למי שמרכז חייו בישראל ולהגן על מעמדו כל עוד מרכז חייו בישראל. סעיף 2(6) לחוק הכניסה לישראל קובע, כי שר הפנים רשאי לקבוע "באשרה או ברשיון-ישיבה תנאים שקיומם יהיה תנאי לתקפם של האשרה או של רשיון-הישיבה", ותקנות הכניסה לישראל, התשל"ד-1974 קובעות תנאים להפקעת רישיונות לישיבת קבע, אם בעל הרישיון "עזב את ישראל והשתקע במדינה מחוץ לישראל" (ר' תקנות 11(ג) ו-11א לתקנות הכניסה לישראל). ההנחה הגלומה בכך היא, שמרכז

חייו של בעל רישיון לישיבת קבע הוא בישראל, וכל עוד לא השתנתה מציאות זו – אין להפקיע את הרישיון, אלא אם הפר בעל הרישיון תנאי, שניתן לתוקפו של הרישיון, שנקבע במפורש עם נתינתו.

31. תכליתו האובייקטיבית של חוק הכניסה לישראל מאזנת בין שיקולי הגירה כלליים – שלום הציבור, הגנה על כלכלת המדינה וכו' (שאינם רלוונטיים לענייננו) – לבין זכויות חוקתיות: הזכות לתושבות, ובמיוחד תושבות מסוג קבע או מכוח לידה; הזכות לחיי משפחה (ר' ע"מ 4614/05 מדינת ישראל נ' אורן (פסק דין מיום 16.3.2005, סעיף 11 לפסק הדין)); וכו'. עליה להתיישב, כמובן, גם עם הוראות המשפט הבינלאומי (ר' בג"ץ 953/87, 1/88 פורז נ' ראש עיריית תל-אביב, פ"ד מב(2) 309, 329, וכן בעמ' 330).

32. כיצד, אם כן, יש להפעיל את שיקול הדעת שבסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל באופן שיתיישב עם תכליתו הסובייקטיבית ועם תכליתו האובייקטיבית? בפסיקה נקבע, שבנסיבות שכאלה, בהן שיקול הדעת הוא כללי ובלתי מפורש, יש להגביל את הפעלתו אך ורק לגדר המקרים, אליהם הוראות החקיקה המסמיכה התייחסה במפורש (ר' בג"ץ 98/54 לזרוביץ' נ' המפקח על מזונות, פ"ד י(1) 40; בג"ץ 241/60 כרדוש נ' רשם החברות, פ"ד טו 1151; עניין ועדת המעקב העליונה; ע"א 4531/91 נאסר ואח' נ' רשמת העמותות, פ"ד מח (3) 294; עניין אפרת).

אפשר, אם כן, לקבוע, כי הפרשנות התכליתית של סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל מורה, כי שיקול דעתו של המשיב בעניין ביטול רישיון לישיבת קבע מוגבל אך ורק לגדר הנסיבות והתנאים, שהוגדרו במפורש בחוק הכניסה לישראל ובתקנות מכוחו: הפרת תנאי מפורש, שניתן עם קבלת רישיון הישיבה, או פקיעת הרישיון על פי התנאים, שנקבעו בתקנות.

33. פרשנות זו מתיישבת עם מעמדם המיוחד של תושבי ירושלים המזרחית. הללו, כפי שנרחיב בהמשך, לא נכנסו מעולם לישראל, ולא רכשו את מעמדם כמהגרים. לאחר שהתפקדו הוקנה להם המעמד, וזה – לא הותנה בתנאים.

פרשנות זו מעניקה את המשקל הראוי לכך, שהמעמד המוקנה להם – מעמד מכוח לידה – הינו בבחינת זכות יסוד חוקתית, שמיושן של זכויות יסוד נוספות אף תלוי בו.

פרשנות זו מעניקה לסעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל וודאות ובהירות, העומדים בקנה אחד עם עקרונותיה של פסיקת ההגבלה (ר' והשוו: אהרן ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני)" מחקרי משפט יג (תשנ"ו) 5, 17-18).

היא מגנה על עקרון הפרדת הרשויות על ידי צמצום סמכותה של הרשות לנהוג על פי אמות המידה, שנקבעו על ידי המחוקק בחוק המסמך, ולא מעבר לכך (עניין רובינשטיין, בעמ' 504 - 505).

היא מתיישבת עם הוראות הדין הבינלאומי בדבר מעמדם של תושבים שאינם אזרחים, ועם הוראות הדין הבינלאומי ההומניטארי, האוסרות על גירושם של תושבים, שדיני המלחמה חלים עליהם.

למעלה מן הצורך – עדיפות הדין הפלילי

34. אפילו יטען הטוען, כי המשיב קנה סמכות לבטל מעמד, הרי שביטול מעמד מטעמים של "הפרת אמונים" הינו סמכות קיצונית וגורפת, שאינה עומדת במבחן המידתיות. אין חולק, כי רשויות המדינה זכאיות ואף חייבות לפעול נגד כל אדם, הפוגע בבטחון המדינה ובבטחון תושביה. ואולם, לרשותן עומדים אמצעי אכיפה רבים וחמורים פחות משלילת מעמד.

35. בעניין אלראי טען בא כוח העותרת, כי יש לחייב את השר לבטל את אזרחותו של יגאל עמיר מן הטעם, שביטול האזרחות נדרש כדי להביע הסתייגות נחרצת של החברה המאורגנת מן המעשה הנורא של רצח ראש הממשלה. בית המשפט פסק:

"החברה המאורגנת כבר הביעה הסתייגות נחרצת מן הרצח בדרכים רבות ושונות. בית המשפט שהרשיע את הרוצח לא חסך מילים כדי לגנות ולהוקיע את הפשע האיום מכל בחינה. גם מחוץ לכותלי בית המשפט הביעה החברה כולה, מקצה לקצה, זעזוע וסלידה מן הרצח המתועב. וכי יכול אדם, שעניינים לו לראות ואוזניים לו לשמוע, לבוא ולטעון כי בלי ביטול האזרחות של הרוצח עדיין לא הביעה החברה המאורגנת את עמדתה כלפי הרצח באופן ראוי?" (עניין אלראי, בעמ' 23).

הדין הפלילי, אם כן, הוא הדרך להוקיע מעשים אסורים ולהביע הסתייגות וסלידה מהם.

36. גם בית המשפט העליון האמריקאי קבע בשנת 1958, כי סעיף בחוק האזרחות, המתיר לרשויות המדינה לבטל את אזרחותו של אדם, שהורשע בגין נפקדות בשעת מלחמה, מן הטעם של "הפרת אמונים", מנוגד לחוקה האמריקאית בהטילו עונש אכזרי ובלתי רגיל (*Trop v. Dulles*, 356 U. S. 86 (1958)).

“[...] [C]itizenship is not subject to the general powers of the National Government, and therefore cannot be divested in the exercise of those powers. [...] Citizenship is not a license that expires upon misbehavior. [...] And the deprivation of citizenship is not a weapon that the Government may use to express its displeasure at a citizen's conduct, however reprehensible that conduct may be.” (pp. 92-93).

ור' עוד: עניין *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372 US 144 [1963], שם נפסק, כי הליך ביטול מעמד, הנקט במקום הליך פלילי, הוא בלתי חוקתי.

ביטול מעמד בשל השתתפות בבחירות לפרלמנט זר

37. שלילת מעמד מטעמים של "הפרת אמונים" למדינה היא אמצעי דרקוני, המאפיין משטרים אפלים וטוטאליטאריים. החוק הסובייטי, למשל, איפשר שלילת אזרחות בשל "הפרת אמונים". שלטונות ברית המועצות עשו בחוק זה שימוש, וגירשו את מי שאזרחותם נשללה מהם למחוזות נידחים. ב-1991, עם נפילת המשטר הסובייטי, מיהרו השלטונות הרוסים לבטל סמכות זו, שאפיינה את המשטר הקודם. החוק ברוסיה מתיר כיום לשלול אזרחות אך ורק בנסיבות של רכישת אזרחות רוסית על יסוד פרטים כוזבים (ר' George Ginsburgs "The Right to a Nationality and the Regime of Loss of Russian Citizenship," 26 *Review of Central and Eastern European Law* (2000), p. 14).

38. העמדה הרווחת במשפט המשווה כיום היא, ש"הפרת אמונים" אינה עילה לביטול מעמדו של אדם. מעמדו של אדם יבוטל רק אם ביקש זאת במפורש (ר' Yaffa Zilbershats, *The Human Right to Citizenship* (Ardsey, New York: Transnational publishers, 2002), p. 152). כך, למשל, קובע החוק האמריקאי, כי לא שוללים אזרחותו של אדם, אלא אם עשה מעשה וולונטרי, שיש בו ללמד שביקש לוותר על אזרחותו, ואותו מעשה נעשה בכוונה לוותר על אזרחותו (Section 349 of the Immigration and Nationality Act; also 8 U.S.C. 1481).

39. השתתפות בבחירות לפרלמנט של מדינה זרה אינה עילה לשלילת האזרחות האמריקאית. בית המשפט העליון האמריקאי ביטל חקיקה של הקונגרס, שאישרה לבטל אזרחות בנסיבות אלה, ופסק, שאזרחות היא "beyond the power of any governmental unit to destroy". עוד נפסק, כי ללא הסכמתו המפורשת של האזרח - לא תישלל אזרחותו. פסק הדין ניתן בעניינו של אזרח

יהודי של ארה"ב, שאזרחותו נשללה משום שהצביע בשנת 1951 בבחירות לכנסת (*Afroyim v. Rusk*, 387 U.S. 253 (1967)).

40. הפסיקה בארה"ב קבעה עוד, כי גם היבחרותו של אזרח אמריקאי לפרלמנט זר אינה בגדר מעשה וולונטרי ומכוון, המתיר לשלול את אזרחותו. פסק הדין המנחה בעניין זה ניתן על ידי בית המשפט המחוזי של מדינת ניו-יורק בעניינו של מאיר כהנא, שנבחר לכנסת. לאחר שכהנא, אזרח אמריקאי, נבחר בשנת 1984 לכנסת ה-11 מטעם תנועתו "כך", ביקשה ממשלת ארה"ב לשלול את אזרחותו. ממשלת ארה"ב ראתה בבחירה לכנסת ובשבועת האמונים, שנשבע למדינת ישראל, צעדים, המעידים על ויתור על האזרחות האמריקאית. כהנא עתר נגד ההחלטה. בית המשפט פסק, כי בהיבחרותו לכנסת ובהתחייבותו לשמור אמונים למדינת ישראל לא עשה כהנא מעשה וולונטרי, שיש בו ללמד שביקש לוותר על אזרחותו האמריקאית, ושהתכוון לוותר על אזרחותו. בית המשפט הפנה עוד למסמך משנת 1982 של מחלקת המדינה האמריקאית, המכיר בכך, שאין מניעה שאזרחים אמריקאים יהיו חברים בכנסת (*Kahane v. Shultz*, 653 F.Supp.1486 (E.D.N.Y. 1987)).

III. מעמדה של ירושלים המזרחית ומעמדם של תושביה

מבוא

41. מעמדה הנורמטיבי של ירושלים המזרחית ומעמדם של תושביה מורכבים מנדבכים שונים. הדין הבינלאומי רואה באיזור שטח כבוש, המצוי בתפיסה לוחמתית. משום כך, לשיטת הדין הבינלאומי, תושבי האיזור הפלסטינים הם תושבים מוגנים, הזכאים להגנות מכוחו של הדין הבינלאומי ההומניטארי. ישראל, מצידה, החילה על האיזור באופן חד צדדי את "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", וקבעה בדין הפנימי, כי האיזור הוא חלק מן העיר ירושלים. לתושבים הפלסטינים ניתנו רישיונות לישיבת קבע בישראל. רישיונות אלה מעניקים לתושבים הפלסטינים הגנות, הדומות במובנים רבים לאלה מהן נהנים אזרחי ישראל, אף שבפועל ישראל ממעטת לספק הגנות אלה.

42. למן הסכמי אוסלו הכירה ישראל בכך שירושלים המזרחית היא איזור המצוי בלבו של הסכסוך, וכי תושביה הפלסטינים של ירושלים המזרחית הם חלק מן העם הפלסטיני בגדה המערבית וברצועת עזה. משום כך, הסכימה ישראל כי יתאפשר לתושבי ירושלים המזרחית הפלסטינים לבחור ולהיבחר בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית ובבחירות ליושב ראש הרשות. החקיקה הישראלית הותאמה לאפשר לממשלה ליישם את התחייבויותיה על פי הסכמי אוסלו, ולקיים את הבחירות ואת השתתפות התושבים הפלסטינים בהן. בין השנים 1996 ל-2006 התקיימו בהסכמת

ממשלת ישראל ובאישור בג"ץ מספר מערכות בחירות, ובכולן השתתפו תושבי ירושלים המזרחית.

43. מפאת חשיבותם של ההסדרים הנורמטיביים וההסכמים המדיניים להבנת מעמדם המיוחד של העותרים; להגדרת מערך זכויותיהם; להגדרת חובותיה של מדינת ישראל כלפיהם; ולהבנת הנסיבות, בהן נבחרו לשמש בתפקידים ציבוריים בממשל הפלסטיני - נבקש להרחיב להלן אודות מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית; אודות מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית; אודות תכליתה של התושבות, שהוקנתה לתושבי ירושלים המזרחית; וכן אודות הסכמי אוסלו ואודות הבחירות לרשות הפלסטינית בירושלים המזרחית.

מעמדה המשפטי של ירושלים המזרחית

44. בחודש יוני 1967 כבשה מדינת ישראל את הגדה המערבית. מיד לאחר המלחמה החליטה ממשלת ישראל לספח לישראל כ-70,500 דונם מן השטח הכבוש מצפון, ממזרח ומדרום לירושלים (להלן – **ירושלים המזרחית**). על פי הצעת הממשלה התקבל בכנסת ביום 27.6.1967 תיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט, במסגרתו הוסף לפקודה סעיף 11ב הקובע: "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". למחרת, ביום 28.6.1967, התקינה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), תשכ"ז-1967, המחיל את "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" על ירושלים המזרחית. בהכרזה מאותו היום, שניתנה על פי פקודת העיריות, הוכלל השטח שסופח בתחום עיריית ירושלים.

חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שנחקק בשנת 1980, הוסיף וקבע בסעיף 1 לו, כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל". בשנת 2000 תוקן חוק היסוד ונקבע בו, בסעיף 5, כי "תחום ירושלים כולל, לענין חוק-יסוד זה, בין השאר, את כל השטח המתואר בתוספת לאכרזה על הרחבת תחום עיריית ירושלים מיום ג' בסיון התשכ"ז (28 ביוני 1967), שניתנה לפי פקודת העיריות". בסעיף 6 לחוק היסוד נקבע, כי "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים". בסעיף 7 לחוק היסוד נקבע, כי "אין לשנות את הוראות סעיפים 5 ו-6 אלא בחוק-יסוד שנתקבל ברוב של חברי הכנסת" (ר' עוד: רובינשטיין ומדינה, עמ' 926-927, 932-935).

45. על פי הדין הפנימי בישראל, אם כן, הדין הישראלי חל בשטח ירושלים המזרחית. ואולם, "שטח המדינה, או תחום הריבונות שלה, הם עניין הנקבע על-פי המשפט הבינלאומי", ולא על פי משפטה הפנימי של המדינה (רובינשטיין ומדינה, עמ' 924). רכישת ריבונות, על פי המשפט הבינלאומי, אפשרית באחת משתי דרכים: בדרך של כריתת הסכם עם המדינות הגובלות, או בדרך של רכישת

ריבונות על שטח שאינו מצוי בריבונות מדינה כלשהי (שם). החלת "המשפט, השיפוט והמינהל" באופן חד צדדי על שטח שנכבש אינה מוכרת על ידי המשפט הבינלאומי כדרך להחלתה של ריבונות.

46. יתרה מכך, הכלל לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מהווה את אחד מעקרונות היסוד של המשפט ההומניטארי הבינלאומי:

"The foundation upon which the entire law of occupation is based is the principle of inalienability of sovereignty through the actual or threatened use of force. Effective control by foreign military force can never bring about by itself a valid transfer of sovereignty." (Eyal Benvenisti The International Law of Occupation (Princeton University Press, 1993) pp. 5-6)

ועוד:

"An occupation, thus, suspends sovereignty insofar as it severs its ordinary link with effective control; but it does not, indeed it cannot, alter sovereignty." (Orna Ben-Naftali, Aeyal M. Gross & Keren Michaeli "Illegal Occupation: Framing the Occupied Palestinian Territory", *23 Berkeley Journal Of International Law* 551, 574 (2005)) (**Ben-Naftali, Gross & Michaeli** : להלן)

47. עיקרון זה נמנה גם על שלושת עקרונות היסוד, אשר מנחים במשולב את דיני הכיבוש: (א) העיקרון לפיו אין השימוש בכוח או הכיבוש מקנים ריבונות ואינם יכולים להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות של שטח מסוים; (ב) הכוח הכובש מופקד על ניהול החיים האזרחיים והציבוריים בשטח הכבוש; (ג) כיבוש חייב להיות זמני:

"[A]n occupation that cannot be regarded as temporary defies both the principle of trust and of self-determination. The violation of any one of these [fundamental legal] principles [of the phenomenon of occupation], therefore, unlike the violation of a specific norm that reflects them, renders an occupation illegal per se." (Ben-Naftali, Gross & Michaeli, pp. 554-555)

48. ביטוי לעיקרון היסוד, לפיו אין השימוש בכוח יכול להוביל או לגרום להעברה או לשינוי כלשהו של ריבונות מצוי גם בסעיף 47 לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, אשר זו לשונו:

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

49. ואכן, המשפט הבינלאומי אינו מכיר בסיפוח החד צדדי של ירושלים המזרחית ובתוקפם המשפטי של המהלכים הנורמטיביים שעשתה ישראל להחלת ריבונותה בירושלים המזרחית. בשורה ארוכה של החלטות חריפות שבו והדגישו הקהילה הבינלאומית והמוסדות הבינלאומיים, כי הצעדים המעשיים והנורמטיביים, שנקטה ישראל לסיפוח ירושלים המזרחית, עומדים בניגוד לכללי המשפט הבינלאומי, וכי ירושלים המזרחית היא שטח כבוש (ר', בין היתר: החלטות עצרת האו"ם מס' 2253 (ES-V) ומס' 2254 (ES-V) (שתיהן מחודש יולי 1967); החלטת עצרת האו"ם 35/169E (מדצמבר 1980); החלטת עצרת האו"ם A/61/408 (מחודש דצמבר 2006); החלטות מועצת הביטחון של האו"ם מס' 252 (ממאי 1968); מס' 267 (מיוני 1969); מס' 271 (מספטמבר 1969); מס' 298 (מספטמבר 1971); מס' 478 (מאוגוסט 1980); ומס' 673 (מאוקטובר 1990)).

בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ) אימץ את החלטות מועצת הביטחון של האו"ם וקבע בחוות דעתו המייעצת לעצרת האו"ם משנת 2004 בעניין גדר ההפרדה, כי ירושלים המזרחית היא שטח כבוש כמו שאר שטחי הגדה המערבית ורצועת עזה, וכי לצעדים שנקטה ישראל אין תוקף על פי המשפט הבינלאומי (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion (International Court of Justice, July 9, 2004), 43 IL M 1009 (2004), בסעיפים 75 – 78 לחוות הדעת (להלן – חוות דעת ה-ICJ)):

“The territories situated between the Green Line... and the former eastern boundary of Palestine under the Mandate were occupied by Israel in 1967 during the armed conflict between Israel and Jordan. Under customary international law, these were therefore occupied territories in which Israel had the status of occupying Power. Subsequent events in these territories... have done nothing to alter this situation. All these territories (including East Jerusalem) remain occupied territories and Israel has continued to have the status of occupying Power.” (פסקה 78 לחוות דעת)

יצוין בהקשר זה, כי “חוות-דעת של בית-הדין הבינלאומי מהווה פרשנות של המשפט הבינלאומי, הנעשית על-ידי הגורם השיפוטי העליון במשפט הבינלאומי”, ועל כן “יש ליתן לפירוש שנותן בית-

הדין למשפט הבינלאומי את מלוא המשקל הראוי. " (בג"ץ 7957/04 מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל (פסק דין מיום 15.9.2005, סעיף 56 לפסק דינו של הנשיא ברק, ור' גם סעיפים 73 ו-74 לפסק הדין (להלן - עניין מראעבה)).

עמדה זו של המשפט הבינלאומי היא עמדתן של מדינות העולם. 72 שגרירויות זרות יש בישראל. כל המדינות, המקיימות יחסים דיפלומטיים עם ישראל בדרג שגרירים, אינן מכירות בסיפוח, ומשום כך אינן נכונות לשכן את שגרירותן בירושלים (בחודשים האחרונים עזבו את ירושלים שגרירויות קוסטה ריקה ואל-סלבדור, השגרירויות האחרונות, שמשכנן היה בירושלים).

ר' עוד: רובינשטיין ומדינה, בעמ' 924-927, וכן בעמ' 933; יורם דינשטיין "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה" הפרקליט כז (תשל"א) 5; Ben-Naftali, Gross & Michaeli, p. 573; David Herling "The Court, the Ministry and the Law: Awad and the Withdrawal of East Jerusalem Residence Rights", 33 *Israel Law Review* 67, 69-70 (1999) (להלן – Herling)

50. מדינת ישראל, אם כן, החילה את "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" על השטח שסופח בירושלים המזרחית. מבחינת הדין הפנימי, חלים דיני מדינת ישראל בשטח המסופח, ואולם מבחינת הדין הבינלאומי, הסיפוח אינו חוקי והאזור הוא שטח כבוש.

מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית ותכליתה של התושבות

51. על פי המשפט הבינלאומי, חלים על השטח שנכבש וסופח לירושלים דיני התפיסה הלוחמתית. תושבי האזור הכבוש, על פי הדין הבינלאומי, הם תושבים מוגנים. כתושבים מוגנים מוטלת על המעצמה הכובשת חובה להגן על זכויותיהם הן מתוקף חובות פרטניות, המעוגנות במשפט הבינלאומי ההומניטארי (אמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 ותקנות האג), והן מתוקף חובתה הכללית של המעצמה הכובשת לשמור על הסדר והחיים הציבוריים, המעוגנת בתקנה 43 לתקנות הנספחות לאמנת האג בדבר דיני המלחמה ביבשה משנת 1907.

הפסיקה פרשה חובה פוזיטיבית זו של המעצמה הכובשת ככזו המחייבת אותה לדאוג לזכויותיהם ולאיכות חייהם של תושבי השטח הכבוש (ר' בג"ץ 393/82 ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלמחודדה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון, פ"ד לז(4) 785, 797-798 (להלן – עניין אלמסאוליה); בג"ץ 202/81 טביב נ' שר הבטחון, פ"ד לו(2) 622, 629; בג"ץ 3933/92 ברכאת נ' אלוף פיקוד המרכז, פ"ד מו(5) 1, 6; בג"ץ 69/81, 493 אבו עיטה נ' מפקד אזור יהודה ושומרון, פ"ד לז(2) 197, 310-309).

נוסף על כללי המשפט הבינלאומי חלים על המדינה, כמעצמה כובשת, עקרונות היסוד של המשפט המינהלי (עניין אלמסאוליה, בעמ' 810; בג"ץ 5627/02 סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית, פ"ד נח(5) 70, 75; בג"ץ 10536/02 הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נח(3) 443, 455; עניין מראעבה, סעיף 14 לפסק הדין). כן חלות מחויבויות מסוימות של מדינת ישראל על פי משפט זכויות האדם הבינלאומי (ר' חוות דעת ה-ICJ, סעיפים 102-113).

52. הדין הבינלאומי מכיר ברגישות היחסים שבין המעצמה הכובשת לבין התושבים המוגנים, הנמצאים תחת שליטתה, וקובע קווים מנחים. כך, בין היתר, אוסרת תקנה 45 לתקנות האג על המעצמה הכובשת להכריח תושבי שטח כבוש **להישבע לה אמונים**:

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

53. סעיף 49 לאמנת ג'נבה אוסר על המעצמה הכובשת לבצע כל סוג של "העברה בכפייה" של התושבים המוגנים. איסור זה הוא מוחלט, והוא תקף ללא קשר למניע, העומד מאחורי הכוונה לבצע העברה כפויה. סעיף 78 לאמנת ג'נבה מכיר, אמנם, בסמכותה של המעצמה הכובשת לנקוט בצעד של "ייחוד מגורים" לגבי תושבים מוגנים בתחום השטח הכבוש, ואולם זאת רק כצעד חריג והכרחי משיקולי בטחון. לפי הפסיקה, אי אפשר לנקוט בצעד שכזה, אלא אם כן הסכנה הבטחונית, הנשקפת מהאדם נגדו הוא ננקט, אינה ניתנת להסרה אלא באמצעות צעד זה. בכל מקרה אין לנקוט בצעד זה כאמצעי ענישה, אלא אך ורק כאמצעי מניעה (ר' בג"ץ 7015/02 עגורני נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פ"ד נו(6) 352).

54. החלת הדין הישראלי על תחום ירושלים המזרחית ועל תושביה אינה ממעטת מן ההגנות, שמעניין הדין הבינלאומי ההומניטארי לתושבים. ככל שמדינת ישראל מבקשת לראות בירושלים המזרחית ובתושביה חלק מישראל, הרי שהיא בוחרת להחיל על ירושלים המזרחית ועל תושביה נדבכים נוספים של הגנה נורמטיבית, שאינם נופלים בעוצמתם מן הדין הבינלאומי ההומניטארי. הדין הישראלי נושא בציקלונו הגנות חוקתיות משלו ואת התחייבויותיה של ישראל על-פי הוראות משפט זכויות האדם הבינלאומי. מכאן שהחלתו של הדין הישראלי בירושלים המזרחית, ככל שמדינת ישראל עומדת על החלתו על ירושלים המזרחית ועל תושביה, מחילה לשיטתה שלה את זכויות היסוד, המעוגנות בדין הישראלי, ואת מחוייבויותיה של ישראל על-פי משפט זכויות האדם הבינלאומי.

55. על פי הדין הפנימי, התושבים המסופחים של השטח הכבוש הם תושבי ישראל. החלת הדין הישראלי בירושלים המזרחית והקביעה, כי ירושלים המזרחית היא חלק מירושלים, "שטח של ארץ ישראל, שבו חלים המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", הובילה, לשיטת המשפט

הישראל, ליצירת "אינטגרציה של האזור ותושביו למערכת המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה" (עניין עווד, בעמ' 429-431; לביקורת על היבטים אלה בפסק הדין בעניין עווד ר' Herling).

56. לאחר סיפוח ירושלים המזרחית ערכה ישראל מפקד אוכלוסין בשטח המסופח, במהלכו נפקדו כ- 66,000 פלסטינים (ר' "מפקד האוכלוסין והדיוור תשכ"ז - ירושלים המזרחית" (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה, תשכ"ח)). מי שהתפקד במפקד קיבל רישיון לישיבת קבע בישראל על פי חוק הכניסה לישראל, התשי"ב-1952. בהמשך ניתן רישיון לישיבת קבע בנסיבות מסוימות גם למי שהוכיח, כי התגורר בשטח המסופח עובר לשנת 1967 ובאופן רצוף מאז, אף אם לא התפקד במפקד (עני"ם 10811/04 סורחי נ' משרד הפנים (פסק דין מיום 17.3.2005, סעיף 5 לפסק הדין)).

57. המעמד ניתן לפלסטינים תושבי ירושלים המזרחית על כורחם. המשמעות של סירוב לקבל מעמד היתה שלילת הזכות להמשיך ולהתגורר בבתיהם וסיכון בגירוש כפוי. ואכן, בראש ובראשונה מקנה רישיון הישיבה לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית זכות לשהות באופן קבוע בבתיהם וחסינות מפני גירוש. זוהי אינה אשרת כניסה, כפי שניתנת למהגרים, שלא מכבר הגיעו לישראל (עניין עווד, בעמ' 429-430), אלא רישיון המעיד על מציאות החיים ונותן לה תוקף חוקי (שם, בעמ' 433). בדיוק משום כך, **הרישיון, כדברי בג"ץ, ניתן לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית בדין ולא בחסד** (שם, בעמ' 431).

58. כל עוד מתגוררים תושבי ירושלים המזרחית בשטח המסופח אין ליטול מהם את מעמדם והם חסינים מפני גירוש. יצויין בהקשר זה, כי פלסטינים רבים, המתגוררים בשטח המסופח, לא התפקדו במפקד ולא הוכיחו את מגוריהם עובר לשנת 1967. אף על פי כן, מדינת ישראל הכירה בכך, כי כתושבים פלסטינים אחרים של השטח המסופח זכאים גם אלה שלא התפקדו לחסינות מפני גירוש. בשנת 1998 החליטה ממשלת ישראל להקנות למי שיוכיחו שהתגוררו בשטח המסופח לכל המאוחר ביום 31.12.1972 ובאופן רצוף מאז, חסינות מפני גירוש והיתרים זמניים, המתחדשים מעת לעת, להמשיך ולהתגורר בבתיהם שבשטח המסופח (ר' בג"ץ 3652/96 אבו סעד נ' המפקד הצבאי - אזור הגדה המערבית (פסק דין מיום 14.6.2005); עת"ם (י-ם) 812/05 שאווש נ' משרד הפנים (פסק דינה של הנשיאה ארד מיום 19.7.2006)).

59. על פי הדין בישראל, זכאים תושבי הקבע ליהנות כמעט מכל הזכויות, המוקנות לאזרחים. מערך זכויותיהם של תושבי הקבע דומה לזה של אזרחים, וזכויותיהם שונות במספר מצומצם של תחומים. כך, למשל, תושבי קבע אינם יכולים לבחור ולהיבחר לכנסת (סעיפים 5 ו-6 לחוק יסוד: הכנסת) והם אינם זכאים לקבל דרכון ישראלי (סעיף 2 לחוק הדרכונים, התשי"ב-1952). ואולם, מעבר לכך, כאמור, דומה מערך זכויותיהם של התושבים לזה של אזרחים. רישיונות הישיבה, שניתנו לתושבים הפלסטינים, הסדירו (למצער על פי הדין) את זכאותם לתעסוקה בישראל,

לשירותי חירום ולמשאבים סוציו-אקונומיים. הם העניקו לתושבים תעודות מזהות (סעיף 24 לחוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965), זכויות סוציאליות (גמלאות הביטוח הלאומי משולמות על פי חוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995, למי שהוא תושב ישראל. חוק ביטוח בריאות ממלכתי, התשנ"ד-1994 חל על מי שהוא תושב ישראל לפי חוק הביטוח הלאומי), וכולי.

60. חרף הוראות הדין בישראל, המשוות בתחומים רבים את מערך זכויותיהם להלכה של תושבי ירושלים המזרחית לשל אזרחי ישראל, תהום פעורה בין השכונות היהודיות לבין השכונות הפלסטיניות של ירושלים המזרחית, ובפועל נגועה מדיניות הממשלה כלפי ירושלים המזרחית וכלפי תושביה הפלסטינים באפליה מכוונת ושיטתית. כך בעניינים של תכנון ובנייה; כך ברמתם המחפירה של השירותים הממלכתיים ושל השירותים המוניציפאליים, להם הם זכאים; כך בענייני מעמדם של התושבים ובהגנה עליו.

תושבי ירושלים המזרחית נאלצים לשוב ולהוכיח את תושבותם בעיר בפני משרד הפנים ובפני המוסד לביטוח לאומי, המנהלים חקירות ובדיקות, שכל תכליתן להפקיע את תושבותם בגין מגורים מחוץ לתחום, בו חלים "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה", וליטול מהם את מעמדם. שלילת המעמד מתרחשת, לא אחת, באופן שרירותי, ללא מתן זכות טיעון, ומתגלה רק בדיעבד, אגב הגשת בקשה לקבלת שירותים.

61. מדינת ישראל אינה חפצה, שהתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית יהיו אזרחיה, ומעודדת את זיקתם לרשות הפלסטינית (נרחיב על כך עוד בהמשך). הם, בתורם, ככלל אינם רואים עצמם ישראלים, אלא פלסטינים, שזיקתם לגדה המערבית ולרשות הפלסטינית.

על אף שתושבי ירושלים המזרחית מונים כשליש מתושבי העיר, ועל אף שהם זכאים להשתתף בבחירות למועצת עיריית ירושלים ולראשות העירייה (ר' סעיף 13 לחוק הרשויות המקומיות (בחירות), התשכ"ה-1965), ככלל הם אינם משתתפים בבחירות. במועצת עיריית ירושלים אין ולו נציג פלסטיני אחד.

יתרה מזו – אף שתושבי ירושלים המזרחית יכולים לבקש להתאזרח בישראל (אם יצלחו את המכשלות הביורוקרטיות), מעטים מהם מבקשים זאת. מרביתם עומדים בתנאי ההתאזרחות שבסעיף 5 לחוק האזרחות, התשי"ב-1952 (להוציא, אולי, ידיעת מה של השפה העברית), ואולם הם רואים עצמם תושבי שטח כבוש, שמעמדם בישראל נכפה עליהם, ואין להם חפץ באזרחות ישראלית. לא זו אף זו, רכישת אזרחות ישראלית בדרך של התאזרחות מחייבת הצהרת אמונים למדינת ישראל (סעיף 5(ג) לחוק), ובודדים נאותים לכך.

הסכמי אוסלו והבחירות לרשות הפלסטינית בירושלים המזרחית

62. חרף הקביעות בדין הישראלי הפנימי בעניין מעמדה של ירושלים המזרחית ובעניין מעמדם של התושבים הפלסטינים המתגוררים בה, הרי שבמסגרת הסכמי אוסלו, שנחתמו בין מדינת ישראל לאש"ף, כנציג הרשמי של העם הפלסטיני, הכירה ישראל בכך, שירושלים המזרחית מצויה בלבו של הסכסוך, ובהשתייכותם של התושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית ליתר התושבים הפלסטינים בשטחי הגדה המערבית ורצועת עזה.

בהסכם אוסלו א' התחייבה ישראל לדון בעניין מעמדה של ירושלים במסגרת משא ומתן להסדר קבע (ר' סעיף 35) ל"הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף" מיום 13.9.1993 (להלן – **הסכם אוסלו א'**)). עוד הוסכם, כי "לפלסטינים מירושלים הגרים בה תהיה הזכות להשתתף בתהליך הבחירות" למועצה הפלסטינית, וזאת "בהתאם להסכם בין שני הצדדים." (סעיף 1 לנספח 1 להסכם אוסלו א'). מטרתן של הבחירות, נקבע בהסכם אוסלו א', היא לאפשר לעם הפלסטיני בגדה המערבית וברצועת עזה למשול בעצמו, וזאת כ"צעד ביניים משמעותי לקראת מימוש הזכויות הלגיטימיות והדרישות הצודקות של העם הפלסטיני." (סעיף 3 להסכם אוסלו א').

בהסכם אוסלו ב' ("הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה", שנחתם ביום 28.9.1995 (להלן – **הסכם אוסלו ב'**)) הוסכמו הכללים לעריכת בחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית וליושב ראש הרשות המבצעת. גם בהסכם זה נקבע, כי הבחירות "תהווה שלב מעבר משמעותי מכין לקראת מימוש הזכויות הלגיטימיות של העם הפלסטיני ודרישותיו הצודקות, ותספקנה בסיס דמוקרטי להקמת מוסדות פלסטינים" (סעיף II(2) להסכם אוסלו ב'). בסעיף II(3) להסכם, נקבע, כי "פלסטינים מירושלים הגרים בה יהיו רשאים להשתתף בתהליך הבחירות בהתאם להוראות סעיף זה וסעיף VI לנספח II (הסדרי בחירות בנוגע לירושלים)". גם סעיפים III(3) ו-IV להסכם שבים ומדגישים, כי התושבים הפלסטינים מירושלים המזרחית ישתתפו בבחירות למועצה ולראש הרשות.

נספח II להסכם אוסלו ב' הוא "פרוטוקול בנושא בחירות". בסעיף II לנספח II נקבע, כי כל פלסטיני בן 18, הכלול בפנקס הבוחרים, זכאי לבחור. על מנת להירשם בפנקס הבוחרים, יש להיות פלסטיני; בן 17 ומעלה; בעל מגורים במחוז ההצבעה בו הוא רשום לבחור; לא להיפסל מלהיכלל בפנקס על פי החלטה של בית משפט פלסטיני; ולהיות כלול במרשם האוכלוסין הפלסטיני או הישראלי. הוסכם, כי אזרחים ישראליים לא יכללו בפנקס הבוחרים (בניגוד לתושבים שיכולים להיכלל בפנקס). בסעיף III לנספח II נקבע, כי כל מי שכשיר לבחור – כשיר להיבחר למועצה או למשרת יושב ראש הרשות. עם זאת, הוסכם, אזרחים ישראליים לא יהיו מועמדים להיבחר כחברי מועצה או כיושב ראש הרשות (בניגוד לתושבים, שיכולים להיות

מועמדים). בסעיף VI לנספח II נקבעו הסדרי ההצבעה בנוגע לירושלים: אופן הגשת בקשות להיתר לקיום תעמולת בחירות; רשימת סניפי דואר, בהם תתאפשר ההצבעה; והסדרי ההצבעה בסניפי הדואר.

63. לאחר חתימת ההסכמים נחקקו שני חוקים ליישום. החוק הראשון, חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה-1994 (להלן – **חוק היישום הראשון**), קובע בסעיף 1, כי מטרתו להגביל את פעילות המועצה הפלסטינית לתחום שטחיה בהתאם להסכם, ולמנוע פעילות בעלת אופי מדיני, "ללא הסכמת ממשלת ישראל". כן נקבע בסעיף 3 לחוק, כי המועצה לא תפעל בתחומי ישראל, "אלא אם כן ניתן היתר בכתב מאת הממשלה או מי שהיא הסמיכה לכך".

יצויין, כי אף עם הוספת סעיפים 5-7 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל בשנת 2000, הקובעים, כי לא תועבר סמכות הנוגעת לירושלים "לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך", לא נגרע תוקפן של הוראות חוק היישום הראשון. בסעיף 3 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון), במסגרתו הוספו הוראות סעיפים 5-7 לחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל, נקבע עוד, כי אין בהוראות אלה "כדי לגרוע מהוראות חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה-1994, או מהוראות כל דין". כיוון שחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון) הוא חוק יסוד (רי' סעיף 1 לו, הקובע במפורש, כי הינו חוק יסוד כשלעצמו), הרי שמבחינת הדין בישראל הוראה זו היא הוראה חוקתית.

החוק השני הוא חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996 (להלן – **חוק היישום השני**). בסעיף 1 לו נקבע, כי מטרתו ליישם את הסכם אוסלו ב', ולהסדיר עניינים הכרוכים ביישום, כאמור. בסעיף 14 לחוק הוסדרה הצבעת תושבי ירושלים המזרחית בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית וליושב ראש הרשות באמצעות סניפי הדואר כדקלמן: "על אף האמור בכל דין רשאי שר התקשורת להורות לרשות הדואר לתת את השירותים הדרושים לביצוע התחייבויות המדינה לפי סעיף VI לנספח II להסכם".

הנה כי כן, התחייבויות ישראל לקיום הבחירות בירושלים המזרחית ולהשתתפות תושבי ירושלים המזרחית בבחירות, עוגנו בחקיקה. החקיקה קובעת, כי הוראות אלה תיושמה על פי שיקול דעתה של הממשלה, בהסכמתה ועל אף האמור בכל דין.

64. מאז חוק היישום הראשון התקיימו הבחירות ברשות הפלסטינית שלוש פעמים: ביום 20.1.1996 נערכו בחירות למועצה המחוקקת ולתפקיד יושב ראש הרשות; ביום 9.1.2005 נערכו בחירות לתפקיד יושב ראש הרשות; וביום 25.1.2006 נערכו בחירות למועצה.

65. סמוך לבחירות הראשונות בשנת 1996 וערב חקיקת חוק היישום השני הוגשו עתירות לבג"ץ בדרישה להורות לממשלה למנוע את קיום הבחירות בירושלים המזרחית, ולמנוע את השתתפותם של תושבי ירושלים המזרחית בבחירות, וזאת משום "פגיעה בריבונות ישראל על ירושלים", המעוגנת, לטענת העותרים, בחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. הממשלה הגנה על החלטתה לאפשר את קיומן של הבחירות, והעתירות נדחו. בית המשפט פסק:

"א) ההסכמים בין מדינת ישראל והרשויות הפלסטיניות, הידועים בכינוי 'הסכמי-אוסלו', על השלבים השונים שבהם, הינם הסכמים במישור המדיני, אשר אין בית המשפט נוטה להתערב בביצועם וביישומם.
 ב) כל חוק רגיל של הכנסת יתפרש במידת האפשר באופן התואם את קביעותיו של חוק יסוד, ואינו עומד בסתירה לו.
 ג) אין אנו מוצאים, תוך הפעלת כללי ההגיון ונסיון החיים, כל ניגוד בין ההסדר המוצע, המאפשר למספר אלפי תושבים פלסטינים בירושלים למסור את פתק ההצבעה שלהם בסניפי דואר בירושלים, תוך הפיקוח והשליטה במקום של רשויות ישראל, ובין עובדת הריבונות של ישראל בירושלים ובאמור בסעיף 1 לחוק יסוד ירושלים.
 ד) האמור בסעיף 14 להצעת החוק, המאפשר ביצוע ההסדר המוצע באמצעות סניפי דואר אחדים בירושלים 'על אף האמור בכל דין', אינו עומד בסתירה לחוק יסוד או לעקרון חוקתי אחר כלשהו."
 (בג"ץ 298/96 פלג נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 14.1.1996)).

בבחירות שהתקיימו ביום 20.1.1996 נבחרו שישה נציגים ממחוז ירושלים למועצה, לרבות אחמד קריע (אבו עלאא), שהיה לימים, בין התאריכים 19.2.2006-7.10.2003, ראש הממשלה הפלסטינית.

66. לאחר מותו של יאסר ערפאת נקבעו ליום 9.1.2005 בחירות לתפקיד יושב ראש הרשות. בהחלטה מס' 2962 מיום 26.12.2004 החליטה ממשלת ישראל, כי היא תומכת בקיום הבחירות, רואה בהן חשיבות רבה, ותנקוט צעדים כדי להבטיח קיומן. בסעיף 3 להחלטה התירה הממשלה לקיים את הבחירות בירושלים המזרחית, והתירה על פי הסכמי אוסלו את השתתפותם של תושבי ירושלים המזרחית בבחירות. בבחירות נבחר מחמוד עבאס (אבו מאזן) לתפקיד יושב ראש הרשות.

67. לאחר שנקבע מועד הבחירות למועצה ב-25.1.2006 התלבטה ממשלת ישראל האם להתיר את עריכתן בשל השתתפות תנועת חמאס בהן. ביום 15.1.2006 החליטה הממשלה בהחלטה מס' 4636, כי חרף השתתפות תנועת חמאס בבחירות, לא תמנע את קיומן. בהתאם לסעיף 3 לחוק היישום הראשון, ובהתאם להתחייבות ישראל בסעיף VI לנספח II להסכם אוסלו ב', התירה

הממשלה את קיום הבחירות בירושלים המזרחית ואת השתתפות התושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית בבחירות באמצעות סניפי הדואר, "כפי שנעשה בעבר".

68. יומיים לאחר מכן, ביום 17.1.2006, נפגש מ"מ ראש הממשלה, אהוד אולמרט, עם נשיא המדינה, משה קצב. במהלך הפגישה התייחס להחלטה ולבחירות בירושלים המזרחית. להלן דבריו כלשונם, כפי שהם מפורסמים באתר האינטרנט של משרד הראש הממשלה:

"אני רוצה להזכיר שגם ב-1996 וגם ב-2005 התקיימו בחירות בירושלים. הגישה האחראית שאני תמכתי בה גם ב-1996 וגם ב-2005 אמרה שבעוד אנחנו איננו מוותרים על הסמכות והריבונות שלנו בכל חלקי ירושלים, בוודאי שיש לנו עניין לשמור על הזיקה של התושבים במזרח ירושלים במדינה פלסטינית ולא למדינת ישראל. מעולם לא חשבנו שהאינטרס של מדינת ישראל הוא שכל ערביי מזרח ירושלים יהיו אזרחיה וישתתפו בתהליכי הבחירות בה. הרי אי אפשר לשלול מהם את הזכות לבחור בבחירות ברשות הפלסטינית. היות ואנחנו לא מעוניינים שהם ישתתפו בבחירות במדינת ישראל, היינו בודאי צריכים להסכים שהם ישתתפו בבחירות בקרב הרשות הפלסטינית ולכן ההחלטה הזו הייתה נכונה אז והיא נשארה נכונה גם כיום.

עצם קיומן של הבחירות – אני גיבשתי את עמדתי עוד לפני זמן. מטבע הדברים, החיים זורמים מבלי שיש לך את האפשרות להכתיב את לוחות הזמנים והשאלה הזו עלתה על שולחני לפני 10 ימים, בשעות הראשונות לקבלת האחריות על ניהול ענייני הממשלה. אז גמרתי אומר בדעתי להנחות את גורמי הביטחון על ביצוע הבחירות במזרח ירושלים והיה לי חשוב שהדבר יודגש כדי שלא יהיה ספק שההחלטה הזו איננה תלויה לא בעמדה של גורם חיצוני, לא בדרישה של גורם חיצוני אלא משיקול דעת שלנו. קיום הבחירות ברשות הפלסטינית כדי להימנע מכל מצב שבו ביטול הבחירות יהיה באופן כלשהו יחובר למהלך כזה או אחר שישראל נקטה.

אנחנו מעוניינים שתתקיימנה בחירות, אנחנו לא הסתרנו שהשתתפות החמאס בבחירות איננה לרצוננו. זה נאמר על ידנו לאורך כל הדרך ובשום מקרה ובשום תנאי לא היינו מוכנים שחוסר היכולת של הרשות הפלסטינית בניהול ענייניה בסופו של דבר יחובר למעשה שישראל נקטה ולכן זו הייתה עמדתנו. זו עמדה נכונה, אחראית, עמדה שזכתה גם לתמיכה של הקהילה הבינלאומית, אני מניח שרוב הציבור בישראל מעדיף שערביי מזרח ירושלים לא ישתתפו בבחירות בתוך מדינת ישראל אלא ישתתפו בבחירות המדינה שהם מזדהים איתה שהיא המדינה הפלסטינית. מה שקשור לשכונות, אין לזה שום קשר ושום שייכות, כפי שלא היה בעבר".

69. גם נגד החלטת הממשלה לאפשר את קיומן של בחירות אלה בירושלים המזרחית הוגשו עתירות לבג"ץ. העותרים טענו, כי השתתפותם של ארגונים, המוגדרים על פי החוק הישראלי כ"ארגוני טרור", בבחירות מהווה עבירה לפי תקנות ההגנה (שעת חירום), 1945 ולפי פקודת מניעת טרור, התש"ח-1948. כן טענו, כי קיום הבחירות פוגע בריבונות ישראל בירושלים, המעוגנת, לטענתם, בחוק יסוד: ירושלים בירת ישראל. הממשלה הגנה על החלטתה, וטענה, בין היתר, כי היא פועלת בסמכות על פי חוקי היישוב הראשון והשני לשם מימוש התחייבויותיה על פי הסכמי אוסלו. בית המשפט קיבל את טענות הממשלה ודחה את העתירות בקובעו:

"החלטת הממשלה המאפשרת לתושבי מזרח ירושלים להשתתף בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית על דרך של משלוח טפסי הצבעה מסניפי הדואר, נופלת בגדר סמכותה הכללית של הממשלה לנהל את ענייני החוץ והביטחון של המדינה מכוח סמכויותיה הכלליות של הממשלה הקבועות בסעיף 40 לחוק יסוד: הממשלה (ראו בג"ץ 5128/94 פדרמן נ' שר המשטרה, פ"ד מח(5) 647). החלטה זו נופלת גם בגדר סמכויותיה הספציפיות של הממשלה לפעול ליישום הסכמי הביניים בין ישראל לרשות הפלסטינית, שניתנו לה בחוק יישוב הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה-1994, וחוק יישוב הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (סמכויות שיפוט והוראות אחרות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996 (להלן – חוק היישוב השני). סעיף 14 לחוק היישוב השני, העוסק בהשתתפותם של תושבים ממזרח ירושלים בבחירות למועצה המחוקקת של הרשות הפלסטינית... בהחלטתה מיום 15.01.2006 הנחתה הממשלה את ממלא מקומו של שר התקשורת להפעיל את סמכותו לפי סעיף 14...

הנה כי כן, הממשלה מוסמכת הייתה לקבל את ההחלטה שקיבלה, ובנסיבות העניין אין לומר שהחלטתה הייתה בלתי סבירה. זאת ועוד, אף אם היה בהחלטת הממשלה כדי לסתור הוראות חוק אחרות, ספק אם היה בכך כדי להוביל לאי חוקיותה של החלטת הממשלה, לאור הרישא לסעיף 14 לחוק היישוב השני, הקובע כי שר התקשורת יהיה רשאי להורות כאמור בסעיף זה 'על אף האמור בכל דין'. אולם, אין לנו צורך להכריע בשאלה זו, שכן לא מצאנו סתירה בין החלטת הממשלה לבין דברי החקיקה אליהם מפנים העותרים העוסקים באיסור ומניעה של פעילות טרוריסטית. החלטת הממשלה קובעת במפורש כי לא תתאפשר תעמולת בחירות של אנשים המזוהים עם ארגוני טרור בתחומי ירושלים, וכי אין בהחלטת הממשלה בכדי לגרוע מסמכויות רשויות אכיפת החוק ורשויות הביטחון לעצור אנשים הפעילים בארגוני טרור, לרבות ביום הבחירות. החלטת הממשלה מוסיפה וקובעת כי בבתי הדואר שיופעלו על-ידי רשות הדואר לצורך מתן שירותים ביום הבחירות, לא יתאפשר לעשות כל שימוש בסממן של ארגון טרור. המשיבים הודיעו בפנינו כי הממשלה הנחתה את צה"ל וכוחות הביטחון להמשיך בפעולות האכיפה כנגד פעילי טרור בכל תקופת הבחירות, ובכלל זה ביום הבחירות עצמו. מפקד מחוז ירושלים מסר לנו על-פה על

פעולותיה של משטרת ישראל למניעת פעילות של פעילי טרור וארגוני טרור בתחומי ירושלים.

לבסוף, אף אין כל סתירה בין החלטת הממשלה לבין הוראות חוק יסוד: ירושלים בירת ישראל... אין לומר שמתן אפשרות לחלק מתושבי מזרח ירושלים להשתתף בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית מהווה העברת סמכויות המתייחסות לתחום ירושלים." (בג"ץ 550/06 זאבי נ' ממשלת ישראל (פסק דין מיום 23.1.2006 ונימוקים לפסק הדין מיום 9.2.2006)).

70. יודגש, כי מדינת ישראל ידעה אודות מועמדותם של העותרים בבחירות. ביום 15.1.2006, באותו היום בו התקבלה החלטת הממשלה להתיר את קיומן של הבחירות, עצרה משטרת ישראל שלושה מן העותרים, מוחמד אבו טיר, מוחמד טוטח ואחמד עטוואן, בגין חשד לארגון מסיבת עיתונאים במסגרת התמודדתם בבחירות. לאחר חקירתם שוחררו. גם עיריית ירושלים ביקשה לקנוס אותם בגין תליית מודעות בחירות. נגד עותרים אלה לא ננקטו צעדים כלשהם, ומדינת ישראל לא מנעה את השתתפותם בבחירות.

71. הבחירות התקיימו במועדן. במסגרתן נבחרו מירושלים המזרחית וסביבתה תשעה נציגים ממחוז ירושלים ומן הרשימה הארצית (ובהם שלושה מן העותרים): מוחמד אבו טיר, ג'יהאד אבו זניד, בירנארד סאבילה, אמיל ג'רג'ורי, אברהים אבו סאלם, מוחמד טוטח, וואיל אלחוסיני, אחמד עטוואן, ועבדאללה עבדאללה.

תנועת חמאס, שזכתה בלמעלה ממחצית המושבים בפרלמנט, הקימה את הממשלה הפלסטינית. ח'אלד אבו ערפה, העותר הרביעי, מונה על ידי הממשלה הפלסטינית לשמש שר לענייני ירושלים.

IV. מן הכלל אל הפרט

72. במשטר החוקתי בישראל סעיף 11(א)(2) לחוק הכניסה לישראל אינו יכול לכלול סמכות כה קיצונית לבטל מעמד בנסיבות אלה, והחלטתו של המשיב חורגת באופן קיצוני מהסמכות שהוענקה לו. כפי שציינו, אין לשר סמכות מעבר למה שנקבע באופן מפורש בחוק הכניסה לישראל ובתקנות. העותרים לא הפרו תנאי מתנאי רישיונם, והתקנות אינן מגלות עילה להפקעת תושבותם.

73. יתרה מזו, סמכותו של המשיב אינה כוללת מאפיינים עונשיים. אכן, הדין הפלילי הוא הדרך להוקיע מעשים אסורים ולהביע הסתייגות וסלידה מהם, ואולם הדין הפלילי הוא עניין למערכת אכיפת החוק ולבתי המשפט לענות בו.

74. העותרים הם תושבי ירושלים המזרחית. מעולם לא הגישו בקשה לרכוש מעמד בישראל. מבחינת הדין הבינלאומי העותרים כאן הם תושבים מוגנים, המתגוררים בשטח כבוש, המצוי תחת תפיסה לוחמתית. ככאלה זכאים העותרים להגנות המשפט הבינלאומי ההומניטארי. מדינת ישראל מחוייבת לנהוג כלפיהם על פי הוראות המשפט הבינלאומי ההומניטארי ובכפוף לכללי המשפט המינהלי הישראלי. היא אינה רשאית לגרשם מבתיים, אלא בנסיבות קיצוניות, המחייבות זאת.

מבחינת הדין הישראלי הפנימי, העותרים הם תושבי ישראל, ומערך זכויותיהם דומה לשל אזרחים. הם נהנים מהגנת המשפט החוקתי הישראלי, ומן ההגנות שמעניקות אמנות זכויות האדם הבינלאומיות, שישראל צד להן. כמי ששיבתם בירושלים היא בדין, הם זכאים לחסינות מפני גירוש.

על פי הסכמי אוסלו, שהתחייבותה של ישראל לקיימם עוגנה בדין הישראלי הפנימי, זכאים העותרים לבחור ולהיבחר בבחירות לרשות הפלסטינית ככל תושב אחר של הגדה מערבית ושל רצועת עזה. ממשלת ישראל אחראית, על פי הדין הפנימי, לאפשר להם לעשות זאת, והיא אכן עשתה כן בהחלטות ממשלה, שעמדו במבחן הביקורת השיפוטית.

75. חרף רוממות "אחדות העיר", שבגרונו של רשויות השלטון בישראל, הרי שמדינת ישראל מתנכרת לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית, ואין לה בהם כל חפץ. הממשלה לא רק התירה את השתתפות העותרים בבחירות, אלא אף ביקשה אותה, וזאת כדי לשמור על זיקתם של תושבי ירושלים המזרחית לרשות הפלסטינית ולא למדינת ישראל, וכדי לעודד זיקה זו. לא למותר יהיה לשוב ולהזכיר את דברי מ"מ ראש הממשלה (לימים ראש הממשלה) אהוד אולמרט באזני נשיא המדינה: "מעולם לא חשבנו שהאינטרס של מדינת ישראל הוא שכל ערביי מזרח ירושלים יהיו אזרחיה וישתתפו בתהליכי הבחירות בה... היות ואנחנו לא מעוניינים שהם ישתתפו בבחירות במדינת ישראל, היינו בודאי צריכים להסכים שהם ישתתפו בבחירות בקרב הרשות הפלסטינית... אני מניח שרוב הציבור בישראל מעדיף שערביי מזרח ירושלים לא ישתתפו בבחירות בתוך מדינת ישראל אלא ישתתפו בבחירות המדינה שהם מזדהים איתה שהיא המדינה הפלסטינית".

מטעמים אלה התירה הממשלה את עריכתן של הבחירות ברשות הפלסטינית ובהשתתפות תושבי מזרח ירושלים, ביודעה שתנועת חמאס משתתפת בהן, וביודעה כי העותרים, תושבי ירושלים המזרחית, משתתפים בבחירות כמועמדים. הממשלה אף הגנה על החלטתה לקיים את הבחירות בירושלים המזרחית בבג"ץ, ולא נקטה צעדים כלשהם למנוע את השתתפותם של העותרים בבחירות.

76. רק לאחר שנבחרו, ומשום שתוצאות הבחירות אינן לרוחה של ממשלת ישראל, הוחלט על שלילת מעמדם של העותרים, תוך פגיעה קשה בזכויותיהם, וזאת בטענה עזת המצח וחסרת תום הלב, כי העותרים הפרו את "חובת הנאמנות המינימאלית" למדינת ישראל.

77. משהותר לתושבים הפלסטינים של ירושלים המזרחית להשתתף בבחירות, הרי שבחירתם אינה שונה מבחירתו של כל פלסטיני אחר לכהן במועצה או ברשות, ואין בה כשלעצמה להשליך על זכויותיהם כתושבים. העותרים אינם שונים לעניין זה בדבר מן התושבים הפלסטינים האחרים של הגדה המערבית ושל רצועת עזה, שנבחרו בבחירות. כשם שאף אותם ישראל אינה רשאית לגרש מבתיהם אך ורק משום שנבחרו בבחירות, כך אינה רשאית לשלול את מעמדם של תושבי ירושלים המזרחית, שנבחרו בבחירות, ואינה רשאית לגרשם מבתיהם. שלילת המעמד בנסיבות אלה פוגעת פגיעה חמורה בזכויות היסוד של העותרים וחותרת תחת חובותיה של הרשות לנהוג בתום לב, בהגינות, ביושר ובשוויון.

9 במאי 2007

דן יקיר, עו"ד

עודד פלר, עו"ד

חסן ג'בארין, עו"ד

ב"כ האגודה
לזכויות האזרח
בישראל

ב"כ עדאלה -
המרכז המשפטי
לזכויות המיעוט
הערבי בישראל