

- בעניין:
1. אבו ערפה ת.ז.
 2. אבו ערפה ת.ז.
 3. אבו ערפה ת.ז.
 4. אבו ערפה ת.ז.
 5. אבו ערפה ת.ז.
 6. אבו ערפה ת.ז.
 7. אבו ערפה ת.ז.
- ראס אלעמוד, ירושלים
8. אבו טיר ת.ז.
 9. אבו טיר ת.ז.
 10. אבו טיר ת.ז.
 11. אבו טיר ת.ז.
 12. אבו טיר ת.ז.
 13. אבו טיר ת.ז.
 14. אבו טיר
- אום טובא, ירושלים
15. טוטח ת.ז.
 16. כמאל ת.ז.
 17. טוטח ת.ז.
 18. טוטח ת.ז.
 19. טוטח ת.ז.
 20. טוטח ת.ז.
- ואדי אלג'וז, ירושלים
21. עטון ת.ז.
 22. עטון ת.ז.
 23. עטון ת.ז.
 24. עטון ת.ז.

25. עטון ת.ז.

26. עטון ת.ז.

צור באהר, ירושלים

העותרים

ע"י ב"כ עוה"ד אוסאמה סעדי
ו/או עאמר יאסין ו/או פאדי קוואסמי
רח' סלאח אדין 19, ירושלים, ת.ד. 55379
טלפון: 02-6277711, פקס: 02-6272196

- נ ג ד -

שר הפנים

משרד הפנים, רח' קפלן 2 ירושלים

ע"י פרקליטות מחוז ירושלים

רחוב עוזי חסון, ירושלים

המשיב

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים ובקשה לקיום דיון דחוף

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המורה למשיב לבוא וליתן טעם מדוע לא יבטל את החלטתו מיום 30/06/2006 המורה על כיטול רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21.

בקשות למתן צו ביניים ולדיון דחוף

בית המשפט הנכבד מתבקש ליתן צו ביניים, המורה למשיב להקפיא את החלטתו מיום 30/06/2006 המורה על כיטול רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21 (להלן: "ההחלטה") וזאת עד להכרעה סופית בעתירה, ולחילופין להורות למשיב להימנע מגירושם של העותרים 1, 8, 15 ו-21 ממקום מושבם בירושלים עד להכרעה סופית בעתירה.

ואלה נימוקי הבקשה:

1. המשיב השתמש בסמכותו לפי סעיף 11 (א) לחוק הכניסה לישראל, התשי"ב 1952 וביטל את רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21 וזאת בשל הטענה שהעותרים 1, 8, 15 ו-21 הפרו את חובת נאמנותם למדינת ישראל בהיות העותר 1 שר בממשלה הפלסטינית והעותרים 8, 15 ו-21 חברי המועצה המחוקקת הפלסטינית מטעם ארגון החמאס וחיותם פעילים מרכזיים במוסדות ארגון זה.
2. החלטה זו הינה החלטה בלתי ראויה, אינה חוקתית וניתנה בחוסר סמכות. בנוסף, החלטה זו הינה הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי ובמיוחד אמנת גינבה הרביעית. השלכות ההחלטה על העותרים 1, 8, 15 ו-21 הינם קשים ביותר, שכן היא מגרשת אותם ממקום מגוריהם ומותירה אותם ללא קורת גג ומנתקת אותם ממרכז חייהם ומותירה אותם ללא כל מעמד כשאינן להם שום מעמד באף מדינה אחרת.
3. ההחלטה פוגעת בעותרים פגיעה קשה וגורמת להם נזקים בלתי הפיכים וסבל רב במיוחד עקב הפרדת העותרים 1, 8, 15 ו-21 מבני משפחותיהם ובכלל זה מבנות זוגם וילדיהם הקטינים ואי הוצאת צו ביניים תעצם נזקים אלה ואילו הוצאת צו ביניים לא תגרום כל נזק למשיב, שכן, עומדת בפני המשיב ופני ממשלת ישראל חלופות אחרות מלבד השליחה בכדי להגן על האינטרסים שלהם.
4. מדובר בצעד חסר תקדים וזוהי הפעם הראשונה ששר חפנים משתמש בסמכותו על סעיף 11 (א) הני"ל ומבטל רישיון ישיבת קבע לתושבי מזרח ירושלים שכל מה שמיוחס אליהם זה השתתפות בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית וחברותם במועצה (העותרים 1, 8, 15 ו-21) ו/או בממשלה (העותר 1). מן הראוי שהשימוש בסמכות זו, גבולותיה ומתי להשתמש בה יפורש על ידי ערכאה שיפוטית מוסמכת ועד אז מן הראוי לעכב ביצוע החלטה זו עד למתן החלטה בעתירה, אחרת תסוכל מטרת העתירה.
5. אי הוצאת צו ביניים בעתירה זו יגרום לעותרים נזקים בלתי הפיכים שכן הם יגורשו מאזור מושבם ויופרדו ממשפחותיהם. לעומת זאת, הוצאת צו ביניים לא תגרום למשיב או לאינטרס הציבורי נזקים ממשיים בשלב זה, שכן, המשיב אינו מעלה בנימוקיו טענה כלשהי בדבר מסוכנותם של העותרים, או טענה כלשהי בעניין פגיעתם הממשית והמיידית בשלום הציבור.
6. מאזן הנוחות נוטה בענייננו כבירור לטובת הוצאת צו ביניים. יפים לעניין זה דברי השופט בנייש כפרשת אחים סקאל בע"מ:

"בבוא בית המשפט להכריע בבקשה למתן צו ביניים עליו לבחון שני עניינים עיקריים. האחד, "מאזן הנוחות", שבו בוחן בית המשפט את הנזק שייגרם למבקש במידה שלא יינתן צו ביניים אל מול הנזק שייגרם למשיב במידה וינתן צו כמבוקש; והאחר, סיכויי העתירה להתקבל. במסגרת שיקולי מאזן הנוחות יבחן בית המשפט, בין יתר שיקוליו, אם אי מתן צו יסכל את בירור החליך העיקרי, וכן יבחן את הצורך לשמר מצב קיים לעומת יצירת מצב חדש בטרם התגבר החליך לגופו. אבן הבוחן העיקרית היא מאזן הנוחות...".

בר"ם 301/03 אחים סקאל בע"מ ואח' נ' רשות שדות התעופה ואח', תק-על 2003 (1) 279, 281.

ראו גם:

בר"ם 5756/03 חלף ואח' נ' אוהיון ואח', תק-על 2003 (3), 770;
בר"ם 1557/02 מגמארט ציוד ספורט בע"מ נ' מדינת ישראל, תק-על 2002 (2) 1807;
בר"ם 10812/02 חן המקום נ' התעשייה האווירית לישראל בע"מ, תק-על 2003 (1) 650;
בשג"ץ 2598/95 אדם טבע ודין נ' המועצה הארצית לתכנון, תק-על 95 (2) 147, עמ' 148.

7. כן מתבקש בית המשפט חונכבד לקבוע דיון דחוף בעתירה על מנת למנוע התמשכות הפגיעה בזכויותיהם של העותרים.

8. העתירה, על כל נספחיה, מהווה חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

9. יהיה מן הדין ומן הצדק להיעתר לבקשה.

ואלה נימוקי העתירה :

העותרים

1. העותר 1 נולד בירושלים בשנת 1961, נשוי ואבי לשולשה ילדים ושתי בנות. למד בבית ספר אלמעהד אלערבי ולאחר קבלת תעודת הבגרות נסע לעיראק ללמוד הנדסה מיכנית באוניברסיטה הטכנולוגית בבגדאד וממנה קיבל תואר ראשון בשנת 1983. לאחר חזרתו לירושלים הוא עסק בהתמחותו וגם במסחר. העותר 1 איש חברה ידוע במזרח ירושלים והיה חבר במספר עמותות ומוסדות חברתיים בירושלים. העותר 1 היה גם חבר פעיל במועצת המהנדסים הפלסטינית והשתתף בעריכת תקנון המועצה. בנוסף העותר 1 הינו חבר דירקטוריון במרכז נון למחקרים קוראניים. החל מחודש מרץ 2006 שימש העותר 1 כשר לענייני ירושלים ברשות הפלסטינית. העותר 1 נעצר על ידי השלטונות בישראל בשנים 1987, 1981, 1989, 1993, 1995 והחל מ-29/06/2006 הוא מצוי במעצר. מאז מעצרו ועד יום הגשת עתירה זו מצוי העותר 1 בחקירה אינטנסיבית במתקני השב"כ בבית המעצר במגרש הרוסים והוארך מעצרו שמונה פעמים כשגורמי החקירה לא מצליחים לאסוף ראיות שיוכיחו שיש לעותר 1 קשר כלשהו עם ארגון עוין כלשהו או עם רשימת "השינוי והרפורמה". גורמי החקירה מייחסים לעותר 1 רק חברות בארגון עוין ואין הם מייחסים לו פעילות ו/או אחריות לפעילות כלשהי.
2. העותרת 2 הינה אשתו של העותר 1 בעלת תואר ראשון בכימיה, עבדה כמורה למשך כמה שנים והיום היא עקרת בית.
3. העותר 3, בן 15, העותר 4, בן 13, העותר 5, בן 4, העותרת 6, בן 8, העותרת 7, בת שנה הינם בניהם של העותרים 1 ו-2.
4. העותר 8 נולד בכפר אום טובא בירושלים בתאריך 18/04/1951, נשוי ואב לשני ילדים וחמש בנות. למד בבתי הספר של הכפר צור באהר שבירושלים וסיים את הבגרות שלו בבית ספר אלאקצא. התחיל ללמוד ערבית באוניברסיטת ביירות בשנת 1972 ובעת שהותו בלבנון וסוריה עבד עם הביטחון המרכזי השייך לתנועת פתח. עבד משנת 1972 ועד להבחרו למועצה המחוקקת הפלסטינית כפקיד במשרדי הווקף הירדני בירושלים. ב-25/01/2006 נבחר להיות חבר במועצה המחוקקת הפלסטינית מטעם רשימת "השינוי והרפורמה". משמש כחבר בוועדות ירושלים וביטחון ופנים במועצה המחוקקת הפלסטינית. נעצר לראשונה בשנת 1974 ושהה במעצר 11 שנה. במהלך שהותו בכלא נפרד מתנועת פתח והצטרף לתנועת האחים המוסלמים. בשנת 1985 יצא מהכלא במסגרת עסקת חילופי שבויים עם אחמד ג'בריל והוא היה מתאם חילופי השבויים מול הרשויות הישראליות. נעצר לתקופה של 13 חודשים בשנת

1989 בשל חשד לחברותו נחמאס. בשנת 1990 נעצר מעצר מנהלי של 6 חודשים. בשנת 1992 נעצר ונשפט לתקופה של 6 שנים בשל חברותו בתמאס. בשנת 1998 נעצר עוד פעם ונשפט לתקופה של 7 שנים נוספות בשל אותן האשמות והחל מ-29/06/2006 הוא מצוי במעצר. סה"כ התקופה בה שהה בכלא היא 25 שנים. נגד העותר 8 הוגש כתב אישום בבית המשפט הצבאי ביהודה שמייחס אליו חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת. החברות אותה מייחס כתב האישום לעותר 8 הינה חברותו במועצה המחוקקת הפלסטינית מטעם רשימת "השינוי והרפורמה" שהיא על פי הנטען שייכת לארגון החמא"ס. הפעילות אותה מייחס כתב האישום לעותר 8 הינה פעילותו מטעם רשימת "השינוי והרפורמה" בוועדות השונות של המועצה המחוקקת. כתב האישום איננו מייחס לעותר 8 פעילות אחרת כלשהי שיש בה פגיעה חמורה בביטחון ישראל ואינו מיחס אליו שימוש בתושבותו בישראל לצורך ביצוע פעילות כלשהי כנגד ביטחון ישראל.

5. העותרת 9 הינה אישתו של העותר 8.

6. העותרת 10, בת 18, העותר 11, בן 20, העותרת 12, בת 15, העותר 13, בן 13 והעותרת 14 הינם בניו של העותר 8.

7. העותר 15 נולד בירושלים נתאריך 14/03/1969 בשכונת וואדי אלג'וז, ירושלים, נשוי ואב ל-4 ילדים. למד בבית ספר בית היתומים האיטלאמי ובו קיבל את תעודת הבגרות שלו בשנת 1987. קיבל תואר ראשון במנהל עסקים מאוניברסיטת מזרח הים התיכון בקפריסין. קיבל תואר שני במנהל עסקים מאוניברסיטת אלקודס. עבד כעוזר מנהלי במרכז הפלסטיני לפיתוח עסקים קטנים. שימש כמנהל בחברת אלמסרוגי למסחר כללי. שימש כמרצה בפקולטה למנהל עסקים באוניברסיטת אלקודס. שימש כמזכיר מוסד איקרא לשימור הקוראן והסונא שנסגר על ידי הרשויות הישראליות בשנת 2005. אחראי על מרכזי לימוד הקוראן באזור ירושלים. חבר בוועדת ההגנה על אדמות וואדי אלג'וז. נבחר למועצה המחוקקת הפלסטינית ב-25/01/2006 מטעם רשימת השינוי והרפורמה. חבר בוועדות ירושלים והתקציב במועצה המחוקקת הפלסטינית. מעולם לא נעצר. מאז ה-24/06/2006 העותר מצוי בחו"ל.

מצ"ב העתק מכתב האישום, מסומן א'.

8. העותרת 16 הינה אשתו של העותר 15, בעלת תואר ראשון בכימיה והינה עקרת בית.

9. העותרת 17, בת 9, העותרת 18, ב 6, העותר 19, בן 4 והעותר 20, בן שנתיים הינם בניהם של העותרים 15 ו-16.

10. העותר 21 נולד בתאריך 24/01/1968 בצור באחר בירושלים, נשוי ואב ל-4 ילדים. למד בבית ספר אלאקצא וכו קיבל את תעודת הבגרות שלו בשנת 1986. קיבל תואר ראשון בשריעה האיסלאמית בשנת 1992 מאוניברסיטת אלקודס. לומד לקראת קבלת תואר שני בלימודי איסלאם ולומד ניהול מוסדות באוניברסיטת העברית בירושלים. משמש כאימאם במסגד אלמוראביטין בכפר צור באחר. אחראי על מרכז זייד ללימוד הקוראן. מנהל מוסד אלמונתדא לתרבות בצור באחר. נבחר ב-25/01/2006 למועצה המחוקקת הפלסטינית מטעם רשימת השינוי והרפורמה. חבר בוועדות ירושלים וביטחון ופנים במועצה המחוקקת הפלסטינית. נעצר בשנת 1988 ונשפט ל-4 שנים באשמת השתתפות באינתיפאדה. נעצר בשנת 1994 ונשפט ל-3 שנים באשמת חברות בחמאס. בשנת 1998 נעצר מעצר מינהלי לתקופה של 4 חודשים והחל מ-29/06/2006 הוא מצוי במעצר. נגד העותר 21 הוגש כתב אישום בבית המשפט הצבאי ביהודה שמייחס אליו חברות ופעילות בהתאחדות בלתי מותרת. החברות אותה מייחס כתב האישום לעותר 21 הינה חברותו במועצה המחוקקת הפלסטינית מטעם רשימת "השינוי והרפורמה" שהיא על פי הנטען שייכת לארגון החמאס. הפעילות אותה מייחס כתב האישום לעותר 21 הינה פעילותו מטעם רשימת "השינוי והרפורמה" בוועדות השונות של המועצה המחוקקת. כתב האישום איננו מייחס לעותר 21 פעילות אחרת כלשהי שיש בה פגיעה חמורה בביטחון ישראל ואינו מיחס אליו שימוש בתושבותו בישראל לצורך ביצוע פעילות כלשהי כנגד ביטחון ישראל.

11. העותרת 22 הינה אשתו של העותר 21.

12. העותר 23, בן 8, העותר 24, בן 7, העותרת 25, בת 6 והעותר 26, בן 3 הינם בניהם של העותרים 20 ו-21.

הרקע העובדתי

הבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית במזרח ירושלים

13. ב-25 בינואר 2006, ובפעם הראשונה מאז 1996, הצביעו הפלסטינים בנדה המערבית ולהלן: גדמי"ע) הכבושה, ובכללה ירושלים המזרחית, ורצועת עזה למועצה המחוקקת. בחירות אלה נערכו לאחר לחץ בינלאומי רב על הרשות הפלסטינית והעומד בראשה לקיימם. ואכן, לאחר היבחרו לתפקיד יו"ר הרשות הפלסטינית בינואר 2005 החליט מר מחמוד עבאס שיש לקיים בחירות למועצה המחוקקת וקבע כי הבחירות ייערכו ב-25 בינואר 2006.

14. בהצהרת העקרונות בדבר סידורי האוטונומיה מיום 13 בספטמבר 1993 (להלן: ה"ע) ובמבוא להסכם הביניים הישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה מיום 28 בספטמבר 1995 (להלן: "הסכם הביניים") הגיעה ישראל וארגון שחרור פלסטין להסכמה בדבר עריכת בחירות למועצה המחוקקת ונשיאות. ה"ע מאפשרת לפלסטינים תושבי הגדה המערבית ועזה לבחור מועצת אוטונומיה באותם שטחים. ירושלים המזרחית היא חלק מהגדה המערבית אך לפי סעיף 4 נותרה מתוך לתחום השיפוט של המועצה בחיותה נושא להסכם קבע. אי לכך השתתפו תושבי ירושלים המזרחית הפלסטינים בבחירות למועצה למרות ששיפוט לא חל עליהם.
15. נספח I לה"ע (הפרוטוקול בדבר אופי הבחירות ותנאיהם) קובע כי "הפלסטינים שחיים בירושלים זכאים להשתתף בהליך הבחירות, לפי הסכם בין שני הצדדים".
16. הסכם הביניים מתייחס לזכות "עריכתן של בחירות פוליטיות כלליות, חופשיות וישירות למועצה ולנשיאות של הרשות המבצעת על מנת לאפשר לעם הפלסטיני בגדה המערבית, ירושלים ורצועת עזה לבחור את נציגיהם באופן דמוקרטי" (ההדגשה אינה במקור).
17. הסכם הביניים מציין כי "הפלסטינים תושבי ירושלים רשאים להשתתף בתהליך הבחירות" כאשר הגוף הבוחר הוא "הפלסטינים בגדה המערבית, ירושלים ורצועת עזה".
18. נספח II של הסכם הביניים מפרט את התהליך הנחוץ לעריכת הבחירות, וסעיף IV מתייחס באופן מפורש לתהליך בירושלים המזרחית.
19. על בסיס ההסכמים הנ"ל נערכו בחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית וכן בחירות לתפקיד יו"ר הרשות הפלסטינית בשנת 1996.
20. הסכמי אוסלו אינם מתייחסים לפרטים ופרמטרים של סיבוב הבחירות השני למועצה המחוקקת הפלסטינית שנערכו בחודש ינואר 2006 ושהם השתתפו העותרים 8, 15 ו-21. אי לכך, התקדים של הבחירות הראשונות וזכות הפלסטינים להגדרה עצמית (זכות ששמורה לפי הסכם הביניים) מטילים את הכף באופן מוחלט לטובת השתתפותם של תושבי ירושלים המזרחית הפלסטינים בבחירות הפלסטיניות.
21. בנוסף, בחודש ינואר 2005, ולאחר מותו של יו"ר הרשות הפלסטינית, יאסר ערפאת, נערכו בחירות לתפקיד יו"ר הרשות הפלסטינית. הרשות הפלסטינית וישראל הגיעו להסכמה לפיה בחירות אלה יתקיימו על בסיס אותה מתכונת של הבחירות שנערכו בשנת 1996.

מצ"ב העתק החלטת הממשלה מיום 26/12/2004, מסומן ב'.

22. המכשול היחיד בפני קיום בחירות למועצה המחוקקת היה סירובה של ממשלת ישראל לאפשר לתושבי מזרח ירושלים להשתתף בבחירות הללו. אך לאחר משוא ומתן מתיש הסכימה ישראל לאפשר קיום בחירות אלו גם במזרח ירושלים לפי אותה מתכונת של בחירות 1996 ואף הסכימה לאפשר לחלק מתושבי העיר להצביע בסניפי הדואר שבמזרח העיר.

מצ"ב החלטת ממשלת ישראל מיום 25/01/2006, מסומן ג'.

23. בבחירות אלה השתתפו מספר רשימות ובכללם רשימת "השינוי והרפורמה". העותר 8 היה מועמד מספר 2 ברשימה הארצית של רשימה זו והעותרים 15 ו-21 היו מועמדים ברשימה האזורית של אזור ירושלים. ישראל, ולמרות שהצחירה כי לא תאשר לבחורים לבחור את רשימת "השינוי והרפורמה" בסניפי הדואר ששימשו כקלפי ביום הבחירות, הסכימה לאפשר לבחורים לבחור ברשימה זו.

24. במהלך מערכת הבחירות נקראו העותרים 8, 15 ו-21 לסור פעם אחר פעם למשטרה ונבנו מהם הודעות, ואם באמת השתתפות בבחירות למועצה המחוקקת היתה אסורה הרי שהיו מספר הזדמנויות שבהם היה אפשר לחודיע להם על כך אך בפועל זה לא נעשה, כשמטרת הזמנתם למשטרה היתה אך ורק לאסור עליהם להפיץ תעמולת בחירות ולנהל את קמפיין הבחירות שלהם בתוך גבולות ירושלים. גם לאחר בחירתם של העותרים 8, 15 ו-21 הם עוכבו לחקירה מספר פעמים על ידי המשטרה הישראלית וכל מה שנתבקשו לעשות היה לא לבצע פעילות כלשהי בתחומה של ירושלים.

25. הבחירות הללו התקיימו בפיקוח בינלאומי והיו דמוקרטיות וחופשיות והעותרים 8, 15, ו-21 נבחרו לשמש כחברים במועצה המחוקקת הפלסטינית ורשימת "השינוי והרפורמה" שזכתה לרוב במועצה המחוקקת הרכיבה את הממשלה הפלסטינית והעותר 1, שלא נטל חלק בבחירות ואיננו חבר ברשימה זו, מונה לשמש כשר לענייני ירושלים בממשלה וזאת כמינוי מקצועי היות והוא פעיל חברתי ידוע במזרח ירושלים. כל הפקחים הבינלאומיים שפיקחו על בחירות אלה הצהירו שבחירות אלה היו בחירות למופת שנערכו בשקט ובצורה דמוקרטית עם אחוזי הצבעה גבוהים במיוחד, ותאמו את הסטנדרטים הבינלאומיים וללא כל כעיות זיופים וללא מקרי אלימות כלשהי.

מצ"ב העתק מהצהרתו של מרכז קארטר והמוסד הלאומי הדמוקרטי שפיקחו על בחירות אלה, מסומן ד'.

הנסיבות שהובילו למתן החלטת השליחה.

26. ביום 17/04/2006 אירע פיגוע התאבדות באזור התחנה המרכזית הישנה בתל אביב. בפיגוע זה נהרגו 9 אנשים ונפצעו 68 אנשים. ארגון הגייהאד האיסלאמי נטל אחריות לפיגוע זה.
27. מייד לאחר מכן התכנסה ממשלת ישראל והחליטה על מספר צעדים בתגובה לפיגוע זה. הממשלה החליטה להתחיל בהליך שלילת התושבות של העותרים 1, 8, 15 ו-21. הוחלט להציע להם להתפטר מהמועצה המחוקקת ומהממשלה כתנאי להמשך התושבות שלהם וזאת למרות שלאף אחד מהם לא היה כל קשר ישיר או עקיף לפיגוע זה. הסיבה להחלטה זו היא טענת ממשלת ישראל שהממשלה הפלסטינית אחראית לפיגוע.
28. בהמשך להחלטה זו שלח המשיב מכתב לעותרים 1, 8, 15, ו-21 מכתב בו הוא מודיע להם שהוא שוקל להשתמש בסמכותו לפי סעיף 11 (א) לחוק הכניסה לישראל ולבטל את רישיון ישיבת הקבע שלהם. המשיב הסביר שביסוד החלטתו זו עומדת חברותם במועצה המחוקקת הפלסטינית והממשלה מטעם ארגון החמא"ס והיותם פעילים מרכזיים במוסדות ארגון זה. חברות זו, לפי טענת המשיב מהווה הפרת אמונים במדינת ישראל. המשיב נתן לעותרים 1, 8, 15, ו-21 אורכה של שלושים יום שבמהלכם עליהם היה להגיש את התפטרותם מהמועצה המחוקקת ומהממשלה או להגיש למשיב תשובה למכתבו.

מצ"ב העתק ממכתבו של המשיב, מסומן ח'.

29. העותרים החלו מיידית לפעול לשם הגשת תגובה מנומקת למכתבו של השר. היות וסוגיה זו הינה סוגיה מורכבת וסבוכה עלה צורך במתן אורכה נוספת מעל ל-30 הימים שניתנו לשם הגשת התשובה. הח"מ שלח מכתב למשיב ובו ביקש ליתן למרשיו אורכה לשם הגשת תשובה ראויה למכתבו. המשיב סירב בתוקף לבקשה זו. לאחר מכן, נעשתה עוד פנייה באותו עניין באמצעות עו"ד חסן ג'בארין מארגון עדאלה למשיב אך גם פנייה זו נדחתה. מייד לאחר מכן שיגר המשיב לעו"ד ג'בארין מכתב בו הוא מודיע לו על החלטתו לבטל את ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21.

מצ"ב העתק מפנייתו של הע"מ, מסומן ו', העתק מפנייתו של עו"ד ג'בארין, מסומן ז', העתק מתשובתו של המשיב לח"מ, מסומן ח' והעתק מתשובתו של המשיב לעו"ד ג'בארין מסומן ט'.

פעילות העותרים

30. במקרה היחיד בו היה ניסיון של המשיב לבטל את רישיון ישיבת הקבע של תושב מזרח ירושלים, החליט שר הפנים דאז, אלי ישי, לבטל את רישיון ישיבת הקבע של שאדי אלשורפא, תושב מזרח ירושלים. במקרה זה הודיע היועץ המשפטי לממשלה, כי כיוון שמדובר ב"צעד חמור ומרחיק לכת", לא יעשה תזכר, אלא אם אותו אדם "היה מעורב בפעילות עוינת וחמורה כנגד ביטחון המדינה", וניצל את מעמדו בישראל לצורך פעילות זו.
31. לשם כך ראינו לנכון להביא בפני בית המשפט הנכבד את עיקר פעילותם של העותרים מאז שנבחרו לכהן כחברים במועצה המחוקקת ועד למועד מתן החלטת השלילה, וזאת במטרה להראות שרוב פעילותם הייתה פעילות חברתית רגילה למען תושבי מזרח ירושלים.
32. העותר 1 הינו השר לענייני ירושלים ברשות הפלסטינית. פעילותו של משרד זה הינה בעיקר פעילות חברתית. תפקידו של המשרד לענייני ירושלים הוא לעזור לתושבי ירושלים המזרחית אשר סובלים מקשיים ונתקלים בבעיות מול שלטונות החוק בישראל, כגון הריסת בתים, אי תשלום מיסים למיניהם או מעצרים. משרד זה מציע לתושבים אלה בעיקר עזרה משפטית בניסיון לפתור בעיות אלה. בעבר היו משרדי "האוריינט האוס" והעומד בראשם מר פייסל חוסייני אחראים על עניינים אלה ומשרדים אלה פעלו במשך שנים ארוכות בתוך תחומה של ירושלים המזרחית עד שהחליט השר לביטחון פנים דאז לסגור משקדים אלה בשנת 2001. יש לציין שלעותר 1 ישנם שני משרדים, אחד מהם שוכן בעיר רמאללה וחשני בכפר אלעזריה ואין לו שום משרד בתוך תחומיה של ירושלים המזרחית ומשרדם של העותרים 8, 15 ו-21 נמצא בשכונת דאחית אלבריד שמצפון לירושלים. רוב פעילותו של העותר 1 במסגרת תפקידו אירעה מחוץ שטחה של ירושלים.
33. העותרים 8, 15 ו-21 מלבד תפקידם בתוך המועצה המחוקקת נהגו לבקר במוסדות ומועצות מקומיות שבעיר ירושלים ובכפרים שמסביב לה על מנת ללמוד על הבעיות של מוסדות אלה ולנסות לעזור להם. למשל ביקרו העותרים 8, 15 ו-21 בבית חולים אוגסטא ויקטוריה ובבית חולים הסהר האדום בירושלים שם פגשו את יו"ר דירקטוריון בית החולים ושמעו ממנו על הקשיים הכספיים והבעיות בהם נתקל בית החולים. העותרים אף ביקרו כמה בתי ספר באזור ירושלים והכפרים שמסביב. בנוסף, הם ביקרו את המועצות המקומיות של הכפרים אלעזריה, קטננה, בית אקסא, בית סוריק, בידדו, בית איגזא, בית דקו, בית ענאן ואלקביבה. יש לציין שכל הכפרים האלה נמצאים מחוץ לשטחה חמוניציפאלי של ירושלים.
- מצ"ב העתק מדוחו"ת הביקורים אותם תכינו עוזריהם של העותרים לאחר כל ביקור וביקור מסומן י'.

הטיעון המשפטי

מבוא

34. שאלת מעמדם המשפטי של תושבי מזרח ירושלים וזכותם להמשיך ולהתגורר במקום הולדתם, כפי שעשו אבותיהם ואבות אבותיהם לפנייהם, היא העומדת בבסיסה של עתירה זו. האומנם ישיבת הקבע של העותרים בירושלים, ישיבה מכוח לידה שהייתה לפני סיפוחו של מזרח העיר והמשיכה גם אחריה, היא ישיבה בזכות או שמא היא כעלה נידף ברוח מאווי ליבם וגחמותיהם של אנשי הממשל בישראל?

עתירה זה דנה, במידה לא מבוטלת, בפרעונו של השטר שנתן בית המשפט העליון בבג"צ 88/282 עווד נ' ראש הממשלה (פד"י מב(2) 424) על פיו "סמכות הביטול של שר הפנים אינה הופכת את ישיבת הקבע לישיבת בחסד. ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים ענייניים יש בנוחם להפעיל את סמכותו של שר הפנים".

35. ודוק, אין בכך משום הודאה בזכותה של המדינה להחיל את החוק והמשפט הישראלי במזרח העיר ירושלים והעותרים בדעה, כדעת המשפט הבינלאומי, כי מדובר בסיפוח של שטח כבוש, סיפוח האסור על פי דיני המשפט הבינלאומי החל בשטחים כבושים, הכל כמפורט בהמשך.

36. זאת ועוד, עתירה זו דנה בתקדים החמור על פיו המשיב מבקש להפעיל את סמכותו חלכאורית שהוענקה לו בחוק הכניסה לישראל ולשלול את תושבות הקבע של העותרים 1, 8, 15, ו-21 באמתלא של "הפרת חובת האמונים" למדינה. לחבדיל מכל המקרים הרבים שנדונו עד כה בפסיקה העניפה אשר דנה בסוגיית מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הערבים, סלע המחלוקת העיקרי ניטש לרוב סביב השאלה העובדתית בדבר מקום מגורי הפונים ומרכז חייהם הלכה למעשה, ואילו כאן אין חולק כי מרכז חייהם של העותרים ומקום מגוריהם הקבוע היה, עודנו, מזרח ירושלים.

37. האם רשאי המשיב להרחיב את היריעה, בניגוד גמור לעמדת המדינה לאורך השנים ובניגוד לעמדת הדין והמבחנים שהותוו בפסיקה, על פיהם מרכז חיי התושבים הלכה למעשה הוא המבחן השולט בכיפה ועל פיו ישק דבר זכותו של המשיב לשלול את תושבות הקבע, ולכלול בתוכה גם מבחנים של הצהרת אמונים למדינה?.

38. לעניין אחרון זה מן הראוי להזכיר את אשר נפסק בבית משפט נכבד זה לפני חודשים אחדים, בעת"מ (י-ם) 05/666 נסרין זידאן נ' מדינת ישראל- שר הפנים, תק- מת- 1)2006 (7835, מפי כב' השופטת צור:

" בבג"צ 88/282 עווד נ' ראש הממשלה (פז"י מב(2) 424, 433), קבע כב' הנשיא ברק כי המבחן המכריע לעניין סיום ישיבת הקבע הינו מציאות החיים כפי שהתרחשה הלכה למעשה. מציאות זו צריכה להצביע, בצורה ברורה וחד משמעית, על כך שבעל הרישיון גילה את דעתו, בהתנהגות בפועל, כי הוא מבקש לנתק את קשר הקבע שלו עם ישראל וליצור זיקה חדשה עם מדינה אחרת". בעניין נסרין וידאן הנ"ל, כמו בעניין מברוקה עווד, כמו בכל העניינים שנדונו בפסיקה עד כה, תמיד שאלת רציפות מגוריו של הפונה בירושלים, מיקום מרכז חייו, בישראל או שמא בחו"ל, היא השאלה שעמדה בבסיס ההכרעה. ואילו בענייננו שאלה זו אינה מתעוררת כלל מאחר ואין חולק כי מרכז חייהם של העותרים הוא בירושלים.

39. למען הסר ספק, וכפי שיבואר להלן בחמשך, העותרים בדעה כי הצהרת אמוניהם למדינה ישראל מעולם לא הייתה תניה לקבלת מעמדם שניתן להם, "בדין ולא בחסד", כתושבי קבע ומכאן שגם הסמכות לשלול תושבות קבע זו, בהנחה שחיא אכן קיימת, לעולם לא תהא תלויה בהצהרת אמונים כזו. במילים אחרות, חוק הכניסה לישראל אינו מתייחס לסוגייה זו ולכן חוספת תנאי זה שאינו מעוגן בתקיקה הראשית מהווה חריגה מסמכות.

39. לבסוף יודגש, ומבלי להמעיט בחשיבות הדבר, כי החלטת המשיב, כמוה ככל החלטה מנהלית, דינה להתבטל מאחר והיא לוקה בפגמים רבים היורדים לשורשו של עניין ושיש בהם, כל אחד בגפו ולבטח הצטברותם יחדיו, כדי לבטלה. כך למשל, דין החלטת המשיב להתבטל מאחר וניתנה בהעדר סמכות, ניתנה ללא ביסוס עובדתי ו/או משפטי, השיקולים העומדים בסיסה שיקולים זרים הם, לוקה בחוסר סבירות קיצוני, אינה מידתית ופוגעת, שלא כדון, בזכויות יסוד של העותרים ושל בני משפחותיהם, לרבות הזכות לשוויון, הזכות לכבוד, הזכות לחיי משפחה וזכות הקניין, והכל מבלי שניתנה להם כל אפשרות מעשית להתגונן מפני רעתה ולהשמיע את טיעוניהם בטרם ייחרץ דינם.

טענה מקדמית-החלטת המשיב מפרה את זכות השימוע

40. התנחלותו של המשיב בעניינם של העותרים לא מותירה מקום לספק כי הדאגה לקיום של כללי הצדק הטבעי, וזכות לשימוע וטיעון בראשון, לא עמדו כלל לנגד עיניו שעה שגמר אומר בדעתו לשלול את תושבותם של העותרים. כזכור, הח"מ פנה כעבור כשבעים מיום שנמסרו מכתבי הזאהרה לעותרים בדבר הכוונה לשלול את תושבות הקבע שלהם אל המשיב בדרישה להאריך את המועד להגשת טיעונים בכתב מטעם העותרים כנגד כוונה זו, אולם פנייה זו נדחתה על סף על ידי המשיב. פניה בהולה ומנומקת מטעם ב"כ הנוסף, עו"ד גיבארין, למשיב באותו עניין ממש זכתה גם היא לתשובת זהה. הגם והמשיב הועמד על חומרת צעדו הצפוי והצורך כי יוגשו

טיעונים מפורטים וראויים לשמם בסוגיה שבוכה מעין זה ויאסוף חומר ומסמכים שיש בהם כדי לתמוך בטיעוני העותרים, כאשר מודגש מאידך כי לא ייגרם למדינה כל נזק למעשה ממתן אורכה סבירה כאמור, חרף כל הנ"ל סירב המשיב לעניק אורכה סבירה ויום למחרת פקיעת המועד הראשוני שהקצה לעותרים, 30 ימים, הוציא את חודעתו מיום 30.6.06 לפיה הוא מחליט לשלול את תושבות הקבע של העותרים בעילה של הפרת חובת אמונים.

41. סירובו העיקש של המשיב שלא ליתן כל אורכה להצגת טיעונים מטעם העותרים(מבלי להצביע על צורך חיוני שיצדיק אי היענות לפניה זו) יש בו כדי להוכיח יותר מכל, כי גם במידה והיה מתקיים חליץ של שימוע הרי חליץ זה היה אך לכיסוי מראית פני הצדק שכן המשיב כבר גמר בדעתו לקבל את ההחלטה שקיבל בסוף. אולם כאמור, גם על מראית פני הצדק כבר ויותר המשיב, מראש ובמודע. רשות שלטונית אשר מתנהגת כך, מגלה את דעתה כי נעולה היא על החלטתה כפרגוד אטום ולעולם לא ניתן לומר עליה כי תהא נכונה לשמוע את האידיך גיסא "בלב פתוח ובנפש חפצה".

42. המשיב התעלם כליל מהחובה המוטלת עליו בדין, ובפסיקה העניפה, ליתן לנפגעי החלטתו זכות שימוע וטיעון בטרם יפול הפור. כך נקבע מלפני עשרות שנים בהלכות בית המשפט העליון וגם בהלכות המאוחרות:

" אחד מעיקרי הצדק הטבעי, בהם מחויב בית-הדין הדתי, בדומה לכל גוף המפעיל סמכויות שיפוטיות או מעין-שיפוטיות, הוא החובה להעניק למי שעלול להיפגע כתוצאה מהפעלת סמכותו של הגוף, אפשרות מהותית לטעון בפני הגוף המכריע בעניינו. כך, למשל, בבג"ץ 72/295 יהודית בכר נ' בית-הדין הרבני האזורי ברחובות, פ"ד כז (1) 568, 573, נקבע, כי:

"... את עיקרי הצדק הטבעי אנו חייבים ליישם כפי שאנו מבינים אותם וכפי שנתגבשו בפסיקה במשך הדורות. אנו חייבים לדרוש את קיומם גם על-ידי כל רשות שיפוטית, מעין-שיפוטית, ואף מינהלית גרידא, כשהיא עושה פעולה או מחליטה החלטה שיש בה כדי לפגוע באזרח. הלכה פסוקה היא משכבר הימים, כי פגיעה בעיקרי הצדק הטבעי על-ידי רשות כזאת, השוללת מאדם את האפשרות להשמיע את טענותיו ולהביא את ראיותיו בעניין הנוגע לו, היא כבחינת חריגה מסמכות הפוסלת מעיקרו את הפעולה או ההחלטה שנעשתה כך."

(בג"צ 2829/03 פלונית נ' בית הדין הדרוזי לערעורים בעכו, טרם פורסם).

43. העותרים יטענו, כי מידת והיקף הליך השימוע והבקרה השיפוטית הינם פועל יוצא למידת הפגיעה בזכויות יסוד ובזכויות חוקתיות. ככל שהסמכות גורפת היא, ותוצאת השימוש בה פוגעת במימוש זכויות יסוד, היקף הליך השימוע אמור להיות רחב ומקיף יותר, ומחייב מתן הזדמנות הוגנת ורחבה יותר להגיב עליה ולברר את אמיתותה, שהרי, כדברי כב' השופט זמיר:

"חומרת הפגיעה הצפויה עשויה להשפיע על רמת השמיעה הנדרשתן ניתן וומר כעניין של מדיניות שיפוטית, כי ככל שהפגיעה הצפויה קשה יותר, כך עולה יותר, לא רק חשיבות השמיעה, אלא גם רמת השמיעה... כמו כן ניתן לומר כי רמת השמיעה עשויה לעלות ככל שההליך המנהלי קרוב יותר במהותו להליך שיפוטי. למשל, יתכן כי בהליך מנהלי בעל אופי שיפוטי יהיה מקום לאפשר חקירה של עדים שמסרו מידע לרשות המנהלית".

" זמיר, הסמכות המנהלית כרך ב, נבו 1996, עמ' 813.

44. הפסיקה העליונה הדגישה, לא אחת חשיבותה של זכות הטיעון וחשמיעה, בטרם קבלת החלטה העלולה לפגוע בזכויות יסוד של אזרח או תושב:

"דברו של הנפגע ישמע בטרם תתקבל החלטה בענייניו"

בג"צ 78/654 גינולד ה' בית הדין הארצי לעבודה, פד"י לה (2) 649, 655.

ההחלטה פוגעת בזכות החוקתית לחיי משפחה

45. החלטת המשיב לבטל לעותרים 1, 8, 15 ו-21 את רישיון ישיבת הקבע במזרח ירושלים יש בה פגיעה מרחיקת לכת בזכותם של העותרים לחיי משפחה. יסוד ראשוני לחיי משפחה תקינים הוא אפשרות בני המשפחה לחיות יחד קורת גג אחת. בחיעדר תנאי יסודי זה מתמוטטות כבניין קלפים כל הזכויות האחרות-לאינטימיות משפחתית, לטיפול משותף בילדים ולאוטונומיה באופן חינוכם, לתמיכה הדדית, כלכלית ורגשית. הפירוד שגוזר המשיב על העותרים משמעותו שיסוע המשפחה תוך פגיעה אנושה בבני המשפחה ופירור יסודות החברה.

46. הזכות לחיי משפחה היא זכות יסוד טבעית, המוכרת הן על ידי המשפט הבינלאומי והן על ידי המשפט הישראלי. זכות זו פועלת במישורים שונים, וכוללת בין השאר את הזכות לנישואין ואת הזכות לחורות. היא נובעת הן מזכותו של כל אדם לכבוד ולפרטיות והן מחשיבותו של התא המשפחתי בחברה האנושית בכלל ובחברה הישראלית בפרט. לא פלא, שחן הדין הפנימי הישראלי והן הדין הבינלאומי מבקשים

להגן על התא המשפחתי. ההגנה על התא המשפחתי אינה מתמצית באיסור על התערבות המדינה בתא המשפחתי, אלא מטילה על המדינה את החובה האקטיבית להגן עליו.

47. הזכות לחיי משפחה וחשיבותו של התא המשפחתי עוברים כחוט השני בחקיקה הישראלית בכללותה. בדברי חקיקה רבים קבע המחוקק הישראלי הסדרים, אשר מטרתם לשמור על התא המשפחתי, לעודד ולטפח אותו. חוק השבות, למשל, מעניק לבני משפחתם של יהודים זכות לעלות ארצה, גם מתוך מטרה לשמור על איחוד המשפחה. באופן דומה נקבע בסעיף 7 לחוק האזרחות, כי בן זוג של אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות, אף אם לא מתקיימים בו התנאים הנקובים בחוק לקבלת אזרחות, וזאת מתוך הכרה בחשיבותה של המשפחה.

ר' בג"צ 754/83 רנסיו ואח'ני שר הפנים ואח', פ"ד לח (4) 113, 117.

48. בשורה ארוכה של פסקי דין עמד בית המשפט העליון על חשיבותו החברתית העליונה של התא המשפחתי. בבג"צ 91/693 אפרת נ' הממונה על מרשם האוכלוסין ואח'. פ"ד מזו (1) 749, 783 עמד השופט ברק (כתוארו דאז) על חיוניותה של המשפחה לחיי החברה הישראלית, תוך שימת דגש על תפקידה המרכזי של הזוגיות:

"שמירתו של מוסד המשפחה הינה חלק מתקנת הציבור בישראל. זאת ועוד: במסגרת התא המשפחתי שמירה על מוסד הנישואין הינו ערך חברתי מרכזי, המהווה חלק מתקנת הציבור בישראל. בני זוג הנשואים כדת וכדין יוצרים סטטוס...וקיים אינטרס ציבורי עליון בשמירתו על סטטוס זה".

49. בבג"צ 93/2266 פלוני ואח'ני פלוני, פ"ד מט (1) 221, 235, עמד הנשיא דאז שמגר על הזכות החוקתית לחיי משפחה במישור הספציפי של הזכות להורות:

"זכותם של הורים לגדל ולחנך את ילדיהם כראות עיניהם היא זכות חוקתית יסודית, זכות טבעית הטבועה ועולה מן הקשר בין הורים לצאצאיהם. המסגרת המשפחתית אינה עומדת בצד המערכת החוקתית, אלא היא חלק אינטגרלי ממנה... זכותם של הורים לחזיק בילדיהם ולגדלם, על כל הכרוך בכך, היא זכות חוקתית טבעית וראשונית, בבחינת ביטוי לקשר הטבעי שבין הורים לילדיהם... זכות זו באה לידי ביטוי בפרטיות ובאוטונומיה של המשפחה".

50. הזכות לחיי משפחה על היכטיה השונים מוגנת על ידי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. לאור טיבו האינטימי ביותר של התא המשפחתי מקובל לראות את הזכות לחיי משפחה כמרכיב מיוחד של הזכות לפרטיות, המעוגנת בסעיף 3 לחוק היסוד. כמו כן, חשיבותו העצומה של התא המשפחתי לאדם ולחברה מציבה את הזכות לחיי משפחה כחלק מהזכות לכבוד האדם.

51. הזכות לחיי משפחה מעוגנת בחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו כחלק אינטגרלי מהזכות לכבוד האדם:

"בעידן שבו 'כבוד האדם' הינה זכות יסוד חוקתית מוגנת יש ליתן תוקף לשאיפתו של אדם להגשים את הווייתו האישית, ומטעם זה יש לכבד את רצונו להשתייך לתא משפחתי שהוא רואה עצמו חלק ממנו".

ע"א 96/7155 פלוני נ' היועמ"ש, פ"ד נא (1) 160, 175.

52. בפרשת סטמקה נבחנה מדיניות המשיב, שהייתה קיימת באותה העת לאור הוראת סעיף 7 לחוק האזרחות, על פיה רשאי שר הפנים ליתן אזרחות לבן זוג של אזרח ישראלי גם אם לא התקיימו בו כל התנאים להתאזרחות, האמורים בסעיף 5 לחוק האזרחות. חוק האזרחות אינו קובע, כי לבני זוגם של אזרחים ישראלים זכות מוקנית לקבלת אזרחות בישראל, ואולם בית המשפט קרא זכות זו לתוך החוק, בין היתר בהתבסס על הוראות האמנה בדבר אזרחותה של אישה נשואת, על פיהן מתחייבות המדינות החתומות על האמנה להקל על התאזרחותה של אשתו של אזרח. בית המשפט גם פירש זכות זו כחלה על בן זוגה של אזרחית, וזאת מכוח עקרון השוויון (שם, בעמ' 792). למרות העובדה, שהחוק לא קבע זכות זו במפורש, קבע בית המשפט חלכה למעשה, כי המשיב 1 חייב להקנות מעמד בישראל לבן זוג של אזרח, וחייב להקנות לו אזרחות תוך פרק זמן סביר, כאשר שיקול דעתו מצטמצם אך ורק לשלילת זכות זו בנסיבות חריגות מצדיקות זאת, כגון חעדר כנות הנישואין, שיקולים של עבר פלילי וסכנה לשלום הציבור (שם, 795-796).

הזכות לחיי משפחה במשפט הבינלאומי

53. הזכות לחיי משפחה זוכה להגנה רחבה ביותר במשפט הבינלאומי. אמנות רבות, אזרחיות ובינלאומיות כאחת, מדגישות את חשיבותו החברתית של התא המשפחתי

ומונות את הזכות לחיי משפחה בזכות יסוד בסיסית ביותר. ההצהרה האוניברסלית בדבר זכויות האדם משנת 1948, הנותנת ביטוי לעקרונות יסוד של המשפט הבינלאומי, המוכרים כבעלי מעמד של משפט מנהגי, קובעת בסעיף 16(3), כי:

“The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State”.

54. גם האמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות משנת 1966, האמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות משנת 1966, ואמנת האו"ם בדבר זכויות הילד משנת 1989, אשר כולן אושררו על ידי מדינת ישראל בשנת 1991, מגנות על הזכות לחיי משפחה.

55. סעיף 23(1) לאמנה בדבר זכויות אזרחיות ופוליטיות קובע, כי "המשפחה היא היחידה הקיבוצית הטבעית והיסודית של החברה, והיא זכאית לחגנה מטעם החברה והמדינה". סעיף 23(2) לאותה אמנה ממשיך וקובע, כי "הזכות לשאת בן זוג ולכוון משפחה תהיה מוכרת לגבר ולאישה שבגיל הנישואין". סעיף 17 לאותה אמנה קובע, כי "לא יהיה אדם נתון להתערבות שרירותית או בלתי-חוקית... במשפחתו...".

56. סעיף 10(1) לאמנה בדבר זכויות כלכליות, חברתיות ותרבותיות קובע, כי "יש להעניק הגנה וסיוע רחבים ככל האפשר למשפחה, שהיא יחידת היסוד הטבעית של החברה, במיוחד לשם כינונה, וכן כל זמן שהיא נושאת באחריות לטיפול בילדים תלויים וחינוכם".

57. סעיף 23 לאותה אמנה קובע, כי "המשפחה היא היחידה הטבעית והבסיסית בחברה והיא זכאית להגנה בידי החברה והמדינה"

58. סעיף 1(1) 9 לאמנת האו"ם לזכויות הילד קובע, כי " מדינות חברות יודאו כי ילדים לא יופרדו מהוריהם בניגוד לרצונם".

וראו גם עניין סטמקה, בפיסקה 58 לפסה"ד.

59. בנוסף להיותה מחוייבת על ידי המשפט הבינלאומי לזכויות האדם, ישראל, ככוח הכובש במזרח ירושלים מחוייבת על פי החוק ההומניטרי הבינלאומי, לרבות אמנת האג הרביעית

ביחס לחגנה על אזרחים בעיתות מלחמה, תקנות האג משנת 1907, אמנת גינבה הרביעית והחוק הבינלאומי המקובל.

60. הרעיון המרכזי בפסיקה הבינלאומית בעניין כיבוש לוחמני הוא שהכבוש הוא זמני, למשך פרק זמן מוגבל, וכי אחת המטרות העיקריות היא לאפשר לתושבי שטח כבוש לחיות חיים "נורמליים" ככל האפשר. החוק החומניטרי מחייב את המדינות לכבד את זכויות המשפחה בשטח הכבוש. לפי סעיף 27 באמנת גינבה הרביעית, אנשים מוגנים, לרבות תושבים של שטח כבוש "זכאים בכל הנסיבות לכבוד האדם, זכויות המשפחה, אמונותיהם ומנהגייהם והמסורת שלהם." סעיף 46 של תקנות האג משנת 1907 המתאר את החובות של הכוחות הכובשים, קובע כי "יש לכבד את זכויות וכבוד המשפחה".

טובת הילד

61. החלטת המשיב היא בעלת השלכות שליליות בייחוד בנוגע לילדי העותרים 1, 8, 15, ו-21. אין באפשרותם יהיה לקיים קשר רצוף עם אבותיהם, וחזבר מביא למצבים קשים של מצוקה רגשית. גם המתחים בתוך המשפחה-פרי חיי הפירוד-חורצים את סימניהם בילדים.

62. העקרונות של טובת הילד וזכויותיו, עם עקרונות משורשים במשפט הישראלי. ראו, למשל, את הסקירה ע"י כב' הנשיא שמגר, בע"א 2266/93 פלוני, קטיין ואח'י נ' פלוני, פ"ד מט (1) 221.

63. העיקרון של טובת הילד הונח גם כעיקרון מרכזי באמנה הבינלאומית בדבר זכויות הילד משנת 1989. סעיף 3 (1) לאמנה מורה:

בכל הפעולות הנוגעות לילדים, בין אם ננקטות בידי מוסדות רווחה סוציאלית ציבוריים או פרטיים ובין בידי בתי משפט, רשויות מנהל או גופים תחיקתיים, תהא טובת הילד שיקול ראשון במעלה.

64. הוראה זו של האמנה צותתה על ידי בית המשפט העליון 7015/94 י"מ נ' פלוני, פ"ד נ(1) 48 בע' 66 (על ידי כבוד השופט דורנר) ובבג"צ 5227/97 דוד נ' בית הדין הרבני העליון (תק-על 443) (3)98, בסעיף 10 לפסק דינו של כבוד השופט חשין.

65. סעיף 7 לאמנה בדבר זכויות הילד קובע, כי לילד תהא הזכות להיות מטופל על יד תוריו. סעיף זה מצוטט בפסיקה של בית משפט זה על ידי כבוד השופט חשין בע"א 3077/90 פלונית ואח'י נ' פלוני, פ"ד מט (2) 578, 593.

66. באותה רוח קובע סעיף 9 (1) לאמנה:

המדינות החברות יבטיחו כי ילד לא יופרד מהוריו בניגוד לרצונם

67. בהחלטתו של המשיב לבטל את רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15 ו-21, הפר המשיב את הוראות האמנה לזכויות הילד, והתעלם מהשיקול של טובת ילדי העותרים, שצריך היה להנחותו כשיקול ראשון במעלה.

לסיכום, ההחלטה, השוללת את רישיון ישיבת הקבע של העותרים 1, 8, 15, ו-21 יוצרת מצב שבו מפרידים אותם מבני משפחותיהם ובכך נפגעת זכותם של העותרים לקיים חיי משפחה. ההחלטה מונעת מהעותרים לחיות יחדיו וזאת תוך הפרה של האמנות הבינלאומיות הנ"ל, החלטה זו משפיעה באופן שלילי על העותרים על ידי מניעת האפשרות שיוכלו להישאר ביחד.

מזרח ירושלים-מעמדה והדיו החל.

68. ב-1967 כבשה ישראל את ירושלים המזרחית, את יתר הגדה המערבית ואת רצועת עזה. אף שישראל טענה שמעולם לא התכוונה לספח את השטחים הפלסטיניים הללו, היא הרחיבה את גבולותיה של ירושלים המזרחית שבועיים מיום תחילת הכיבוש וזאת ביום 27/06/1967 כאשר קיבלה הכנסת את התיקון לפקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), תשכ"ז-1967, לפיו המשפט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו (סעיף 1). הגבולות ה"מוניציפליים" החדשים הגדילו את ירושלים המזרחית ביותר מפי עשרה מגודלה לפני הכיבוש. ישראל העניקה לתושבים הפלסטינים של האזור המסופח תעודות זהות ישראליות, שהקנו להם מעמד של "תושבי קבע" במדינת ישראל. ב-1980 תיקנה ממשלת ישראל את חוק יסוד: ירושלים המרחיב את שטח השיפוט של ישראל גם לחלקיה הכבושים של העיר, בכוונה לספח את ירושלים המזרחית.

69. סיפוח זה נעשה תוך הפרה בוטה של המשפט הבינלאומי האוסר על "רכישת שטחים בכוח" וכן על ביצוע שינויי חקיקה בשטחים כבושים. על רקע זה גינתה מועצת הביטחון של האו"ם, ככמה הזדמנויות, את סיפוחה של מזרח ירושלים, וכל מדינות העולם נמנעו מלהכיר בו. לכן,

למרות העובדה שעל-פי החוק המקומי מזרח ירושלים היא חלק ממדינת ישראל, לפי המשפט הבינלאומי היא נותרה שטח כבוש שמעמדו אינו שונה מזה של שאר הגדה המערבית.

70. המשפט הבינלאומי המנהגי, כפי שהוא משתקף בצירטר של האו"ם (סעיף 2, פסקה 4), דוחה את הקבילות של השתלטות על שטחים בכוח, ולפיכך הסיפוח של ירושלים המזרחית וסמכות מדינת ישראל עליה אינם חוקיים על פי המשפט הבינלאומי. כל עוד קיימת עוינות בין הצדדים המעצמה הכובשת לא יכולה לספח את השטח הכבוש, אפילו אם כבשה את כל האזור שבו מדובר. להחלטה בעניין זה אשר להגיע רק במסגרת הסכם שלום.

J.Pictet (ed.), *Commentary, Fourth Geneva Convention Relative to Protection of Civilian Persons in Time of War*, p. 275.

71. האו"ם הכיר בירושלים המזרחית כשטח כבוש (שחלות עליו תוראותיה של אמנת ז'נבה הרביעית), ולפיכך דוחה את הריבונות הישראלית בירושלים המזרחית. בתגובה להרחבת גבולותיה של ירושלים קיבלה מועצת הביטחון של האו"ם החלטה 252 שקבעה כי מועצת הביטחון "רואה בכל פעולה שנוקטת ישראל ואשר מכוונת לשנות את המעמד החוקי של ירושלים פעולה עקרה שלא תשנה את מעמדה". החלטה 476 של מועצת הביטחון של האו"ם קובעת כי המועצה "מאשרת כי כל... פעולה שנוקטת ישראל, המעצמה הכובשת, המתיימרת לשנות את אופיה ומעמדה של... ירושלים היא חסרת תוקף חוקי ומהווה הפרה בוטה של אמנת ז'נבה בדבר הגנת האוכלוסייה האזרחית בעתות מלחמה, ומהווה מכשול תמור להשגת שלום כולל, צודק ובר-קיימא במזרח התיכון.

72. סעיף 47 של אמנת ג'נבה הרביעית קובע במפורש כי במקרה של סיפוח חד-צדדי נותרים בתוקף כללי המשפט הבינלאומי החלים במצב של תפיסה לוחמתית.

73. העותרים יטענו כי הדין החל במזרח ירושלים, בהיותה שטח כבוש, הוא הדין הבינלאומי לרבות כל דיני הכיבוש הקבועים במשפט ההומניטארי הבינלאומי בכלל ובאמנת ג'נבה הרביעית בפרט. העותרים יטענו כי סיפוח מזרח ירושלים שנעשה מטעם מדינת ישראל בשנת 1967 מהווה הפרה בוטה של כללי המשפט הבינלאומי האוסרים על "רכישת שטחים בכוח" וכן על ביצוע שינויי חקיקה בשטחים כבושים. למותר לציין כי סיפוחה של מזרח ירושלים על ידי מדינת ישראל זכה לגינויים מטעם מועצת הביטחון של האו"ם ואין בעובדה כי הדין המקומי החיל את דיני ישראל על מזרח העיר ירושלים כדי לשנות, מנקודת ראותו של המשפט הבינלאומי, את העובדה כי מזרח ירושלים נותר שטח כבוש שמעמדו אינו שונה מזה של שאר הגדה המערבית ומדינת ישראל מחוייבת לפעול על פי אמות המדיה והכללים שהותוו במשפט זה.

74. סעיף 49 לאמנת גינבה הרביעית קובע כי :

" אסורה העברה בכפייה של מוגנים, יחידים או רבים, וכן אסור גירושם של מוגנים מתוך שטח כבוש אל שטחה של המעצמה הכובשת או אל שטחה של כל מדינה אחרת, כבוש או שאינו כבוש, יהיה המניע להם אשר יהיה. אף על פי כן, רשאית המעצמה הכובשת לקבל על עצמה את פינויו השלם או החלקי של אזור מסויים, אם בטחון האוכלוסייה או שיקולי הכרח צבאיים ידרשו זאת. פינוי כזה אסור לו שיגרור עקירתם של מוגנים מעבר לגבולות השטח הכבוש, אלא אם כן אי אפשר, מסיבות של ממש, למנוע את עקירתם. האנשים שפוננו כך יוחזרו לבתיהם מיד לתום פעולות האיבה באותו שטח. המעצמה הכובשת, המקבלת על עצמה את ההעברות או הפינויים האלה, תדאג, במלוא מידת האפשרות המעשית, להספקת שיכון נאות שיקלוט את המוגנים, לביצוע ההעברה בתנאים מניחים את הדעת מבחינת ההיגיינה, הבריאות, הבטחון והתזונה, ולבלי לקרוע בני משפחה אחת זה מזה. יש להודיע למעצמה המגינה על כל העברה ופינוי מיד לביצועם. המעצמה הכובשת לא תעצור מוגנים באזור הנתון במיוחד לסכנות מלחמה, אלא אם כן בטחון האוכלוסייה או שיקולי הכרח צבאיים מחייבים זאת. המעצמה הכובשת לא תגרש ולא תעביר חלקים מאוכלוסייתה האזרחית שלה לשטח שכבוש על ידה.

75. לשון הסעיף, החד והברור, אוסר על המעצמה הכובשת לבצע כל סוג של "העברה בכפייה" של אזרחים מוגנים, לרבות העברה בכפייה בתוך השטח הכבוש, וזאת בנוסף לאיסור על גירוש אזרחים אל מחוץ לשטח הכבוש. איסור זה הינו מוחלט, והוא תקף "ללא קשר למניע" העומד מאחורי הכוונה לבצע העברה בכפייה.

76. אין חולק כי הלכה למעשה שלילת תושבות הקבע של העותרים תהפוך אותך לשוהים בלתי חוקיים בישראל, ותביא בהמשך לגירושם ו/או סילוקם ממקום מגוריהם, והכל שלא בהסכמת ובניגוד לרצונם.

77. אמנת גינבה הרביעית מכירה אומנם, במסגרת סעיף 78 שבת, בסמכותה של המדינה הכובשת "ללייחד את מקום המגורים" של האזרח המוגן בתוך השטח הכבוש, קרי לתחום את האזור שבו מותר לאותו אדם להתגורר. ברם, סמכות זו נתפסת באמנה חריג שמותר לנקוט בו רק לנוכח "טעמי הכרח של ביטחון".

לעניין אחרון זה יפנו העותרים להלכה המסכמת שניתנה בבג"ץ 7015/02 עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית, פד"י (נו) 352, עמ' 370, שם נקבע בין היתר כי :

"לעניין הרמה הראשונה, מקובל על כל הצדדים שלפנינו – וזו גם דעתנו – כי תנאי הכרחי לכך שיהא ניתן לתחם את מקום מגוריו של אדם על-פי סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית הינו כי מאותו אדם עצמו נשקפת סכנה, וכי תיחום מקום המגורים יסייע בהסרתו של סיכון זה. נמצא כי ביסוד הפעלת שיקול-הדעת בדבר תיחום המגורים מונח השיקול הבא למנוע סכנה מהאדם שאת מגוריו מבקשים לתחם. אין לתחום מקום מגורים של אדם תמים שממנו עצמו אין נשקפת כל סכנה אך משום שתיחום מקום מגוריו יביא להרתעתם של אחרים. כמו כן אין לתחום מקום מגורים של מי שאינו תמים ופעל פעולות הפוגעות בביטחון, כאשר בנסיבות העניין שוב אין נשקפת ממנו כל סכנה. על-כן אם פלוני ביצע פעולות טרור, ותיחום מגוריו יפחית את הסכנה הנשקפת ממנו, ניתן לתחם את מקום מגוריו..." ובהמשך:

"מסקנה זו מתחייבת מתפיסתה של אמנת ג'נבה הרביעית, הרואה באמצעים של מעצר ותיחום מקום מגורים כאמצעים החמורים וחריפים ביותר שהמעצמה הכובשת יכולה לנקוט כלפי תושבים מוגנים (ראו פיקטה [43], בעמ' 257). על-כן יש לנקוט אותם רק במצבים חריגים ויוצאי-דופן בלבד. בצדק מציין פיקטה [43], בעמ' 367-368 כי:

"In occupied territories the internment of protected persons should be even more exceptional than it is inside the territory of the Parties to the conflict; for in the former case the question of nationality does not arise. That is why article 78 speaks of imperative reasons of security; there can be no question of taking collective measures: each case must be decided separately... their exceptional character must be preserved".

והוא מוסיף כי ניתן לנקוט אמצעי של תיחום מקום מגורים רק כלפי אנשים אשר המעצמה הכובשת רואה בהם כמסוכנים לביטחון (considers them) (dangerous to its security) (שם [43], בעמ' 368). גישה זו – הנובעת מהוראות האמנה – אומצה על-ידי בית-משפט זה בעבר. קבענו, וחזרנו וקבענו, כי ניתן לנקוט אמצעים של מעצר מינהלי – וכאמור זהו האמצעי שבו דן סעיף 78 לאמנת ג'נבה הרביעית לצד ייחוד מקום המגורים – רק בגין "סכנה הנשקפת ממעשיו של העותר לביטחון האזור" (בג"ץ 7709/95 סיטרין נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה ושומרון).

78. אין חולק כי בענייננו אין מקום להפעלת סנקציה מעין זו מאחר ולא נטען, ולו ברמז, כי מיוחסים לעותרים מעשים המהווים פגיעה ו/או סכנה חמורה לפגיעה ישירה וחמורה בבטחון המדינה.
79. מעבר לנדרש יוער כי גם לא הונחה שום תשתית ראייתית כדי לאפשר הפעלה של סנקציה חמורה מעין זו. בחקשר זה ראוי להזכיר כי בעניין עגורי הנ"ל נקבע כי:
- "לאור אופיו המיוחד של אמצעי זה ניתן לנקוט אותו בדרך כלל רק אם קיימות ראיות מינהליות, שגם אם אינן קבילות בבית-משפט, הרי הן ברורות ומשכנעות, שאם לא יינקט האמצעי של תיחום מקום מגורים, קיימת אפשרות סבירה כי תהא נשקפת ממנו סכנה ממשית לפגיעה בבטחון האזור". (שם, עמ' 372).**
80. זאת ועוד, גם אם יידרש בית המשפט הנכבד להלכה הפסוקה בעניין תחולת הדין והמשפט הפנים ישראלי על מזרח ירושלים, כפי שנקבע לאחרונה ב בג"ץ 01/256 רבאח נ' בית המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פד"י נו (2) עמ' 390 (להלן: "עניין רבאח"), הרי עדיין אין לומר כי קמה למשיב הזכות לשלול את תושבות חקבע של העותרים, לבטח לא מכח הנימוק של הפרת חובת האימונים למדינת ישראל, מאחר ואין בחוק הכניסה לישראל, עליו נסמך המשיב, כל הוראה המסמיכה אותו לשלול את תושבותם מנימוק זה.
81. כזכור, בעניין רבאח הנ"ל טענו העותרים כי אין תחולה להוראות הדין השיראלי לגבי מזרח ירושלים מאחר ואין הם תואמים להוראות המשפט הבינלאומי המנהגי, לרבות אמנת ג'נבה הנ"ל ותקנות אמנת האג. באותו עניין נסקרה ההלכה שנתגבשה בבית משפט העליון במשך השנים, ולפיה הנחת היסוד היא שקיימת הרמוניה בין מערכת דיני המשפט הבינלאומי לבין מערכת דיני המשפט הפנימי. יתירה מכך, חזקה על דבר חקיקה פנימי שהוא עולה בקנה אחד עם הוראות המשפט הבינלאומי המנהגי ויש לפעול על פיו ואין ליסוג הימנו אלא במקרה של סתירה ברורה ומפורשת עם הוראות הדין הפנימי.
82. אומנם בעניין רבאח הנ"ל נמנע בית המשפט העליון בסופו של יום מלקבל את העתירה, בקובעו כי בעניין שהועלה שם – תחולת המשפט הישראלי במזרח ירושלים- קיימות הוראות חוק ברורות וחד משמעיות ועל כן ידם על העליונה. ברם, מכלל ההן נשמע הלאו, היינו מקום שאין בהוראות החוק הישראלי שום הוראה מפורשת אשר סותרת את הוראות המשפט הבינלאומי, ולעניינו הוראת סעיף 49 ו-78 לאמנת ג'נבה הרביעית, אזי אין לאפשר מצב חמור על פיו נשללת הזכות, ולא החסד, של העותרים לתושבות קבע, אך מחמת שטענו לגביהם, במעורפל, כי אינם נאמנים דיים למדינת ישראל, והכל כשאינן בחוק הכניסה

לישראל שום דרישה כאמור ושעה שהענקת זכות זו לא הותנתה כלל בשום צורך להשבע אמונים למדינת ישראל, להבדיל ממצב של הענקת אזרחות ישראלית או קבלת תושבות קבע בהליכים של אחוז משפחות וכדומה.

83. בעניין רבאח סקרה כבי' השופטת שטרסברג כהן את החלכה בעניין תחולת המשפט הבינלאומי, וליתר דיוק ההגמוניה בינו לבין המשפט הפנימי והגיעה למסקנה הנ"ל.

5. טענתו המרכזית של בא"כוח העותרים היא כי החקיקה נגועה באי-חוקיות, באשר אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבינלאומי המנהגי (תקנות האג משנת 1907 [13] וכללי אמנת ג'נבה בדבר הגנת אזרחים בימי מלחמה, 1949 (אמנת ג'נבה הרביעית)). לפיכך יש לקבוע כי מעולם לא הוחלה ריבונות ישראל דה-יורה על ירושלים המזרחית ואין להחיל עליה את המשפט והשיפוט הישראליים. טענה זו נדחת על-ידי.

6. גם אם אצא מתוך הנחה שהחקיקה הישראלית הפנימית אינה עולה בקנה אחד עם החוק הבינלאומי המנהגי – ואינני קובעת שכך הוא, באשר אין יסוד להנחה זו – גובר המשפט הישראלי. סוגיה זו נדונה אף היא לא אחת בפסיקת בית-משפט זה. בבג"ץ 103/67 "דה אמריקן ארוסין בית-אל מישן" נ' שר הסעד [5], בעמ' 333 מול אות השוליים ב אומר בית-המשפט מפי השופט ח' כהן: "דייני בהלכה הפסוקה שכללי המשפט הבינלאומי, במידה שנתקבלו על דעת רוב אומות העולם ואינם עומדים בסתירה לחוק החקוק בידי הכנסת, מהווים חלק מן הדין השורר בישראל" (ההדגשה שלי – ט' ש' כ'). בבג"ץ 253/88 סג'דיה נ' שר הביטחון [6], בעמ' 815 מול אות השוליים א אומר בית-המשפט, מפי הנשיא שמגר: "כאשר מדובר בכלל מן המשפט הבינלאומי המנהגי, חל העיקרון שסוכם מחדש בע"פ 336/61, בעמ' 2041-2040, לפיו מקום בו יש ניגוד בין החקיקה הישראלית לבין כלל מינהגי של המשפט הבינלאומי הפומבי (ההדגשה שלי ט' ש' כ') עדיפה הודאת החוק אשר במשפטנו". מוסיף הנשיא שמגר ואומר, כי: "ההנחה צריכה להיות, שהמחוקק שואף לתאם את חוקו לעקרונות המשפט הבין-לאומי (שזכו להסכמה כללית). אולם, כאשר מתוך החוק שחקק הלה בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה" (שם; ההדגשה שלי – ט' ש' כ'). על היות ידו של המשפט הישראלי על העליונה ככל שהוא נוגד את המשפט הבינלאומי דאו גם בג"ץ 591/88 טאהה נ' שר הביטחון [7], בעמ' 52 מול אות השוליים ז ובעמ' 53 מול אות השוליים א.

7. בדנ"פ 7048/97 פלוניס נ' שר הביטחון [8] חזר בית-המשפט מפי הנשיא ברק על הכלל הנקוט בידינו, ולפיו, חזקה עלינו כי תכליתו של חוק היא, בין היתר, להגשים את הוראות המשפט הבינלאומי ולא לעמוד בסתירה להן וכי קיימת חזקת ההתאמה

בין השניים (בעמ' 742). דברים אלה עולים בקנה אחד עם דברי הנשיא שמגר המובאים לעיל, ואינם עומדים בסתירה להלכה הפסוקה שלפיה כאשר "מתוך החוק... בולטת ברורות מגמה נוגדת, מאבדת אותה הנחה את ערכה ובית-המשפט מצווה שלא להתחשב בה" (בג"ץ 253/88 חנ"ל [6], בעמ' 815 מול אות השוליים ג). באותו דיון נוסף לא נדרש בית-המשפט לעימות בין החוק הפנימי לחוק הבינלאומי באשר הגיע לתוצאה שאליה הגיע על-ידי פרשנותו של החוק הפנימי באופן שלא נגז את החוק הבינלאומי" (שם, עמ' 934).

84. כאמור לעיל, מכלל הדין נשמע הלאו: הגם וכבי' השופטת כהן סברה כי דין העתירה שם להדחות מאחר וקיימת הוראה בדין הפנימי הישראלי אשר גוברת, גם במקרה של סתירה או אי התאמה, על הוראת המשפט הבינלאומי, הרי חרף התוצאה חשוב לעניינו הוא העקרון שעל פיו כל עוד אין סתירה בהוראה מפורשת וחד משמעית בדין הפנימי בי אז יש להמשיך ולפעול על פי כללי המשפט הבינלאומי.

החלטה ללא סמכות-גדר סמכותו של המשיב: בחינת מקום

מגורי העותרים

85. העותרים יטענו כי המשיב רשאי לשלול תושבות קבע רק אם התקיימו התנאים לכך ואשר התייחסה אליהם הפסיקה של בית המשפט העליון. פסיקה זו קובעת כי ניתן לשלול את תושבות הקבע של תושבי מזרח ירושלים, אם בכלל, רק על פי האמות שנקבעו בחוק הכניסה לישראל כאשר המבחן השלט הוא מבחן מרכז החיים ומציאות החיים הלכה למעשה. בעניין עווד חנ"ל, שבו ניתנה לראשונה פרשנותו של בית המשפט העליון לעניין מעמד תושבותם של תושבי מזרח ירושלים הערבית בעקבות החלטת הדין וחשיפוט הישראלי על מזרח העיר, אומצה גישתו הפרשנית של כבי' הנשיא א. ברק על פיה יצירת אינטרגציה בין הכרות המדינה בעניין זה לבין הוראות הדין הפנימי לגבי תושבי מזרח העיר ירושלים יתא באמצעות הוראות של חוק הכניסה לישראל. בנוסף, וחשוב מכל, נקבע כי הענקת תושבות הקבע לתושבי מזרח ירושלים לא ניתנה לכל אחד ואחת מהם באופן פרטני ופורמאלי אלא קמה להם מכח מפקד האוכלוסין שנערך בסמוך לכך וחקביעה כי לכל מתפקד קמה הזכות לתושבות קבע בישראל: "מגמת החקיקה הינה, כפי שראינו, ביצירה של סינכרוניזציה בין המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לבין מזרח ירושלים והשוהים בה. מטרת הפרשן הינה ליתן תוקף למגמה זו, עד כמה שניתן לעגנה בלשון החוק. עיגון זה אינו מעורר כל קושי, שכן ניתן לראות בתושבי מזרח ירושלים כמי שקיבלו רישיון לישיבת קבע. אמת, בדרך כלל ניתן הרישיון במסמך פורמאלי, אך אין זה הכרחי. יכול רישיון להינתן ללא מסמך פורמאלי, ומתו הרישיון יכול להשתמע מנסיבות העניין. אכן, מכוח הכרה זו בתושבי מזרח ירושלים,

אשר התפקדו במפקד האוכלוסין שנערך ב-1967 כמי שיושבים בה כדיו ישיבת קבע, הם נרשמו במרשם האוכלוסין, וניתנו להם תעודות זהות" (עניין עווד הנ"ל, עמ' 430).

קביעה זאת עולח בקנה אחד עם קביעתו של בית משפט נכבד זה בעניין נסרין זידאן הנ"ל על פיו :

" בבג"צ 88/282 עווד נ' ראש הממשלה (פד"י מב(2) 424, 433), קבע כב' הנשיא ברק כי המבחן המכריע לעניין סיום ישיבת הקבע הינו מציאות החיים כפי שהתרחשה הלכה למעשה. מציאות זו צריכה להצביע, בצורה ברורה וחד משמעית, על כך שבעל הרישיון גילת את דעתו, בהתנהגות בפועל, כי הוא מבקש לנתק את קשר הקבע שלו עם ישראל וליצור זיקה חדשה עם מדינה אחרת

86. זאת ועוד, בעניין עווד הנ"ל נקבע מפורשות כי לתושבי מזרח שקיבלו את תושבות הקבע שלהם, שלא באופן פורמאלי ובעקבות פניה יזומה מצידם, אלא אך ורק כפועל יוצא של התפקדותם במפקד האוכלוסין שנערך בסמוך לכך ומעצם ישיבתם הקבועה במקום, כאשר במקביל ניתנה לאותם תושבים האפשרות "לשדרג" את מעמדם ולקבל אזרחות ישראלית מלאה, כאשר בדרך הם נתבקשו למלא אחר תנאים מסויימים החשוב בהם הוא הצהרת אמונים למדינת ישראל. כזכור סעיף 5 לחוק האזרחות, תשי"ב – 1952 קובע כי:

5. (א) בגיר שאיננו אזרח ישראלי יכול לקבל אזרחות ישראלית על ידי התאזרחות אם נתקיימו בו תנאים אלה:

(1) נמצא בישראל;

(2) היה בישראל שלוש שנים מתוך תקופת חמש שנים שקדמה ליום הגשת בקשתו;

(3) זכאי לשבת בישראל ישיבת קבע;

(4) השתקע בישראל או שיש בדעתו להשתקע בה;

(5) יודע ידיעת-מה את השפה העברית;

(6) ויתר על אזרחותו הקודמת או הוכיח שיחדל מהיות אזרח-חוץ לכשיהיה לאזרח ישראלי.

(ב) מי שביקש להתאזרח ונתקיימו בו התנאים שבסעיף קטן (א), יעניק לו שר הפנים, אם ראה זאת לנכון, את האזרחות הישראלית על ידי מתן תעודת האזרחות.

(ג) לפני הענקת האזרחות יצהיר המבקש הצהרה זו:

"אני מצהיר שאהיה אזרח נאמן למדינת ישראל".

(ד) האזרחות נקנית מיום התצורה".

87. מאידך, אין בחוק הכניסה לישראל כל הוראה מקבילה לסעיף 5, לבטח לא להוראת סעיף 5(ג) המתנה את הענקת האזרחות הישראלית בהצחרת אמונים למדינת ישראל. למעשה זו הסיבה העיקרית בגינה נמענו רובם המכריע של תושבי מזרח ירושלים, והעותרים ביניהם, לקבל את האזרחות הישראלית, ומדינת ישראל, שכפתה עליהם בזמנו הדין הישראלי ותעודת הזהות הכחולה לא ראתה לנכון "להכביד" עליהם על ידי החלת אזרחות ישראלית.

88. לעניין אחרון זה ראוי להזכיר בשנית כי בעניין עווד הני"ל נקבע באותו חקשר כי :

" כידוע, מטעמים חקשורים באינטרסים של תושבי מזרח ירושלים, לא הוענקה להם אזרחות ישראלית ללא הסכמתם, וניתנה לכל אחד מהם האפשרות לפנות ולקבל אזרחות ישראלית, על-פי רצונו הוא. היו שפנו, וקיבלו את האזרחות הישראלית. העותר, ורבים שכמותו, לא עשו כן. משנמנעו מלקבל אזרחות ישראלית, קשה לקבל את טענתם בדבר "מעין אזרחות", שיש עמה רק זכויות ולא חובות. זאת ועוד: מי שהתאזרח, ניתן לבטל אזרחותו בתנאים מסוימים (סעיף 11א) לחוק האזרחות, תשי"ב-1952).

בהמשך ישיר לאותם דברים ניתן לטעון כי מכלל ההן נשמע הלאו היינו משניתן לבטל אזרחות מחמת אי מתן הצחרת אימונים למדינה הרי לא ניתן לבטל, לבטח לא במקרהם הייחודי של תושבי מזרח ירושלים, בשל אי הצהרה כני"ל וכי בכל מקרה המבחן הקובע של תושבות הקבע של תושבי מזרח ירושלים, הן לעניין הענקת הזכות בראשית הדרך והן לעניין שלילת במהלכה, הוא מבחן מציאות החיים הלכה למעשה היינו האם נשוא העניין מתגורר הלכה למעשה בירושלים והיא אכן מרכז חייו אם לאו, הא ותו לא.

89. לפני שנים אחדות בבית המשפט העליון בבג"ץ 96/2757 חילה אלראי נ' שר הפנים, פד"י נ (2), 18, שבו נתבקש בית המשפט העליון לחייב את שר הפנים לשלול את אזרחותו של מי שתורשע ברצח ראש הממשלה מאחר ומעשהו הני"ל מהווה הפרת אמונים למדינת. אולם, באותו עניין, וחרף החומרה חיתירה של המעשה, שאלת סייגו של תמעשה כהפרת אמונים למדינה, לא הייתה מובנת מאליה ואלמלא הסכמתו של שר הפנים להניח, לצורך העניין, כי אכן מעשה כאמור מהווה הפרת חובת אמונים הרי הדבר היה מחייב בירור וליכון. בית המשפט העליון רמז כי קביעה כאמור אינה מובנת מאליה ואלמלא הסכמת שר הפנים יתכן ודין העתירה היה מוכרע כבר בשלב מקדמי זה. בענין אלראי הני"ל נקבע בין היתר כי :

" האם די בכך כדי לומר שרצח של ראש הממשלה הוא בגדר מעשה של הפרת אמונים לעניין סמכותו של שר הפנים לבטל אזרחות? השאלה איננה פשוטה. שר הפנים העדיף להימנע מתשובה. הוא היה מוכן להניח, לצורך הדיון בעתירה, כי אכן יש במעשה של יגאל עמיר משום הפרת אמונים למדינה, ולבחון אם חובה עליו, על יסוד הנחה זאת, לבטל את האזרחות. משמע, אין לפני בית המשפט החלטה של השר בשאלה מהו מעשה של הפרת אמונים, ואם הרצח של ראש הממשלה הוא מעשה כזה. לכן, אין גם מקום לביקורת מצד בית המשפט בשאלה זאת, אלא בית המשפט צריך לבקר את החלטת השר על יסוד ההנחה שהרצח אכן היה מעשה של הפרת אמונים למדינה".

90. אם בהרשעה בפלילים במעשה כה חמור של רצח ראש הממשלה, בית המשפט העליון היה בדעה אין עדין אין זה מובן מאליו כי מעשה כנייל מהווה הפרת אמונים למדינה קל וחומר בענייננו שבו למעשה העותרים לא הורשעו בשום עבירה פלילית ולא מיוחס להם מעשה כאמור, וכל חטאם הוא כי נטלו חלק והתמדדו בבחירות למעוזה המחוקקת הפלסטינית, בחירות שהיו על זעתה, בהסכמתה ואף בסיועה של ממשלת ישראל. על יסוד האמור לעיל, בית המשפט מתבקש להורות על ביטול ההחלטה משום שהיא ניתנה בניגוד לתנאים המקדמיים בדבר השימוש בסמכות מינהלית ואשר מורים כי החלטה מינהלית חייבת להתקבל בחגינות ובתום לב. ללא ספק ההחלטה של המשיב ניתנה בחוסר תום לב ובניגוד לחובת החגינות.

91. בפרשה מאוחרת יותר, מלפני ימים אחדים, נדרש היועץ המשפטי לאותה סוגיה ממש של הפעלת סמכותו של שר הפנים, עפ"י חוק האזרחות אומנם, בעילה של הפרת אמונים (סעיף 11(ב) לחוק האזרחות) וזאת בעקבות פניה של שר הפנים אליו בשל התבטאותו של ח"כ ואסל טאהא בעניין החיילים החטופים כאשר יוחס לו כמי שמצדיק את פעולות החטיפה ואף מעודד אותם.

92. בעקבות אותה פניה פירסם היועץ המשפטי חוות דעת על פיה הוא מביע הסתייגות חריפה מעצם הנכונות לעשות שימוש אותה סמכות:

"היועץ המשפטי לממשלה הודיע היום לשר בראון כי, ככלל, הוא סבור שאין מקום לעשות שימוש בסמכות לביטול אזרחות בגין הפרת אמונים במתכונתה הנוכחית, ובוודאי שאין לכך מקום כאשר העילה לכך היא התבטאות, תהא קשה ואומללת ככל שתהא.....
בתשובתו לשר הפנים מציין היועץ המשפטי לממשלה כי לדעתו מן הראוי לקדם את הצעת החוק הממשלתית שגובשה בזמנו, לפיה תועבר הסמכות לביטול אזרחות בשל הפרת

אמונים לבית המשפט, לפי בקשת שר הפנים ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, וכן מן הראוי לקבוע הוראות מהותיות ודיוניות להסדרת הנושא... "

ובהמשך נאמר באותה הודעה, ומתוך לשון מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה לשר הפנים כי:

"יצוין כי מדובר בסמכות חריגה אשר אינה קיימת במרבית מדינות העולם, ובמדינות המעטות שבהן הסמכות קיימת, הפעלתה מחייבת קיום הליך לפני ערכאה שיפוטית בלתי תלויה. נשוא זה מוסדר באמנה הבינלאומית "האמנה בדבר הפחתת חוסר האזרחות" עליה חתמה מדינת ישראל בשנת 1961 אך טרם אשררה אותה. אמנה זו הינה בעלת חשיבות לא רק בחיבת הפורמאלי, אלא גם בשיקוף של תפיסת המשפט הבינלאומי בסוגיה זו. בהתאם לאמנה, ככלל, אין לאפשר שלילת אזרחות מאדם אם עקב כן יותר אותו אדם משולל אזרחות, וכן כי בכל מקרה אין לשלול אזרחות אלא לאחר קיום הליך של שימוע הוגן בפני בית משפט או בפני טריבונל עצמאי אחר".

וכן, ומפאת חשיבות העניין, לחלן המשך דברי היועץ המשפטי:

"עם זאת, בדיון שנערך בלשכתי לפני כשנתיים, בהשתתפותו של שר הפנים דאז וראש השב"כ (לצד גורמים נוספים ממשד הפנים, השב"כ ומשרד המשפטים), סוכם על דעת שר הפנים, כי תקודם הצעת חוק ממשלתית שגיבשתי בזמנו, בתיאום עם משרד הפנים ושב"כ, שנועדה לחסדיר באופן מפורט את הסוגיה של שלילת אזרחות בגין מעשה של הפרת אמונים למדינה, וכי עד לאישור החוק המוצע לא תופעל הסמכות לפי סעיף 11(ב).

עיקרה של הצעת החוק שגובשה הוא בהעברת הסמכות לביטול אזרחות בשל הפרת אמונים לבית המשפט לעניינים מנהליים, לפי בקשת שר הפנים, ובהסכמת היועץ המשפטי לממשלה, וכן קביעת הוראות מהותיות ודיוניות להסדרת הנושא. בהתאם לסיכום זה הוכן במשרד הפנים תזכיר חוק, אך מטעם שלא הוברר לי הוא לא הופץ.

אני בדעת כי ראוי יהיה לקדם את הצעת החוק האמורה, כדי לתקן את העיוות הקיים כיום בחוק הסוגיה הנדונה, שמקורו, כאמור, בניזמה בניגוד לעמדת הממשלה, ואשר אינו עולה בקנה אחד עם מחויבויותיה הבינ"ל של מדינת ישראל..."

מצ"ב העתק הודעת היועץ המשפטי לממשלה, כחלק בלתי נפרד מעתירת זו, מסומן י"ב'.

העותרים יטענו כי אם במקרה של חוק האזרחות המעניק מפורשות סמכות לשר הפנים לשלול אותה בגין עילח של הפרת אמונים כך היא עמדת המדינה והיועץ המשפטי, אז מקל וחומר כך אמור להיות בעניינם הם שעה שאין הוראה מקבילה בחוק הכניסה לישראל, ואין

למעשה כל ביסוס לאותה טענה חמורה של הפרת אמונים וכאשר החלטה כאמור תותיר את העותרים ללא כל מעמד אזרחי שכן אין להם כל תושבות אחרת.

94. העותרים טוענים, כי החלטה אינה מקיימת את התנאי הראשון של פסקת ההגבלה שלפיו הפגיעה בזכויות חוקתיות חייבת להיעשות "בחוק". על מחותן ומרכיביו של תנאי זה עמד פרופ' אהרן ברק לאמור:

"המרכיב 'בחוק' או 'לפי חוק' משקף את עקרון שלטון החוק בהיבטו הפורמלי ובהיבטו המהותי-הצד. בהיבטו הפורמלי, שלטון החוק משמעותו 'חוקיות'...על כן, הרשות המבצעת אינה רשאית לפגוע בזכות יסוד של האדם אלא אם כן יש לה הסמכה 'בחוק' או 'לפי חוק'. שלטון החוק בהיבטו המהותי, הצד, מתייחס לכל אותם יסודות שהם חיוניים לקיומו של חוק כנורמה המדריכה (מכוונת) התנהגות בשיטת המשפט. כך, למשל, תנאי הוא לשלטון החוק שהחוק יהיה כללי, פומבי, ידוע, ומפורסם, ושהוא יהיה ברור, ודאי וניתן להבנה באופן שבני הציבור יוכלו לנהל על-פיו ענייניהם. ייתכן שבמסגרת זו ניתן לכלול יסודות נוספים כגון איסור רטרואקטיביות ורטרואקטיביות.

א' ברק, פרשנות במשפט (כרך שלישי, הוצאת נבו, 1994) עמ' 490

95. העותרים יפרטו בפרק זה, כי ההחלטה הנדונה הינה בלתי חוקתית משום שהיא א) סתומה, לא ברורה ולא יציבה ב) תחולתה הרטרואקטיבית פוגעת בעקרון היציבות, הציפיות וההסתמכות.

96. העותרים טוענים כי, המונחים העיקריים שהחלטה משתמשת בהם הינם סתומים, ערטילאים, לא ברורים ועמומים. ההחלטה עושה שימוש במונחים "חברות בארגון" ו"או פעיל בארגון". העותרים יטענו כי, מונחים אלה הם רכיבים התנהגותיים המחייבים, כשלעצמם, הוכחה משפטית בחליך משפטי נפרד. פרופ' פלר מבהיר כי על אף שמונחים מסוג זה הנתפסים מעין עבירות מסוג מיצב, הם מחייבים התייחסות לרכיב ההתנהגותי שבהם, היינו הם עניין למשפט:

"בסעיף 147 לחוק העונשין נקבע כי 'מי שמלאו לו שש עשרה שנים והוא חבר להתאגדות אסורה', מבצע את העבירה הקרויה 'חבר להתאגדות אסורה'. למרות שזוהי, לכאורה, עבירה של 'מיצב' – מעמד בו נתון אדם כאמור כשהוא חבר התאגדות אסורה – **ההתנהגות** של האדם, בעטיה הוא נמצא במעמד זה, היא הרכיב ההתנהגותי האמיתי של העבירה." (ההדגשה לא במקור).

שיזו פלר, יסודות בדיני עונשין (כרך א, הוצאת האוניברסיטה העברית בירושלים 1984) עמ' 395.

לכן, רק פסק-דין סופי הינו מוסמך לקבוע אם פלוני הוא חבר בארגון מחבלים, פעיל בו, או שליח מטעמו.

97. העותרים יטענו כי, ההחלטה הנדונה לא יכולה לאמץ הגדרות שבחקיקה הפלילית שמרכיביה ההתנהגותיים הם נושא להוכחה משפטית מהד, ולפטור את עצמה מהדרישות המשפטיות של הגדרות אלה, מאידך. אימוץ והפנייה ללא דרישת הוכחת המרכיבים העובדתיים שבהגדרות יוצר החלטה סתומה, עמומה ושרירותית. בהקשר דומה מציין פרופ' ברק:

"אכן ההגבלה "בחוק" משמעותה שהחוק צריך להיות כללי, פומבי, ידוע ומפורסם. החוק צריך להיות נגיש (בהבנה אליו) וגם ודאי (בתחומי פריסתו). על כן אין חוק פלילי סתום vague מקיים את דרישותיה של פסקת ההגבלה. על רקע זה ניתן להניח, כי אם היתה הכנסת מקבלת כיום את סעיף 198 לחוק העונשין, ולפיו 'העושה מעשה העלול להביא לתקלה ציבורית... לא היה הדבר עובר את דרישותיה של פסקת ההגבלה'."

ראו:

אהרון ברק "הקונסטיטוציונליזציה של מערכת המשפט בעקבות חוקי היסוד והשלכותיה על המשפט הפלילי (המהותי והדיוני), מחקרי משפט יג 5, 17-18; ראו גם את הספרות המשווה המפנה אליה מאמר זה ואשר מתייחסת לסוגיית אי הבהירות והעמימות.

98. החלטת המשיב באה לשנות מצב שנוצר לאחר החלטה קודמת של ממשלת ישראל לאפשר לתושבי מזרח ירושלים לבחור ולחייבחר למועצה המחוקקת הפלסטינית ללא כל סייג. מצב זה אינו נסבל. לא ייתכן כי רשות מנהלית תיתן החלטה ואנשים יסתמכו על החלטה זו ומאוחר יותר אותה רשות תבקש להעניש את אותם אנשים על כך שהסתמכו על אותה החלטה ונטלו חלק בהליך דמוקרטי שאושר על ידי ממשלת ישראל ורשויות השלטון. כיום עומדים העותרים, אשר הסתמכו על אותה החלטה בפני סיכונים חמורים ביותר ופגיעה ממשית בזכויות היסוד שלהם ושל בני משפחותיהם מבלי שניתנה להם האפשרות לכלכל את צעדיהם מראש ומבלי ליידע אותם אודות הסכנות הטמונות בעצם השתתפותם באותו הליך דמוקרטי. מדובר בהחלטה שניתנה על ידי המשיב, שאיש לא יודע מראש את המתווה שינחה את שיקוליו. יפים לעניין זה דבריו של כבי' השופט חשין:

"פינו מלא שבח לעקרון שלטון החוק, ובחללנו אותו מבקשים אנו להעמיד את שלטון החוק כנגד שלטון האדם. החוק ישלט בנו – החוק ולא האדם... שלטון האדם: שרירותי לגופו ושרירותי במועדו... כך הוא שלטון האדם – ומנגד יעמוד שלטון החוק. גם חוק הוא יציר רוחו של האדם, אך באשר הוא חוק – לחבדילו מאדם – אמור הוא על-פי הגדרתו להינתן ולהיוודע מראש... כך מוזהר אדם מראש על נורמות התנהגות האמורות לחייב אותו, וכך הוא יוכל לכוון דרכו על פי אותן נורמות שנקבעו והובאו לידיעתו מראש."

רע"פ 93/1127 מדינת ישראל נגד קליין ואח', פ"ד מח(3) 485, 515.

99. הלכה פסוקה היא, כי חוק הפוגע בזכויות יסוד אינו מקיים את תנאי פסקת החגבלה אם הוא לא מסדיר, בתור הסדר ראשוני, וככל שניתן, את העקרונות הכלליים והמדיניות הכללית והברורה אשר עלולים להשפיע על חיי הפרט ואורח החיים. ואולם, חוק הכניסה לישראל מסדיר בתור הסדר ראשוני את העקרונות הכלליים אשר מנחים את המשיב ותוחמים את שיקול דעתו אך החלטתו של המשיב אין לה אחיזה בתסדירים הראשוניים שנקבעו בחוק הכניסה לישראל אשר דנים רובם ככולם במבחן מציאות החיים ומרכז החיים הלכה למעשה ותו לא. בפרשת בנק מזרחי נקבע כי:

"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 הסדירים 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"

ע"א 93/6821 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' מגדל כפר שיתופי, פ"ד מט(4), 221.

הקביעות שבפרשת בנק מזרחי קיבלו משנה תוקף בפסיקה להלן:

בג"צ 97/3267 רובינשטיין נ' שר הביטחון, פ"ד נב, 481, 525-526

בג"צ 99/3939 קיבוץ שדה נחום ואח' נ' המינהל למקרקעי ישראל ואח', פ"ד נו (1) (6) 25.

בג"צ 00/5100 הועד הציבורי נגד עינויים בישראל ואח' נ' שירות הביטחון הכללי, פ"ד נג (4) 817.

100. בשורה ארוכה של פסקי-דין ואף לפני חקיקת חוקי היסוד, נקבעו הכללים המשפטיים המסדירים את היחסים בין חקיקה ראשית ולבין סמכותה של הרשות המבצעת. לפי פסיקה זו, חוק ייקבע בחסדר ראשוני, ושיקבע בו מהות הנושא והעיקר, ואילו הרשות המבצעת תסדיר את החסדירים המשניים. על כך עמד כב' הנשיא שמגר (כתוארו או) בעניין מיטרני:

"מבחינת המדיניות החקיקתית הרצויה בכל הנוגע לחלוקת תחומים בין המחוקק הראשי לבין מחוקק המשנה, מקובלת עלי השקפתו של פרופ' ה' קלינגהופר, "שלטון החוק וחקיקת משנה" הד המשפט 11 (תשי"ז), 202, 203, אשר לפיה - "המחוקק צריך לקבוע בעצמו, ככל האפשר, את הקווים אשר לפיהם תהא הרשות המינהלית מוסמכת להתערב בחופש הפרט, כי הרי אם הוא מניח לה להתוות אותם קווים במקומו, הריהו מרפה ומפחית ע"י כך את השפעת הפרט, שעל ידו הוא נבחר, על התווייתם ... במדינה בה שורר שלטון החוק, הסמכות לקביעת הסדרים ראשוניים (פרימאריים) מסורה למחוקק, בעוד שאורגני המינהל רשאים לקבוע הסדרים משניים (סקונדאריים) בלבד, במסגרת החוק."

בג"צ 81 / 337 שלמה מיטרני ואח' נ' שר התחבורה, לו (3) 337, עמוד 357

101. קביעות דומות עמד עליהם כבי 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"צ 52/113 זקס נ' שר המסחר והתעשייה, פי"ד ו 696, 702.

102. הלכה מושרשת היא בפני בית המשפט האירופאי לזכויות אדם, שחקיקה המעניקה שיקול דעת רחב לרשות המבצעת ללא התווייתה בתנאים ברורים בחוק אינה עומדת כתנאי שנקבע באמנה האירופאית לזכויות האדם המחייב שחפגיעה 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).

בית המשפט העליון בקנדה קבע אף הוא הלכה דומה המתייחסת לפירוש "חוק" שבצירטר הקנדי. כך למשל נקבע בפרשה משנת 1984 שתתייחסה 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

103. לסיכום עניין זה יטענו העותרים כי הנסיבות הייחודיות בהן הוענקה להם תושבות הקבע של תושבי מזרח ירושלים, שהתמצו בעצם ההתפקדות והנוכחות שלהם בירושלים בעת עריכת מפקד האוכלוסין שנערך בסמוך לסיפוח העיר ולא מעבר לכך, כשמאידך ניתנה לתושבים אלה אפשרות לקבל אזרחות מלאה, אם כי בתנאים מסויימים (החשוב מהם הוא הצהרת אמונים למדינה), וכן העובדה כי בחוק האזרחות ניתנת לשר הפנים הסמכות העקרונית לשלול אזרחות מתמת הפרת חובת האומנים למדינה ואילו לסמכויות /או תניות אלה אין כל מקבילה בחוק הכניסה לישראל הרי אין ממש בטענת המשיב בענייננו כי הוא יכול לשלול את תושבות הקבע של העותרים מנימוק זה. החלטתו של המשיב הינח בבחינת החלטת מנהלית שניתנה בחריגה מסמכות ודינה, כידוע, בטלות. מסקנה זו נכונה שבעתיים לאור חומרת תפגיעה בעותרים כתוצאה מאותה החלטת ונוקיה חבלתי הפיכים עליהם ועל בני משפחותיהם. על יסוד האמור לעיל, יש לבטל את החלטת המשיב משום שהיא נוגדת את הוראות החוק והינה ניתנה מחוסר סמכות.

החלטת המשיב דינה להתבטל מחמת היותה פסולה ונגועה

בשיקולים זרים

104. אין חולק כי החלטתו של המשיב כמוה ככל החלטה מנהלית כפופה היא לביקורת שיפוטית. בעניין עווד הנ"ל נקבע באותו הקשר כי

" ישיבת הקבע היא בדין, ורק שיקולים ענייניים יש בכוחם להפעיל את סמכותו של שר הפנים. למותר לציין, כי הפעלתה של סמכות זו, הלכה למעשה, נתונה לביקורת שיפוטית" (שם, עמ' 431).

במסגרת הפעלת ביקורת שיפוטית זה יבחן בית המשפט האם שיקולי השר שיקולים ענייניים הם או שמה נגועה החלטתו בשיקולים זרים ו/או בשיקולים פסולים. העותרים יטענו כי במקרה שלפנינו כמעט ברור כי המשיב פעל מתוך שיקולים זרים ופסולים. למעשה חסיבה האמיתית העומדת מאחורי החלטת המשיב היא הענשתם של העותרים על שנטלו חלק בבחירות למועצה המחוקקת ברשות הפלסטינית והתמודדו בבחירות אלה כאשר תוצאות בחירות אלה לא היו לרוחו של המשיב ואף לא לרוחה של הממשלה שהוא חלק ממנה. החלטה לשלול את תושבותם של העותרים מהווה בהקשר זה נדבך נוסף בסדרת הצעדים אשר ננקטו ע"י ממשלת ישראל לאחר שנתקבלו תוצאות הבחירות שהתקיימו לאחרונה ברשות הפלסטינית, תוצאות שהיוו אכזבה רבתי למדינת ישראל ולציפיותיה. כזכור ממשלת ישראל נקטה בצעדים של החרמת, נידוי, עיכוב כספים והקפאת שיתוף פעולה עם הרשות הפלסטינית בסמוך מאוד לקבלת תוצאות הבחירות ברשות. לאחרונה הוחרפו צעדיה של ממשלת ישראל אשר עצרה חלקים נכבדים מנבחרי הרשות הפלסטינית והממשלה הפלסטינית, ביניהם העותרים 1, 8, ו-21 עצמם.

105. מבלי לדוש כרגע בחוקיות צעדיה של ממשלת ישראל, הרי ברור כי שיקולי ענישה והרתעת הרבים, לבל יטלו חלק באותן בחירות הנערכות למועצה המחוקקת הפלסטינית, אינם נמנים בין השיקולים אשר רשאי השר לשקול עובר להחלטה לשלול תושבות קבע של תושב מזרח ירושלים אם לאו. העותרים יטענו כי הסמכות שהוענקה למשיב בתוק הכניסה לשיראל נועדה, אם בכלל, לבחון אם נשוא ההחלטה אכן ישב וממשיך לשבת באופן קבוע ורציף בישראל או שמא העתיק את מקום מגוריו ומרכז חייו מחוצה לה. לבטח סמכות זו לא נועדה להוות חרב מהלך מעל ראשיהם של תושבי מזרח ירושלים לבל יעזו ליטול חלק בבחירות למועצה הפלסטינית, בחירות שהינה על דעתה ובהסכמתה המלאה של ממשלת ישראל,

ולמצער לחשתתף בבחירות אלה אך ורק באופן ובצורה שתשביע את רצונה של ממשלת ישראל ותקדם את האינטרסים הפוליטיים שלה ושל חבריה.

106. חמור מכך, עפ"י ידיעות שהתפרסמו בעיתונות בישראל נוודע כי החלטת המשיב הינה המשך ישיר של החלטת ראש הממשלה בחודש אפריל 2006 באותו עניין ממש וזאת בעקבות פיגוע שאירע בתל אביב באותם ימים וכן בשל העובדה ש"ראשי החמא"ס לא גינו את הפיגוע" ומשום ש"חלקם אף הצדיקו אותו" (ידיעה שהתפרסמה באתר בי'צלס' מיום 30.5.06).

ה- Convention on the Reduction of Statelessness, משנת 1961, אשר ישראל הצטרפה אליה ביום 30/08/1961, קובעת בסעיף 9:

A Contracting State may not deprive any person or group of persons of their nationality on racial, ethnic, religious or political grounds.

107. ככלל, ניתן לומר ששיקולי ענישה ואו הפעלת לחץ פוליטי ומדיני על הרשות הפלסטינית ונבחריה אינם בין השיקולים שיש בידי המשיב לשקול שעה שהוא מחליט לשלול את תושבות הקבע של העותרים. קביעה זו נכונה ביתר שאת לאור העובדה כי עריכת הבחירות והשתתפות תושבי מזרח ירושלים, בין בהצבעה ובין בהצגת מועמדות, לא נאסרה כלל ע"י מדינת ישראל ואף נעשתה בברכתה של ממשלת ישראל וברוח ההסכמים הבינלאומיים עליהם חתומה מדינת ישראל מול הרשות הפלסטינית.

108. לעניין אחרון זה יזכירו העותרים כי במהלך עריכת אותן בחירות הוגשו מספר עתירות לבית המשפט העליון כנגד החלטת הממשלה לאפשר עריכת הבחירות בכלל ובמזרח ירושלים בפרט, עתירות שנדחו בסופו של יום, כאשר המדינה הגנה בנחרצות על עמדתה לאפשר עריכת בחירות אלה מאחר והם עולים בקנה אחד עם חובת המדינה לקיים את התחייבויותה על פי ההסכמים שהיא חתומה עליהם וכן כלפי הקהילה הבינלאומית.

כזכור, בבג"ץ 06/550 יפתח פלמח זאבי נ' ממשלת ישראל ואח' (טרם פורסם) נקבע בין היתר כי:

"המשיבים מבקשים כי נדחה את העתירות. עמדתם היא כי דין העתירות להידחות על הסף, וזאת מכיוון ששאלת קיומן של הבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית ואופן קיומן של הבחירות במזרח ירושלים הינם סוגיות מדיניות-ביטחוניות מובהקות, מאותם עניינים שבית המשפט, למי שיקול דעתו, אינו נוטה להידרש אליהם בשל חוסר שפיטות מוסדית. עמדת המשיבים היא שדין העתירות להידחות גם לגופן. החלטת הממשלה המאפשרת את השתתפותם של חלק מתושבי מזרח ירושלים בבחירות נעשתה מכוח סמכויותיה הכלליות של הממשלה, ומכוח ההסמכה הקבועה בחוקים שנחקקו לצורך יישום הסכמי הביניים בין

ישראל לבין הרשות הפלסטינית. חוקים אלה מסמיכים את הממשלה ואת שרי הממשלה הנוגעים בדבר לפעול לשם מימוש התחייבויותיה של הממשלה לפי הסכמי הביניים, ובכלל זה לאפשר הצבעה בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית באמצעות סניפי הדואר במזרח ירושלים".

עיננו הרואות כי ממשלת ישראל, והמשיב ביניהם, גוננו על עמדתה של המדינה לאפשר עריכת בחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית גם במזרח ירושלים ולמעשה במו ידיהם הם אפשרו זאת. כיום, ולאחר שתוצאות הבחירות האלו לא היו לרוחם, אין הם רשאים להתנער מעמדתם זו ולנסות להעניש את תושבי מזרח ירושלים, מצביעי הבחירות או מתמודדי ונבחרים אותן בחירות, באמצעות שלילת תושבות הקבע שלהם, תושבות שהוענקה "בזכות ולא בחסד". ומקום שבזכות ולא בחסד עסקינן אל לו לבית המשפט לאפשר לשוט שלילת הזכות להלך אימים ולהופכה לחסד שנתון לרצונו, חששו, כעסו או אף גחמתו של המחזיק בשוט.

109. העובדה כי העותרים אינם אזרחי מדינת ישראל ואינם רשאים ליטול חלק בהליכי הבחירות שנערכים בה וכן העובדה כי ממשלת ישראל התירה את השתתפות בבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית, גם של הרשימה שרצו מטעמה, אינה יכולה לבוא כיום בעוכריהם ואינה יכולה להחשב כהפרת אמונים למדינה, הפרה המאפשרת נקיטת צעד כה חמור של שלילת תושבות הקבע שלהם והשארתם למעשה ללא כל סטטוס אזרחי.

110. ודוק, לעותרים לא מיוחסים שום מעשים פליליים ושום עבירה על ביטחון המדינה. כנגד השתתפותם של העותרים בבחירות לא ננקט שום הליך פלילי אשר על פיו, וכנגזרת ממנו, ניתן להסיק כי הם לא פגעו בביטחון המדינה או לא הפרו לכאורה חובת האמונים למדינה. יודגש כי העותרים 1, 8, 15, ו-21 מעולם לא טענו כי הם חברים בארגון החמאס, כנטען במכתבו של המשיב, ומעולם לא טענו כי הם מתמודדים כנציגי תנועת החמאס במועצה מחוקקת הפלסטינית. מכל מקום אם יש בפי המשיב או רשויות אכיפת החוק ראיות כלשהן כי העותרים ביצעו עבירות פליליות כלשהן, לרבות עבירות על ביטחון המדינה, הרי הדרך פתוחה בפניהם להוכיח טענות אלו. אולם מכאן ועד לשלילת תושבות הקבע שלהם, מבלי שתוכח אשמתם באף עבירה כאמור, הדרך עדיין ארוכה, ארוכה עד מאוד.

111. כידוע, ובהנחה כי אכן יש מקום לאנלוגיה והיקש מההסדרים המוחלים מכח תוק האזרחות, הרי תנאי בלעדיו אין להפעלת סמכותו של שר הפנים לשלילת אזרחות, או תושבות קבע כבענייננו, הוא ביסוס הטענה כי המעשים המיוחסים לנשוא הפעולה אכן מהווים הפרת אמונים למדינה.

החלטת המשיב לוקה בחוסר סבירות קיצוני ואינה מידתית

112. לחילופין, העותרים יטענו כי גם בהנחה שיש למשיב סמכות לבטל את תושבותם של העותרים, הרי החלטתו הינה לוקה בחוסר סבירות קיצונית ופוגעת בזכויות היסוד של העותרים באופן לא מידתי.

113. החלטת המשיב הינה בלתי מידתית, באשר תתכלית שלקידומה נועדה אינה ראויה, ובהיותה כוללת אמצעים הפוגעים בזכויות החוקתיות במידה אשר עולה על הנדרש. כאמור לעיל, גם בהנחה כי אכן סמכות עקרונית בידי המשיב לשלול תושבות קבע של העותרים מחמת הפרת חובת אמונים, הרי החלטתו של המשיב כי העותרים במעשיהם, נטילת חלק בהליך דימוקרטי במועצה המחוקקת הפלסטינית שנעשה בידיעת ממשלת ישראל ובהסכמתה, אכן הפרו את חובת האמונים וכי התשובה ההולמת היא בנקיטת הצעד החמור מכל, הוא שלילת התושבות, הינה החלטה בלתי סבירה בעליל.

114. על מידת סבירותה, או שמא חוסר סבירותה, של פעולת רשות השלטון ניתן ללמוד הן מן העובדה כי למעשה זוהי הפעם הראשונה שבה מפעיל המשיב את הסמכות הלכאורית שהוענקה בחוק הכניסה לישראל (ובמובן זה נדירות השימוש בסמכות זו מעידה על מידת הקיצוניות של המקרים שיצדיקו הפעלתה) וכן לאור עמדתו העקבית של המשיב בעבר, גם בעניין אלראי הנ"ל וגם במקרים מאוחרים, כי אין זה ראוי לנקוט בהליך של שלילת אזרחות בהתבסס על העילה של הפרת אמונים.

כך, בעניין אלראי הנ"ל עמדתו של בית המשפט העליון, ובמידה לא מבוטלת עמדתה של המדינה עצמה, הייתה בין היתר כי :

"גם בישראל ניתן ביטוי למעמד הנכבד של האזרחות, כאשר - שנים ספורות לאחר הקמת המדינה - נחקק חוק האזרחות. לפי חוק זה, בנוסח המקורי, לא הייתה כלל אפשרות לבטל את האזרחות של אדם שרכש אותה מכוח שבות, מכוח ישיבה בישראל או מכוח לידה. אפשר היה אמנם לבטל את האזרחות של אדם שרכש אותה מכוח התאזרחות, אך גם במקרה זה לא היה אפשר לבטל את האזרחות אלא על-ידי בית-משפט מחוזי, בנסיבות שפורטו בחוק, וכפוף לזכות ערעור אל בית המשפט עליון (סעיף 11). אולם הסמכות לבטל אזרחות עברה שינויים במשך השנים. חוק האזרחות (תיקון מס' 4), תש"ס-1980, החליף את סעיף 11, המקנה את הסמכות לבטל אזרחות, בנוסח חדש לגמרי, שלא היה כלל חלק מחצעת החוק הממשלתית. 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 (ראו להלן, פסקה 7), ויותר מזה. התוצאה היא, לדברי השר, שעד היום לא הופעלה סמכות זאת אפילו פעם אחת"

115. עמדה זו באה חרף הוראה מפורשת וחד משמעית בחוק האזרחות המסמיכה את שר הפנים לשלול אזרחות בעילה של הפרת אמונים, כשאין שום הוראה מקבילה בחוק הכניסה לישראל לעניין שלילת תושבות קבע.

116. התנהגות המשיב, שבחר לרסן את עצמו חרף הוראה מסמיכה מפורשת ולא הפעיל את סמכות שלילת האזרחות, אפילו במקרה של הרשעה בפלילים במעשה חמור של רצח ראש ממשלה מכהן, מעידה באותה מידה על חוסר חסבירות הקיצוני בבחירה להפעיל סמכות סמכות דרקונית זו במקרה הרבה פחות חמור, אם בכלל, של נטילת חלק בבחירות ברשות הפלסטינית שעה שבחירות אלה אושרו בטרם עריכתם על ידי מדינת ישראל ולמעשה לא דבק בהם שום רבב, לבטח לא רבב פלילי.

117. ההחלטה של המשיב הינה בלתי סבירה באופן קיצוני משום שהיא פוגעת מעל הנדרש בזכות לחיי המשפחה, שכן היא מובילה לפירוד העותרים מבני משפחתם ובכך היא פוגעת בזכות היסוד שלהם לחיי משפחה.

118. על מעמדה החוקתי של הזכות לחיי משפחה נפסק לאחרונה בפרשת עדאלה ואח' נגד שר הפנים ואח' ברוב דעות ובהרכב של אחד עשרה שופטים כי הזכות לחיי משפחה הינה חלק מהזכות החוקתית לכבוד האדם.

ר' בג"ץ 7052/03 עדאלה ואח' נ' שר הפנים ואח'.

התחולה הרטרואקטיבית של החלטה

119. כאמור, ההחלטה של המשיב באה להעניש את העותרים 8, 15 ו- 21 על שלקחו חלק בבחירות למועצה הפלסטינית ועל היבחרם להיות חברים בה ואת העותר 1 על זה שהסכים להיות חלק מהממשלה שהרכיבה אותה רשימה שזכתה באותם בחירות. החלטת העותרים 8, 15 ו- 21 להשתתף בבחירות והסכמת העותר 1 להיות חלק מהממשלה הפלסטינית באה בעקבות החלטת ממשלת ישראל להסכים לקיום הבחירות במזרח ירושלים ולא מנעה מאף אחד להשתתף בה. העותרים הסתמכו על החלטה זו שבעצם קובעת שאין פגם כלשהו בהשתתפות בבחירות אלה, והחלטת המשיב היום שחברות במועצה המחוקקת ובממשלה הפלסטינית אסורה סותרת את ההחלטה הקודמת שעליה הסתמכו העותרים.

120. החלטה מעין זו שתחולתו הינה למפרע פוגעת, בין היתר, בעקרון חוודאות והיציבות, ועל כן היא לא מקיימת את התנאי הראשון של פיסקות ההגבלה; וכדברי השופט ברק (כתוארו אז):

"חקיקה רטרואקטיבית או רטרוספקטיבית נוגדת "מושגים מקובלים של צדק"... עקרון שלטון החוק דורש וודאות ובטחון ביחסים הבינאישיים. חקיקה למפרע פוגמת בשני אלה... היא איננה מאפשרת תכנון מראש של ההתנהגות..."
ע"א 91/1613 ארביב נ' מדינת ישראל, פ"ד מו(2) 765, 776-777

121. המבחן שנקבע בפסיקה העליונה הוא שחוק (קל וחומר לגבי החלטה מנהלית) אינו פוגע בעקרון הצפיות, אינו פוגע בזכויות קנויות שנקנו עובר לכניסתו לתוקף, לא פוגע בעקרון ההסתמכות או בציפיות ראויות. וכדברי כב' השופט חשין:

"חזקה היא, חזקה מן הדין ומן ההלכה, כי פניו של חוק פני-עתידי הם - פני-עתידי ולא פני-עבר. חוק נועד להסדיר יחסי בני-אדם ביניהם לבין עצמם, ומכאן שעל-פי טיבו וטיבעו צופה הוא פני-עתידי... חזקה זו מקורה, בין השאר, בהכרה כי החלתו של חוק למפרע עלולה לגרום לאי-צדק, פוגעת היא בזכויות מוקנות, בכיטחון וכוודאות ביחסי בני-אדם ביניהם-לבין-עצמם, ופוגמת היא בציפיות ראויות."

בג"צ 01 / 9098 גניס נ' משרד הבינוי והשיכון (פדאור (לא פורסם) 04 (17) 344), עמוד 7-8

ראו גם:

ע"א 55/10 "אל-על" בע"מ נ' עיריית תל אביב- יפו ואח', פ"ד י(3) 1586, 1589

ע"א 64/27 בדר נ' לשכת עורכי הדין, פ"ד יח(1) 295, 300

125. בפרשת תלמי, נידונה השפעתה של חקיקה למפרע על הליכים משפטיים קיימים ועל פגיעתה ב- "זכויות מוקנות". כב' השופט חשין קבע, כי יש לשקול ולבחון את פגיעתה של החקיקה החדשה בציפיות שהתגבשו לכלל "זכויות מוקנות" עובר לחוק, וגם יש לתת את הדעת, לציפיות שלא נתגבשו עובר לחוק לכלל היותן "זכויות מוקנות", אך ציפיות הן שניתן לסווגן כציפיות הראויות להגנה. כב' השופט חשין מסביר את דבריו לאמור:

"התורה שעניינה "זכויות מוקנות" הינה מכשיר מועיל בחיי המשפט, ועל הרוב נותנת היא ביטוי משפטי לתחושתו האינטואיטיבית של המשפטן – המומחה, ולחוש ההגינות הטבוע בנו; לא כל שכן שכל אלה עולים בקנה אחד עם הסדר הציבורי והביטחון המשפטי. תוצה שנכרת והוא מחייב על-פי הדין שבעת כריתתו, יחייב את הצדדים לו גם אם נשתנה לאחר מכן החוק ועמו נשתנו התנאים המוקדמים לכריתתו של חוזה; עוולה שנעשתה לא תיפסק מהיותה עוולה אך באשר לאחר מעשה בוטל אותו ראש עוולה, ולחפך: מעשה שלא עלה כדי עוולה בעת עשייתו, לא יהפוך עוולה אך באשר לאחר מעשה קבע המחוקק אותו מעשה כעילה לעוולה; ועוד ועוד." (ההדגשה לא במקור).

ע"פ 91/4912 ירון תלמי נ' מדינת ישראל, פ"ד מח(1), 581, 621.

126. בשורה של פסקי-דין ביטל בית משפט נכבד זה חקיקת משנה אשר ביקשה לחול למפרע משום שחיא פגעה באינטרס ההסתמכות של פרטים. כך נקבע, למשל, באחת הפרשות ע"י כב' השופטת שטרסברג-כהן:

"שינוי החלטה מינהלית למען אינטרס ציבורי עלול לפגוע בזכויות הפרט ובאינטרסים שלו, וביניהם עניינו של הפרט בסופיות ההחלטה המינהלית ואינטרס ההסתמכות שלו על ההחלטה, שעל-פיה פעל ושינה את מצבו"

עא 97 / 975 חמועצה המקומית עילבון נ' מקורות חברת מים בע"מ, נד (2) 433, 450;

ראו גם:

ע"א 00/4452 ט.ט. טכנולוגיה מתקדמת בע"מ נ' עיריית טירת הכרמל, פ"ד נו (2) 773;

דנג"צ 00 / 9411 ארסו תעשיות חשמל בע"מ נ' ראש-עיריית ראשו לציון נו (5) 673

126. ההחלטה הנדונה הינה בטלה כן, היא פוגעת למפרע בזכויות חוקתיות שהתגבשו, בזכויות מוקנות, ובציפיות לגיטימיות של אלה שהחליטו להשתתף במוסדות הנבחרים של העם שלהם, החלטה אשר התגבשה לאור הסכמתה של ממשלת ישראל לקיום הבחירות למועצה המחוקקת הפלסטינית.

אחרית דבר

זכותם של העותרים לתושבות קבע כשמה, זכות היא. שורשיה ויתודותיה של זכות זו היכו עמוק באדמת מקום מגוריהם מדורי דורות. להכרה בזכות זו מצדה של מדינת ישראל לא נדרשו העותרים לנקוט במפגן אמונים כלשהו והיא אושרה אך מעצם נוכחותם בירושלים, כמקום מגורים ומרכז חיים להם ולבני משפחותיהם. המשיב מבקש, בהבל פה, לעקור זכות משורשיה האיתנים ולהופכה לחסד שיונק את חיותו, מידי יום ביומו, במידת שביעות רצונו של המשיב מהתנהלות חייהם, החברתית, התרבותית והפוליטית של העותרים ודומיהם, והכל שלא כדין וללא כל אחיזה בחוק. הגם וזכויות אינן מתאדות בהבל פה, אחדים עלולים לנסות לעשות זאת. בית המשפט הנכבד מתבקש להבהיר לעיני כל כי אין ליתן יד אף לא לניסיון מעין זה.

אשר על כן מתבקש בית המשפט הנכבד להוציא צו על תנאי וצו ביניים כמבוקש בראשית העתירה, ולאחר קבלת תשובת המשיב לעשות הצו למוחלט.

פאדי קוואסמי, עו"ד

עאמר יאסין, עו"ד

אוסאמה סעדי, עו"ד

**סעדי ושות', משרד עורכי דין
ב"כ העותרים**