

בבית המשפט העליון בשבתו כבית המשפט הגבוה לצדק

בג"ץ 7803/06

לפני:

כבוד הנשיאה מ' נאור
כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גובראן
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 טוטה
16. זינב כמאל
17. עולא טוטה
18. תסנים טוטה
19. מועאז טוטה
20. עבד אלרחמאן טוטה
21. אחמד מחמד עטון
22. נסרין מחמוד עטון
23. מגאהד אחמד עטון
24. מוחמד אחמד עטון
25. מרים אחמד עטון
26. מחמוד אחמד עטון

נ ג ד

המשיבים:

1. שר הפנים
2. שורת הדין – Israel Law Center

1. עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
2. האגודה לזכויות האזרח בישראל

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

תאריך הישיבה: ט"ז באייר התשע"ה (05.05.15)

מזכיר הרכב: נימרוד א'
קלדנית הרכב: רונית י'

בשם העותרים: עו"ד פאדי קוואסמי

בשם המשיב: עו"ד יוכי גנסין, עו"ד מוריה פרימן
: 1

בשם המשיב: עו"ד רועי כוכבי
: 2

בשם ידיד בית המשפט: עו"ד חסן ג'אברין
: 1

בשם ידיד בית המשפט: עו"ד דן יקיר; עו"ד עודד פלר
: 2

פרוטוקול

כבוד הנשיאה מ' נאור: כפי שראיתם החלטנו להרחיב את ההרכב. הסוגיה היא בוודאי חשובה מאוד. אנו אחרי צו על תנאי.

עו"ד גנסין: קראתי בדיון הקודם בפני הרכב השלושה, לא הופעתי אז, קראתי את הפרוט'. ואני במהלך הטיעון שלי אתייחס לפי מיטב הבנתי לפי הפרוטוקול למיטב הנקודות שעלו בדיון. אני קוראת ובמסגרת מה שהגשנו, מהו כרטיס הביקור של העותרים? מהי ת.ז. האמיתית של העותרים?

כבוד השופט ע' פוגלמן: הוצאנו את הצו על תנאי בשאלה משפטית לגבי הפרת חובת אמונים קהילה לביטול רשיון ישיבת קבע לתושבי ירושלים. השאלה היא שאלה משפטית נקיה אף בלא קשר לעותרים.

עו"ד גנסין: קראתי בפרוט' גם את שאלת אדוני וגם את שאלת כב' השופטת ברק ארז. שאלתם אם הם היו נבחרים בפרלמנט מטעם הפת"ח זה היה בסדר? לכן אדגיש מהי ת.ז.

כבוד השופט ס' ג'ובראן: יש תעודת זהות אחת.

עו"ד גנסיין: יש מספר ת.ז. שכתוב במשרדי הפנים. השאלה היא מהן הכוונות האמיתיות והפעילות של מי שעומד בפני ביהמ"ש. יש שאלות שנשאלו בפרוט', לא הופעתי בדיון הקודם. גם לא כל השופטים שהיו שם נמצאים היום פה. זהו המינוח שהשתמשנו בו גם במסגרת התשובה. במהלך הדיון בפעם הקודמת, עלתה הטענה כי כאילו ההחלטה בעניין הזה היא החלטה שהתקבלה רק בגלל שמדינת ישראל התירה לתושבי מזרח ירושלים לבחור ולהיבחר, אך לא כך היא. אני ערה לזה שמדובר כאן בשאלה משפטית. אני מתכוונת להתייחס אליה ול – 2 השאלות שביהמ"ש מבקש לעסוק בהן, אך יש חשיבות למהלך שהיה כאן. המהלך שהיה כאן היה כזה, וזה כתוב בתשובה גם בתשובה המקדמית וגם בכתב התשובה, וזה מתחבר לדיונים שהיו כאן קודם לכן כולל בהרכב האחרון. ביהמ"ש בינואר 2013 פנה לב"כ עותרים ושאל, האם אתם תסכימו להודיע ולהצהיר כי אתם תחדלו מכל פעילות במסגרת הנהגת החמאס? האם תודיעו שתחדלו? אפשר לראות בפרוט'. אומרת כאן כב' השופטת נאור דאז, ביקשה שב"כ העותרים ישיב. בסופו של שיח וסיג, אמר השופט סעדי שהוא מבקש לחשוב על כך. לאחר 5 וחצי חודשים הוא משיב. זו ההתנהלות עוד קודם כאשר פנה שר הפנים ונתן להם 30 יום, כי הוא שוקל לעשות שימוש בסמכותו לפי סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, היה ולא תתפטרו. מה שביהמ"ש כאן הציע ב – 2013. מה שהוצע גם לפני כן, אותו דבר אמר שר הפנים. אם הם יפסיקו פעילות במסגרת החמאס הוא ישקול שלא לעשות שימוש בסמכותו. למעשה, כאשר מסתכלים על כל מהלך ההליכים, ולא אפנה לתאריכים כדי לא לגזול את זמנם את כבודכם, במהלך כל התקופה שהתיק הזה מתנהל כאן בביהמ"ש העליון בהרכבים שונים.

כבוד השופט ע' פוגלמן: גבירתי תתייחס למכתב מה – 20.5 שהמדינה לא התייחסה אליו לגבי חברי הפרלמנט, יש אמירה די מפורשת שהם מוכנים לכתוב מכתב כזה.

עו"ד גנסיין: אתייחס בהמשך. אקרא את המכתב. זה יפה שכותבים מכתבים ואתן בדיוק את הפירוש שלהם, זו ההתחכמות שהיתה בדיוק לאורך כל הדרך. הסיבה לפניית משרד הפנים כבר ב – 2006 זה לא העובדה מלבדה שאדם נבחר לפרלמנט מטעם החמאס. זה כתוב במכתב, שהוא נמנה בהנהגת ארגון החמאס שפועלת כנגד מדינת ישראל.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז: לא 4 שרי פנים ראו את זה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: היתה הימנעות לענות לתשובה זו מצד העותרים. הגענו ל תשובה זו לראשונה עד המכתב מה – 20.5 לא היתה אף שלב שבו היתה נכונות חיובית.

כבוד השופט ח' מלצר: היה תנאי שאם הם יפתרו זה יבוטל.

עו"ד גנסיין: ויחדלו מלפעול. אלינו זה הגיע ב - 5.6. זה הוצא 5 וחצי חודשים לאחר הדיון בביהמ"ש.

כבוד השופט ח' מלצר: לא נאמר יחדלו מלפעול. כפי שקראתי בחומר, אם הם יתפטרו מהרשות המחוקקת אז למעשה שר הפנים יבטל את התנאי, כך הבנתי. למה המכתב הזה לא עונה לדרישה זו?

עו"ד גנסיין: אקריא את המכתב.

כבוד השופט ע' פוגלמן: גבירתי תראה את סעי' 26 לכתב התשובה של המדינה.

עו"ד גנסיין: אני מקריאה את המכתב. אפרט לגבי כל אחד ואחד מהם בהמשך. הפנינו במסגרת התגובה לצו ביניים, מה זה למעשה, הרי יש דין. מקריאה. אני יודעת איך אני קוראת את זה, ואיך שר הפנים קרא את זה. יש כאן מכתב, וכך לאורך כל הדרך, הם יהיו מוכנים לכתוב מכתבים אם שר הפנים יודיע להם מראש שהוא מבטל את ההחלטה לשלול את תושבותם. גם אני מוכנה לכתוב על הקרח כל מיני דברים, השאלה מה הפעילות שאני עושה בזמן שאני שולחת את עוה"ד שלי לכתוב. מה ש – 4 העותרים עושים בזמן זה, ולכן הצגתי זאת. גם אם יש לנו תיק שהוא תיק משפטי, בימ"ש זה אחרי שהוא מקיים את הדיון המשפטי, הוא שואל וצריך לשאול עצמו, האם התיק הזה על נסיבותיו הקונקרטיות שלו ועל הפעילות של העותרים, האם בתיק זה העותרים זכאים לסעד מבימ"ש זה? כאשר כל העותרים, ואקריא את המכתב מ – 2006 לגבי ההודעה על הכוונה. לא נאמר רק בגלל הבחירה שלהם אלא גם בין היתר בגלל שהם דרג הנהגה בארגון החמאס.

כבוד השופט ע' פוגלמן: אפנה את גבירתי בכל זאת לסעי' 26.

עו"ד גנסיין: אעשה זאת.

כבוד השופט י' דנציגר: גבירתי אמרה כי היא קראה את המכתב מה – 20.5 בהתאמה. האם זו נכונות כתיבת המכתב בשונה מ – אנו מתפטרים? האם גבירתי

רוצה שניקח בחשבון אפשרות שגם אם מישהו יכתוב מכתב זה לא אומר כי ניתן יהיה לרשום או לקבל את התפטרותו? מה מציק לגבירתי במכתב מה – 20.5?

עו"ד גנסיין : קודם אומרים שהמועצה המחוקקת למעשה הפסיקה לפעול.

כבוד השופטת א' חיות : יש משהו לא נכון באמירה זו.

עו"ד גנסיין : לפי חוק הבחירות הפלסטיני עד שאין בחירות חדשות המועצה המחוקקת ממשיכה להיות כזה.

כבוד השופט ס' ג'ובראן : בפועל היא מתכנסת?

כבוד השופט ח' מלצר : אז יש רציפות. הם מוכנים להודיע כי הם מוכנים להתפטר.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : יש להלכה ויש למעשה. למעשה לא.

עו"ד גנסיין : נקבע, "אני מוכן לכתוב מכתבי התפטרות למוסדות הרשות הפלסטינית".

כבוד הנשיאה מ' נאור : את זה אפשר לפתור בטכניקה כאשר עושים דברים סימולטנית, זה פתיר. ז"א אפשר להכין מכתב שלהם ושלכם ולתת אותם למתווך הוגן שיקבל אותם סימולטנית.

עו"ד גנסיין : זה כתוב בפרוט', ואקריא מדברי כב' הנשיאה. גבירתי לא אומרת כי הם יקבלו את תושבות הקבע שלהם. הם אומרים לשר הפנים כי הם מוכנים לכתוב את זה אך על שר הפנים לבטל קודם את ביטול התושבות שלהם.

כבוד הנשיאה מ' נאור : הבעיה של הסימולטניות הזו, היא פתירה.

כבוד השופט ח' מלצר : חיובים שלובים זה עניין של יום יום.

כבוד השופט ס' ג'ובראן : זה לא משחקי כבוד כאן, יש צורך להגיע להבנות.

עו"ד גנסיין : יכול להיות כי כבודכם סבורים שאפשר לפתור דברים בהבנה. ביקשתי להציג את אופן הדברים של העותרים מזה כמה שנים.

כבוד הנשיאה מ' נאור : קודם דובר על משהו מדורג. את הבעיה של מי ימצמץ תחילה, אפשר לפתור.

עו"ד גנסיין : אני מתחילה מההתחלה. אפנה למכתבו של שר הפנים מ – 2006. אני רוצה להתחבר גם לשאלת השופטת ברק ארז וגם למה שנאמר, מקריאה. זה בדיוק מה שהודע לכל העותרים. אף לא אחד מהם, ולכן צריך לקרוא את כל המכתבים הללו כולל המכתבים שקדמו לכך, וזו הסיבה ש – 3 שרי פנים נדרשו לזה.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : גבירתי אומרת כי אף לשיטתה היו כאן 2 תנאים מצטברים. דהיינו לא די היה במעורבות בארגון החמאס אלא נדרש גם האקט החיצוני של היבחרות והשתתפות בממשלה. לכן משנופל אחד מהם שר הפנים לא היה מקבל את אותה החלטה, אלא בהתקיים שני התנאים יחד.

עו"ד גנסיין : אנו מדברים על כך שב 2006 נתנו להם 30 ימים.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : גבירתי מדגישה פן אחד באותו מכתב, אך יכול להיות שיש צורך לשים לב למה שנכתב שרק בהתקיים שני התנאים השר יפעיל סמכותו.

עו"ד גנסיין : אני מוכנה להחזיר כל דבר לשר הפנים, כולל לשר הפנים החמישי, שאינני יודעת מי הוא שיהיה. אני מנסה להפנות להתחלת הדרך ולהמשכה. לא כל מה שאדם כותב במכתב, כאשר הוא פעיל, ואני מבקשת לומר את הדברים הללו, כל 4 העותרים הם בהנהגת החמאס, זו לא פעילות החמאס.

כבוד השופט ס' ג'ובראן : גבירתי מדברת בשם שר הפנים החדש?

עו"ד גנסיין : לא. אני לא יכולה לעשות זאת. טרם נבחר שר הפנים.

כבוד השופט ח' מלצר : השאלה אם גורמי הבטחון עדיין מגבים את העמדה הנוכחית, לא מה שהיה אז, כי לא ראינו חומר בעניין זה.

עו"ד גנסיין : בכל ההחלטות, לכל אחד מהשרים הושגה ההתפתחות עד למועד שכל אחד מהם ישב. השר שטרית משנת 2008 הוצג לו החומר בעניין העותרים ; כך גם לשר סעד ולשר ישי. לכן השבתי לשופטת ברק ארז ואני מנסה לומר, מה שכתוב במכתב כתוב במכתב.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: כב' השופט מלצר שאל שאלה עובדתית, מה עמדת משרד הבטחון נכון להיום?

כבוד השופטת א' חיות: אפשר להתקדם בעתירה המאוד ותיקה הזו ב – 2 אופנים: יש צו על תנאי ויש עניין של חברות שאפשר להשיב עליה לכאן ולכאן. אפשר למצוא פתרון. לשאלת חברי, אני לא בטוחה כי הפעילות שלהם רלוונטית כי העילה המיידית לשלילת הרשיון היתה, כפי שאנו יודעים, היו תוצאות של הבחירות לפרלמנט מ – 2006 שראו בכך הפרת אמונים. העניין הזה הוא לא מעודכן. נעשה צעד מצידם מעבר של להגיד שאין לזה שום משמעות מעשית, נעשה צעד שהם מוכנים להפקיד מכתבי התפטרות. על בסיס זה, אפשר לחסוך את ההתייחסות לשאלה המשפטית המאוד רגישה שמונחת לפתחנו ואפשר למצוא פתרון פרגמטי. מה שקורה היום אם יש עילות חדשות, הרי יש עילה קונקרטיית אי אפשר להיאחז במצב היום כדי לומר למה הם עשו זאת ב – 2006. הם הציגו מועמדויות וידעו מזה.

עו"ד גנסיין: למיטב הבנתי, מי שקבע את הכלל שהדין נגזר מהעובדות, זה לא אני. ביהמ"ש כשהוא דן בתיק עדיין הדין נגזר מהעובדות. העובדות כאן הן כאלה שמפעם לפעם כאשר עולה הנושא הזה בפני שר הפנים, והוא עלה בפני 4 שרי פנים, שר הפנים המכהן יושב ומקבל גם את המידע אודות הפעילות של 4 העותרים. אני אומרת זאת כי זה המידע העדכני שמצביע מפורשות על כך שכולם לא פעילות זוטרים בחמאס. כולם נמנים על הנהגת החמאס. אתייחס בהמשך לעותר אבו טיר. כולם, ואני משיבה לשאלת גבירתי, כל המכתבים שהיו בתחילת הדרך ב – 2006 הכוונה אינה מתבססת רק על הבחירה לפרלמנט הפלסטיני, אני מפנה למכתב המקורי. זה גם כתוב החל מהתגובה המקדמית. לכן כאשר הענין הזה מובא לשקילה שם הפנים אמור לשקול זאת בין היתר.

כבוד השופטת א' חיות: מה שגבירתי אומרת עכשיו זה לא מה שנאמר קודם לכן. יש כאן שינוי חזית.

עו"ד גנסיין: אין כאן שינוי חזית. אפנה לסעי' 26 ואקריא אותו בהתאמה, וזה ציטוט מהנכתב במכתב, מקריאה.

כבוד השופט ח' מלצר: מדוע הוא אמר כי הוא מוכן לבטל להם את רשיון הישיבה אם הם יתפטרו מהפרלמנט. הרי ההחלטה עומדת בעינה, וזה תנאי. אם הם מקיימים את התנאי הזה, ככל שהם יכולים לקיים את זה, כי בפועל אין ממשלה,

ככל שזה אפשרי, מדוע זה לא רלוונטי גם היום? השאלה, בשביל מה שר הפנים דאז היתנה לעותרים את התנאי?

עו"ד גנסיין: אנו מדברים על שנת 2006. שר הפנים אמר כי הטיעון בחלק השני נועד לבאר ששר הפנים הודיע להם על הכוונה הזו שהיה ואז הם יחדלו מלהיות נציגים של ארגון החמאס בפרלמנט הפלסטיני שזו רשות ריבונית עויינת, ואזכיר, כי בינואר 2006 היו אנשים שלא צפו את הצלחת החמאס. במסגרת הרפורמה הבינו מאוחר יותר כי זה שם יפה יותר, וזה לקח זמן עד שהפנימו דברים. נכון ל- 2006 אמר שר הפנים מר רוני בראון את שאמר, מקריאה. אי אפשר לקחת את החלק השני של הטיעון המשפטי ומה שהוא מסביר. כשמסתכלים בחקיקה משווה של מדינות בעולם, הטיעון המשפטי הוא לצד אמירה משפטית. זה לא רק החברות בפרלמנט הפלסטיני, וזה גם לא העובדה שאתה שר שמונה על ידי ממשלת החמאס שמתכוננת למרס 2006. אז נאמר לעותרים כי יש להם הזדמנות לבטל את החברות שלהם ולהתפטר, והיה והם יעשו זאת, כי אז שר הפנים רשאי לבטל. המהלך המשפטי שנעשה כאן הוא, שאם אתה לא נמצא יותר באותו מצב של כפל נאמנות, של פעילות לטובת ארגון שפועל נגד מדינת ישראל, אם לא תימצא באותו מצב, אשקול מחדש את כוונתי לפי חוק הכניסה לישראל. כאשר מסתכלים גם במה שנעשה במדינות אחרות כך הוא. דהיינו אתה בסיטואציה שאתה יכול לשנותה וזה נתון בידך. בעקבות זאת קיבל שר הפנים החלטה לאחר 30 יום. בכל אחד מהשלבים במהלך 2006 אין הודעה כזו ולא בכדי. הסיבה שאין הודעה כזו היא משום שכפי שאמרתי, אפשר להתפרש העניין כחדילה מהנאמנות לפעילות החמאס, לפעילות החמאס במסגרת הרשות הפלסטינית, אך אנו צריכים לקרוא את זה, בעיני, על רקע ובמהלך כל התקופה אז. לכן הפניתי לנכתב בראשית המכתב. יש לקרוא את הדברים על רקע מה קרה ב- 2006. אפשר לקרוא את השאלות המשפטיות וההכרעה בהן צריכות להיגזר מן העובדות. העובדות הן כאלה שכל 4 העותרים נמנים על הנהגתה חמאס הבכירה ביותר. הם מקיימים קשר עם הנהגה זו בחו"ל וזאת בכל הנוגע לאמל"ח ולכל מהלך הטרור. הפרפרזות האלה ניתנו. כבר ב- 2008 הצעתי להרכב שישב אז, לראות את כל החומר אודות העותרים, והעותרים סירבו אז. אולי הם מסרבים גם היום.

כבוד השופט ח' מלצר: אם סירבו, גבירתי לא יכולה לצטט עובדות כאלה.

עו"ד גנסיין: העותר אבו טיר, הורשע על זה.

כבוד השופטת א' חיות: זו לא השאלה שבפנינו. אם מישהו פעיל חמאס והוא מהווה סכנה למדינת ישראל, יש למדינת ישראל שפע של אפשרויות לנקוט בדרכים

אלה, חלק מהן ננקטו בפני חלק מהעותרים. השאלה אם אפשר לשלול את אפשרות התושבות קבע שלהם. קשה לומר כי אין לאפשר להם זאת רק בגלל הפעילות שלהם בחמאס. כעת מה שהיה שם הפסיק להיות רלוונטי מ – 2007. עכשיו גבירתי מדגישה רק את נושא הפעילות, לגבי הפעילות יש למדינה אמצעים אחרים.

עו"ד גנסיין: גבירתי מתייחסת לעותרים הללו, וזה כתוב גם בתשובה המקורית, כאילו מדובר באיזה פעיל בג'בל מוכבר או בצור באהר. הדברים כתובים בתצהיר, זה חומר שהוצג לשר סהר. כולם נמנים על הנהגת החמאס. הם ניצלו את הדרג שלהם לטובת מימון ארגוני טרור, מר אבו טיר הורשע בדיוק בגלל זה. מי שעמד בהפיכה ברשות הפלסטינית היה בין היתר אבו טיר.

כבוד השופט נ' הנדל: נלך לפי הכלל של גבירתי, הדין נגזר ממהותו. מהן העובדות כאן? ששר הפנים ציין שני תנאים. יתכן שהתנאי האחד לא ימשיך להתקיים ונותר רק עוד תנאי אחד שאין את החברות אלא רק את הפעילות בדרך ההנהגה הגבוהה. אך אז מי שצריך להחליט זה לא גבירתי אלא השר. השר לא הביע עמדה. גבירתי אומרת זה לא משנה, די בכך. לא ראיתי כי השר דן בעניין. יש נדבך נוסף, גם עמדת המדינה שזה חריג ויש לצמצם את שיקול הדעת לשיטתכם, אם אנו נלך לפי הגישה שדי בפעילות ובהנהגה אפילו פעילים מאוד פעילים זה עדיין מרחיב את הקבוצה. נראה כי לטיעון זה אין בסיס, כי העובדות והבסיס השתנו מאז. גבירתי אומרת כי עדיין יש את העניין האחר. גבירתי אמורה להגן על עמדת השר ולא לבוא במקומו. איך גבירתי יודעת מה עמדת השר בהנחה שתנאי אחד לא מתקיים?

עו"ד גנסיין: אפנה לכל המכתבים של השרים.

כבוד השופט ע' פוגלמן: צו הביניים ניתן בשאלה משפטית. כל השיח הזה לא קשור לכך. השאלה היא, האם יש סמכות או לא? זה לא קשור לעותרים. הרי אנו מפרשים את החוק.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: לאחר כל מה שנאמר, אולי גבירתי תדגיש כמה דקות לשאלה המשפטית, האם יש סמכות כפי שהצו על תנאי מנוסח? הרי בזה אנו צריכים להכריע כי זה מה שקובע הצו על תנאי.

עו"ד גנסיין: ניסיתי להראות כי הבסיס הוא לא רק הבחירות ולא רק בגלל שמישהו התמנה בהנהגה של החמאס. אני אומרת לכבודכם כי כל השרים בדקו זאת וקבעו. גם השב"כ בחן זאת.

כבוד השופט נ' הנדל: השרים לא דנו בשאלה אם העניין היה רק בפעילות ולא במשהו אחר, מה אז היתה עמדתם?

עו"ד גנסיין: כבודכם אומרים כי נראה את מה שהיה ב – 2006 כאילו נעשה, וכיום כאשר שר הפנים שוקל, הוא צריך לשקול האם לאור העובדה שהעותרים מוכנים להתפטור האם שר הפנים מוכן להחזיר להם את מה שהיה להם או לפי גישה אחרת להחזיר להם משהו בדרג מאוד מאוד נמוך, אני לא יודעת. למעשה כל שרי הפנים שקלו ב – 2008 את המצב שבו דובר על מי שלא נענה לקריאה של שר הפנים. רשיון הישיבה שלהם בוטל, לאחר מכן הם עלו מדרגה בפעילות שלהם גם אם ההנהגה הפלסטינית לא עשתה זאת בגלל פעילות כזו או אחרת שלה. השאלה היא האם הוא צריך לשקול האם מה שמוצג במצב במכתב שהעותרים מוכנים להניח מכתב התפטרות, השאלה היא, האם זה משקף את כל התמונה?

כבוד הנשיאה מ' נאור: לפי דברי גבירתי, אף אם העותרים היו מגישים כעת על השולחן מכתב התפטרות חתום שיועבר למי שצריך, עדיין גבירתי היתה אומרת כי בכל מקרה הם גם אז לא היו מקבלים שום תשובות לא קבע ולא ארעית, כי הם עדיין באותה פעילות.

עו"ד גנסיין: אני לא קיבלתי החלטה פה וגם לא מתכוונת לומר את דעתי.

כבוד הנשיאה מ' נאור: ישנה שאלה משפטית, כפי שאמר בצדק חברי השופט פוגלמן. אך אני מבקשת להבין עד הסוף את עמדת המדינה. העניין הזה שקראתי לו אנלוגיה וחילופי שבויים, גם אם היה מונח פיזית מכתב התפטרות מלא היום מה היה קורה?

עו"ד גנסיין: השר היה חייב ליתן החלטה נכון לאותו מועד.

כבוד הנשיאה מ' נאור: בהנחה שזה פתיר מה היה אז המצב?

עו"ד גנסיין: אני מוכנה להניח כי עד מחרתיים יהיה שר הפנים, אך בכל מקרה לא אוכל להתחייב. אני לא יודעת מי יהיה שר הפנים. לי לא יהיו קושי, כמו שבפעמים הקודמות הדברים הועברו לשר הפנים שכיחן דאז, כך גם היום, אין לי התנגדות להעביר את רוח הדברים לשר שיתמנה בקרוב. השר שטרית בסוף 2008 היפנה להודעה על הכוונה המקורית. אני אקריא מקביעתו. אפנה בהמשך לתצהירו של השר סער. בכל הזדמנות כזו, כאשר רשות מנהלית שוקלת נכון להיום, בהינתן תנאים מסויימים האם היא תיתן רשיון תשובות לפלוני, וכך עשו כל השרים.

כבוד הנשיאה מ' נאור: תשובת המדינה היא, שגם אם יהיו מכתבי התפטרות חתומים, לא על תנאי, לא יעזור להם כלום?

עו"ד גנסיין: השר יצטרך לשקול זאת. כשאני אומרת לכבודכם מה המידע על הפעילות של העותרים, כבודכם אומרים כי זה לא כתוב, אך זה לא נכון. זה כן כתוב. הטיעון הוא הטיעון המשפטי, אנו מוכנים להחזיר את העניין לשר הפנים. ההחלטה במקור לא היתה רק של רוני בר און אלא גם על דעת ראש הממשלה. לפי תפיסתי המשפטית, כאשר נדרש אדם לקבל החלטה נכון להיום לגבי פלוני, עליו לקחת בחשבון את כל התשתית העובדתית אודותיו. אני סבורה כי על כך אין מחלוקת מבחינה משפטית. לבוא ולקחת מ – 2006 את הפסקה השניה מה יקרה אם, ולהתעלם מהפיסקה הראשונה, אין לאפשר זאת.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז: גם לפי דברי אלי ישי גם שם יש אכן התייחסות לפעילות ולחומר המודיעיני, בכל מקרה הוא הדגיש את ההתפטרות ממפלגת החמאס וכו' (ביהמ"ש מקריא)

עו"ד גנסיין: דהיינו גם אם יש שינוי, אבל בשנת 2006 יש ממשלת חמאס בראשות אסמעיל הניה. לאחר שנה וחצי כאשר החמאס עולה לשלטון בעזה יש ממשלה ברשות הפת"ח. היום מיוני 2014 יש ממשלת אחדות. השאלה אם הפרלמנט מתכנס ואיפה איננה השאלה, זה מה שקבע השר אלי ישי. ששינוי בפרלמנט לא משנה אלא משנה במי אנו עוסקים. גם השר סער אמר את הדברים כך, ראה סעיף 7 במסמך מאוג' 2013, מקריאה.

כבוד הנשיאה מ' נאור: בשלב הזה יש שאלה משפטית וגבירתי תטען לגביה ותתייחס אליה.

עו"ד גנסיין: לגבי סמכות שר הפנים לבטל רשיון קבע – בעניינו, וזה כתוב באריכות בתשובה, הסמכות שנתונה לשר בפעולה זו מנויה מפורשת בסעי' 11 לחוק הכניסה לישראל. היא כתובה שם ויש להבדיל בין סעי' (א) ל – (ב), מקריאה. לא אתייחס לאשרה כי זו רק כניסה ואין היא רלוונטית לעניינו. אתייחס לסעיף א(2), מקריאה. מקריאה גם מסעי' (ב). לכן לשיטתנו, אנו מדברים על סעי' שחוסה תחת סעי' 10 לחוק יסוד, כבוד האדם וחירותו. לטעמנו, הסעי' שעושה הבחנה בין ביטול רשיון שניתן על פי חוק השבות שאז שר הפנים לפי סעיף (ב) יכול לבטל את אשרת העולה ותעודת העולה רק אם הם הושגו על ידי מתן ידיעות כוזבות, בעוד שבסעי' א(2) לבטל חוק שניתן לפי זה. אפשר לבטל כל חוק. מכח מה ביהמ"ש כאשר הוא

יוצק תוכן להלידל המדורג ומכח מה כאשר ביהמ"ש יוצק תוכן לשאלה האם לאדם יש מניעה פלילית, בטחונית, האם מרכז חייו צריך להיות בישראל. כל אמות המידה שביהמ"ש קיבל בהלכה הפסוקה הם אינם מנויים בחוק הכניסה לישראל אלא רק בחוק השבות. בגלל שלא כתוב בחוק מהן אמות המידה למתן הרשיון או לאי מתן הרשיון אז אין הסדר מפורש? כך היה החוק אז. החוקים נחקקו בשנים שונות. אי אפשר להתעלם מנקודה שהוכרעה בהלכה פסוקה, וזו שאלה משפטית. כאשר מוגשת עתירה ב - 1986 בפרשת עוואד. הטענה של העותרים שם שבעצם הרשיון שלהם הוא בלתי הדיר, זו הטענה. הטענה שנטענה שם, וביהמ"ש בראשות הנשיא דאז ברק, הכריע בה. נקבע כי אין דבר כזה של אזרחות או מעין אזרחות. יש אזרחות ישראל והמשפט לא מותיר שיהיו חללים. מרבית תושבי מזרח ירושלים לא נולדו ב - 1967. זה ברור לחלוטין שגם אלה שהתפקדו קיבלו רשיון ישיבה מכח ההתפקדות והם קיבלו רשיון ישיבה על ידי שר הפנים, כך נקבע לפי כב' השופט דאז, ברק. אפנה למה שנכתב בכתב תשובתנו וגם בתגובה.

כבוד הנשיאה מ' נאור : אנו בהרכב מורחב ולא של שלושה.

עו"ד גנסיין : אני ערה לכך. ביהמ"ש בהרכב של שלושה שופטים מבקש להרהר אחר החלטה זו, אך תהיה בעיה משפטית אחרת. לא אכנס לזה. זו למעשה לא רק שאלה משפטית אלא יש לה השלכות רבות לגבי מעמדם של 300 איש במזרח ירושלים. זו שאלה משפטית לצד שאלה מדינית. כב' הנשיא דאז ברק קבע את אשר קבע. לדעתי זו תשובה לשאלה משפטית, מקריאה. כתוב בנוסח הצו על תנאי האם יש להתייחס אחרת לבעלי רשיון ישיבה מסוג אחד, לאחר. אפנה לדברי כב' הנשיא דאז ברק. גם כשנחקק חוק הכניסה לישראל, כמעט ואין בעלי רשיון ישיבת קבע שהם אינם תושבי מזרח ירושלים.

כבוד השופט ע' פוגלמן :

חוק הכניסה לישראל נחקק ב - 1952.

עו"ד גנסיין : הוא נכנס לכנסת ב - 1950. נכנסו 3 חוקים במהלך הכנסת הראשונה. בין 1948 ועד 1950 ובמאוחר עד ל - 1952 לא היתה חקיקה שהסדירה, לא את מי שנולד בישראל ולא מי שהגיע אליה. גם לא היה, כתוצאה מהכרזת העצמאות והקמתה של מדינת ישראל, לא היה דבר חקיקה ממאי 1948 ועד חוק השבות ביולי 1950, ועד יולי 1952 לא היתה חקיקה שהסדירה עניין זה. עולה השאלה מה יהיה מעמדם ומה דינם לגבי אנשים שהתגוררו בפלסטינה עובר לשנת 1949 יש דיון בכנסת על זה. בין 1948 ל - 1952 אלו שנים שיש ביניהן דמיון.

כבוד השופט ע' פוגלמן: בדברי הכנסת מתייחסים לסמכות של שר הפנים האם זה מתייחס לתושבי הארץ או גם לאלה שכלפי חוץ. כשאנו באים לעשות ניתוח פרשני, וגבירתי החלה עם הטקסט אך הוא רק שלב מוצא. יש לו עיגון ראשוני לכמה גישות. כאשר באים לבחון את הסוגיות האובייקטיביות והסובייקטיביות מבינים כי לא היתה למחוקק שום כוונה לראות את הסעיף הזה כמנוף לסילוק תושבים שהם תושבי הארץ.

עו"ד גנסיין: היתה הסתייגות לחברי הכנסת שיש לאפשר רק לבתי משפט והיא נדחתה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: השאלה מצויה בגדרת הדין הנוכחי וגם בהלכת עוואד. שמדובר בפגיעה לא קונסטוטטיבית. השאלה לא מתייחסת למלוא התקופה אלא רק לצו על תנאי שזה רק לגבי חובת הפרת אמונים ורק לביטול רישיון קבע. אנו הולכים לפי הדין הישראלי. לכן השאלה האם אפשר לעשות דבר כזה כאשר המחוקק הראשי לא הגדיר, מהי חובת האימונים לאנשים שאינם תושבי ישראל ויש מגוון גדול של השקפות איזה חובות יש להטיל ועל מי שהוא אזרח. האם לא נכון שבחירה כזו לפי אמות המידה שלנו צריכה להיות על ידי מחוקק ראשי? אני מפנה את גבירתי כהשוואה למה שקרה בחוק האזרחות. שם היתה עילה מפורשת. נקבע מהן העילות בגינן אפשר לבטל בגין הפרת חובת הפרת אמונים ורק אז נפתח הפתח להפעיל סמכות מסוג זה. בעוד שאצלנו אין כלום. יש אמירה כללית מאוד. היא לא כוונה למצב כזה. אין הגדרה של חובת הפרת אמונים. השאלה היא, האם זו פרשנות נכונה של הסמכות לחוק הכניסה?

עו"ד גנסיין: לכן התחלתי בפרשת עוואד. היא עסקה בין היתר, מכח מה יש לתושבי מזרח ירושלים רישיון ישיבה? אמרתי כי אם יש טענה וכתבנו בתגובה ובתשובה הטענה היא שתושבי מזרח ירושלים בגלל שהם קיבלו רישיון ישיבה ויש להם אזרחות הם חסינים ויעשו אשר יעשו. זו המשמעות של מה שנאמר כאן. ומה ששמעתי ונשאל מפי אדוני השופט פוגלמן, יש שאלות שהן עם סימן שאלה וישנן כאלה שיסודן הוא בצו על תנאי. קראתי את הצו על תנאי. מה שנאמר נשאל בעצם כי יש נסיון לבוא ולומר כי בגלל שבחוק האזרחות במסגרת התיקון מ – 2008 קבעו רשימה סגורה של מהי הפרת אמונים כי אז יש מקום, וזה לא נאמר כך, לקרוא. כיוון שחוק הכניסה לישראל קובע כי השר רשאי לבטל, ולא כתוב מאיזה עילה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: זה ממש לא הכיוון. שאלתי בסיסית. אני אומר כי גם כשהיה עיגון ראשוני וזה לא הגיע להכרעה שיפוטית, זה נעצר אצל היועץ המשפטי, שאמר כי למרות שזה כתוב עדיין אי אפשר להפעיל את זה.

עו"ד גנסיין: זה אמר היועץ המשפטי לממשלה כבר אז, ואגב במקרים כאלה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: אצלנו אין אמירה של המחוקק מהי חובת האמונים שמוטלת על תושבים בעלי רשיון ישיבת קבע? ובאיזה מצב. השאלה האם לא צריך לעשות זאת בחקיקה ראשית?

עו"ד גנסיין: יש דברים חקיקה ישנים שהם אינם כתובים כעת. המשמעות היא, שעד שהכנסת לא תתקן את אותם דברי החקיקה, אי אפשר לשנות את הכתוב. בא המחוקק וקבע כי כאשר מדובר ברשיון ישיבה הוא לא כותב מהן אמות המידה. זה לא רק בגלל כוונה למסור פרטים כוזבים וכאשר מדובר על שבות זה רק לפי פרטים כוזבים. מה שאומר אדוני שהיום מקובלנו כי לא יעלה על הדעת שמעשה כזה ייעשה מבלי שזה כתוב בחוק. לגבי היום, אני מסכימה עם אדוני כי לו היה נחקק החוק היום, זה היה נכתב. לשיטתי אם זה היה נכתב היום אני מניחה כי זה היה נכתב. לגבי כל העותרים, בהנחה שנקרא את חוק האזרחות ולפי כל מה שנכתב, אין ספק כי העותרים נופלים במקרה שלנו. למעשה אי אפשר לדעת את התנאים והעילות.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז: זה לא רק העניין של חוק שנכתב לפי סטנדרטים נכון לאותה תקופה אלא יש רצון להחיל אותו על הסיטואציה שלא עמדה נגד עינינו של המחוקק לגבי מזרח ירושלים. יש כאן מצב שונה מזה שעמד מול חברי הכנסת אז. אם דיברנו על שני תנאים בהקשר אחר, זה לא רק זה, אלא אולי זה שניהם יחד.

עו"ד גנסיין: מה שבעיני מתחבר בעניין זה, המשמעות שכבודכם רואים. זו הסיבה שהיועץ המשפטי לממשלה נדרש לכך. מה קורה כל אימת שאנו עוסקים בסמכות שקבועה בדין ישן, מוגן בשמירת דינים ויש מי שסבור, שר הפנים או ממשלת ישראל, סבור כי נתגבשה סיטואציה בה נדרש להפעיל את הסמכות. מה שעשה מוסד היועץ המשפטי לממשלה כאשר סוגיה זו עולה בפניו ב – 2006 הוא אומר בדיוק את מה שגבירתי אומרת. סעי' זה מאפשר לשר הפנים לבטל רשיון ישיבה. הוא לא מאפשר זאת לפעיל כזה או אחר זוטר. הוא קבע מה יהיו אמות המידה. המוסד של היועץ המשפטי לממשלה הוא מאפשר את המצבים. אי אפשר להשאיר את החוק של הכניסה לישראל כאות מתה. לו יתואר שבחוק הכניסה לישראל היה כתוב מה שכתוב בתיקון 2008 לחוק האזרחות. אני אומרת כי חוץ מעניין הביטול בידי ביהמ"ש, זו ההסתייגות שלא התקבלה למשל. דהיינו חוץ מזה מבחינת אמות המידה שקבועות בחוק האזרחות בתיקון מ – 2008 אנו נמצאים בלב לבו של

התיקון מ – 2008 לגבי חוק השבות. לשיטתנו זה אנומלי. דהיינו תושב מזרח ירושלים בגלל שלא נקבעו אמות המידה אז, אי אפשר לבטל לו.

כבוד השופט ח' מלצר: נכנס חוק הכניסה לישראל. בבג"צ עוואד הנשיא דאז ברק התייחס לכך. הוא קבע כי מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הם תושבי קבע. אם זה אינטרויירס. בתקנות הכניסה לישראל הם הגבילו את שיקול הדעת הכללי המוחלט של המחוקק בעניין זה. גבירתי כל הזמן נתלית באותו סעי' של שיקול הדעת המוחלט.

עו"ד גנסיין: לא אמרתי המוחלט.

כבוד השופט ח' מלצר: שיקול הדעת המורחב. אפנה לסעי' 11(ג). שם צמצמו האפשרות לבטל ישיבת קבע.

עו"ד גנסיין: זה חזקת פקיעה.

כבוד השופט ח' מלצר: השופט ברק, חוץ מהקביעה הראשונית, הוא מתעל את הפקיעה לכיוון זה. לא בכדי היתנו אז את התנאי שהשר היתנה לגבי אם זה הם יתפטרו. לדעתי במקור, נתנו לו את ה – 30 ימים כי רצו להתנות תנאי מאוחר. אחרת אינני מבין מדוע היה התנאי הזה. בכל מקרה השאלה המשפטית היא האם התקנות של חוק הכניסה לישראל לא הגבילו את הסמכות של שר הפנים.

עו"ד גנסיין: לא, אפנה לפס"ד פתחיה, משנת 1994, אינני זוכרת את פרטי התיק. התקנות הללו נוגעות לפקיעה, זו חזקת פקיעה.

כבוד השופט ח' מלצר: הנשיא ברק דאז חזה את זה. הוא קרא לזה גם תנאי פנימי וגם תנאי חיצוני. אפנה לפסקאות 13-14 לפסק הדין של השופט ברק. השאלה המשפטית שלי, האם שיקול הדעת הרחב לא צומצם בתקנות הכניסה לישראל. איך צומצם שרק ב – 3 עילות ספציפיות אפשר לבטל?

עו"ד גנסיין: זה לא נכון. אפנה בהמשך לפס"ד עוואד. תקנה 10 קובע תקנות הכניסה לישראל תשל"ד – 1974 (פקיעת תוקפה של אשרה). אנו ברשיון ישיבה. במסגרת פסה"ד עוואד הנשיא ברק מתייחס ל – 3 שאלות: הראשונה מה אוחזים בה תושבי מזרח ירושלים? השניה, האם הסטטוס בו הם נמצאים הוא בר שינוי? מה שאדוני מפנה אליו זה לגבי הפקיעה. תקנה 10 מדברת על פקיעת תוקפה, זה לא רלוונטי. אני מפנה לתקנה 11 פקיעת תוקפו של רשיון ישיבה. משום שבפרשת

עוואד הנשיא ברק היה צריך להכריע בשאלה, האם כתוצאה מכך שהעותר קיבל תושבות אמריקאית האם זו פקיעת תושבות והאם זה בגדר התקנות? הנשיא ברק דאז קבע, כי גם אם אלמלא התקנות הנשיא ברק היה מגיע לאותה ישיבה. מדוע? כי רשיון השהייה נסמך על מציאות חיים ואין המציאות הזו לא קיימת ניתן להצהיר על פקיעתו של רשיון. סעי' 11 קובע את שקובע, עד לפסיקה בעניין פתחיה. מקריאה. מקריאה ומפנה לסעי' 11(ב). אז סעי' 11, נסיבות עובדתיות המצביעות על הסיפא. אם בעל הרשיון עזב את ישראל והשתקע בישראל – זה מתייחס לסיפא של סעי' 11. זה לא מתייחס לסיטואציה של הרישא של הסעי' הקטן המציע כי תוקפו של הרשיון לישיבת קבע, יפקע. אנו לא מדברים כאן על פקיעה ולכן זה לא רלוונטי. השנתי לכב' השופט מלצר. הסוגיה שהנשיא ברק עסק בה זה סוגיה של פקיעה בהתקיים הנסיבות שנקבעו כחזקות בתקנה של 11א. אין עיסוק במציע של תקנה 11ג. אבל, ואפנה לכך שניסיתי לדבר על הבדל בין פקיעה לביטול, מקריאה. זו לא הכרעה אינצידנטלית על ביטול. הנשיא ברק קבע את אשר קבע לגבי סמכות הביטול של שר הפנים, כוונתו לסעי' 11 כפי שאנו מדברת עליה, מקריאה. אני אומרת כי המוסד של היועץ המשפטי לממשלה לא הסתפק בשיקולים ענייניים, אפרטם בהמשך. הנשיא ברק קבע כי אחרת תיווצר אנומליה. אזרח ישראלי אפשר לבטל לו עד 2008, מ – 2008 עם הגדרה של הפרת אמונים. תושב קבע יש לו רשיון יהא אשר יהא. אני מסכימה ואין על כך מחלוקת, ביהמ"ש נדרש ליתן פרשנות לסעי' 11 לחוק הכניסה לישראל. הפרשנות הזו צריכה להיות בעינינו פרשנות מקיימת במובן הבא: היא צריכה להיות פרשנות שהסעי' הזה קיים, נדרש, הוא חיוני משום שבעיני וגם בעיני היועץ המשפטי לממשלה. לא יעלה על הדעת של אזרח ישראל ניתן לבטל לו.

כבוד השופט ח' מלצר: אזרח ישראלי מצופה ממנו חובת אימונים למדינה. מי שאינו תושב קבע חובת האימונים שלו פחות. אני לא אומר ללא אימונים בכלל, אך היא פחות.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: הרי לא מצפים ממנו כפי שמצפים מאזרח. מה שכתבתם זה משהו בסיסי. מה הבסיסי הזה?

זה בדיוק מה שיש בפנינו. יש אנשים שמבקשים שיהיה להם חופש פעולה מלא בשטח מדינת ישראל, מבקשים לאחוז בתעודת אזרחות ישראל ומכח זה הם מבקשים לפעול ולחתור תחת קיומה של היישות הישראלית – זה המצב, זה מה שאנו כותבים. אנו מדברים על משהו בסיסי.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : ומי שמבצע פעילות טרור? מה זה הבסיסי? מה קובע אותנו?

עו"ד גנסיין : זה כתוב באריכות בכתב התשובה. היא הנותנת. מאז 2006 ההחלטה הזו נתקבלה באישור היועץ המשפטי לממשלה ב – 2 הזדמנויות. בפרשה זו ובפרשת חברי פעילות סילואן. שם דובר באנשים שניצלו לרעה את ת.ז. הישראלית. נעו מהשטחים לישראל עם העברת מטענים והקמת תשתית בשטחים וניצול לרעה של אותו חופש תנועה ותעודת זהות כחולה. אני חלילה לא מקלה ראש במותו של אדם אחד או שניים. זה כתוב במפורש, זו תעודת הבטחון. היועץ המשפטי לממשלה קבע כי כאשר מדובר בחוק בגלל שהוא חוק ישן שזו היתה שיטת שנקבעו בחוק האזרחות, כאשר מדובר בחוק בגלל שהוא חוק ישן שזו היתה שיטת החקיקה אז, ההתאמה לימים שלפנינו בהם קודם קבלת ההחלטה ואף אחד לא חולק על כך קודם קבלת ההכרעה שהיא כ"כ משמעותית כאשר מדובר באדם שהוא בעל רשיון קבע במזרח ירושלים נדרש לענות על תנאים מסויימים. אומר יותר מזה, גם לא היתה פניה ליועץ המשפטי לממשלה או לשר הפנים לגבי עוד רבים. לא זוטרים ולא לגבי מנהיגים בדרג ביניים. דהיינו אותו פיקוח ואמות המידה שהמחוקק הראשי ב – 1952 לא כתב אותם, נוצק להם התוכן במסגרת אמות המידה שקבע ביועץ המשפטי לממשלה. אמרתי יותר מזה, גם אם תאמר שאותן אמות מידה שנקבעו בתיקון הן אלו אמות המידה, אני אומרת כי לא רק שאנשים אלו הם בתוך הקריטריונים שנקבעו בחוק האזרחות, אנו מחמירים אפילו עם עצמנו לגבי תושבי מזרח ירושלים.

כבוד השופט ע' פוגלמן : מה זו פרשנות מקיימת?

עו"ד גנסיין : אפשר למצוא לזה ביטוי אחר. כתבנו זאת, אנו סבורים כי החוק של סעי' הכניסה לישראל לא קובע את אמות המידה אלא לפי שיקול דעתו. אנו לא אומרים שיקול דעתו המוחלט וגם לא כתבנו זאת. אך פרשנות מאפשרת סטנדרטים חוקתיים. התפיסה היא, שביהמ"ש כאשר הוא נדרש ויש סעיף בדבר חקיקה ראשית. יש סעי' שהסטנדרטים של החקיקה שלהם אחרים מהמקובל היום. אומר הנשיא ברק וגם אנו אומרים כי בסיטואציה בה לאדם יש רשיון ישיבת קבע, ובהינתן המצב המיוחד, ואנו מקבלים זאת, שבעלי רשיון קבע במזרח ירושלים הם לא אלה שהגיעו וקיבלו רשיון קבע מהצורך של איחוד המשפחות למשל.

כבוד השופטת א' חיות : כשמדובר ברשיון קבע זה עניין דרמטי. השאלה עד כמה הרקמה הזו צריכה להישאר פתוחה? האם לא היה מקום שתהינה הנחיות כתובות וברורות לגבי אופן החלת שיקול הדעת של השר בנושא זה?

עו"ד גנסיין: כמדומני זה כתוב. אם גבירתי מדברת על הנחיית היועץ המשפטי – למעשה זה כתוב, ההנחיות שניתנו לשרי הפנים מאז שהיועץ המשפטי ב – 2006 נדרש לזה, למעשה כאן הוא המקרה הראשון כפי שכב' השופטת ברק ארז אמרה. ב – 9 שנים מ – 2006 ועד היום.

כבוד השופט ע' פוגלמן: למעשה זה היה עוד מ – 1977.

עו"ד גנסיין: נכון, וגם החל מ – 2006. עד כדי כך ההנחיות של היועץ המשפטי לממשלה ההנחיות הן כ"כ ברורות שלא עלתה אף לא ב – 2006 (כב' השופט פוגלמן העיר כי זה החל מ – 1977) לכן 2 הפרשיות היחידות שהיועץ המשפטי קיבל החלטה זה בפרשה שבפנינו, ושל חברי חוליית סילואן שכל אחד מהם היה אחראי ל – 34 אנשים.

כבוד השופטת א' חיות: כוונתי למשהו שכאשר שר ירצה להפעיל את הסמכות שלשיטתכם נתונה לו לפי סעיף 11 יהיו הנחיות ברורות של היועץ המשפטי לממשלה, לפי מה הוא יכול להפעיל את סמכותו. תהיינה הנחיות ברורות.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: בהצטרף לדברי חברתי, באם אין חקיקה שקובעת זאת, אז למצער שיהיה תפריט פעולה על ידי היועץ המשפטי כדי שלא יהיה ויכוח בנושא המסגרת. אוסיף ואשאל, האם גבירתי יכולה לומר בכמה משפטים מהי חובת הנמנות של תושב הקבע?

עו"ד גנסיין: לא לחתור תחת קיומה, כי הרי לא מדובר בפעיל חמאס זוטר.

כבוד השופט ח' מלצר: אם הוא זוטר מותר לו? אני לא מבין את עמדת גבירתי.

עו"ד גנסיין: אז יגידו חבריי שזה בלתי חוקתי. כב' הנשיאה ישבה בתיק האחר על תקנה 79 ל חוק בתי הסוהר. שם היה מדובר על תקנה. הטענה היתה כי למרות שזה לא לצורך שירות משפטי לעשות מעשה שהוא לא בגדר ייעוץ משפטי, הסעי הכללי שהשר יכול להתקין תקנות בכל הנוגע זה למעשה סעי' כללי זה לא מספיק כדי שזה יהיה הסמכה מפורשת, זה התיק הזה. זו בדיוק טענתי – אצלנו יש הסמכה מפורשת. מה שמטריד את כבודכם הטריד גם אותנו. זה נעשה על ידי בימ"ש זה בתיקים שכאשר המדינה אומרת כי אלו הם הסטנדרטים ואמות המידה החוקתיות והמנחות הדבר מעוגן בפסק דינו של בימ"ש זה ובכך אותן אמות מידה הן הדין שמאפשר להפעיל את הסמכות שנקוטה ונקובה בסעי' בחקיקה על פי

הסטנדרטים של קביעת אמות מידה, כך נעשה בבג"צ על חוק נתוני תקשורת. המדינה אמרה כי זו הפרשנות שלה. כי מדובר על פגיעה בזכויות. הפרשנות של המדינה כפי שהיא ניתנה עוגנה בפסה"ד. בכך ביהמ"ש מעגן את אותן אמות מידה ואותה פרשנות שהיא פרשנות כפי שהמדינה רואה אותה כשומרת על שלטון החוק ומגנה על זכויות אדם הוא מעגן אותו בפסה"ד ובכך הוא הופך כדין המחייב את הדרג האדמיניסטרטיו. ברור לי מה תהיה התוצאה של דבר כזה אלא שאותן מגבלות שמה שהיועץ המשפטי לממשלה כמוסד קבע את אותם הדברים, אנו עומדים מאחוריהם.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : איפה הן פורסמו העמדות הללו?

עו"ד גנסיין : התיק מתנהל באופן פומבי.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : הפסיקה קובעת כי כאשר מדובר בסטנדרטים קשה להעלות על הדעת מאשר קריטריונים שהם נסתרים.

עו"ד גנסיין : מה שגבירתי אומרת זה שהמחוקק של מדינת ישראל ב – 1952 חקק חוק, הסעי' זה חוסה תחת עקרון הדברים בסעי' 10. צריך לצקת תוכן ויואיל המחוקק הראשי היום לכתוב את אמות המידה הללו. כבוד השופטת ד' ברק-ארז : זו לא היתה השאלה.

עו"ד גנסיין : אעבור לכלל ההסדרים הראשוניים. אנו לא שם. עקב בצד אגודל.

כבוד הנשיאה מ' נאור : גבירתי תשיב לשאלות חבריי.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין : מהי חובת האמונים הבסיסית שהפרתה היא עילה לביטול? במה חייב האדם תושב מזרח ירושלים למדינת ישראל כחובה?

עו"ד גנסיין : פעילות ברמת הנהגה גבוהה שחותרת תחת אמת מידתה של ישראל, זה כתוב.

כבוד השופט ח' מלצר : עמדה זו היא לא קוהרנטית. מכך אפשר ללמוד שפעילות נמוכה מותרת?

עו"ד גנסיין : אנו בהחלט בהקשר של אמות המידה שהינחה אותנו היועץ המשפטי לממשלה, מבלי לקבוע רשימה סגורה, וזאת על מנת לא להרחיב את השימוש בסעי'

זה. ביקש היועץ המשפטי לממשלה כמוסד לא לקבוע רשימה של מקרים או דוגמאות של מקרים בדיוק על מנת שלא להרחיב זאת וכדי שזה יהיה נדיר וחריג בקיצוניותו, כי הקבוצה הזו שונה ומאובחנת מבעלי רשיון ישיבה אחר. לכן המטרה לא לקבוע פעיל חמאס ברמה בינונית וכו', אנו מדברים על הנהגה מאוד בכירה בארגון טרור. שארגון הטרור פועל באמצעים מזויינים וחותר תחת אמת המידה של ישראל.

כלל ההסדרים הראשונים, מאיפה הוא מתחיל? אפנה לפרשת ייצוא הגז הטבעי בגז 4491/13. מאיפה התחלנו? אנו לא נמצאים במקום הזה. בפס"ד רובינשטיין יש סמכות שתהא כללית מאוד מכוחה ניתן פטור מלא לעשות אלפי אנשים. אנו לא נמצאים בכלל שם. זה לא המקרה. בצדק נקבע כי כאשר היקף התחולה גדול יותר ברור שאותו עוגן שקיים ישמש לצורך שרטוט מדיניות כללית. אפנה לקביעתו של השופט ג'ובראן, מקריאה. שם באותה פרשה כבי' השופט ג'ובראן היה בדעת מיעוט אך חשוב לי להפנות לקביעה המשפטית לפני התרגום של המקרה שם, מקריאה. בהקשר לזה ציין הנשיא ברק בפרשת רובינשטיין, אפנה לחוות דעתו של השופט ג'ובראן וכן בפסיקתו של כבי' הנשיא דאז, השופט גרוניס. אנו לא נמצאים במצב של ייצוא הגז סעי' 33-34 לחוק הנפט ומכח העוגן שביהמ"ש נותן לו פרשנות. זהו הסדר שתחולתו כללית אך יש לו השפעה לשנים ארוכות. אנו נמצאים במקום אחר לחלוטין, הפעלת סמכות מפורשת בחוק שלנו לא נקבעו אמות מידה להפעלתה, אך המקרה שלנו איננו מקרה של שימוש בסעיף לצורך קביעת מדיניות כללית אלא לצורך החלטה פרטנית. אין לנו החלטה פרטנית שיושמה פעמים רבות אלא החלטה שהתקבלה במספר מועט של מקרים. יש לנו כאן החלטה שזו ההבחנה השלישית בהקשר של כלל ההסדרים, שאין מחלוקת שזהו ההסדר שנקבע בחוק, ושנקבע במפורש שיש לשר הפנים את הסמכות. השאלה העומדת לבחינה היא, מה קורה בהעדרן של של אלה?

כבוד השופט ע' פוגלמן: השאלה היא האם הסמכות קיימת והאם צריך לפרש את הסעי' כפי פסה"ד של גנימאת באופן שהחריג מתוכו שאלות מסויימות. זה עומד להכרעה.

עו"ד גנסיין: פרשנות שאיננה הופכת את הסעי' לאות מתה.

כבוד השופט ע' פוגלמן: הסעי' מדבר על רשיון ישיבה. הרוב המכריע של רשיונות אלה זה מדרגים שונים. זה החל מהמדרג הכי בסיסי. לכן הסעי' מופעל כל הזמן.

עו"ד גנסיין: ממש לא. לא מבטלים רשיונות ישיבה כל הזמן. לא לגבי רשיונות ישיבת קבע ולא ישיבת ארעי.

כבוד השופט ע' פוגלמן : גם מי שנכנס לארץ לשבוע או 10 ימים, זה רשיון ישיבה.

עו"ד גנסיין : ממש לא. אולי חלף זמן רב מאוד מאז 2002. פסה"ד שאני י כולה לחשוב עליו זה פס"ד של בראם קרלסון. גם השופטת חיות השתתפה בדיון זה. הוא ביקש להיכנס לצורך פעילות והותרה כניסתו למדינת ישראל בתנאי שלא ייכנס לשטחים. היה תנאי כזה. ניתנה לו אשרה שמותנית ולטובתה ניתנה ערבות להבטיח את התנאי. אותו אדם הפר את התנאי וחולטה הערבות.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : אם לא היתה תנאי מפסיק. נניח שהיה מצב של מהגר עבודה מקבל היתר כניסה לישראל והמנגנון היה בלא תנאים מפסיקים ואם אדם היה מפר זאת היה אפשר לבטל. זה שהמדינה מעדיפה להשתמש בתנאי מפסיק זה לא אומר שזה לא היה עומד אלמלא התנאי הזה.

כבוד השופט ע' פוגלמן : דברי גבירתי נרשמו בפרוטוקול.

עו"ד גנסיין : לא אכנס לבחינה עובדתית אלא המשפטית בלבד, מה שאמר השופט פוגלמן, נקרא את סעי' 11 לחוק הכניסה לישראל כתוב רשיון ישיבה ולא כתוב ישיבת קבע, בהקשר לזה, ניסיתי לבוא ולומר כי אי אפשר להותיר את סעי' 11 לחוק הכניסה לישראל כאות מתה. כי לא כתוב איזה רשיון ישיבה, וזה מה שאומר כב' הנשיא, בפרשת עוואד.

עו"ד כוכבי : באשר לשאלה המשפטית, אין לי מה להוסיף. חברתי פירטה את הדברים.

עו"ד קוואסמי : אתייחס לעובדות. חברתי דיברה עליהן אך לצערי היא לא דייקה בהרבה מהן. אזכיר כי ב – 15.1.06 הממשלה נתנה החלטה. אתייחס אליה כי חברתי אומרת כי לא ידעו שהחמאס משתתף אלא ידעו לאחר מכן ואמרו כי השינוי והרפורמה מתייחסת לחמאס וזה לקח זמן. אפנה לנספח ג' לעתירה, מקריא. כלומר, ישראל ידעה לפני קיום הבחירות מי משתתף בבחירות ולמרות זאת היא התירה את הבחירות, כולל בירושלים. הסייג היחיד היה כי היא לא תשתף פעולה, איסור פעולה בירושלים. היא איפשרה לאנשים להיבחר בירושלים, סניפי הדואר שימשו כקלפי. גם העותרים נבחרו. אפשר היה לבחור אותם בקלפי בירושלים, והכל בידעת מדינת ישראל. כאן ההסתמכות של העותרים לגבי ההשתתפות בבחירות. ובעצם, במהלך תעמולת הבחירות וציינו זאת קודם, וגם לאחריהן, כל הזמן העותרים זומנו למשטרת ישראל. נאמר להם כי לפני הבחירות

לא רוצים שהם יעשו שום תעמולה בירושלים. ואחרי הבחירות הם מתנגדים לפעילות שלהם בתוך ירושלים. לא נאמר להם כלום לגבי השתתפותם בבחירות, גם לא לגבי הזכיה שלהם בבחירות. אף פעם לא נאמר להם אלא רק לאחר 4 חודשים בהיבחרם, במאי 2006 ששר הפנים רואה בנצחון שלהם הפרת אמונים למדינת ישראל. חברתי קראה ממכתבו של שר הפנים ורק את חלקו, וחבל. מקריא (ראה, נספח ה' לעתירה). כלומר השר, מלכתחילה המעשה שמהווה הפרת אמונים זה החברות בפרלמנט בחמאס. הפרשנות הגיונית לאחר שאנו קוראים את התנאי. ראה הפסקה האחרונה, מקריא. כלומר, השר היתנה את מימוש הכוונה אך ורק בחברות במועצה המחוקקת. השר היה יכול לחיות עם הצו שבו אנשים אלה שלשיטתו הם פעילים בחמאס יחיו בירושלים ויקבלו תושבות קבע.

כבוד הנשיאה מ' נאור: רק לשיטתו?

עו"ד קוואסמי: אני חוזר בי ממילה זו. גם בהחלטה עצמה נאמרו אותם הדברים, מקריא. אני חוזר לעניין הארכה שביקשנו. אכן, הסוגיה דן סבוכה.

כבוד הנשיאה מ' נאור: אמרנו קודם כל הבעיה פתירה. לא השכילו העותרים להביא את זה למצב של נטרול האפקט של החברות. כי מה שכתבתם זה שיהיו מוכנים לכתוב מכתבי התפטרות במידה ווהחברות תבוטל. אף פעם לא נעניתם לדברים במובן זה של הנחת כתבי התפטרות.

עו"ד קוואסמי: העותרים נעצרו לפני המועד שפג כפי שקבע שר הפנים.

כבוד השופטת א' חיות: אך זה היה ב – 2013.

עו"ד קוואסמי: בפניה לשר הפנים הם אמרו והצהירו כי הם מוכנים להתפטר.

כבוד הנשיאה מ' נאור: נלך לפי המכתב שלפני בדיוק שנתיים משנת 2013. כאשר אמרתי קודם כי הבעיה פתירה, התכוונתי להתניה הזו. נדמה לי כי במקרה המעשי, אין לכך ערך רב, אך אף פעם לא שמתם את זה נקי.

עו"ד קוואסמי: לא שמנו את זה נקי, וגם היום אנו עושים זאת. אנו באים ואומרים כי לגבי אחד מהם זה לא רלוונטי. כי ברגע מעצרו מ – 2006 הוא הפסיק להיות שר. לגבי ה – 3 האחרים אנו אומרים במפורש למרות שלדעתנו אין לשר סמכות כזו, הם מוכנים להתפטר. הם יתפטרו.

כבוד הנשיאה מ' נאור : האם הם ישלחו מכתבי התפטרות.

מעשית אי אפשר לעשות זאת כי אין מועצה. חברתי תגיד לי את הדרך, ונעשה זאת. חברתי יודעת כי מ – 2006 אין מועצה מחוקקת.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז : מה יותר קל מלכתוב מכתב ולשלוח זאת?

עו"ד קוואסמי : נשלח את זה לאבו מאזן.

כבוד השופטת א' חיות : העניין תלוי באקט שלהם.

עו"ד קוואסמי : אני מסכים לזה. כבודכם תאמרו לי לאן לפנות ואעשה זאת. אחזור ל – 2010 – אנו כינסנו מסיבת עיתונאים בה העותרים אמרו כי הם מתפטרים מהשינוי והרפורמה אינם מייצגים את החמאס בממשלה המחוקקת. היום הם מוכנים להגיש מכתב שהם מתפטרים מהמועצה המחוקקת בכללותה. הם יעשו זאת. השאלה למי הם יפנו?

כבוד השופט ח' מלצר : שיגישו זאת לבית משפט זה.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז :

הוא מוכן לכתוב הצהרה שהוא לא רואה עצמו שר?

עו"ד קוואסמי : כן, הוא מוכן.

כבוד הנשיאה מ' נאור :

אדוני יתייחס לשאלה המשפטית כעת.

עו"ד קוואסמי : חבריי יתייחסו לזה.

קלדנית : רונית

עו"ד פלר : בצד המשפטי אתייחס לצו על תנאי שניתן, לשטיתנו אין סמכות להפקיע מעמד בנסיבות האלה, הוראות סעיף 11 לחוק הכניסה לישראל, מדובר

בסמכות כללית. כפי שטענו בדיון שעבר, אתמקד במספר היבטים שעמדנו עליהם שעל פי הפסיקה יש לעמוד בהם, שלושה פרמטרים כדי לקבוע האם שעה שחקיקה קובעת סמכות כל כך גדולה, רחבה וכללית וסתומה אמנם עומדת בסמכות.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: אולי אדוני מוכן להתייחס לשאלה ואם כן באיזה היקף חובת נאמנות, חובה כלפי המדינה. חוץ מהחובה לא לעבור על החוק. באיזה מישורים מדובר כאן.

עו"ד פלר: שלושת הפרמטרים שיש לעמוד בהם, האם הסמכות הזאת האם מדובר בפגיעה בזכויות אדם והשאלה מה עוצמתה. האם נשמר עקרון הפרדת הרשויות, האם אפשר לטעון שהכנסת הסמיכה במפורש את השר לנהוג כפי שנהג והשאלה השלישית היא האם לא נפגע שלטון החוק. אני מבקש לבחון כל אחד מהפרמטרים האלה. הפכנו והפכנו בתשובת המדינה והתקשנו למצוא התייחסות שמדובר באחת הפינות הידועות ביותר. הפגיעות הקשות עם התוצאות הרות הגורל ולא אפנה את בית המשפט, התייחסנו לכך בחוות הדעת שלנו. עם דבריהם של בתי המשפט ברחבי העולם. לא דובר בעניין מינורי, לא מדובר בעניין שאפשר להקל בו ראש ולא בכדי מדינות דמוקרטיות מעטות נוהגות כך, ועוד מעטות גם אלה שיש להם סמכויות בפועל נוגעות לשלול מעמד מטעמים של הפרת אמונים, הפרמטר השני הוא עקרון הפרדת הרשויות. הכנסת מעולם לא אמרה את דברה לעניין הפקעת רשיונות של ישיבת קבע. נזכיר שגם חוק האזרחות לא קבע כללים לעשות זאת. היועמ"ש לממשלה אסר לעשות שימוש ונדרש לעשות תיקון חקיקה, גם העילה לא נזכרת כלל בשום פנים ואופן. העילה נזכרת לעניין מזרח ירושלים וסיפוח העיר ב-67', המורכבות המיוחדת וסיפוח העיר. ברור מאליהם והדברים נאמרו על ידי שופטי ההרכב בדיון הקודם, זה לא עסק ולא התכוון לעסוק בסוגייה המרכזית. מצופה היה שהמחוקק יצוק תוכן והוא לא עשה את זה. הבסיס שעליו חברתי נשענת זה פסק הדין בעניין עוואד, חברתי מבקשת למשוך משם סמכות אבל עם כל הכבוד פסק הדין מעורר קשיים רבים. גם אם זה לא נוגע ישירות לדיון כאן, הלכת עוואד, כמובן יודעים שיש טעמים מסוג ההתייחסות המשתמעת מתושבי מזרח ירושלים, והן בגלל התוצאות המעשיות הטרגיות של הפרשנות שיצק המשיב בהלכת עוואד. מנוף לדילול אוכלוסין במזרח ירושלים. כידוע הנושא הכאוב הזה חוזר ומגיע בפני בית המשפט וגם בפני ערכאות נמוכות יותר. גם שם נבקש לעמוד ואנחנו מבקשים מבית המשפט שוב ושוב לבחון את התוצאות הקשות מאוד שיש לאותה הלכה ובית המשפט מודע לסוגיה הזאת, לתוצאות שלה ולהיבטים הנורמטיביים, הן ביום שניתנה וגם היום בשעה שמקורות נורמטיביים נוספים משפיעים.

כבוד הנשיאה מ' נאור: אם לא מכח חוק הכניסה לישראל, יש לאדוני מקור אלטרנטיבי להגדרה הזאת?

עו"ד פלר: אנחנו לא כופרים שתושבי ירושלים הם תושבי קבע. אנחנו סבורים שהפרשנות שהיתה צריכה להינתן בסוגייה הזאת היתה צריכה להינתן במקרים המיוחדים. החיבור לא צלח, יוצר תוצאות טרגיות, אנחנו חושבים שיש לתת פרשנות אחרת לכל מי שרכש את מעמדו במזרח ירושלים. זה בתיקים האחרים. הרחבנו על זה בחוות הדעת והדברים נכונים כאן ובתיקים העוסקים בהתיישבות. במזרח ירושלים חלה מערכת שלמה של דינים, חוק כניסה לישראל לא חל לבדו בחלל ריק. השטח הזה על פי הדין הבינלאומי וגם בית המשפט אמר, זה שטח כבוש.

כבוד הנשיאה מ' נאור: נתקדם ונעסוק במשפט הפנימי.

עו"ד פלר: אני חושב שהמשפט הפנימי חייב לתת הוראות למשפט הבינלאומי.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: דברי בית המשפט בהאג כל כך לא שייכים לעניין.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז: השאלה האם יש לאדוני טיעונים פרשניים מתוך המשפט הישראלי עצמו, אולי החלה אחרת של חוק הכניסה לישראל?

עו"ד פלר: הדברים הם ברורים ממציאות החיים, לא מדובר, חוק כניסת ישראל מדבר על מי שבא לישראל וקיבל אשרה ולאחר מכן קיבל רשיון. מכאן צריכה להגזר הפרשנות השונה, זה בגדול קו הטיעון. מן הראוי היה שהדין יפורש בדרך הזאת ולא יתייחס לאותם אנשים. אני אמשיך לעניין הלכת עוואד, גם אם אנחנו מקבלים אותה על התובעים, היא עוסקת בנסיבות אחרות, מוסבר בתקנות ועניין של מרכז החיים. גם אם נקבל את ההלכה כפי שהיא היא ניסתה לייצר הרמוניה בין מרכז החיים לבין הדין. אנחנו עוסקים בהפקעה יזומה של המעמד בידי שר הפנים, שלישית וגם בכך העיקר, מאז חוקק החוק היו שינויים נורמטיביים והם כוללים את חתימת הסכמי אוסלו וחקיקת ההסכמים, שבהם קבעו את זכותם של תושבי מזרח ירושלים לבחור ולהבחר, הממשלה אפשרה את זה. גם באחרונה שבה עוסקת העתירה הזאת. הפרמטר השלישי שביקשתי להתייחס אליו הוא עקרון שלטון החוק, האם מדובר בחקיקה שהיא ברורה דיה על מנת שאדם יוכל לדעת כיצד מצופה ממנו לנהוג, התשובה היא במפורש לא, החוק לא קובע קריטריונים ולא קובע אמות מידה, הוא לא קובע שאם עדיין נהג בדרך זו או אחרת, הוא ימצא

דרך לשמור עליו. המדינה לא יכולה לטעון שמישהו מהעותרים יכול היה לחזות שהשתתפות בבחירות היא על פי הדין. הדין קבוע שתושבי מזרח יכולים להשתתף בבחירות. היא עודדה במפורש את תושבי מזרח ירושלים להשתתף בהם. חברי קרא מתוך הודעת הממשלה, הבאנו את דברי ראש הממשלה המפורשים שחרף השתתפות חמאס בבחירות האינטרס של ישראל זה שתושבי מזרח ירושלים ישתתפו בבחירות. כך אומרים לפני הבחירות ואז מתקיימות הבחירות, והתוצאות כפי שהם ואז משתנים כללי המשחק. כך זה לא חקיקה שאדם יכולים לחוקק את החוק על פיה. הצבענו על סיטואציות דומות לעניין הזה על פקיעתה של אזרחות באותם מקרים מטעמים שכך המדינה במקרה הזה מסיקה שאדם נשבע אמונים למדינה אחרת על ידי השתתפות בבחירת הפרלמנט, אותו אזרח אמריקאי יהודי שהשתתף בבחירות לכנסת השנייה, ושם הסיקו שהוא הביע אמונים לישראל, עניינו הגיע לבית המשפט העליון שביטל זאת. בית המשפט הפדרלי בניו יורק ביטל את האזרחות של כהנא. בשעה שנבחר לכנסת והצהיר אמונים הוא לא נאמן עוד כפי שהיה נאמן, בית המשפט קבע שהוא אל נאמן עוד.

כבוד השופטת א' חיות: השאלה האם זו השוואה רלוונטית כי ישראל וארה"ב לא יריבות. כשאנחנו מדברים על גוף שהוא מצהיר על עצמו שהוא עוין למדינת ישראל שהיה שמח לראות שלא תתקיים יותר, האם זה לא משנה?

עו"ד פלר: השאלה היא לא האם ישראל היא מדינה עויינת או שצריך לעשות את זה כאדם מביע אמונים למדינה.

כבוד השופטת א' חיות: זו לא דוגמא, כשאררה"ב בסכסוך עם קובה היא לא מרשה לייבא סיגרים משם אז קל וחומר אם מישהו היה מצהיר על אמונים לארץ אחרת.

עו"ד פלר: התשובה היא שלא משנים את כללי המשחק. מעבר לכך המעמד של תושבי מזרח ירושלים הוא מעמד מיוחד ומכאן נגזרת שאלת הנאמנות שבה עוסקת המדינה, אנחנו סבורים שאי אפשר ופה אי אפשר להתעלם מהם ואי אפשר לחייב בחובות נאמנות בטח לא בדרגה הזאת ולא בשעה שהם משתתפים בבחירות בישראל, אפשר היה ולא מבחינה אזרחית, לכפות אזרחות ולא תושבות קבע.

כבוד הנשיאה מ' נאור: הטענה היא שיש אופציה לקבל אזרחות.

עו"ד פלר: אין ולא יכולה להיות ציפייה לנאמנות מאותם אנשים.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: יש מנהג לנאמנות ואף אחד לא מבקש לחתום על משהו דרמטי.

עו"ד פלר: האנשים הפרו את החוק, יש אין ספור הוראות שהוזכרו במהלך הדין. טרור ועוד אין ספור אפשרויות של פעילות עויינת.

כבוד השופט ע' פוגלמן: תשובת אדוני היתה זהה גם אם זה היה נקבע בחקיקה ראשית?

עו"ד פלר: אני סבור שחקיקה ראשית התייחסה לתושבי מזרח ירושלים. לו החקיקה היתה מסדירה במפורש נאמנות של תושבי מזרח ירושלים זה היה מעלה שאלות כבוד משקל.

כבוד השופטת ד' ברק-ארז: אדוני סבור שתושבי קבע סתם במדינת ישראל יש תושבות ורכש מעמד, אם כן מהי? או שאדוני אומר שתהא החובה אשר תהא זה לא חל על התושבים במזרח ירושלים.

עו"ד פלר: בהליך ההתאזרחות, לא מדובר באקט סימבולי בלבד. ההליך טומן בחובו את שורת האמונים. לו ניתן היה לי לפרש, תושבי מזרח ירושלים שיכולים להגיש בקשות התאזרחות, ההצהרה היא חסם מאוד מרכזי והדבר אמור להשתקף. הם יכולים לעלות לישראל ואז חוק השבות קובע עניינים של עילות סף למעמד בישראל. שם אדם מקבל על עצמו, אני מוכן לקבל שאדם שמהגר לישראל ומבקש לרכוש לו מעמד מקבל על עצמו חובות נאמנות ומקבל את חובת השירות הצבאי שהיא חלק מהחובות שיש עכשיו קבע. אני לא אומר שחובת הנאמנות מוגבלת, אני חושב שאדם שביקש לרכוש מעמד והגיע לישראל, אני חושב שסעיף 11 היום הוא מאוד מאוד מורכב. היועמ"ש סבר שבנוסח שאישר וקבע עילה של הפקעת אזרחות, אי אפשר להפעיל אותו משום שלא נקבעו הבטוחות המתאימות, חוק הכניסה לישראל היה צריך לחשוב על הדבר הזה. היא לא מוטמעת לא בחוק האזרחות ולא בחוק הכניסה לישראל.

כבוד הנשיאה מ' נאור: אז אומרת חברתך שזה מקל וחומר, היעלה על הדעת שאזרח אפשר להפקיע לו תושבות על כך שמעמדו פחות.

עו"ד פלר: מקל וחומר יש עילה מפורשת בחוק, שבו החקיקה נרשמה כמו שהיא.

כבוד השופט ח' מלצר: אדם שהגיע לישראל וביקש לא אזרחות אלא תושבות קבע, מכח זה הוא צריך לשרת בצה"ל, נניח שקוראים לו לשרת בצה"ל ואז הוא אומר שהוא לא חש אמונים למדינה והוא מסרב לשרת בצה"ל, האם זו עילה לשלול לו את תושבות הקבע.

עו"ד פלר: אני חושב שהשאלה היא מורכבת. אני לא משוכנע שבאופן שבו החוק מנוסח כיום יש סמכות כזאת. אני סבור שאין סמכות כזאת. אני חושב שהדבר הזה צריך משום הפגיעה בזכויות אדם, זה צריך להיות מוסדר בחוק. וכל עוד אין הסמכה מפורשת.

עו"ד ג'אברין: אני רוצה שתי הערות, אחת קשורה לפסק דין אחרון שרצה לעשות אנלוגיה ביניהם, האם אפשר להשתמש בהצעה שניתנה, בית המשפט ציין שהתסריטים שהגיעו אלינו לאחר '67 לא היו חלק מחקיקת החוק ולכן בגלל המצב האבסורדי, בית המשפט הגיע למסקנה שבמקום להכריז על בטלות החוק וכי זה אפשרי, אי אפשר בגלל שמירת הדינים, הוא ציין את דרכי הפעלתו ואיך לא להפעיל את חוק נכסי נפקדים, בית המשפט התייחס לקונטקסט. לכן הקונטקסט איך שבית המשפט התייחס אליו צריכה לעזור לפרשנות סעיף 11, יש דבר חשוב שבקביעה בעניין חוק נכסי נפקדים שבית המשפט ציין שצריך להפעיל אותו כאשר אתם מוכיחים לי שלא היתה לכם אפשרות קרקע מבלי להשתמש בחוק נכסי נפקדים. לדעתי מבלי להכנס מהו התוכן הפרת האמונים וגם אנחנו מתקשים במה אנחנו מתכוונים אז אם מפעילים את הרציונאל של החוק ומגיעים למצב שיש הפרה של אמונים במדינת ישראל והמשפט הוא לא יכול לתפקד ולתת מענה אז יכול להיות במקרים הקיצוניים ביותר להגיע למצב ולשלול אפשרות. תמיד זה צריך ללכת לתחומים פלילים, אם אתה מבצע מעשה פלילי אז יש את החוק. אם אתה מבצע או עלול לבצע עבירה ואני לא רוצה לגלם את החומר של מעצר מנהלי. יש את תקנה 945, המשפט נותן מענה לכל הסוגיות והתסריטים שאנחנו יכולים לעלות על כל התסריטים הקשים ביותר. יש עוד פסק דין שניתן לאחרונה ב-2010.

כבוד השופטת א' חיות: שם היתה הנחייה של היועמ"ש.

עו"ד ג'בארין: הוא עונה על כל הגדרה. הוא אבי אבי ההסדר הראשי. גם אם ילמדו אותו קורס שלם, בסוף ישאלו שאלה והם לא ידעו את התשובה כי החוק ארוך. זה יכול להתקשר למה שחברי אמר מבלי להכנס לסוגיה של שטח כבוש. הקונטקסט יכול לעזור, אני רוצה להפנות לבש"פ פלוני נגד שר הבטחון ששם היה מדובר על ביטול חקיקה שמציין שלא להביא עצור מבית חולים, אפשר להאריך מעצרו של עציר בית חולים מבלי להביא אותו בפני שופט. בית המשפט הסתכל ביד רחבה

ואמר נסתכל על כל החקיקה שחלה על המקרה הזה. יש לכם אפשרות של איסור מפגש עם עו"ד, יש לכם אפשרויות אחרות שמחיל אותם על מעצרים בטחוניים. מדוע אני משתמש בהצטברות כי הסוגיה הזאת נולדה מצד אחד לתושבות וגם להיבט פלילי, לגבי התושבות אני חולק על מה שציינה חברתי עו"ד גנסיין, היא לא רצתה להציג שהמצג של תושבי קבע הוא עדיף על אזרחים. אפשר לשלול את התושבות שלהם רק אם הוא הולך ללמוד בארה"ב במשך חמש שנים, כי הוא משנה את מרכז החיים שלו. אם הוא רוכש דירה ברמאללה זה גם אפשר. המצב של תושבי ירושלים המזרחית הוא מאוד קשה. אני מתייחס לתושבות, יש גם אחמ"ש שאתם מכירים, החוק חל עליהם. מבחינת הצטברות יש חוקים שחלים עליהם, שוב אנחנו מוסיפים הפרת אמונים, היא מוסיפה מושג שאנחנו לא יודעים איך להשתמש בו. הופכים את שלטון החוק לפי הנסיבות ומתי שמתחשק. מתי אפשר לבוא ולומר שזה לא שיקול פוליטי. השאלה הקשה ביותר ששמעתי אותה היום, השאלה של השופט רובינשטיין, על העניין של הפרת אמונים, חשבנו עליה בהקשר החוקתי וענינו עליה בחוות הדעת שהחוק לא מציין זאת ולא מתייחס לכך. היה פסק דין עוואד שהשופט ברק לא יצא מחוץ לחוק, נתן פרשנות בתוך החוק ומצא את מה שהיה אמור להתאים לקייס ומצא את התקנות. אם היה יוצא מחוץ לחוק היה נותן לנו פסק דין של עו"ד. לגבי הפרת אמונים זה הטיעון שלנו. השופט רובינשטיין הקשה עלינו ואני חשבתי אם נלך לכיוון הזה, יש לי שני אפיקים לתשובה שלי. האפיק הראשון לדמיין שיש חובת נאמנות על תושבי קבע ועל תושבי ירושלים המזרחית. אני דן כל הזמן בהפרת תנאים, אני עו"ד של סעיף 7 א' לחוק הכנסת. אני מבין שאחד מעיקרי היסוד, אם נתמקד בהליך החשוב של האזרחות לבחון ולהבחר. ושם יש לנו מדינה ייחודית דמוקרטית, נחשוב ונהיה רציניים, האם מישהו יחשוב להחיל מדינה דמוקרטית על תושבי ירושלים. מדוע אנחנו חושבים כך. כי הנאמנות בעיקרון חלה על אזרחים, כי היא מחילה את העקרון, לשלוט ולהיות נשלטים. אני היום אופוזיציה בכנסת ומחר שלטון. אני משלם מיסים וגם דמי שכירות. היא חלה על אזרחים ולא על תושבים.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: זה לא קצת פשטני מידי להגיד שאין חובות. תושב הקבע נהנה מזכויות, ביטוח לאומי, עיריה וביטוח בריאות. השאלה האם אין איזה קו הפרדה, קו שמעבר לו הוא כן חייב בנאמנות, למשל מה שאמרו המדינה, האם הוא שולל את הזכות של המדינה. האם המדינה צריכה לתת לו את הזכויות ולהגיד האם אתה פתור משולל זכות קיומית.

עו"ד ג'בארין: עניין הנאמנות לאזרחים הוא מתקשר בגלל שיש להם זכויות שאין לתושבים.

עו"ד ג'בארין: עניין הנאמנות תמיד כאשר מדברים על האזרחות, מדברים מה האזרח ממה הוא נהנה שהילדים שלו יקבלו את האזרחות הטובה. וכן שישרתו בצבא. הריבון תמיד יכול להכיל את החובה הזו אם הוא רוצה. הוא לא מכיל אותה עכשיו. זה לא קשור לזכויות כלכליות. אם מישהו פועל תחת קיומה של מדינת ישראל ועושה זאת, יש לך לא רק את המשפט הפלילי. יש את תקנות ההגנה. בפסה"ד של האגודה לזכויות האזרח לביטול הכרזה על שעת חירום, השופט רובינשטיין התייחס לזה. לפעמים המשפט הפלילי לא יכול לתת מענה על אף הביקורת הקשה שניתן להם על ידי משפטנים יהודים אין לנו ברירה אלא להשאיר זאת עד שהמצב הנורמלי לא יימשך. כל תשריט שהשופט רובינשטיין חושב עליו שהוא בהיבט הפיזי יש מענה. איפה אין תשובה כאשר מדובר בהיבט הערכי. אם השופט רובינשטיין רוצה ללכת לפי זה, אז ההגיון יאמר לנו זה לא יעבוד. עניין הוא של אוסמה בן לאדן הוא תושב מדינת ישראל. על מי שהוא מנהיג מה שנעשה בדעאש אני מאמין כי אלו העבירות הטובות והמתאימות לרוצח כזה. שהוא משדל לרצח ולפעולות נגד האנושות. כלומר לפי הקביעה של השופט רובינשטיין, בכל עת כאשר אנו לוקחים ברצינות את זה. השאלה היא לגבי סעי' 11. הפרשה של חוק נכסי נפקדים. כאן יש קושי. איפה הבעייתיות של פסה"ד? כאן התבצעה שלילת תושבות לאחר מעשה מבלי להזהיר. בגלל ששאלת התושבות היא דבר כמו 'להיות או לא להיות'. אני מצוין כי עלה הנושא של המצב המשפטי ברשות הפלסטינית. לפי חוק היסוד הפלסטיני היא מאפשרת להכריז על מצב חירום ולפרק את הפרלמנט ולהפעיל את התקנות שלו לפי שעות חירום. המצב המשפטי שחל עכשיו לא נוגע לפרלמנט. במשפט הפלילי חל חוק הירדני למשל. לפי חוק היסוד הפלסטיני בהכרזת אבו מאזן, הוא לא קיים.

כבוד המשנה לנשיאה א' רובינשטיין: מה עם הדמוקרטיה?

עו"ד ג'בארין: איך הם מקיימים את עצמם בחיי היומיום? הם מוצאים את מה שאנו קוראים לה "פקודה נשיאותית".

כבוד השופטת א' חיות: האם אדוני שותף לגישה המשפטית של עו"ד פלר לפיה המעמד שיש לתושבי מזרח ירושלים לא מוקנה להם מכח חוק הכניסה. אדוני סבור אחרת?

עו"ד ג'בארין: בסופו של יום אם אין חוק שחל על מצב התושבות של תושבי ירושלים המזרחית אנו באנרכיה. בפס"ד עוואד ביהמ"ש ציין כי חוק הכניסה הוא החוק הרלוונטי.

כבוד השופטת א' חיות: הבנתי כי אדוני המשיך בביקורת על פסה"ד עוואד שהסטטוס שלהם נפגע ממקום אחר ולא מחוק הכניסה. ז"א אפשר לקבל מעמד לפי חוק הכניסה ואי אפשר לבטל לפי חוק הכניסה? אדוני יסביר. איך אפשר מצד אחד לומר ענישה מכח הרשיון אך לבטל מכח החוק הזה, אי אפשר.

עו"ד פלר: אין הסדר אחר היום. פסה"ד עוואד נקב כי הרשיונות לפי חוק הכניסה לישראל, ואנו מקבלים זאת כי זו תושבות הקבע במדינת ישראל, אין דרך אחרת.

עו"ד קוואסמי: אני אמרתי ואני חוזר ואומר כי סוגיה זו היא קשה ובעייתית. העותרים כאשר קיבלו את הודעת השר הופתעו, ולא ידעו מה לעשות. פנו אלינו, נתקלנו בזה פעם ראשונה. היה צריך להתייעץ עם הרשות. גם פנינו לחברי, כי באמת מדובר בסוגיה מאוד בעייתית. פנינו ולא סברנו לאור הטענה לסמכות שגורמת לפגיעה קשה מאוד שזה דחוף, שאפשר לתת עוד ארכה לשקול צעדנו. הבקשה נדחתה. גם כאשר הם היו במעצר, ועוד לפני שהשתחררו הודענו לשר כי אנו מוכנים להתפטר.

עו"ד גנסיין: לגבי מה שחברי אמר, הם קיבלו את התשובה 4 ימים לפני שהם נעצרו. עם כל הכבוד אמנם עו"ד ג'בארין מופיע כאן כידיד ביהמ"ש גם הוא כתב מכתב וגם הוא קיבל תשובה, וזה היה לפני שהעותרים נעצרו. לשאלתה של השופטת ברק ארז, נשאלה השאלה מכח מה הם יושבים פה בהקשר לפס"ד עוואד? עו"ד פלר לא ציטט מהסעי' יש את סעי' 1(א) לחוק הכניסה ויש את סעי' 1(ב) לחוק הכניסה לישראל. אפנה ואדגיש את סעי' 1(ב) שעליו מסתמך פסק דינו של השופט ברק, דאז. הרציונל בזה הוא, הנשיא ברק קבע כי אין כאן חלל משפטי בחוק הכניסה לישראל. הנשיא ברק בהקשר לזה, וזה מתחבר לשאלת השופטת חיות, קבע את אשר קבע, לאחר שהיפנה לסעי' 1(ב), מקריאה. זה לא נאמר באשר לשאלת הפקיעה, אלא רק לאחר מכן. לא בכדי לא הזדמן לכבודכם לעסוק בכך. המדיניות בענין זה עברה שינוי גדול מאוד בשנת 2000 וגם בשנים האחרונות. הטענה כאילו מי שמתגורר ברמאללה מפקיעים לו את הרשיון, אין בכך אמת. היה הליך של חופש מידע לפני 4 שנים, אפשר לראות שם את הפרטים. אנו טוענים כי אתה זכאי לשבת כאן ישיבת קבע אך אין עליך שום חובה ורק זכויות – זה לא הגיוני.

כבוד הנשיאה מ' נאור: השאלה היקף החובה.

עו"ד גנסיין : לא הסכמנו לכך שאנשים יהיו חברי פרלמנט מטעם החמאס וימשיכו להיות תושבי ירושלים, זו הטעיה. לא אוסיף עוד.

כבוד השופט סי' ג'ובראן : הרי יכלו למנוע זאת מראש.

עו"ד גנסיין : היתה עתירה בענין זה. עלתה טענה בעניין זה. הטענה הזו נדחתה על ידי ביהמ"ש. הוגשה אף חוות דעת ביולי 2006.

כבוד הנשיאה מ' נאור : אחרי ששמענו את הטיעונים החלטנו לכנס הרכב מורחב. מה שמצביע כמדומני על הרצינות של הנושא הזה לכן הבעיה הזו שאמרתי שהיא פתירה, האם הסיכונים וההלכות שנובעים מעתירה זו שווים למדינת ישראל? זו ההזדמנות הראשונה לפתור את הבעיה הזו בדרכי שלום.

עו"ד גנסיין : אני שמעתי ואני מבינה את המלצת כבודכם. חבריי יפעלו כראות עיניהם.

כבוד השופטת א' חיות : מה הלו"ז מבחינת הרכבת הממשלה?

עו"ד גנסיין : אינני יודעת. אפנה לכך שעל פי חוק הבחירות וזה נוגע גם לטענה מה ישראל איפשרה ומה לא, בחוק הפלסטיני, אקרא אותו בתרגום באנגלית, מקריאה. גם לשיטת החוקה פלסטיני כולל תיקונו ב – 2007 וגם לפני כן, ישנן הגדרות מיהו פלסטיני – אם אתה תבקש אזרחות ישראלית, לצורך העניין אם כל התושבים במזרח ירושלים הם יוחרגו מגדגר פלסטינים שרשאים לבחור לפי החוק הפלסטיני.

כבוד השופט סי' ג'ובראן : הפלסטינים גם יכולים לא להפעיל את החוק.

עו"ד גנסיין : זה נוגע לשאלה של השופטת חיות על מקרה שמדובר על מדינה ידידותית. השופט רובינשטיין שאל את עו"ד פלר שאלה, לא במקרה הוא לא נתן תשובתו. אפנה לעמ' 10 לתשובתנו, בג"צ 8204/05. הדברים שכתבה האגודה לזכויות האזרח בתיק של בקשה למעמד לעובדים זרים, מקריאה.

כבוד השופט סי' ג'ובראן : היתה התייחסות בעמדה הזו לגבי תושבי מזרח ירושלים?

עו"ד גנסין: אתייחס לזה אח"כ. כעת אני מתייחסת לשאלות של כב' השופטים רובינשטיין וברק ארז. לדעתי לא התקבלה תשובה מפי חבריי. אני מביאה מתוך מה שהאגודה לזכויות האזרח ציינה. מה שאנו מבקשים לומר כי כאשר זה מתאים כדי לקבל זכויות בישראל, נוצרת סולידריות וחייבים לתת לו.

כבוד השופטת א' חיות: זה מופיע בכתובים לעמדת ידידי ביהמ"ש. מדוע גבירתי מקריאה לנו? די בכך שגבירתי תפנה אותנו בלא לצטט.

עו"ד גנסין: דבר נוסף שאני מבקשת להפנות אליו ביהמ"ש בהרכב מורחב הקריא במועד פרישתו של הנשיא גרוניס את פס"ד דיראני. במה הוא עוסק? הוא נחקק. אין אמות מידה והייתי קרואת לזה הרבה פחות אך הרבה מעבר ממה שיש בסעי' 11 לחוק הכניסה לישראל. את החוק של כניסה לישראל מבקשים לקרוא כאשר שר הפנים רשאי לפי שיקול דעתו לבטל רשיון ישיבה לפי חוק זה. את זה מבקשים העותרים לקרוא כאפס לא קיים כי אין אמות מידה, כך מבקשים חבריי לקרוא. אני מבקשת להפנות לדברים שנכתבו בפרשת דיראני, לגבי מה המחוייבות ומה היקף המהימנות וכו'. אפנה לחוות דעתו של הנשיא דאז, השופט גרוניס, מקריאה. אפנה גם לפסקה 45 לפסק דינו של השופט מלצר, באותה פרשה. נקבע כי כאשר מדובר באדם שהגיש תביעה במדינת ישראל והוא חוזר והוא ממשיך להיות אויב, אז כשאני רואה אויב, אני יודע מה זה אויב. כאן ניתנה לעותרים ההזדמנות של 30 יום. יש טענה שהם לא הוזהרו ולא ידעו, ניתנה כאן ההזדמנות והם לא קנו את ההזדמנות הזו.

כבוד הנשיאה מ' נאור:

תמו טענות הצדדים. נשקול מה לעשות עם חילופי הדברים שהיו פה.

קלדניות: רונית/מיטל/רונית