

ריבונות פְּרִירְנִית: תחולת המשפט הישראלי במזרח

ירושלים

יעל רונן*

מאמר זה עוסק במסגרת המשפטית המכוננת את "ירושלים השלמה והמאוחדת", על בסיס עמדתה של מדינת-ישראל בדבר היותה ריבונית במזרח ירושלים. לא כמו עיקר השיח לגבי מזרח ירושלים, העוסק במדיניותה של הרשות המבצעת, המאמר מתמקד בנורמות המשפט הישראלי הנוגעות במזרח ירושלים, ובוחר את טיבן על רקע כללי המשפט הבין-לאומי הנוגעים ברכישת שטח. המאמר סוקר את ההסדרים במשפט הישראלי בנוגע למעמד השטח, למעמד התושבים וזכויותיהם, ולהפעלת סמכויות בשטח. התמונה העולה ממכלול ההסדרים האלה היא של פער בין החלת הריבונות במישור הטריטוריאלי לבין שימור זרותם של התושבים. לצד זה המשפט מקנה הגנה לזכויות הפרט, אך הגנה זו אינה מלאה, ואינה עומדת במקרים שבהם יש התנגשות עם זכויות של אזרחים ישראלים. מדיניות משפטית זו אינה עולה בקנה אחד עם חובותיה של ישראל על-פי המשפט הבין-לאומי.

מבוא. א. החלת הריבונות הישראלית במזרח ירושלים. ב. מעמדה של ירושלים במשפט הבין-לאומי. ג. הסדרים טריטוריאליים. ד. מעמד התושבים. ה. זכויות הפרט: 1. בעלות בנכסים במזרח העיר; 2. אזרחות אויב; 3. תושבות לצורך קבלת קצבות ביטוח לאומי. ו. העברת סמכויות: 1. האיסור שהוטל על העברת סמכויות וביטולו החלקי; 2. חשמל; 3. מים. ז. דיון. ח. במקום סיכום: לאן מכאן?

מבוא

בשנת 1967 סיפחה מדינת-ישראל את מזרח ירושלים. מאז נהפכו "איחוד העיר" והיותה "שלמה ומאוחדת" למרכיב מרכזי – בעיני רבים בלתי-ניתן לערעור – במדיניות החוץ

* פרופסורית חברה במרכז האקדמי "שערי מדע ומשפט" ועמיתת מחקר במרכז מינרבה לזכויות אדם באוניברסיטה העברית בירושלים. yael.ronen@mail.huji.ac.il. תודתי נתונה לקוראים האנונימיים ולמערכת משפט וממשל על הערותיהם המועילות.

של ישראל. אולם משמעותו של ה"איחוד" לא בוארה מעולם. ההתבטאויות בעניין מתייחסות בפועל לכך שמזרח ירושלים מצויה עתה תחת אותו משטר משפטי בין-לאומי כמו מערבה של ישראל, כלומר, בריבונות של ישראל.¹

אלא שריבונותה של ישראל במזרח ירושלים שנויה במחלוקת הן מבחינה משפטית והן מבחינה פוליטית כחלק מפתרון ראוי ומציאותי לסכסוך הישראלי-פלסטיני. הקהילה הבין-לאומית דוחה את טענת הריבונות של ישראל במזרח ירושלים מטעמים משפטיים ומטעמים פוליטיים כאחד. גם מבית נשמע במהלך השנים ערעור בדבר ההצדקה לאחיזה במזרח העיר והצורך בה. בשנים 1999–2001 ושוב בשנת 2008 אף התקיים משא-ומתן בין ישראל לבין הפלסטינים לגבי ירושלים.² לנוכח כל זאת אין תמה שגם בחלוף יותר מיוכל לאחר החלת הריבונות, מנהיגים ונבחרי ציבור עדיין שבים ומצהירים על האיחוד חדשות לבקרים, לעיתים קרובות במענה מפורש לדרישות הבין-לאומיות ולביקורת מבית.³ הצהרות אלה הן גם חלק משינוי בשיח הפנים-ישראלי. באופן היסטורי, לא תמיד היה איחוד העיר מרכיב מרכזי בשיח זה. דוגמה לשינוי שחל

1 להתבטאויות במהלך היובל הראשון לקיום המדינה ראו נדיר צור "ירושלים ברטוריקה הפוליטית של מדינת ישראל" 40 שנה בירושלים – 1967–2007 423 (אורה אחימאיר ויעקב בר-סימן-טוב עורכים, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2008).

2 ליאור להרס משא ומתן על ירושלים: עיון בתהליכי המשא ומתן הישראלי-פלסטיני בסוגיית ירושלים 1993–2011 (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 418, 2013) (להלן: להרס משא ומתן על ירושלים).

3 להתבטאויות במהלך היובל הראשון לקיום המדינה ראו צור, לעיל ה"ש 1, במיוחד דבריו של שר המשפטים משה ניסים בשנת 1984 הנזכרים בעמ' 425. להתבטאויות מן העת האחרונה ראו את דבריו של שר החינוך דאז נפתלי בנט: "אי אפשר לעולם לחלק את ירושלים... זו אחריות כבירה שלנו לשאת את זה כי בעולם עוד לא מבינים". יוני קמפינסקי "כל אחד מאיתנו הוא היורש של דוד המלך" ערוץ 7 17.5.2015 www.inn.co.il/News/News.aspx/298621. כן ראו את דבריו של ראש הממשלה נתניהו: "שלום משיגים במשא ומתן ישיר וחופשי בין הצדדים... ניסו לכפות הסדר מדיני עלינו. זה לא עבד אז ולא יעבוד היום... מי שמתכחש לקשר שלנו לירושלים... יש לו עוד כבדת דרך ארוכה בדרך לשלום". יעל פרידסון "נתניהו ביום ירושלים: 'לא נחזור למציאות של עיר מחולקת'" ynet 5.6.2016 www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-4812203.00.html. חברת הכנסת שולי מועלם-רפאלי (הבית היהודי), מיוזמי תיקון מס' 2 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (שיידון להלן ליד ה"ש 87), אמרה את הדברים הבאים במסגרת הדיון בהצעת התיקון האמור: "מבחינתי, לחוק הזה יש שלוש מטרות. אחת היא: חיזוקה של ירושלים השלמה והמאוחדת כבירת הנצח של מדינת ישראל, שבעזרת השם גם היא תהיה מדינה ריבונית ומאוחדת על כל חלקי ארץ ישראל... מבחינתי, הצעת החוק הזאת משמעותית בחיזוקה של ירושלים. זה לא משנה אם יש כאלה שחושבים שהצורך לחזק את ירושלים מראה על חוסר ביטחון אישי או כללי... שום חלק מירושלים לא נמסר אף פעם לאף ישות זרה, גם אם תשתנה פה ממשלה, שחלילה, תחזור לתכנית העיוועים של חלוקת ירושלים. חבר-הכנסת בר-לב, מדינת ישראל כבר הייתה פעם אחת ב-loop פעם אחת אם לא פעמיים". פרוטוקול ישיבה מס' 477 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20, 11 פרוטוקול (להלן: (7.11.2017) פרוטוקול 477)

fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_ptv_393997.doc

בעניין זה היא התפתחות ציונו של איחוד העיר כיום חג. תחילה סירבו הממשלה והעירייה לציין את היום, והיוזמה הציבורית הראשונה בהקשר זה הייתה הכרזה של הרבנות הראשית על יום הודיה במלאת שנה לנטילת השליטה במזרח העיר.⁴ רק בעקבות לחץ ציבורי קבעה הממשלה באותה שנה את כ"ח באייר כיום חג,⁵ והכנסת אימצה החלטה דומה כמה חודשים מאוחר יותר. יום ירושלים עוגן בחקיקה רק בשנת 1998.⁶ החוק אינו מזכיר במפורש את איחוד העיר, ואינו מגדיר כלל מה היום מבטא וכיצד יש לצינו. רק מועדו – יום כניסת כוחות צה"ל לעיר העתיקה – מעיד על תוכנו. מצד אחר, ביטוי לחשיבותו של היום ניתן למצוא בכך שהחוק מנוסח באופן זהה לחוק יום העצמאות, התש"ט–1949. ככל שזיקתו הדתית והמסורתית של הציבור הישראלי-היהודי מתחזקת, הפגנת נאמנות בלתי-מתפשרת לריבונותה של ישראל במזרח ירושלים נהפכת לכלי גם במסגרת המאבק על דעת-הקהל הישראלית-הציונית.⁷

לצד ההצהרות, אין מחלוקת על כך שבפועל נותרה ירושלים מחולקת מבחינה חברתית, כלכלית ופוליטית.⁸ הספרות העוסקת בגורמים לנתק בין חלקי העיר ולפערים הגדולים בין האוכלוסיות מונה שני חסמים עיקריים לאיחוד חלקי העיר ולצמצום הפערים ביניהם. חסם אחד הוא ההתנגדות לשלטונה של ישראל מצד האוכלוסייה הפלסטינית, אשר חלק ניכר ממנה דוחה את תביעותיה של ישראל לאיחוד העיר.⁹ ורואה

- 4 "יום שחרור העיר העתיקה הוכרז כיום הודיה" דבר 5.3.1968, 8.
- 5 החלטה של הממשלה ה-13 מ-12 במאי 1968. ראו חזי עמיאור "ההתנגדות הגורפת ליום איחוד ירושלים" הספרנים 24.5.2017 blog.nli.org.il/jerusalem_reunion_day/; "יום ירושלים" אתר הכנסת main.knesset.gov.il/About/Lexicon/Pages/jer.aspx
- 6 חוק יום ירושלים, התשנ"ח–1998. בשנת 2014 הוגשה הצעת חוק פרטית להפוך את יום ירושלים ליום שבתון לאומי, מן הטעם שיום ירושלים נהפך מחג לאומי לחג מגזרי. תומר ניר "להפוך את יום ירושלים ליום שבתון" סרוגים 27.5.2014 www.srugim.co.il/76620-שבתון-יום-ירושלים-ליום-שבתון
- 7 מזל מועלם "השקר הגדול של אחדות ירושלים" Al-Monitor 22.10.2015 www.al-monitor.com/pulse/iw/originals/2015/10/united-jerusalem-center-left-lapid-herzog-east-jerusalem.html
- 8 ראו, למשל, מנחם קליין יונים בשמי ירושלים – תהליך השלום והעיר 1977–1999 43–58 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 1999) (להלן: קליין יונים בשמי ירושלים); M. Romann, ; (1978) 499, 499 *Jerusalem Since 1967: A Profile of a Reunited City*, 2 GEOJOURNAL; מיכאל רומן "כעיר שחברה לה יחיד" (יחסי גומלין בין יהודים וערבים בעיר המאוחדת) "אריאל – כתב עת לידיעת ארץ-ישראל" 44–45, 45 (1986); AMIR S. CHESHIN, BILL HUTMAN & AVI MELAMED, SEPARATE AND UNEQUAL: THE INSIDE STORY OF ISRAELI RULE IN EAST JERUSALEM (2001) (להלן: SEPARATE AND UNEQUAL); AbuZayyad, *The "Unification" of Jerusalem*, 14 PALESTINE-ISR. J. POL., ECON. & CULT. 56, 56 (2007), www.pij.org/details.php?id=1045
- 9 Ardi Imseis, *Facts on the Ground: An Examination of Israeli Municipal Policy in East Jerusalem*, 15 AM. U. INT'L L. REV. 1039, 1041–42 (2000)

את עצמו כחי תחת כיבוש זר זמני.¹⁰ התנגדות זו באה לידי ביטוי באי-שיתוף-פעולה עם הרשויות ועם גורמים לא-ממשלתיים ישראלים, באי-ציות לחוק, ולעיתים אף באלימות.¹¹ במשך כל השנים נמנעו בעלי-מקצוע משיתוף-פעולה עם רשויות ישראליות, בשל החשש שהוא יתפרש כהכרה משתמעת בריבונותה של ישראל על מזרח העיר. כך, עורכי-דין סירבו בעבר להופיע לפני בתי-משפט ישראלים, אנשי עסקים מסרבים גם כיום לשלב את לשכת המסחר הפלסטינית עם זו הישראלית, ואיגודים מקצועיים שונים מתנגדים נחרצות לאיחוד עם מקביליהם הישראלים.¹² בשוק התעסוקה השילוב הכלכלי הוא חד-צדדי ומקוטב, ומתאפיין בתלות תעסוקתית של העובדים הפלסטינים המזרח-ירושלמים בכלכלה המערב-ירושלמית. רוב העובדים הללו עוסקים בעבודות-כפיים בתחומי הבניין והתעשייה.¹³ גם מבחינה פוליטית הנתק מוחלט. ביטוי מובהק לכך הוא החרם ארוך-השנים של האוכלוסייה המזרח-ירושלמית על הבחירות המקומיות. נסיונות שנעשו במסגרת מערכות הבחירות האחרונות לשבור את החרם נכשלו, ושיעור ההשתתפות נותר זעום (1.6% בבחירות של 2013 ושיעור דומה בבחירות של 2018).¹⁴ גם אינטראקציה חברתית בין תושבי מזרח העיר לבין תושבי מערבה אינה קיימת כמעט.¹⁵

- 10 MICHAEL ROMANN & ALEX WEINGROD, LIVING TOGETHER SEPARATELY: ARABS AND JEWS IN CONTEMPORARY JERUSALEM 23, 181 (1991). התבטאויות מגוונות לגבי אלקודס/ירושלים הכבושה ראו באתר 0202 – מבט מירושלים המזרחית www.0202updates.org/0202-east-jerusalem-hebrew/
- 11 אורי שטנדל "תמורות באוכלוסייה הערבית" עשרים שנה בירושלים – 1967–1987, 95 (יהושע פראוור ואורה אחימאיר עורכים, משרד הבטחון – ההוצאה לאור ומכון ירושלים לחקר ישראל, 1988) (להלן: שטנדל "תמורות באוכלוסייה הערבית"); אמנון רמון וליאור להרס מזרח-ירושלים, קיץ 2014 – מציאות נפיצה והצעות למדיניות ישראלית (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 443, 2014) [jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2019/05/PUB_%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%A7%D7%99%D7%A5-2014.pdf](http://www.jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2019/05/PUB_%D7%99%D7%A8%D7%95%D7%A9%D7%9C%D7%99%D7%9D-%D7%A7%D7%99%D7%A5-2014.pdf)
- 12 ROMANN & WEINGROD, לעיל ה"ש 10, בעמ' 22–23 ו-181.
- 13 מריק שטרן ואחמד אסמר מבעד לתקרת זכוכית: פלסטינים וישראלים בשוק התעסוקה בירושלים (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, מחקר מס' 471, 2017) [jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2019/05/PUB_%D7%9E%D7%91%D7%A2%D7%93-%D7%9C%D7%AA%D7%A7%D7%A8%D7%AA-%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%9B%D7%99%D7%AA-%D7%9E%D7%95%D7%A7%D7%98%D7%9F.pdf](http://www.jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2019/05/PUB_%D7%9E%D7%91%D7%A2%D7%93-%D7%9C%D7%AA%D7%A7%D7%A8%D7%AA-%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%9B%D7%99%D7%AA-%D7%9E%D7%95%D7%A7%D7%98%D7%9F.pdf)
- 14 נדב שרגאי "תושבי מזרח ירושלים שוב החרימו את הבחירות" המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה 6.11.2018 [cpa.org.il/article/תושבי-מזרח-ירושלים-שוב-החרימו-את-הבחירות](http://www.cpa.org.il/article/תושבי-מזרח-ירושלים-שוב-החרימו-את-הבחירות)
- 15 מריק שטרן שילוב תעסוקתי במציאות נפיצה – תושבי מזרח-ירושלים בשוק העבודה העירוני 17 (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 449, 2015) [jerusalem-institute.org.il/wp-](http://www.jerusalem-institute.org.il/wp-)

החסם האחר הוא מדיניות ההזנחה מצד הרשויות המקומיות והארציות, אשר אין עוררין על כך שהיא מאפיינת את שלטונה של ישראל במזרח העיר למן שנת 1967 – הן תחת שלטון השמאל, הן תחת שלטון הימין. הגורמים למדיניות זו מגוונים. לדברי טדי קולק, ראש העיר בשנים 1965–1993, אחד השיקולים במדיניות ההזנחה היה הרצון לתמרץ את התושבים הפלסטינים לעזוב את העיר ובכך לחזק את אופייה היהודי. גורם אחר היה העובדה שתושבי מזרח ירושלים לא היו נכס אלקטורלי שיש להתחשב בצרכיו.¹⁶ אהוד אולמרט, ראש העיר בשנים 1993–2003, סיפר שהעדר ההשקעה נבע מההנחה שבסופו של דבר ייעשו ויתורים טריטוריאליים בעיר, ואין טעם להשקיע בחלקים שיועברו לידי גורמים זרים.¹⁷

ההזנחה מתאפשרת, בין היתר, מכיוון שהשכונות הפלסטיניות הן מובלעות שתפקודים עירוניים רבים בהן נמצאים מחוץ לשליטה ולפיקוח של רשויות המדינה והעיר.¹⁸ מערכת החינוך במזרח העיר מנוהלת בנפרד מזו שבמערבה; מערכות התחבורה הציבורית נפרדות; וקופות החולים פועלות במתכונת הדומה למיקור-חוץ.¹⁹ למן הקמת מכשול ההפרדה נוצר נתק נוסף – בין השכונות שמעבר למכשול לבין יתר העיר. פרצי האלימות בשנים 2014 ו-2015 העלו לסדר-היום הציבורי את המתרחש בשכונות אלה, שבהן אין נוכחות של רשויות השלטון המקומי (פינוי אשפה, כיבוי אש)²⁰ או של רשויות השלטון הארצי (משטרה).²¹ ביטוי בוטה להזנחה הוא המדיניות הלא-שוויונית בהקצאת משאבים לתשתיות בשכונות הפלסטיניות בירושלים ובשירותים המסופקים בהן. מדיניות זו משפיעה כמעט על כל היבט של החיים: במזרח ירושלים יש רק 6 לשכות רווחה, המטפלות בכ-335,000 תושבים, לעומת 19 לשכות רווחה במערב העיר, המטפלות בכ-570,000 תושבים; במזרח ירושלים יש רק 6 תחנות טיפת חלב, לעומת 25 תחנות במערב העיר; במערכת החינוך יש מחסור עצום בכיתות לימוד, עד כדי דחיית בקשות של תלמידים להתקבל לבתי-הספר העירוניים, וכמחצית מהכיתות

content/uploads/2019/05/PUB_%D7%AA%D7%A2%D7%A1%D7%95%D7%A7%D7%AA%D7%99.compressed.pdf

- 16 קליין יונים בשמי ירושלים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 51–53.
- 17 יוסי אלי "אולמרט: נצטרך להגיע להסדר בירושלים כולל בהר הבית" nrg 20.5.2012 www.nrg.co.il/online/1/ART2/369/704.html?hp=1&cat=404&loc=1
- 18 אורן שלמה "ממשולה של ירושלים המזרחית בתקופת פוסט-אוסלו" תיאוריה וביקורת 48, 127, 131 (2017).
- 19 שם, בעמ' 137–144.
- 20 ניר חסון "לראשונה נפתחה תחנת כיבוי אש מעבר לגדר ההפרדה במזרח ירושלים" הארץ www.haaretz.co.il/news/local/premium-1.3034258 9.8.2016
- 21 בן כספית "ריבונות ישראל בירושלים בסכנה" Al-Monitor 14.10.2015 www.al-monitor.com/pulse/iw/originals/2015/10/east-jerusalem-al-quds-intifada-knives-intelligence.html

ומגני-הילדים במערכת העירונית במזרח ירושלים אינם תקינים;²² ושירותי הדואר אינם מתפקדים כמעט (במזרח העיר יש 8 יחידות דואר לעומת 33 במערב העיר).²³ כל אלה ועוד מובילים לכך שהאוכלוסייה במזרח ירושלים היא חלשה במיוחד: 72% מכלל המשפחות ו-81% מהילדים במזרח ירושלים חיים מתחת לקו העוני, לעומת 26% ו-38% בכלל ישראל, בהתאמה.²⁴ על כל אלה יש להוסיף את מדיניות העירייה לא לתת היתרי בנייה (מסיבות מדיניות),²⁵ המובילה לצפיפות עצומה, מצד אחד, ולבנייה בלתי-חוקית ועימה חוסר בתשתיות, מן הצד האחר. כך, רק 44% מהתושבים במזרח העיר מחוברים למים בצורה מסודרת וחוקית, וקווי המים בשכונות הסמוכות למחנה הפליטים שועפאט מספיקים רק לכעשירית מהתושבים.²⁶

העיסוק בשני החסמים מניח שהתשתית המשפטית הנחוצה לאיחוד העיר קיימת, ושהיוותרותה של העיר מחולקת היא תוצאה של חוסר עניין פוליטי הדדי באינטגרציה. מאמר זה מבקש לבחון הנחה זו. לשם כך הוא בוחן אם המסגרת המשפטית החלה במזרח ירושלים ועל תושביה זהה לזו שבאזורים שלגביהם אין מחלוקת לגבי ריבונות ישראל. בחינה זו נעשית תוך התייחסות לאמות-המידה הבין-לאומיות החלות כאשר מדינה רוכשת ריבונות בשטח (יהא מעמדו הקודם אשר יהא). כפי שיפורט להלן, הקהילה הבין-לאומית מחזיקה בעמדה שישראל אינה ריבונית במזרח ירושלים. על-פי עמדה זו, טיבה של החלת הריבונות ועמידתה בכללי המשפט הבין-לאומי אינן שאלות הטענות דיון כלל. שאלות אלה רלוונטיות רק מנקודת-הראות הישראלית, שלפיה ישראל ריבונית במזרח ירושלים. מאמר זה בוחן את הקוהרנטיות של עמדתה של ישראל, כלומר, את המידה שבה הנורמות במשפט המדינתי הפנימי תואמות את המתבקש מבחינת המשפט הבין-לאומי מטענתה של ישראל לריבונות.

המאמר מתמקד בנורמות המשפטיות (חקיקה ראשית, חקיקת-משנה ופרשנותן על-ידי בית-המשפט), מתוך תפיסה שהמסגרת הנורמטיבית קודמת מבחינה עיונית לאופן

22 "ירושלים המזרחית – עובדות ונתונים" האגודה לזכויות האזרח בישראל (מאי 2019) www.acri.org.il/east-jerusalem-2019 (להלן: "ירושלים המזרחית – עובדות ונתונים 2019"). למצבה של מערכת החינוך ראו אביב טטרסקי ואשרת מימון דוח חינוך ירושלים המזרחית: חמישים שנים של הזנחה (עיר עמים, 2017) www.ir-amim.org.il/he/node/2095.

23 "שירותי דואר בירושלים המזרחית" האגודה לזכויות האזרח בישראל 19.7.2018 [.law.acri.org.il/he/17461](http://law.acri.org.il/he/17461).

24 "ירושלים המזרחית – עובדות ונתונים 2019", לעיל ה"ש 22.

25 רונת לוין-שנור "הפרטה, הפרדה והפליה – זניחת ההליכים של הסדר הזכויות במקרקעין במזרח ירושלים" עיוני משפט לד 183 (2011). חיים זנדברג "ירושלים – הסדר והפקעת זכויות במקרקעין" המשפט ח 505 (2003) מתייחס לאופן שבו הפקעת מקרקעין החליפה (וייתרה) את הסדר המקרקעין. בשנת 2018 הודיע משרד המשפטים על שינוי במדיניות: ניר חסון "50 שנה אחרי הסיפוח: הצצר האחורית של ירושלים נכנסת לטאבו" הארץ www.haaretz.co.il/news/local/premium-MAGAZINE-1.5979285 4.12.2018.

26 "ירושלים המזרחית – עובדות ונתונים 2019", לעיל ה"ש 22.

הפעולה של הרשות המבצעת. אין ספק שמדיניותה של הרשות המבצעת היא גורם משמעותי בעיצוב מעמדה של מזרח ירושלים והקשר בינה לבין מערב העיר.²⁷ אך מטרת המאמר אינה לשקף את המצב במזרח ירושלים בפועל (או להעריך את איכותו), אלא לבחון את המסגרת המשפטית שבבסיסו.

מטבע הדברים, בחינת המצב המשפטי מתמקדת באותן נורמות אשר יוצרות הסדר ייעודי למזרח ירושלים. חקיקה המכוונת לשטח או לקבוצה ספציפית באוכלוסייה חורגת מעקרון שלטון החוק המחייב כי הנורמות הקבועות בחקיקה יהיו כלליות במהותן, ומשום כך יש צורך בהצדקתה.²⁸ חילופי ריבונות הם נסיבות מיוחדות שבהן יש לעיתים צורך בחקיקה כזו. במצבים כאלה מקובל לעשות שימוש בנורמות ייחודיות משני סוגים. סוג אחד הוא חקיקת-מעבר, שמטרתה לאפשר רציפות תפקודית בין המשטר המשפטי של הריבון הקודם לבין זה של הריבון החדש. לעיתים קרובות מדובר בהסדר-מעבר טכניים, של מתן תקופת "חסד" שבמהלכה יש עדיין הכרה בתוקפם של מנגנונים שקדמו לחילופי הריבונות עד להחלפתם במנגנונים חדשים שיהיו תקפים תחת המשטר החדש.²⁹ כך, למשל, היה צורך לאפשר את המשך פעילותן של חברות גם לפני שנרשמו במרשם החברות הישראלי, ולהתיר לעורכי-דין לעבוד גם אם טרם רכשו רישיון כנדרש בדין הישראלי. הסדר-מעבר נקבעו בחוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968 (שהוחלף לימים בחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התשל"ל-1970). החוק נועד, בין היתר, להבטיח רציפות בחיים המקצועיים והעסקיים במהלך המעבר במזרח ירושלים מהמשפט הירדני למשפט הישראלי. החוק מסדיר את מעמדן של חברות, מתן רישיונות עסקים, עיסוק במקצועות מסוימים ועוד. סוג אחר של חקיקה נועד להתמודד עם קשיים שעשויים להתעורר עקב פערים – עובדתיים ומשפטיים – בין המציאות בשטח המסופח לבין הנחות-היסוד של הנורמות הכלליות. דוגמה לכך היא ההחרגה של האוכלוסייה בשטח מתחולת הדינים החלים על אזרחי אויב. דינים אלה מבוססים על הכוונה להדיר אזרחי אויב מחיי המסחר (ומשטח המדינה בכלל), בעוד שבשנת 1967 הכוונה הייתה למזג את החיים המסחריים בשני חלקי העיר.

אך הסדרים ייחודיים הם רק חלק מהתמונה, ויש לבחון גם את פועלן של נורמות שתחולתן כללית ואשר לא נעשתה לגביהן החרגה ביחס למזרח ירושלים. מצד אחד, כאמור לעיל, תחולה כללית של נורמות היא על-פירוב ערובה מפני התנכלות או העדפה בלתי-מוצדקת.³⁰ אך כאשר הנורמה הכללית מבוססת על הנחות עובדתיות או משפטיות שאינן מתקיימות לגבי האוכלוסייה בשטח המסופח, שימורה עלול לפגוע באוכלוסייה. דוגמה לכך היא דיני רכישת האזרחות, המניחים קיומה של אזרחות זרה אפקטיבית,

27 נטעאל בנדל "מתשתיות ועד אזרחות ישראלית: מה עושים עם מזרח ירושלים?" **מקור ראשון** 26.5.2017 www.makorishon.co.il/nrg/online/1/ART2/879/676.html

28 מיכל טמיר "חקיקה פרסונלית – חקיקה סלקטיבית?" **חוקים** יב 173, 175 (2018).

29 לדיון בפרקטיקה בין-לאומית בעניין זה ראו YAËL RONEN, TRANSITION FROM ILLEGAL REGIMES UNDER INTERNATIONAL LAW (2011).

30 טמיר, לעיל ה"ש 28.

בעוד תושבי מזרח ירושלים הם ברובם חסרי אזרחות. החלת הנורמות הכלליות על תושבי מזרח ירושלים עלולה להוביל אם כן לפגיעה בזכויותיהם, כפי שיידון בהמשך, שכן הדינים הכלליים מניחים שמבקשי האזרחות הם מהגרים, ולא תושבים ותיקים בשטח.

המאמר פותח בתיאור המהלכים המשפטיים שהביאו לידי החלת הריבונות הישראלית במזרח ירושלים (חלק א), ואחר כך מציג את עיקרי העמדות לגבי מעמד השטח במשפט הבין-לאומי (חלק ב). לאחר-מכן המאמר פונה לבחון את הנורמות במשפט הישראלי המדינתי החלות במזרח ירושלים ועל תושביה: חלק ג עוסק במעמד השטח; חלק ד עוסק במעמד התושבים; וחלק ה – בזכויותיהם. חלק ו עוסק בהעברת סמכויות בעיר. על רקע בחינה זו הדיון חוזר (בחלק ז) לשאלת-המוצא, ובוחר את התמונה הכוללת של המשפט הישראלי כפי שהוא חל במזרח העיר, על-מנת לקבוע באיזו מידה הוא עולה בקנה אחד עם אמות-המידה הבין-לאומיות להחלת ריבונות. חלקו האחרון של המאמר (חלק ח) סוקר מגמות עדכניות במדיניות הממשלה ובוחר את השלכותיהן על מצבם המשפטי של תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים.

א. החלת הריבונות הישראלית במזרח ירושלים

בבוקר 5 ביוני 1967 נכנסו כוחות צה"ל לשטח העיר. בצהרי 7 ביוני כבר היו שטחה של העיר העתיקה ויתר ירושלים הירדנית בידי כוחות צה"ל, כמו-גם שטחים נרחבים מעבר לגבולות העירוניים. בצעד זה אוחדה השליטה בירושלים (וסביבותיה) בידי ישראל, לאחר שבמשך תשע-עשרה שנים, למן מלחמת העצמאות, היא נחלקה בין ישראל לבין ירדן.

ב-27 ביוני 1967 התקבל בכנסת החוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11).³¹ התיקון הוסיף את סעיף 11ב לפקודה, שלפיו "המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה יחולו בכל שטח של ארץ-ישראל שהממשלה קבעה בצו". באותה עת תוקנה גם פקודת העיריות על-ידי הוספת סעיף 8א, שהסמיך את שר הפנים להרחיב את תחומה של עירייה פלונית בהסתמך על צו כאמור באותו סעיף 11ב החדש לפקודת סדרי השלטון והמשפט.³² למחרת התיקון פרסמה הממשלה את צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1)³³ (להלן: הצו הממשלתי). הצו הגדיר, באמצעות נקודות-ציון, אזורים ממזרח, מצפון ומדרום לירושלים המערבית (אשר מקובל לכנותם "מזרח ירושלים", וכך ייעשה גם כאן) שבהם יחולו המשפט, השיפוט והמנהל של המדינה. בה-בעת השתמש שר הפנים בסמכותו על-פי התיקון לפקודת העיריות והרחיב את שטחה העירוני של העירייה

31 חוק לתיקון פקודת סדרי השלטון והמשפט (מס' 11), התשכ"ז-1967, ס"ח 74.

32 חוק לתיקון פקודת העיריות (מס' 6) התשכ"ז-1967, ס"ח 74.

33 צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1) התשכ"ז-1967, ק"ת 2690.

בהסתמך על הצו הממשלתי.³⁴ לנוכח זאת, הן המשפט הישראלי והן סמכויות העירייה לפעול על-פי משפט זה וליישמו הוחלו במזרח ירושלים. על-פי בית-המשפט העליון בשבתו כבג"ץ, החקיקה והצו היוו "מעשה ריבונות מובהק מצד המדינה כדי שיהא המשפט הישראלי חל על שטח זה".³⁵

הצו הממשלתי הגדיל את שטחה העירוני של ירושלים פי שלושה. על 38 קמ"ר בחלקה המערבי נוספו יותר מ-70 קמ"ר שהיו קודם לכן תחת שליטה ירדנית.³⁶ בשטח שנוסף התגוררו כ-70,000 תושבים פלסטינים. בין הנהגת העיר הפלסטינית – התנועה הלאומית הפלסטינית ובמרכזה משפחת אל-חוסייני – לבין השלטון הירדני הייתה יריבות על רקע סיפוח הגדה המערבית לירדן בשנת 1950, ועל-כך החליש בית-המלוכה הירדני את הגדה המערבית, ובכלל זה את ירושלים. כתוצאה מכך הייתה ירושלים הירדנית, ששטחה היה רק כ-6 קמ"ר, ענייה ומוזנחת. בנסיבות אלה היה קל לישראל להשתלט על שטח כה גדול ועל אוכלוסייה רבה אך מפורת. כתוצאה מהגדלת שטחה העירוני של ירושלים גדלה האוכלוסייה שבתחום השיפוט של עיריית ירושלים (הישראלית) בכ-35%.³⁷

במהלך השנים הורחב שטחה העירוני של ירושלים כלפי מערב, אך שטחה מעבר לקו שביתת-הנשק משנת 1949 (הקו הירוק), כלומר באזור שישראל כבשה בשנת 1967, לא השתנה. בשנת 2004 החלה ישראל להקים את מכשול הפרדה,³⁸ שחלקו עובר בתוך

34 אכרזת ירושלים (הרחבת תחום העירייה), התשכ"ז–1967, ק"ת 2694.

35 בג"ץ 4185/90 נאמני הר-הבית – עמותת נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מז(5) 221, פס' 39 לפסק-דינו של המשנה לנשיא א'לון (1993) (להלן: פרשת נאמני הר-הבית): "ומובן ואין צריך לומר כי מריבונות מדינת ישראל על ירושלים המאוחדת בכלל ועל שטח הר-הבית בפרט נובע, כי כל חוקי המדינה – וביניהם חוק התכנון והבניה וחוק העתיקות – חלים בשטח הר-הבית". למעשה דווקא "צריך לומר" זאת, מכיוון שקודם לכן באותו פסק-דין, וכן בפסיקה אחרת, קבע בית-המשפט כי הריבונות נלמדת מהחלת המשפט. למעגליות דומה ראו בג"ץ 223/67 בן-דב נ' שר הדתות, פ"ד כב(1) 440, 442 (1968). עוד לגבי ריבונותה של ישראל ראו בג"ץ 171/68 חאנזאליס נ' בית-הדין של הכנסיה הפטריארכית היוונית-אורתודוקסית, פ"ד כג(1) 260, פס' 11 לפסק-דינו של השופט לוי (1969), שבו נקבע כי סמכות השיפוט הטריטוריאלית של בית-הדין של הכנסייה נקבעת על-פי "ריבונות המדינה"; בג"ץ 256/01 רבאח נ' בית-המשפט לעניינים מקומיים בירושלים, פ"ד נו(2) 930, פס' 4 לפסק-דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2002).

36 אנה חזן גבולות השיפוט של ירושלים 1948–1993 19–22 (אמנון רמון עורך, מכון ירושלים לחקר ישראל, דפי רקע לקובעי מדיניות מס' 17, 1995) http://www.jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2019/05/PUB_shiput-jerusalem.pdf

37 דני רובינשטיין "איחוד העיר ושאלות שלא באו על פתרונן" 40 שנה בירושלים – 1967–2007 471–473 (אורה אחימאיר ויעקב בר-סימן טוב עורכים, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2008).

38 לנתונים על "הגדר" ראו האו"ם – המשרד לתיאום עניינים הומניטריים (OCHA) "ההשלכות ההומניטריות של הגדר בגדה המערבית על הקהילות הפלסטיניות – ירושלים"

שטחה העירוני של ירושלים. המכשול יצר חיץ פיזי בין שכונות שבהן מתגוררים כשליש מתושביה הפלסטינים של העיר³⁹ לבין יתר שטחה של העיר, אך הוא לא שינה את המעמד המשפטי של השטח משני צידי. בשכונות אלה חל עדיין להלכה המשפט הישראלי, והן מהוות חלק משטחה העירוני של ירושלים.⁴⁰

ב. מעמדה של ירושלים במשפט הבין-לאומי

מעמדה של ירושלים במשפט הבין-לאומי שנוי במחלוקת.⁴¹ לגישתה של ישראל, עם סיום המנדט הבריטי נוצר חלל בריבונות, שהיה אפשר למלאו רק בפעולה חוקית. בעניין זה ישראל נסמכת על כך שירדן כבשה את מזרח ירושלים במעשה תוקפנות, אשר אסור במשפט הבין-לאומי. משום כך הסיפוח של מזרח ירושלים (עם הגדה המערבית) לממלכת ירדן בשנת 1950 עמד בניגוד לאיסור החל במשפט הבין-לאומי על רכישת ריבונות בכוח, והיה חסר תוקף. כאשר התקיפה ירדן את ישראל בשנת 1967, היה זה מעשה תוקפנות שישראל הגיבה עליו מכוח הזכות להגנה עצמית. לפי גישה זו, כאשר ישראל נטלה את השליטה במזרח ירושלים, היא עשתה זאת בפעולת התגוננות ביחס לשטח שלא היה בו ריבון חוקי. לנוכח זאת ישראל טוענת כי היא הייתה רשאית למלא את חלל הריבונות, וההכרזה על תחולת המשפט, השיפוט והמנהל הייתה מימוש האפשרות הזו. מכאן גם ההתנגדות לשימוש במונח "סיפוח", אשר מבחינת המשפט הבין-לאומי משמעותו החלה של הריבונות באמצעות כוח בעקבות כיבוש. לגישתה של ישראל, מכיוון שלא הייתה לירדן ריבונות בירושלים, ישראל אינה כובשת, והחלת הריבונות אינה "סיפוח", אלא "שחרור מעול זרים".⁴²

המזרחית" 14 (מהדורה ב, עדכון מס' 7, ינואר 2008) www.hamoked.org.il/files/2013/9190.pdf

39 כפר-עקב-סמיראמיס, מחנה הפליטים שועפאט (לרבות ראס ח'מיס), ראס שחאדה ודחיית א-סלאם, חלק ממחנה הפליטים קלנדיה וחלק מהכפר אל-ולג'ה. דוד קורן "השכונות הערביות שבין גדר הביטחון לבין הגבול המוניציפלי של ירושלים – אתגר למדיניות הביטחון הלאומי של ישראל" מכון ירושלים לאסטרטגיה ולביטחון 2.1.2019 jiss.org.il/he/koren-the-arab-neighborhoods-between-the-security-fence-and-the-municipal-border-of-jerusalem/

40 אהוד תגרי ויהודית אופנהיימר עקורים בעירם – מדיניות ישראל במזרח ירושלים והשפעתה על השכונות הפלסטיניות הירושלמיות שמעבר לגדר ההפרדה (עיר עמים, 2015) [www.ir-amim.org.il/sites/default/files/עקורים בעירם.pdf](http://www.ir-amim.org.il/sites/default/files/עקורים%20בעירם.pdf)

41 משה הירש "מעמדה המשפטי של ירושלים במשפט הבין-לאומי" עיר בסבך – לקסיקון ירושלים בת זמננו 213 (אמנון רמון עורך, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2003).

42 ראו יהודה צבי בלום "ציון במשפט הבינלאומי נפדתה" הפרקליט כז 315 (1971), שנכתב בעקבות יורם דינשטיין "ציון במשפט הבינלאומי תיפדה" הפרקליט כז 5 (1971). ראו גם את תגובתו של יורם דינשטיין "הפרדה לא נפדתה" או 'לא הפגנות אלא מעשים"

גישה אחרת היא שהריבונות היא בידי העם הפלסטיני, אך היא מושעת כל עוד אין להם שליטה אפקטיבית בשטח. גישה שלישית, שבה מחזיקים בעיקר האו"ם וסוכנויותיו, נסמכת על תוכנית החלוקה, אשר המליצה כי הריבונות בירושלים כולה תושעה למשך עשור, שבסיומו ייקבע מעמד העיר באמצעות משאל שייערך בקרב תושביה. יש המסיקים מכך שאין לקבוע את מעמד השטח אלא בהסכמה בין הצדדים.⁴³ לצד מגוון הדעות בדבר זהות הריבון, הקהילה הבינ-לאומית תמימת-דעים בנוגע לדחיית עמדתה של ישראל בדבר ריבונותה – הן מבחינה משפטית והן מבחינה פוליטית.⁴⁴ העמדה הבינ-לאומית המקובלת היא שטענת הריבונות מהווה הפרה של המשפט הבינ-לאומי, מן הטעם ששליטתה של ישראל במזרח ירושלים מהווה סיפוח בלתי-חוקי, מכיוון שהיא מבוססת על שימוש בכוח. עמדה זו מבוססת על התפיסה שהמשפט הבינ-לאומי אוסר רכישת שטח בכוח, גם כאשר השימוש הוא כדין (לצורכי הגנה עצמית). לפי גישה זו, אין תוקף לטענת הריבונות של ישראל, ולכן מעמדה בשטח הוא של מדינה כובשת.⁴⁵

כך, מייד לאחר הכרזתה של ישראל בשנת 1967 על החלת המשפט, השיפוט והמנהל שלה בירושלים, הכריזה העצרת הכללית של האו"ם כי "הצעדים שנקטה ישראל" הם "בטלים", וקראה לישראל "לחזור בה מכל הצעדים שנקטה ולהימנע מכל מעשה שיכול

הפרקליט כז 519 (1971), ואת תשובתו של יהודה צבי בלום "מזרח ירושלים אינה שטח כבוש" הפרקליט כח 183 (1972).

43 רות לפידות ירושלים – היבטים משפטיים 15–16 (מכון ירושלים לחקר ישראל, דפי רקע לקובעי מדיניות מס' 2, 1997).

44 לסקירה מפורטת של העמדות הבינ-לאומיות ראו שמואל ברקוביץ המעמד של ירושלים במשפט הבינלאומי והישראלי (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 2018) jcpa.org.il/wp-content/uploads/2018/05/berkowitz_hebre_jerusalem_web_covers_13may2017.pdf

45 למשל, S.C. Res. 476, ¶ 2 (June 30, 1980); G.A. Res. 38/180, ¶ 4 (Dec. 19, 1983); Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 136. ראו גם החלטת מועצת הביטחון S.C. Res. 465, ¶ 4 (Mar. 1, 1980); החלטת העצרת הכללית של האו"ם Res. 70/15, ¶ 12 (Dec. 4, 2015) (להלן: החלטת האו"ם 70/15); והחלטת מועצת הביטחון S.C. Res. 2334 (Dec. 23, 2016), "Condemning all measures aimed at altering the demographic composition, character and status of the Palestinian Territory occupied since 1967, including East Jerusalem, including, *inter alia*, the construction and expansion of settlements, transfer of Israeli settlers, confiscation of land, demolition of homes and displacement of Palestinian civilians, in violation of international humanitarian law and relevant resolutions" (להלן: החלטת מועצת הביטחון 2334). החשש מביקורת בין-לאומית הוא אחד הטעמים לכך שאף לא באחד מדברי החקיקה בנוגע למעמדה של ירושלים תחת המשפט הישראלי נזכרת "ריבונות" (או כל הגדרה אחרת של מעמד טריטוריאלי). לגבי ההימנעות מהשימוש במונח "סיפוח" ראו טעמים נוספים אצל Ian S. Lustick, *Has Israel Annexed East Jerusalem?*, 5 MIDDLE E. POL'Y 34, 39 (1997).

לשנות את מעמדה של ירושלים.⁴⁶ גם מועצת הביטחון אימצה החלטה שבה הביעה את דעתה כי "כל הפעולות והצעדים החקיקתיים והמנהליים שנקטה ישראל אשר יש בהם כדי לשנות את מעמדה המשפטי של ירושלים, לרבות הפקעת קרקעות ונכסים בהן, הם בטלים, ואינם יכולים לשנות את המעמד האמור".⁴⁷ החלטות דומות התקבלו בעקבות חקיקת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל בשנת 1980.⁴⁸ בשנת 2016 חזרה מועצת הביטחון על כך שהיא לא תכיר בשינויים בקווי 4 ביוני 1967, לרבות ביחס לירושלים, אלא אם כן הם יוסכמו בין הצדדים במשא-ומתן.⁴⁹ ההחלטות של העצרת הכללית ומועצת הביטחון מגנות את החלת הריבונות גם במישור הפוליטי, על כך שהיא מהווה מכשול להשגת שלום בר-קיימא וצורך במזרח התיכון.⁵⁰

גם האיחוד האירופי דוחה את טענת הריבונות של ישראל במזרח ירושלים לנוכח העיקרון בדבר אי-רכישת שטח בכוח, ורואה בה מדינה כובשת.⁵¹ האיחוד האירופי מדגיש כי ההחלה של המשפט הישראלי הפנימי בשטח אינה מעלה ואינה מורידה לעניין זה.⁵²

עמדה שונה במקצת באה לידי ביטוי במדיניותה של ארצות-הברית, על זרועותיה השונות. בשנת 1990 אימץ הקונגרס האמריקאי החלטה התומכת בשימורה של ירושלים כבירתה הבלתי-מחולקת של ישראל.⁵³ בשנת 1995 אימץ הקונגרס חוק בדבר העברת השגרירות האמריקאית לירושלים, אשר קובע, בין היתר, כי "בשנת 1967 אוחדה ירושלים במהלך העימות המזוין המכונה 'מלחמת ששת הימים'".⁵⁴ גישתו של הממשל האמריקאי (הרשות המבצעת) לא הייתה אחידה. בתחילה הוא נמנע מלהכיר בריבונותה של ישראל במזרח העיר (ואפילו במערבה),⁵⁵ אך המדיניות השתנתה תכופות בהתאם

46 G.A. Res. 2253 (ES-V) (July 4, 1967)

47 S.C. Res. 267 (July 3, 1969); S.C. Res. 298 .ראו גם S.C. Res. 252, ¶ 2 (July 4, 1968) (Sept. 25, 1971).

48 S.C. Res. 476, ¶¶ 3–4 (June 30, 1980) (להלן: החלטת מועצת הביטחון 476).

49 החלטת מועצת הביטחון 2334, לעיל ה"ש 45, פסקת המבוא וס' 1–4.

50 למשל, החלטת מועצת הביטחון 476, לעיל ה"ש 48, פס' 3; S.C. Res. 478, ¶ 4 (Aug. 20, 1980); החלטת האו"ם 70/15, לעיל ה"ש 45, פס' 14–15.

51 *Middle East Peace Process*, EUROPEAN UNION EXTERNAL ACTION (June 15, 2016), https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/337/middle-east-peace-process_en

52 European Commission, Interpretative Notice on Indication of Origin of Goods from the Territories Occupied by Israel Since June 1967, para. 1, C (2015) 7834 final (11 Nov. 2015).

53 H.R. Con. Res. 290, 101th Cong. (1990), paras. 1, 2

54 Jerusalem Embassy Act of 1995, Pub. L. No. 104-45, § 2(6), 109 Stat. 398 (1995) .ראו גם שם, ס' 2(7).

55 U.S. Dep't of State, White House Statement, Bull. V. LVII 59 (1967)

לגישתו של כל ממשל.⁵⁶ ככלל, הממשל האמריקאי נמנע מלנקוט עמדה משפטית בנוגע למזרח ירושלים בנפרד מהתייחסותו למערב העיר (למעט עצם אזכורה של מזרח העיר מדי פעם יחד עם הגדה המערבית, כלומר, כשטח כבוש). שינוי דרמטי לכאורה התרחש במאי 2018, כאשר ממשלת ארצות הברית פתחה את שגרירותה בירושלים. מבנה השגרירות ממוקם באזור שנקבע בהסכמי שביתת-הנשק כמפורז תחת שליטה ישראלית, כלומר, במערב ירושלים.⁵⁷ יש הטוענים כי מכיוון שבפועל ריבונותה של ישראל במערב העיר מוכרת זה שנים רבות, אין רבותא במהלך זה;⁵⁸ אולם אחרים גורסים כי מכיוון שבמהלך השנים נמנעה ארצות הברית מלהבחין בין שני חלקי העיר, מההכרה הרשמית בריבונות במערב העיר, הנובעת מהקמת השגרירות שם, ניתן להסיק הכרה גם בריבונות במזרח ירושלים.⁵⁹ לכל-הפחות במישור הפוליטי הצעד האמריקאי נתפס בקרב הקהילה הבין-לאומית כשינוי משמעותי, והדבר בא לידי ביטוי בהחלטה של העצרת הכללית אשר גינתה את ההכרזה האמריקאית.⁶⁰ מדינות נוספות הכריזו על הכרה או כוונה להכיר במערב ירושלים כבירת ישראל, אך זאת לצד הבטחה להכרה במזרח העיר כבירת פלסטין עתידית.⁶¹

מהעמדות השונות בדבר מעמדו של השטח – ריבוני (כגרסת ישראל) או כבוש (כגרסת הקהילה הבין-לאומי) – נובעות חובות וזכויות שונות של המדינה. אם השטח ריבוני, אזי יש לפעול בו על-פי המשפט הבין-לאומי החל על רכישת שטח. כלל מרכזי בהקשר זה הוא הענקת אזרחות לתושבי השטח. היבט נוסף של החלת הריבונות הוא האחריות להבטחת זכויות האדם של כל מי שנמצא בשטח, על סוגיהן והיקפיהן השונים. אי-מתן אזרחות או הימנעות מהכרה בזכויות אינם שוללים כשלעצמם את תוקפה של רכישת השטח, אך מהווים הפרה של המשפט הבין-לאומי. על-פי הגישה האחרת, על

56 קליין יוניס בשמי ירושלים, לעיל ה"ש 8, בעמ' 43–58 ו-64; עקיבא אלדר ונמרוד גורן מארב ירושלמי: המהלכים להעברת שגרירות ארצות-הברית לביירה 34–36 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 2002).

57 יצחק רייטר "שבעים שנה של שגרירות בהמתנה – נייר רקע מיוחד לרגל העברת שגרירות ארצות הברית לירושלים" (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2018) www.jerusalem-institute.org.il/wp-content/uploads/2018/05/14.5.18-usembassy.pdf

58 Robbie Sabel, *Legal Aspects of the Trump Declaration on Jerusalem*, 60 JUSTICE 12, 12 (2018).

59 Eugene Kontorovich, *America Recognizes One Jerusalem*, WALL STREET J. (May 13, 2018), <https://www.wsj.com/articles/america-recognizes-one-jerusalem-1526233843>;

Victor Kattan, *Why U.S. Recognition of Jerusalem Could Be Contrary to International Law*, 47(3) J. PALESTINE STUD. 72, 72 (2018).

60 G.A. Res. ES-10/22 (Dec. 21, 2017).

61 הראשונה מביניהן הייתה רוסיה. איתמר אייכנר "רוסיה מפתיעה: מכירים במערב ירושלים כבירת ישראל" *ynet* 6.4.2017 www.ynet.co.il/articles/0.7340.L-4946373.00.html לסקירת ההכרזות על העברת שגרירות והעברות בפועל ראו נעה לנדאו "שנה להעברת השגרירות: העולם לא מיהר ללכת אחרי טראמפ לירושלים" *הארץ* 14.5.2019 www.haaretz.co.il/news/politics/premium-MAGAZINE-1.7238489

זכויותיה וחובותיה של ישראל בירושלים חולשים דיני הכיבוש. בבסיסם של דינים אלה מצויה הנחת-היסוד בדבר ניגוד אינטרסים בין הממשל לבין האוכלוסייה (שאינו קיים במדינה ריבונית). משום כך הם מגבילים את כוחו של הכובש, תוך איזון בין צרכיו הצבאיים לבין טובת האוכלוסייה. דיני הכיבוש מעוגנים בעיקר בתקנות האג משנת 1907 ובאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949, שרוב הוראותיהן משקפות משפט מנהגי. דיני הכיבוש קובעים מסגרת כללית למרחב הפעולה של הכובש, שעיקרה החובה להותיר את המשפט הקיים על כנו אלא אם כן יש הכרח בשינויו מטעמים של צורכי הצבא או טובת האוכלוסייה.⁶² לצד העיקרון הכללי יש איסורים ספציפיים, כגון איסור כפיית אזרחותה של המדינה הכובשת על תושבי השטח⁶³ ואיסור לקיחת רכוש פרטי אלא לצורכי צבא הכיבוש.⁶⁴ חשוב לציין שדיני הכיבוש אינם שוללים את תוקפם של כל מעשי המדינה המחזיקה בשטח במקרה שהיא אינה פועלת בהתאם להם. משום כך, לא כל צעד של ישראל הוא בהכרח פסול (ובלתי-תקף) על-פי המשפט הבינ-לאומי רק מהטעם שהוא מבוסס על טענת ריבונות, ולא על דיני הכיבוש. כך, למשל, אין בדיני הכיבוש דבר האוסר הענקת מעמד תושבות במדינה לתושבי השטח הכבוש, או הענקת זכויות אזרחיות, כלכליות וחברתיות שתושבי המדינה זכאים להן, ובלבד שהענקת זו אינה מובילה לגריעה מזכויותיהם של תושבי השטח הכבוש על-פי דיני הכיבוש. כך גם לא חל איסור על מתן האפשרות לתושבי שטח כבוש לרכוש את אזרחותה של המדינה, כל עוד האזרחות אינה נכפית.

מאמר זה מקבל כנקודת מוצא את העובדה שישראל רואה את עצמה כריבונית במזרח ירושלים. בין אם עמדה זו מוצדקת ובין אם לאו, מתבקשת ממנה מדיניות משפטית מסוימת. המאמר בוחן באיזו מידה ישראל פועלת בהתאם למסגרת המשפטית שהיא עצמה מכריזה על תחולתה. משום כך לא ירחיב המאמר בנושא השלכותיהם של דיני הכיבוש על מזרח ירושלים, מכיוון שעניינו בשאלה אם המשפט הישראלי עולה בקנה אחד עם דרישות המשפט הבינ-לאומי כפי שישראל מפרשת אותו, דהיינו, עם הדינים החלים בעת החלת ריבונות.

ג. הסדרים טריטוריאליים

62 Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulation Concerning the Laws and Customs of War on Land art. 43, Oct. 18, 1907, Martens Nouveau Recueil (ser. 3) 461 (להלן: תקנות האג 1907).

63 שם, תק' 45.

64 שם, תק' 52.

עם החלת המשפט, השיפוט והמנהל "נוצרה סינכרוניזציה בין המשפט, השיפוט והמינהל של המדינה לבין מזרח ירושלים והמצויים בה".⁶⁵ כפי שידון להלן, מינוח זה התפרש כהחלת הריבונות הישראלית. אומנם, אף לא באחד מדברי החקיקה בנוגע למעמדה של ירושלים תחת המשפט הישראלי נזכרת "ריבונות" (או כל הגדרה אחרת של מעמד טריטוריאלי),⁶⁶ ובפסיקה הוטל ספק אם החלת המשפט, השיפוט והמנהל כמוה כהכרזת ריבונות.⁶⁷ אולם מחלוקת זו התייתרה בשנת 1980, עם חקיקת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. החוק קבע כי "ירושלים השלמה והמאוחדת היא בירת ישראל"⁶⁸ (ואותו ביטוי חוזר בחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי⁶⁹), והסיר כל ספק שאולי נותר לגבי כוונתה של ישראל שהחלת המשפט, השיפוט והמנהל משמעה הכרזת ריבונות במזרח העיר,⁷⁰ שהרי במערב ירושלים, שעימה "אוחדה" מזרח העיר, הריבונות הישראלית חלה.⁷¹

עניין נוסף שהתעורר לגבי הגדרת מעמדה של מזרח ירושלים במשפט הישראלי הוא התנאים לשינויו. כאמור לעיל, תחולתו של המשפט הישראלי במזרח ירושלים נקבעה בשנת 1967 בצו של הממשלה, כלומר, בחקיקת-משנה. בעבר הייתה מחלוקת בשאלה אם תחולה זו שונה באופן מהותי מתחולת המשפט הישראלי בשאר חלקיה של מדינת-ישראל. המחלוקת נבעה מפרשנויות שונות לגבי הבסיס לתחולת המשפט הישראלי בכלל שטחי המדינה. בקיץ 1948 פרסם שר הביטחון שני מנשרים שעניינם תחולת המשפט הישראלי בשטחים שמעבר לגבולות החלוקה – האחד לגבי ירושלים וסביבותיה,⁷² והאחר לגבי הגליל ואזורים נוספים.⁷³ המנשרים התייחסו רק לשטחים

65 בג"ץ 282/88 עורד נ' ראש הממשלה ושר הפנים, פ"ד מב(2) 424, פס' 7 לפסק-דינו של השופט אהרן ברק (1988).

66 אחד הטעמים לכך הוא החשש מביקורת בין-לאומית. לגבי ההימנעות מהשימוש במונח "סיפוח" ראו טעמים נוספים אצל Lustick, לעיל ה"ש 45.

67 ראו את עמדות השופטים באמרות-אגב בבג"ץ 283/69 רוידי נ' בית-המשפט הצבאי נפת חברון, פ"ד כד(2) 419, 422–424 (1970). השופט ויתקון השאיר את שאלת הריבונות ב"צריך עיון", השופט ח' כהן סבר כי החלת המשפט אינה מעידה בהכרח על ריבונות, ואילו השופט י' כהן סבר כי החלת המשפט כמוה כהחלת ריבונות.

68 ס' 1 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

69 ס' 3 לחוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי.

70 בפרשת נאמני הר-הבית, לעיל ה"ש 35, פס' 24 לפסק-דינו, ציין המשנה לנשיא אֶלון כי חוק-היסוד, כמו-גם צו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז–1967, מבטאים את המציאות המשפטית שבה "הוחזרה.. הריבונות המדינית של ישראל על הר-הבית, כפי שכך היה במשך תקופה ארוכה בדבר ימי האומה העברית, מאז בניין הבית הראשון על-ידי שלמה המלך...".

71 לסקירה היסטורית-משפטית ולפרשנות של חוק-היסוד (לפני תיקונו) ראו רות לפידות פירוש לחוק-היסוד – חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (מהדורה מעודכנת, 2010).

72 שלטון צבא-הגנה לישראל בירושלים (מנשר מס' 1), ע"ר התש"ח 66, ס' 1, 2. תוקף המנשר הוא מ-15.5.1948, כאמור בס' 5 שבו.

אלה מכיוון שלגבי השטח שבתוך גבולות החלוקה ההנחה הייתה שאין כלל צורך להכריז שמשפט המדינה חל בו, שכן שטח זה ממילא היה בריבונות המדינה.⁷⁴ בספטמבר 1948 אימצה הכנסת את פקודת שטח השיפוט והסמכויות, שקבעה כי "כל חוק החל על מדינת ישראל כולה יראה כחל על כל השטח הכולל גם את שטח מדינת ישראל וגם כל חלק מארץ-ישראל אשר שר הבטחון הגדיר אותו במנשר כמוחזק על ידי צבא-הגנה לישראל".⁷⁵ בספרות המשפטית התגלעה מחלוקת לגבי השלכות הפקודה. לגישת רובינשטיין, הפקודה עיגנה את שטח המדינה (כפי שהיה בשנת 1948) ואת תחולת המשפט בו. לפי גישה זו, גם לאחר החלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים נותר הבדל בין שטח זה, שמעמדו מוסדר בצו ממשלתי, לבין מערב העיר ויתר שטחי ישראל, שמעמדם מעוגן בחקיקה ראשית.⁷⁶ לעומת זאת, רובין גרס כי הפקודה קובעת רק את תחולת המשפט, ולא את שטח המדינה, שאותו אי-אפשר לקבוע במשפט הפנימי אם אין הכרה בו במשפט הבין-לאומי.⁷⁷ השוני בין הגישות השפיע על האופן שבו ניתן לשנות את שטחה של ישראל: האם לגבי כל שטחה של ישראל, לרבות מזרח ירושלים, די בצו של הרשות המבצעת (כגישת רובין) או שמא לגבי כלל שטח ישראל יש צורך בחקיקה (כגישת רובינשטיין). בעוד לגבי מזרח ירושלים די בצו ממשלתי.

שאלת התנאים לשינוי מעמדה של מזרח ירושלים נהפכה לאקטואלית אגב ההסכמים שכרתו ישראל ואש"ף בנוגע להסדרי ממשל עצמי לפלסטינים בגדה המערבית וברצועת עזה (הסכמי אוסלו). בהסכמים הללו נקבע כי במסגרת המשא-ומתן על הסדר-הקבע יידון, בין היתר, עניינה של ירושלים,⁷⁸ וכך אכן היה במשא-ומתן שהתקיים בשנת 1999.⁷⁹ המשא-ומתן נפסק ללא הסכמות, אך עצם קיומו עורר חשש אצל חברי כנסת מפני האפשרות שממשלת ישראל תיאותר לוויתורים טריטוריאליים. מכיוון שתחולת המשפט הישראלי במזרח העיר התבססה על צו ממשלתי בלבד, לכאורה היה בכוחה של

73 שלטון צבא-הגנה לישראל בארץ-ישראל (מנשר מס' 1), ע"ר התש"ח 114, ס' 1, 2. תוקף המנשר הוא מ-15.5.1948, כאמור בס' 5 שבו.

74 בנימין רובין "תחום תחולת המשפט, שטח המדינה ומה שביניהם" משפטים כה 215, 229 (1995).

75 ס' 1 לפקודת שטח השיפוט והסמכויות (מס' 29), התש"ח-1948, ע"ר 61. תוקפה הוא מיום 15.5.1948, כאמור בס' 3 שבה.

76 אמנון רובינשטיין וברק מדינה המשפט החוקתי של מדינת ישראל כרך ב – רשויות השלטון והאזרחות 930-932 (מהדורה שישית, 2005).

77 לדיון במשמעות הפקודה, במנשרים ובמפות שנלוו אליהם (או לא) ראו רובין, לעיל ה"ש 74, בעמ' 228-230 ו-237.

78 הצהרת העקרונות בדבר הסדרי ביניים של ממשל עצמי עם אש"ף (נחתמה ב-1993) www.knesset.gov.il/process/asp/event_frame.asp?id=37; הסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו, כ"א 32, 1 (נחתם ב-1994); הסכם ביניים ישראלי-פלסטיני בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה, כ"א 33, 1 (נחתם ב-1995).

79 לסקירת המהלכים באותה עת ראו להרס משא ומתן על ירושלים, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18-38.

הממשלה לעשות ויתור כזה גם ללא תמיכת הכנסת. בתחילת 1999 אימצה הכנסת את חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999. החוק קבע כי "החלטת ממשלה לפיה המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל לא יחולו עוד על שטח, טעונה אישור של הכנסת בהחלטה שתקבל ברוב חבריה... [וכן] אישור במשאל עם" (כאשר יתקבל חוק-יסוד בעניין משאל-עם).⁸⁰ החוק התקבל על רקע החשש שהממשלה תסכים לויתור ברמת-הגולן, שהתעורר לנוכח משא-ומתן שהחל בין ישראל לבין סוריה, אך היה ברור שנוסחו רלוונטי גם למזרח ירושלים.⁸¹ כלומר, למן שנת 1999 ויתור טריטוריאלי בכל מקום שהמשפט הישראלי חל בו מחייב החלטת כנסת ברוב חבריה (ומשאל-עם). הסמכות להכריע בדבר ויתורים טריטוריאליים עברה מידי הממשלה⁸² לידי הכנסת.⁸³

משנת 1999 עד היום נוספה חקיקה המשפיעה על מעמדה של מזרח ירושלים – חלקה ייחודי לירושלים, ואילו חלקה נוגע בכלל השטח שהמשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל חל בו. בשנת 2000 תוקן חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל. לראשונה נקבע שטח העיר בחקיקה ראשית. התיקון מגדיר את שטח העיר ככולל גם את השטח שסופח בשנת 1967, וקובע כי לא תועבר לגורם זר – מדיני, שלטוני או דומה לכך – כל סמכות שמתייחסת לתחום ירושלים ואשר נתונה על-פי דין למדינת-ישראל או לעיריית ירושלים. איסור זה עוגן בהוראת שריון שלפיה שינוי החוק טעון חוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.⁸⁴

דבר חקיקה נוסף הוא חוק-יסוד: משאל עם משנת 2014.⁸⁵ חוק-היסוד קובע כי הסכם או החלטה חד-צדדית שלפיהם המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת-ישראל לא

80 ס' 2–4 לחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל), התשנ"ט–1999, ס"ח 86.

81 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 125 של הכנסת ה-14 (23.7.1997), דברי מציע החוק חבר הכנסת יהודה הראל (הדרך השלישית): "החוק הזה מגיע לתושבי הגולן, שהשנה מלאו 30 שנה להתיישבותם בגולן, שעברו תקופות קשות של הפגזות ועשו בשביל המדינה מפעל שאין גדול ממנו. מגיע להם היום, שהנושא הזה סוף-סוף יגיע לכך, שכל שינוי במעמד רמת-הגולן יהיה אפשרי רק עם רוב גדול בעם"; וכן "[החוק יחול] על כל השטחים שהוחל עליהם חוק המשפט הישראלי: ירושלים, רמת-הגולן וחולות חלוצה".

82 שהיא בעלת הסמכות השיורית לבצע בשם המדינה כל פעולה שעשייתה אינה מוטלת בדין על רשות אחרת, על-פי ס' 32 לחוק-יסוד: הממשלה.

83 עניין זה נזכר שוב בתיקון לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שיידון להלן. פרוטוקול ישיבה מס' 1 של הוועדה המשותפת של ועדת החוקה, חוק ומשפט וועדת הפנים ואיכות הסביבה להצעת חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (4.7.2000), דברי היושע מצא, מיוזמי הצעת החוק.

84 ראו ס' 5–7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

85 חובת משאל-עם נחקקה כבר בשנת 2010 בחוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א–2010, ס"ח 58, אך התעורר ספק בדבר חוקתיותו של התיקון – ראו בג"ץ 9149/10 ותד נ' כנסת ישראל (פורסם בנבו,

יחולו עוד על שטח שהם חלים בו יהיו טעונים אישור בכנסת ברוב חבריה וכן אישור במשאל-עם (אלא אם כן אישור הכנסת ניתן ברוב של שמונים חברי כנסת). במשאל-עם זכאים להשתתף אזרחי המדינה בלבד. עם זאת, חוק-יסוד: משאל עם עצמו ניתן לשינוי בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת, כלומר, בפועל לצורך ויתור טריטוריאלי די בחקיקה ברוב של חברי הכנסת.⁸⁶

חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל תוקן פעם נוספת בשנת 2018. בתיקון זה נעשתה הבחנה בין העברת הריבונות בירושלים לבין העברת סמכויות תפקודיות. הסעיף האוסר העברת ריבונות שוריין כך שתיקונו מחייב רוב של שמונים חברי כנסת, אם כי כמו בחוק-יסוד: משאל עם, את השריון עצמו ניתן לתקן בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.⁸⁷

במישור ההצהרתי, תיקון חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל אינו מייתר את חוק-יסוד: משאל-עם, מכיוון שהם קובעים הסדרים שונים. חוק-יסוד: משאל עם קובע מנגנון לווייתור על שטח, בעוד חוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל אוסר באופן קטגורי ויתור כזה לגבי ירושלים.⁸⁸ עם זאת, באופן מעשי שני החוקים מאפשרים ויתור על שטח בתנאים דומים: חקיקה ברוב של חברי הכנסת (בחוק-יסוד: משאל עם) או חקיקת חוק-יסוד ברוב של חברי הכנסת (בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל). מכיוון שהמשפט הישראלי אינו קובע הליכי חקיקה מיוחדים לחוק-יסוד, אין הבדל ממשי בין דרישת החלטה לבין הדרישה לאימוץ חוק-יסוד.⁸⁹

לסיכום, התמונה המצטיירת מן האמור לעיל לגבי מעמדה של מזרח ירושלים היא מורכבת. מצד אחד, בחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל יש הצהרה נחרצת בדבר שליטתה של ישראל במזרח העיר, לנוכח האיסור המוחלט המוטל על העברת סמכויות ("לא תועבר לגורם זר... כל סמכות המתייחסת לתחום עיריית ירושלים...") ודרישה לרוב גדול במיוחד (של קולות שמונים חברי כנסת לפחות) לצורך שינוי החוק. ההצהרה

13.5.2014). עם חקיקת חוק-יסוד: משאל עם התייתרה העתירה, והיא נמחקה ב-13.5.2014. לדיון ראו רון קליין "כובד סוגיית 'משאל העם': חוק סדרי השלטון והמשפט (ביטול החלת המשפט, השיפוט והמינהל) (תיקון), התשע"א-2010 "חוקים בקצרה 3 (2010) (להלן: קליין "כובד סוגיית משאל-העם").

86 ראו ס' 1 (א), 2, 3 ו-5 לחוק-יסוד: משאל עם. לדיון בהשלכות של החוקים המשריינים כפי שהיו בשנת 2015 ראו Ruth Lapidoth, *Too Much Entrenchment? Legislation on* Jerusalem, 9 ISR. J. FOREIGN AFF. 397, 397 (2015).

87 ס' 6 ו-7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל.

88 ראו את הסברו של העוזר ליועץ המשפטי לכנסת, ד"ר גור בליי, במענה לשאלתו של חבר הכנסת אלעזר שטרן (יש עתיד) בפרוטוקול ישיבה מס' 494 של ועדת החוקה, חוק ומשפט, הכנסת ה-20 (28.11.2017) okneset.org/meetings/2/0/2023755.html (להלן: פרוטוקול 494).

89 אם כי ראו קליין "כובד סוגיית משאל-העם", לעיל ה"ש 85, בעמ' 3, על הרתיעה בפועל מחקיקת-יסוד.

נחרצת במיוחד בהתחשב בכך שדרישת רוב גדול כל-כך פוגעת בעקרון שלטון הרוב.⁹⁰ במשטר החוקתי הקיים של מדינת-ישראל דרישה כזו קיימת רק בשני מקרים שבהם מדובר בחקיקה אשר פוגעת באושיות-היסוד של המבנה הדמוקרטי: הארכת כהונה של הכנסת ללא בחירות, והשעיית חוק-יסוד: הכנסת בתקנות שעת חירום. הדרישה לרוב כה גדול בהקשר של ויתור טריטוריאלי בירושלים משמעה הכרזה שוויתור כזה כמוהו כחתימה תחת עצם זהותה של המדינה.⁹¹ מצד אחר, בפועל, לנוכח חולשתה של הוראת השריון, מדובר בצעד הצהרתי בלבד. שטחה של ירושלים מוגן כמו שטחים אחרים שתחת ריבונות ישראל – לא פחות אך גם לא יותר.

חשוב עם זאת להדגיש שבפועל יש לשימוש במשאל-עם לצורך הכרעה לגבי מזרח ירושלים משמעות מעשית ועקרונית שונה מאשר לשימוש בו לגבי כל אזור אחר במדינת-ישראל: במשאל-עם רשאים להשתתף רק אזרחי המדינה. בעוד שברחבי המדינה התושבים הם אזרחיה, במזרח ירושלים, כפי שיפורט להלן, יותר מ-90% מהתושבים הפלסטינים אינם תושבי המדינה. משמעות הדבר היא שאם מעמדה של מזרח ירושלים יגיע לכלל הכרעה במשאל-עם, הוא ייקבע על-ידי מי שאינם מתגוררים בה (אזרחי המדינה המתגוררים בכל רחבי הארץ). בעוד מי שמתגוררים בשטח (תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים) יהיו נטולי זכות הכרעה.

ד. מעמד התושבים

במשפט הבינ-לאומי מקובל שמדינה הרוכשת שטח צריכה לאפשר לאוכלוסייה שבשטח לרכוש את אזרחותה, וייתכן שבעניין זה התפתח משפט מנהגי מחייב.⁹² הבסיס למשפט מנהגי זה הוא הזכות להגדרה עצמית⁹³ וכן החובה להעניק אזרחות על-פי דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים.⁹⁴ אומנם, המשפט הבינ-לאומי אינו מטיל על מדינות חובה

90 פרוטוקול 477, לעיל ה"ש 3, בעמ' 23 (דבריו של העוזר ליועץ המשפטי של הכנסת) ו-34 (דבריו של חבר הכנסת דב חנין (הרשימה המשותפת)).

91 ביטוי לגישה זו נתן שר החינוך דאז נפתלי בנט, באומרו על הצורך בתיקון החוק כי "אין זה מסמכותו של שום יהודי, אין זה מסמכותו של שום גוף יהודי, אין זה אפילו מסמכותו של העם היהודי כולו החי איתנו היום לוותר על איזשהו חלק בארץ. זוהי זכות האומה היהודית לדורותיה, זכות שאינה ניתנת להפקעה בשום תנאי". פרוטוקול ישיבה מס' 292 של הכנסת ה-20, 338 (1.1.2018) fs.knesset.gov.il/20/Plenum/20_ptm_397329.doc.

92 Yaël Ronen, *Option of Nationality*, MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW 865 paras. 9–12 (2007).

93 Badinter Arbitration Committee, Opinion No. 2, point 4(ii), in Alain Pellet, *The Opinions of the Badinter Arbitration Committee: A Second Breath for the Self-Determination of Peoples*, 3 EUR. J. INT'L L. 178, 184 (1992).

94 יורם דינשטיין **סמכויות המדינה כלפי פנים** 27 (1972); ליאון שלף "בשולי החקיקה (באחור מה) ובטרם פסיקה (אולי): חוק רמת הגולן – החלת המשפט ולא סיפוח" **הפרקליט** מא(א-ב) 35, 42 (1993).

להעניק אזרחות, אלא רק קובע את זכותו של הפרט לאזרחות, ולכן הזכות כשלעצמה אינה שלמה, אך ללא אזרחות יכולתו של הפרט לממש את זכויותיו האחרות מוגבלת. ראשית, על-פי המשפט הבין-לאומי יש זכויות המותנות באופן פורמלי באזרחות (הזכות לבחור ולהיבחר בבחירות ארציות, והזכות להיכנס למדינה ומכאן גם הזכות להישאר בתחומיה). ללא זכויות אלה מעמדו של הפרט אינו מובטח, וקולו אינו נשמע. נוסף על כך יש חשש גדול במיוחד לפגיעה בזכויות שאינן מותנות באזרחות באופן פורמלי אך בפועל תלויות בה למימושן. על אלה יש להוסיף מצבים שבהם המשפט המדינתי מתנה זכויות בהחזקה באזרחותה של המדינה. לפיכך הבטחת זכויות האדם באופן אפקטיבי כרוכה מבחינה מעשית בכך שתהיה לפרט אפשרות לרכוש אזרחות במדינת מושבו. רכישת האזרחות יכולה להיות מעוגנת בהסדר שבו התושבים נדרשים להודיע ביוזמתם על רצונם באזרחות (opt in) או בהסדר שבו בררת-המחדל היא הענקת האזרחות אך לתושבים יש אפשרות להודיע על אי-רצונם בה. ההסדר צריך לתת אפשרות ממשית, ולשם כך יש צורך בהקצאת זמן סביר להודעה על בחירה באזרחות או ויתור עליה.⁹⁵

גם מבחינה חברתית תושבות ללא אזרחות יוצרת קשיים. קיומה של אוכלוסייה גדולה נטולת אזרחות עלול לפגוע ביציבות הפוליטית. המתחים הנובעים מן החולשה החברתית של אוכלוסייה גדולה באים לידי ביטוי הן בתוך מדינות והן ביחסים בין מדינות, במיוחד כאשר השלטון ואוכלוסיית הרוב תופסים את האוכלוסייה האמורה כמזוהה מבחינה לאומית או אתנית עם מדינה אחרת.

התופעה של אוכלוסייה חסרת אזרחות, במיוחד כאשר מדינת תושבותה מייחסת לה זרות עקב קשר לאומי או אתני למדינה אחרת, אינה נדירה ברחבי העולם. אכן, יש לחץ כבד על מדינות לאפשר לכל תושביהן, תהא השתייכותם האתנית אשר תהא, לרכוש את אזרחותן באופן אפקטיבי.⁹⁶ אולם ככל שמדובר במזרח ירושלים, המצב שונה לחלוטין: לנוכח דחיית התביעה הישראלית לריבונות במזרח ירושלים, הקהילה הבין-לאומית אינה לוחצת על ישראל להקנות את אזרחותה לתושבים הפלסטינים. אך בכך אין כדי לפטור את ישראל מחובותיה על-פי המשפט הבין-לאומי כפי שהיא תוספת את תחולתו בנסיבות העניין. בהקשר של מזרח ירושלים בררת-המחדל של הענקת אזרחות שלצידה אפשרות ויתור אינה מתאימה, מכיוון שמנגנון זה עלול להתפרש ככפייה של האזרחות על-ידי מדינה כובשת.

מעטים בלבד מתושבי מזרח ירושלים הם אזרחי המדינה. הרוב המוחלט הם תושבי-קבע שאינם אזרחים.⁹⁷ מצב עניינים זה, שעל משמעותו המשפטית והשלכותיו המעשיות

95 Ronen, לעיל ה"ש 92, פס' 15–16 ו-22.

96 אמנון רמון ויעל רונן **תושבים, לא אזרחים – ישראל וערביי מזרח-ירושלים, 1967–2017** 366–373 (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, מחקר מס' 470, 2017).

97 **מבוא למשא ומתן על עתיד ירושלים** 98 (מאיר קראוס עורך, מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2018).

נכתב רבות,⁹⁸ נובע מרתיעה של שני הצדדים – האוכלוסייה הפלסטינית ומדינת ישראל – מהענקת אזרחות או מקבלתה בהיקף נרחב על-ידי תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים. בית-המשפט העליון ציין כי ישראל נמנעה מהענקת אזרחותה באופן גורף לתושבי מזרח העיר מ"טעמים הקשורים באינטרסים של תושבי מזרח ירושלים", אך הם רשאים לקבל אזרחות זו על-פי בחירתם בהתאם לדרישות חוק האזרחות, התשי"ב–1952.⁹⁹ למעשה, ישראל נמנעה ממתן אזרחות לתושבי מזרח ירושלים גם מטעמים הקשורים לאינטרסים שלה-עצמה, בראש ובראשונה עקב רתיעתה מהענקת זכות הצבעה בבחירות הכלליות לאוכלוסייה פלסטינית גדולה, והחשש מביקורת בין-לאומית על מתן אזרחות לתושביו של שטח אשר בזירה הבינ-לאומית נחשב כבוש.¹⁰⁰

עמדתה של מדינת ישראל, כפי שבאה לידי ביטוי גם בפסיקה עד לעת האחרונה, היא שתושבי מזרח ירושלים אינם שונים מתושבי-קבע זרים אחרים, אשר רשאים לרכוש אזרחות בהתאם לדרישות חוק האזרחות, ושאינן צורך בהסדר פורמלי ייחודי עבורם. עמדה זו משמעה בפועל שימור זרותם של תושבי מזרח ירושלים והשאתם מחוץ למעגל מקבלי ההחלטות. חשוב להבהיר כי אף שתושבי מזרח ירושלים אינם מנועים מלרכוש אזרחות ישראלית, בפועל יש להם קושי רב לעשות זאת, וכבר בשנת 1968 קבע שר המשפטים דאז, יעקב שמשון שפירא, כי "האפשרות להתאזרח אינה קיימת עכשיו לגבי תושבי מזרח ירושלים אלא אם יתוקן החוק".¹⁰¹ ההסדרים הקיימים לרכישת אזרחות אינם מתאימים למי שאינם מהגרים, ובוודאי אינם מביאים בחשבון את הנסיבות המיוחדות של המגורים במזרח ירושלים. כך, למשל, התאזרחות על-פי סעיף 5 לחוק האזרחות מחייבת אישור בטחוני. דרישה זו הגיונית כאשר מדובר במי שמעוניין

98 למחקר מקיף ראו רמון ורוגן, לעיל ה"ש 96. כן ראו Leila Kawar, *Legality and (Dis)Membership: Removal of Citizenship and the Creation of "Virtual Immigrants" in the 1967 Israeli Occupied Territories*, 14 CITIZENSHIP STUD. 573, 573 (2010); Danielle C. Jefferis, *Institutionalizing Statelessness: The Revocation of Residence Rights of Palestinians in East Jerusalem*, 24 INT'L J. REFUGEE L. 202,202 (2012); David Herling, *The Court, the Ministry and the Law: Awad and the Withdrawal of East Jerusalem Residence Rights*, 33 ISR. L. REV. 67, 67 (1999).

99 פרשת **עווד**, לעיל ה"ש 65, פס' 9 לפסק-דינו של השופט אהרן ברק. ראו גם בג"ץ 7803/06 **אבו ערפה נ' שר הפנים**, פס' 26 לפסק-דינו של השופט פוגלמן ופס' ה לפסק-דינו של השופט רובינשטיין (פורסם בנבו, 13.9.2017). לא כאן המקום להרחיב בשאלה מאילו חובות סבר בית-המשפט שתושבי מזרח העיר ביקשו להתחמק.

100 רמון ורוגן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 84.

101 מכתב מיעקב שמשון שפירא, שר המשפטים, לראש הממשלה "אזרחות תושבי מזרח ירושלים" **עקבות** (14.3.1968) www.akevot.org.il/article/after-the-annexation-east-jerusalem-problems-awaiting-resolution/#popup/ec6f1b02e6bfe5ede009b751781a835b. במהלך השנים תוקן החוק באופן שמאפשר את קבלת האזרחות, אך משרד הפנים מתעלם מהתיקון, כפי שיידון בהמשך. משום כך מצב הדברים שתואר בשנת 1968 שיקף את המציאות גם בעת מתן פסק-דין **עווד**, לעיל ה"ש 65.

להשתקע בארץ ויש לוודא שאינו מסכן את המדינה. אלא שהיא מיושמת כלפי מי שמתגוררים במדינה זה זמן רב, ואשר ממילא לא עומדת על הפרק אפשרות או כוונה לגרשם. התאזרחות על-פי סעיף 5 לחוק מותנית גם בהצהרת נאמנות למדינה. גם דרישה זו אינה מתאימה כאשר המבקש אינו מהגר המבקש להצטרף למדינה, אלא אדם המבקש להסדיר את מעמדו במדינה שצירופו אליה נכפה עליו.¹⁰² גם הדרישה להוכיח שליטה בעברית אינה מתאימה כאשר מדובר במי שהתגורר בשטח עוד קודם לנוכחות המדינה בו, ואשר שפת-אימו הייתה עד 2018 שפה רשמית במדינה (וגם לאחר חקיקת חוק-יסוד: ישראל – מדינת הלאום של העם היהודי יש לה מעמד "מיוחד"). בעבר גם הדרישה לויתור על אזרחות קודמת היוותה בעיה, לנוכח הקושי לקבל אישור מירדן על ביטול האזרחות בה. דרישה זו התייתרה בינתיים, מכיוון שלרוב התושבים אין אזרחות כלל. על הדרישות המשפטיות יש להוסיף קושי בעמידה בדרישות הבירוקרטיות. בין היתר, הוכחת תושבות (לצורך ההתאזרחות) מותנית בהצגת חשבונות של החזקת בית מגורים. מכיוון שמגבלות הבנייה שישראל מציבה גורמות לכך שחלק ניכר מהבנייה במזרח העיר אינה חוקית,¹⁰³ קשה לתושבים להציג מסמכים רשמיים להוכחת מגוריהם בעיר.¹⁰⁴

בעשור האחרון חלה עלייה בשיעור הבקשות לרכישת אזרחות מצד תושבי מזרח ירושלים, המשקפת את הקושי הגובר לשמר את מעמד תושבות-הקבע ואת הרצון להקל את הגישה לאפשרויות תעסוקה ולשירותים סוציאליים.¹⁰⁵ אך לצד העלייה בשיעורן של בקשות ההתאזרחות, הנתונים מצביעים על ירידה בשיעור האישורים של בקשות אלה.¹⁰⁶ הקשיים הבירוקרטיים המוערמים בדרכם של המבקשים להתאזרח מגדילים עוד יותר את הספק בכנות עמדתה של ישראל כי הדרך לרכישת אזרחות פתוחה לפני תושבי מזרח העיר.¹⁰⁷

102 מבחינת המשפט הבין-לאומי ניתן לטעון כי התנאי של הצהרת הנאמנות הוא הפרה של תק' 45 לתקנות האג 1907, לעיל ה"ש 62, האוסרת על המדינה הכובשת לכפות את תושבי השטח הכבוש להישבע לה אמונים. אומנם ההתאזרחות אינה חובה, אך ככל שהבטחת זכויות בסיסיות – בראש ובראשונה הזכות לחיות במולדת ולשוב אליה – מותנית בה ובהצהרת נאמנות, בפועל היא אינה עניין לבחירה חופשית לגמרי. כאמור, בית-המשפט אינו מביא בחשבון שיקולים אלה גם בניתוח על-פי המשפט הבין-לאומי, מכיוון שעל-פי המשפט הישראלי ירושלים אינה שטח כבוש.

103 אירוס ברורמן "אי-חוקיות" במזרח ירושלים: תופעת הריסות הבתים בראי מרחב, משפט וחברה 9–12 (מרכז תמי שטינמן למחקרי שלום, 2006).

104 רמון ורונין, לעיל ה"ש 96, בעמ' 312.

105 שם, בעמ' 319.

106 ניר חסון "זינוק בבקשות תושבי מזרח ירושלים לקבלת אזרחות, ירידה בשיעור האישורים" הארץ 12.1.2017 www.haaretz.co.il/premium-1.3231311

107 ניר חסון "עבור תושבי מזרח ירושלים, כל הדרכים מובילות לסירוב אזרחות" הארץ 15.1.2019 www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.6844457 (להלן: חסון "כל הדרכים מובילות לסירוב אזרחות").

בחוק האזרחות יש מסלול נוסף לרכישת אזרחות, אשר יכול להיות משמעותי ביותר לגבי תושבי מזרח ירושלים. באוגוסט 1968 תוקן חוק האזרחות על-ידי הוספת סעיף 4א, המאפשר רכישת אזרחות מכוח לידה ושיבה. על-פי הסעיף, מי שנולד לאחר הקמת המדינה במקום שהיה שטח ישראל ביום לידתו, ולא הייתה לו מעולם אזרחות כלשהי, יהיה לאזרח ישראלי, אם ביקש זאת בתקופה שבין יום-הולדתו השמונה-עשר ליום-הולדתו העשרים ואחד, ואם היה תושב ישראל חמש שנים רצופות בתכוף ליום הגשת בקשתו. משמעות הדבר היא שילידי מזרח ירושלים שנולדו לאחר החלת הריבונות ואשר מעולם לא הייתה להם אזרחות כלשהי (וזה מצבם של רבים מתושבי מזרח העיר כיום) רשאים לרכוש אזרחות כמעט ללא תנאים מוקדמים. לשר הפנים אין שיקול-דעת בעניין. הוא רשאי לא לאשר את הבקשה רק אם המבקש הורשע בעברה על בטחון המדינה או נידון למאסר של חמש שנים או יותר.¹⁰⁸ קבוצת-הגיל 18–21 מהווה כ-10% מהאוכלוסייה הפלסטינית בירושלים.¹⁰⁹

סעיף 4א לחוק האזרחות לא נוסח עבור תושבי מזרח ירושלים.¹¹⁰ הצעת התיקון הוגשה כבר בשנת 1966, במטרה להתאים את חוק האזרחות לאמנה משנת 1961 בדבר צמצום חוסר אזרחות (אף שישראל אינה צד לה¹¹¹).¹¹² לנגד עיניו של המחוקק עמד עניינם של עשרות אלפי תושבים ערבים שהתגוררו בישראל מיום הקמתה אך לא היו אזרחים בגלל הוראות חוק האזרחות כפי שנחקק בשנת 1952.¹¹³ גם בעת קבלתו בשנת 1968, לאחר החלת הריבונות, לא חל התיקון על תושבי מזרח ירושלים. חלקם נולדו לפני יוני 1967, ולכן לא נולדו "בישראל", וצאצאיהם שנולדו מאוחר יותר היו ברובם אזרחים ירדנים. העובדה שהתיקון לא טיפל בעניינם של תושבי מזרח ירושלים אף עלתה

- 108 ס' 4א לחוק האזרחות; חוק האזרחות (תיקון מס' 2), התשכ"ח–1968, ס"ח 212.
- 109 מיכל קורח ומאיה חושן על נתוניך ירושלים: מצב קיים ומגמות שינוי – 2018 26 (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2018). בשנת 2016 היו בקבוצת-הגיל 15–19 כ-11% מהאוכלוסייה, ובקבוצת-הגיל 20–24 כ-9.5%. השוואה של תמונת המצב בשנת 2018 עם זו המוצגת אצל מאיה חושן ומיכל קורח "על נתוניך ירושלים: מצב קיים ומגמות שינוי – 2017" (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, 2017) מלמדת שהאוכלוסייה נעשית צעירה יותר, כלומר, שחלקה היחסי של קבוצת-הגיל 18–21 גדל. הנתונים מתייחסים לכלל האוכלוסייה הפלסטינית, לרבות אזרחי ישראל המתגוררים במערב העיר. עם זאת, חלקה של אוכלוסייה זו הוא קטן (אלפים ספורים), ולכן השפעתה על ההערכה הכללית של הגיל הממוצע היא זניחה. עאדל מנאע שוליות כפולה – פלסטינים ישראלים בירושלים 1 (מכון ירושלים לחקר ישראל, דפי רקע לקובעי מדיניות מס' 18, 1997).
- 110 זאת, לעומת ס' 6(ה), אשר הוסף בחוק האזרחות (תיקון מס' 4), התש"ם–1980, ס"ח 222, על-מנת לאפשר מתן אזרחות באופן בריבני לתושבי רמת-הגולן. אשר מעוז "רמת הגולן – חלק ממדינת ישראל?" הפרקליט מא 50, 62 (1993).
- 111 אך ייתכן שהוראת אמנה זו מחייבת גם את ישראל, בהיות האמנה משפט מנהגי. ראו רמון ורונן, לעיל ה"ש 96, בעמ' 375.
- 112 דברי ההסבר להצעת חוק האזרחות (תיקון מס' 2), התשכ"ז–1966, ה"ח 15.
- 113 פרוטוקול ישיבה מס' 118 של הכנסת ה-6, 473–485 (5.12.1966).

בדיון בכנסת, אך לא עוררה עניין רב,¹¹⁴ ולא נעשו צעדים לאימוץ תיקון מתאים לעניינם.

סעיף 4 נהפך לרלוונטי לתושבי מזרח ירושלים עם נסיגתה ההדרגתית של ירדן מתביעותיה המשפטיות בנוגע לגדה המערבית ולמזרח ירושלים ומקשריה המנהליים עימן – נסיגה אשר החלה בשנות השבעים של המאה העשרים והגיעה לשיאה בשנת 1988. בין היתר חדלה ירדן ממתן אזרחות לתושבי השטחים הללו. כתוצאה מכך נהיו ילידי מזרח ירושלים חסרי אזרחות, ובהגיעם לבגרות הם נהיו זכאים לרכישת אזרחות על-פי סעיף 4א. ההיגיון בבסיס סעיף 4 (ובבסיס הוראת האמנה שהוא משקף) תקף לגביהם: הסדרת מעמדם של אנשים חסרי הגנה, במדינה שהיא מקום מושבם המקורי והיציב, ללא הצבת תנאי-סף פוליטיים או אחרים.

אף שמאמר זה מתמקד במשפט, אי-אפשר להתעלם בהקשר הנוכחי ממדיניותן של הרשויות ביישומן. העלייה במספר הבקשות להתאזרחות על-פי סעיף 5, על-אף הקשיים העקרוניים והמעשיים בשימוש בו, מעידה כי יש ביקוש לאזרחות, ואין סיבה להניח שמסלול פשוט יותר לא יהיה אטרקטיבי עוד יותר. אך משרד הפנים אינו מפעיל כלל את סעיף 4א. הוא אינו מציג את דבר קיומו של מסלול רכישת האזרחות הזה, אינו מפרסם נהלים להגשת בקשות על-פיו, ומתעלם מההתייחסות לסעיף 4א בבקשות אשר מוגשות לו.¹¹⁵ אם כן, ארגו הכלים החקיקתי יש מנגנון שבכווחו להפוך את החלת הריבונות לשלמה ולאפקטיבית על-פי אמות-המידה של המשפט הבין-לאומי (כפי שישראל מפרשת אותו ביחס למזרח ירושלים), אך הארגו נותר נעול.

לסיכום, תושבי מזרח ירושלים אינם זכאים לאזרחות מכוח ישיבתם בשטח, כמקובל במשפט הבין-לאומי (ואולי אף כמתחייב ממנו). הקשיים המעשיים בהתאזרחות חוסמים אפשרות זו כמעט לחלוטין, ובכך משמרים את זרותם של תושבי מזרח ירושלים.

ה. זכויות הפרט

114 חבר הכנסת שמואל תמיר (המרכז החופשי) ביטא את מורת-רוחו מהמצב על-ידי הצבעת הימנעות. ראו פרוטוקול ישיבה מס' 320 של הכנסת ה-6, 3126, 3141 (7.8.1968).

115 רמון ורוני, לעיל ה"ש 96, בעמ' 311; ניר חסון "סעיף חוק נשכח אמור להקנות אזרחות אוטומטית לרובות פלסטינים מירושלים" **הארץ** 26.11.2017; www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.4627324; חסון "כל הדרכים מובילות לסירוב אזרחות", לעיל ה"ש 107. למחברת ידועים שני מקרים שבהם הוגשה עתירה המבוססת על ס' 4א. באחד, עת"ם (מנהליים י-ם) 54176-05-11 **אלמסרי נ' משרד הפנים** (פורסם בנבו, 18.1.2012), הבקשה הייתה למתן רישיון לישיבת-קבע, ובית-המשפט הורה על מתן הרישיון אך ללא התייחסות לס' 4א. באחר, בג"ץ 8904/12 **ראשק נ' שר הפנים** (פורסם בנבו, 17.10.2013), הוענקה אזרחות מכוח ס' 5 (מידע זה הועבר למחברת מעורך-דינה של העותרת; בפסק-הדין לא מצוינת הוראת החוק הספציפית).

ככלל, המשפט הישראלי אינו מבחין בין תושבי מזרח ירושלים לבין תושבי יתר המדינה מבחינת זכויות הפרט. זכויות אזרחיות מוקנות לכל אדם, ללא קשר להשתייכותו הלאומית (האתנית) או למקום מגוריו, וזכויות כלכליות וחברתיות מוקנות לכל התושבים, ללא קשר להשתייכותם הלאומית או למקום מגוריהם. הזכויות הפורמליות אינן מבטיחות אומנם יכולת זהה לנצל את המשאבים הציבוריים, אך עניין זה אינו ייחודי לתושבי מזרח ירושלים. במישור של זכויות הפרט, אם כן, החלת הריבונות לוותה ככלל בהחלת אחריותה של המדינה להבטחת זכויות הפרט כנדרש על-פי המשפט הבינ-לאומי.

לצד תחולתן הכללית של הנורמות, בשני תחומים חלים על תושבי מזרח ירושלים הסדרים ייחודיים בנוגע לזכויות במקרקעין. הסדרים אלה מחריגים אותם למעשה (באופן חלקי) מתחולתם של חוקים שהם עצמם חוקים מחריגים. תוצאתם של הסדרים אלה היא השוואה (חלקית) של זכויותיהם של תושבי מזרח ירושלים לאלה של יתר תושבי המדינה.

1. בעלות בנכסים במזרח העיר

חוק נכסי נפקדים, התש"י-1950, מקנה למדינת-ישראל את נכסיהם בישראל של "נפקדים". תנאי אחד להיותו של נכס בבחינת "נכס נפקד" הוא היותו ב"שטח ישראל", אשר מוגדר בחוק כשטח שבו חל משפטה של מדינת-ישראל.¹¹⁶ התנאי האחר הוא שהבעלות בנכס היא בידי "נפקד".¹¹⁷ "נפקד" הוא, בין היתר, מי שבכל עת למן 19 במאי 1948 (המועד שבו הוכרז מצב החירום בישראל) היה אזרח או נתין של לבנון, מצרים, סוריה, סעודיה, עבר הירדן, עיראק או תימן; או נמצא באחת המדינות האלה.¹¹⁸ נכסיהם של נפקדים מוקנים לאפוטרופוס לנכסי נפקדים, אשר מופקד על ניהולם, על הטיפול בהם ועל הפיקוח עליהם. בחוק לא נקבע לטובת מי יש לשמור את הנכסים, ובפסיקה נקבע כי תכליתו של החוק אינה רק לשמור על הרכוש לטובת בעליו הנפקדים, אלא גם להגשים אינטרסים של המדינה בנכסים אלה, ובכלל זה לנצלם לקידום פיתוח הארץ, ולהחזיקם עד לגיבושם של הסדרים פוליטיים בין ישראל לבין שכנותיה, שבהם

116 ס' 1(ט) לחוק נכסי נפקדים. לדיון במונח זה ראו רובין, לעיל ה"ש 74, בעמ' 226–227.

117 על רוחב תחולתו של החוק מבחינת הזיקה הקניינית שהופכת נכס ל"נפקד" ראו ע"א 5931/06 חסיין נ' כהן, פס' 17–18 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס (פורסם בנבו, 15.4.2015).

118 ס' 1(ב)(1) ו-1(ב)(1)(II) לחוק נכסי נפקדים. עם חתימת הסכם השלום עם ירדן פסקו אזרחות או נתינות ירדניות מלהיות בסיס לנפקדות, אך שינוי זה לא השפיע על נכס שהיה נכס נפקד לפני כן – ראו ס' 6 לחוק יישום חוזה השלום בין מדינת ישראל לבין הממלכה הירדנית ההאשמית, התשנ"ה–1995.

יוכרע גורל הנכסים על בסיס של הדדיות בין המדינות.¹¹⁹ לנוכח זאת אין ערובה שהבעלים המקוריים של הנכסים יקבלו אותם בחזרה גם לאחר הסדר מדיני.¹²⁰ במועד הקובע לצורך חוק נכסי נפקדים היו רוב תושבי מזרח ירושלים נתינים או אזרחים של עבר הירדן. לנוכח זאת נהפכו נכסיהם בישראל (בגבולות קווי שביתת-הנשק) ל"נכסי נפקדים". נכסיהם במזרח ירושלים, לעומת זאת, לא הושפעו מהחוק, מכיוון שמזרח העיר הייתה בשליטת ירדן והנכסים לא היו ב"שטח ישראל". עם החלת המשפט הישראלי על מזרח העיר בשנת 1967 נוצר מצב "משונה":¹²¹ הנכסים במזרח העיר נהפכו, מעצם החלת המשפט הישראלי, לנכסי נפקדים, שכן הם נהיו מאליהם נכסים ב"שטח ישראל" שבעליהם הם אזרחי אויב.¹²² כדי למנוע מצב שבו עצם החלת הריבונות של ישראל מביאה לידי שלילת קנייניו של אדם שכפוף לשליטתן של הרשויות הישראליות,¹²³ נקבע בסעיף 3 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב], התש"ל-1970,¹²⁴ כי מי שביום החלת הריבונות על מזרח ירושלים נמצא בשטח המוגדר בצו הממשלתי והיה תושב בו, לא יראוהו כנפקד לגבי נכס באותו שטח.¹²⁵ בכך הוחרגו מי שהיו תושבי מזרח ירושלים ונכחו בה ביום החלת הריבונות מתחולתו של חוק נכסי נפקדים לגבי נכסיהם שבמזרח ירושלים. הסדר זה יצר לתושבי מזרח ירושלים מעמד מיוחד: בכל הנוגע בנכסיהם ברחבי מדינת-ישראל (לרבות מערב ירושלים) הם נותרו בבחינת "נפקדים", וזכויותיהם בנכסים אלה זהות לאלה של תושביה ואזרחיה הפלסטינים של ישראל;¹²⁶ אולם בכל הנוגע בנכסיהם במזרח העיר יש הסדר מועדף, וקניינם לא נשלל. מכיוון שההחלטה מנפקדות מתייחסת רק לנכסים במזרח העיר, החוק עצמו יוצר הבחנה בין נכסים שונים של אותם אנשים עצמם. זהו ככל הנראה דבר

- 119 בג"ץ 4713/93 גולן נ' הוועדה המיוחדת לפי סעיף 29 לחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, פ"ד מח(2) 638, פס' 9 לפסק-דינו של השופט מצא (1994).
- 120 בפועל ההעברה השיטתית של נכסי הנפקדים לרשות הפיתוח ולקק"ל מבטיחה שהשבת הנכסים לנפקדים לא תתאפשר. לעניין ההעברה השיטתית ראו חיים זנדברג **פירוש לחוקי-היסוד – חוק יסוד: מקרקעי ישראל** (2016).
- 121 פרשת **חסיין**, לעיל ה"ש 117, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.
- 122 בג"ץ 98/68 **חדד נ' האפורופוס לנכסי נפקדים**, פ"ד כב(2) 254 (1968).
- 123 פרשת **חסיין**, לעיל ה"ש 117, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס, ציטוט מכתבו של היועץ המשפטי לממשלה דאז מאיר שמגר מ-18.8.1969 למנהל מקרקעי ישראל.
- 124 שמקורו בחוק הסדרי משפט ומינהל, התשכ"ח-1968.
- 125 ס' 3(א) לחוק ("אדם שביום תחילתו של צו החלת המשפט נמצא בשטח תחולתו והיה תושב בו, לא יראוהו מאותו יום כנפקד כמשמעותו בחוק נכסי נפקדים, תש"י-1950, לגבי נכס הנמצא באותו שטח"). נוסף על כך נקבע בחוק (בס' 3(ב)) כי אדם לא ייחשב נפקד אם יצא בהיתר למדינת אויב, על-אף האמור בחוק נכסי נפקדים. הסדר דומה נקבע בעת סיפוחה של רמת-הגולן. ראו תק' 2(א) לתקנות רמת הגולן (הוראות מעבר) (מס' 3), התשמ"ב-1982, ק"ת 529.
- 126 על הזכות לפיצויים בנוגע לנכסים אלה ראו איל זמיר ואיל בנכשתי **הקניין הפרטי בהסדר השלום הישראלי-פלסטיני** 27-28 (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 77, 1998).

החקיקה היחיד היוצר במפורש הסדר שתחולתו שונה בשטחה של מזרח ירושלים ובשטח מערבה. ההבחנה בין סוגי הנכסים הייתה מן הסתם בלתי־נמנעת: מצד אחד, היה כאמור קושי מוסרי בהסדר אשר ישלול את קניינם של אנשים מעצם רכישת הריבונות; ומן הצד האחר, החרגה מלאה של תושבי מזרח ירושלים מתחולתו של חוק נכסי נפקדים הייתה יוצרת פער בלתי־נסבל בין תושבי מזרח העיר, שהיו זכאים במקרה כזה להשבת רכוש, לבין אזרחי ישראל שקניינם נשלל קרוב לעשרים שנה קודם לכן ואשר לנוכח היקפו (המוערך בשלושה ורבע מיליון דונם)¹²⁷ לא עמדה על הפרק האפשרות להשיבו להם.

אין ספק שהרעיון שבבסיס ההחרגה האמורה – דהיינו, שיש להימנע ממצב שבו עצם החלת המשפט הישראלי מפקיעה את קניינו של אדם הנמצא עם רכושו בשטח המצוי בשליטה ישראלית ואף בריבונותה – הוא ראוי; אך אי־אפשר להתעלם מכך שהוא משמיט את הקרקע מתחת לפועלו העיקרי של חוק נכסי נפקדים. החוק הפקיע את קניינם של מי שעזבו את ביתם במהלך מלחמת העצמאות ושבו אליו בתום הקרבות. זאת, אף אם הם נותרו בקרבת מקום והשינוי היחיד שהתרחש הוא ביסוס השליטה הישראלית באזור ("נוכחים נפקדים").¹²⁸ כלומר, בשנת 1950 לא נרתעה המדינה מלאמץ חוק בעל השלכות קשות ביותר לגבי קניינם של תושביה (ולמים אזרחיה) הפלסטינים, אך בשנת 1967 נמנעו הרשויות מלתת לחוק ביטוי מלא דומה. מתעוררת השאלה מה גרם לשינוי המדיניות. אפשרות אחת היא שוני בנסיבות: מייד לאחר קום המדינה שימשה החקיקה הקניינית מכשיר מרכזי להעברת קרקעות מבעלות פרטית (בעיקר ערבית) לבעלות ציבורית (בשליטה יהודית), תוך הסתמכות על העובדה שהתושבים הערבים עזבו את שטח המדינה¹²⁹ (וזאת מבלי להתעלם מההגדרה הדרקונית של "עזיבה" בחוק); ואילו בשנת 1967 לא עמדה על הפרק העברה מסיבית של קרקעות, וממילא לא הייתה עזיבה המונית, כך שהעברת הזכויות הייתה מביאה לידי שלילת זכויותיהם של אנשים בבית מגוריהם בעודם מצויים בו. אפשרות נוספת היא שההבדל במדיניות החקיקה בין 1950 לבין 1967 נבע מזהירות פוליטית לנוכח המחלוקת על מעמדה של מזרח ירושלים.¹³⁰ המשקל שניתן למיקומם של הנכסים בולט במיוחד כאשר משווים את ההגנה הניתנת לנכסים במזרח ירושלים המצויים בבעלותם של תושבי מזרח העיר עם חוסר ההגנה על נכסיהם בשאר חלקי הארץ. אך אי־אפשר להתעלם גם משאלת מיקומם של בעלי הנכסים: ההחרגה בחוק הסדרי משפט ומינהל

127 ראסם חמאסי "הבעלות על הקרקע כגורם מעצב מרחבים בישוים הערביים" אופקים בגאוגרפיה 40–41, 43, 46 (1994), המסתמך על שנתון הממשלה משנת 1951.

128 או אפילו נותרו בשטח ישראל אך במקום שבו החזיק באותה עת כוח אויב – ס' 1(ב)(1)(III) לחוק נכסי נפקדים.

129 מנחם הופנונג ישראל – בטחון המדינה מול שלטון החוק 161 (2001).

130 השוו ללוין־שנור, לעיל ה"ש 25, בעמ' 221, המעלה את הסברה שהעדר הליכי הסדר מקרקעין במזרח ירושלים, להבדיל מיתר חלקי המדינה, משקף הימנעות מהבעת דרישה לריבונות, לנוכח הרגישות הפוליטית של מזרח העיר.

[נוסח משולב] הותנתה בנוכחותו של הבעלים בשטח מזרח ירושלים בעת החלת המשפט הישראלי. כלומר, ההגנה אינה על זכות הקניין בנכסים במזרח העיר כשלעצמה, אלא על זכות הקניין של תושבי מזרח העיר בנכסיהם שבשטח. בפועל הגנה ההחרגה על הזכות לקורת-גג. היא מנעה תוצאה קשה עוד יותר מזו של 1948, מכיוון שלפי החוק המקורי, מי שנותר בביתו ביום הקובע לא איבד את רכושו.

אך ההחרגה היא צרה מאוד: מהחוק לא הותרו נכסים במזרח ירושלים המצויים בבעלותם של תושבי השטחים (אשר לא היו בעיר בעת החלת המשפט הישראלי).¹³¹ אומנם, במשך שנים רבות הגבילו היועצים המשפטיים לממשלה את סמכויותיו של האפוטרופוס באופן שלא אפשר לו להפעיל את חוק נכסי נפקדים על נכסי קניין של תושבי השטחים במזרח ירושלים, ובשנת 2015 אף עוגנו הגבלות אלה בפסיקת בית-המשפט העליון בפרשת חסיין, אשר קבע כי יש להקפיד על כך שהשימוש בחוק ייעשה רק במקרים חריגים שבחריגים.¹³² אך לשון החוק עצמה מתירה לאפוטרופוס לבצע פעולות על-פי החוק, לרבות העברת נכסים לצד שלישי (כפי שאכן נעשה במהלך השנים).¹³³ כלומר, ההחרגה מקיפה רק חלק ממגוון המצבים שבהם החלת הריבונות של ישראל הביאה באופן אוטומטי לידי פגיעת הקניין.

עניין נוסף שחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב] מסדיר הוא שחרור מקרקעין המצויים במזרח ירושלים ("בשטח תחולתו של צו החלת המשפט", כלשון החוק) אשר ערב תפיסת השטח על-ידי צה"ל היו מוקנים לממונה הירדני על רכוש האויב או הועברו מטעמו לרשויות הירדניות. על-פי החוק, נכסים אלה מוקנים לאפוטרופוס הכללי, אשר "ישחרר, בתעודה חתומה בידו, את המקרקעין למי שהיה בעלם לפני שהוקנו" לממונה הירדני.¹³⁴ על-פי המשפט הירדני, נכסי אויב כללו נכסים של בעלי אזרחות ישראלית (יהודים ולא-יהודים כאחד).¹³⁵ הוראת חוק זו ייחודית בכך שהיא מתייחסת – אף שהדברים אינם מופיעים במפורש – לענייניהם של ישראלים במזרח העיר. על-פי החוק, בעלים כאלה זכאים להשבה בעין, אלא אם כן הוסבו הנכסים לשימוש ציבורי על-ידי ירדן או ישראל. חובת השחרור, על-פי פסיקתו של בית-המשפט העליון, היא מוחלטת.

131 ע"א 54/82 לוי נ' עיזבון מחמוד, פ"ד מ(1) 374 (1986).

132 להשתלשלות העניינים ולהחלטת בית-המשפט ראו פרשת חסיין, לעיל ה"ש 117, פס' 30–33 ו-37 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

133 ראו על כך את עמדתה של השופטת בן-פורת בפרשת לוי, לעיל ה"ש 131, ולעומתה את עמדתו של השופט מצא בפרשת גולן, לעיל ה"ש 119, פס' 10 לפסק-דינו.

134 ס' 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב].

135 איל זמיר ואיל בנבנשתי 'אדמות-היהודים' ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים 49–50 (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 52, 1993). על-פי החקיקה הירדנית, נכסים של יהודים שאינם אזרחי ישראל לא הוקנו לממונה הירדני, ולא ידוע על נכסים כאלה שהיו בידיהם בפועל. שם, בעמ' 50 ו-156–157. אך ראו פליאה אלבק "ד"ר אייל זמיר וד"ר אייל בנבנשתי: "אדמות-היהודים" ביהודה, שומרון, חבל עזה ומזרח ירושלים" משפטים כד 393, 409–411 (1994).

כלומר, במתח שבין זכות הבעלות של ישראלים במזרח העיר לבין זכויות קניין פחותות של תושבים פלסטינים, לרבות הזכות להחזיק בנכס המהווה קורת-גג, ידה של הראשונה על העליונה ללא סייג.¹³⁶ על אי-הסימטרייה בין השבת הרכוש במזרח העיר לישראלים לבין אי-השבת רכוש ביתר שטחי המדינה לתושבי מזרח ירושלים הפלסטינים נמתחה ביקורת מכיוונים פוליטיים שונים – הן משום שהיא מקפחת את תושבי מזרח ירושלים, והן מפאת החשש שאי-הסדרת העניין תחבל בסופיותו של איחוד העיר.¹³⁷ היה אפשר לפרש את החקיקה הקיימת גם באופן מחמיר פחות.¹³⁸ ערוצים לכך הוצעו על-ידי בית-המשפט עצמו. בפרשת **דקאק** הציע בית-המשפט המחוזי לפרש את החוק ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שיחול רק כאשר הנכס הוא בבעלות מי שמצוי בשליטתה של מדינת אויב, ולא כאשר מדובר בתושב של שטח הנתון בפועל בשליטה (ולו צבאית) של ישראל.¹³⁹ אך בפרשת **חסיין** (שהוא המשכה של פרשת **דקאק**) קבע בית-המשפט כי אין צורך לדון בהשלכותיו של חוק-היסוד על פרשנות החוק, מכיוון שממילא הוא הגיע למסקנה כי חובה לעשות שימוש בחוק רק במקרים חריגים מאוד.¹⁴⁰ קביעה זו אינה מביאה בחשבון את האפשרות שהידקקות לחוק-היסוד הייתה מובילה לפרשנות מצמצמת של סוג המקרים שבהם החוק חל מלכתחילה, כפי שהציע בית-המשפט המחוזי, ולא רק לקביעת אמות-מידה מחמירות להפעלת שיקול-הדעת ביישום החוק. בפרשת **סרחאן** העיר בית-המשפט כי אף ששחרור מקרקעין המצויים במזרח ירושלים על-פי סעיף 5 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב] מנוסח בלשון חובה, גם לגבי סמכות כזו יש לבחון אם נכון להכיר ביסוד של שיקול-דעת בהפעלתה, ומנה שיקולים שעשויים להשפיע על ההחלטה אם יופעל שיקול-דעת, ביניהם הסתמכות הדיירים בנכס. עם זאת, בית-המשפט סבר כי אין מקום להכרה זו

136 בג"ץ 7446/17 **סרחאן נ' האפורטופוס הכללי והכונס הרשמי**, פס' 55–57 ו-61 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 21.11.2018).

137 זמיר ובבנשתי, לעיל ה"ש 135, בעמ' 90–91.

138 השימוש בפרשנות פורמליסטית דומה בהקשר זה למדיניותו של בית-המשפט בנוגע לזכויות במקרקעין של האוכלוסייה הערבית בגליל ובנגב. סנדי קדר "זמן של רוב, זמן של מיעוט: קרקע, לאום, ודיני ההתיישנות הרוכשת בישראל" **עיוני משפט** כא 665, 734 (1998).

139 ה"פ (מחוזי י-ם) 3080/04 **דקאק נ' יורשי נג'אר**, פס' 5–6 (פורסם בנבו, 23.1.2006). ראו גם את הסברו של אורי שטנדל, היועץ לשעבר לראש הממשלה לענייני ערבים, על כך שחוק נכסי נפקדים נבע מכך ש"המציאות המדינית בה נתונה ישראל חייבה אותה למנוע מאנשים, שהם נתיני האויב או שהיו בתחומי שלטון עויין, להשאר בעלים של נכסים בישראל". אורי שטנדל "זכויות המיעוטים במשפט הישראלי" **עיוני משפט** ג 556, 560 (1973). שטנדל מסתמך על רציונל זה כדי לטעון כי העובדה שהחוק חל על ערבים היא תוצאה לא של הפליה לאומית, אלא של הנסיבות שעל רקען קמה המדינה. אולם קביעות אלה, הנכונות כשלעצמן, אינן מצדיקות את החלת החוק על נכסים במזרח ירושלים (או ביתר ישראל) שבעליהם נמצאים תחת שליטה ישראלית.

140 פרשת **חסיין**, לעיל ה"ש 117, פס' 34 לפסק-דינו של הנשיא (בדימ') גרוניס.

מהטעם שהפעלת שיקול-דעת משליכה על זכויות הקניין של הבעלים¹⁴¹ – טעם אשר מניח את המבוקש. בית-המשפט אף ביקר את המדינה על כך שלא מצאה לנכון לפרסם הודעה על שחרור נכס כאשר יש לשחרור כזה השפעה על חייהם של מאות אנשים, בציינו כי מתן הודעה מתאימה היא "הוגנת וראויה"¹⁴². בה-בעת נמנע בית-המשפט מלפסול את הליך השחרור על בסיס המשפט המנהלי, והזמין את המדינה לשקול במקרים המתאימים מתן מענה למי שפוננו מבתיהם.¹⁴³ לנוכח קביעתו כי "פינוי אנשים שישבו על הקרקע במשך עשרות שנים – חלקם אף מבלי לדעת כי המקרקעין שייכים לאחרים – מעורר קושי אנושי, בעיקר כאשר הוא נעשה ללא פיצוי או פתרון אחר", וכי "זכות הקניין היא חשובה, אך יש חשיבות גם להגנה על קורת ביתם של אנשים ולהיבטים של הסתמכות על מצב דברים",¹⁴⁴ ייתכן שבית-המשפט היה יכול לפרש את החוק ברוח חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, כך שגם אם חובת האפוטרופוס להשיב את זכות הקניין בנכס היא מוחלטת, היא עשויה להיות כפופה לזכויות שימוש של אחרים.¹⁴⁵ פרשנות אפשרית אחרת שהייתה יכולה להגמיש את הדרקוניות של החוק היא שחובת השחרור צריכה לעמוד באמות-מידה פרוצדורליות כלשהן.

2. אזרחות אויב

בשנת 1967 היו רובם המוחלט של תושבי מזרח ירושלים אזרחי ירדן או נתיניה. ללא הסדר מיוחד, הדינים החלים על נתיני אויב היו עלולים לפגוע בתושבי מזרח ירושלים. כך, פקודת המסחר עם האויב אוסרת סחר עם נתיני אויב ומאפשרת להקנות את נכסיהם של נתיני אויב לאפוטרופוס על נכסי אויב,¹⁴⁶ וסיווגו של אדם כנתיני אויב היה בו גם כדי לחסום את הגישה לערכאות משפטיות, על-פי הכלל הנוהג במשפט המקובל שלפיו אין מבררים תביעתו של אויב בעת מלחמה.¹⁴⁷

חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב] קובע כי לגבי אדם שהוא תושב מזרח ירושלים "לא יזדקק בית משפט או בית דין בענין אזרחי לטענה שהוא אויב או נתיני

141 פרשת סרחאן, לעיל ה"ש 136, פס' 55 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

142 שם, פס' 47 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

143 שם, פס' 61 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז.

144 שם.

145 שם, בפס' 58 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארוז, נפסק כי זכויותיהם של צדדים שלישיים הם עניין שיש לדון בו בנפרד. על היחס בדיני זכויות האדם הבין-לאומיים בין זכות הבעלים לבין זכויות משתמשים במצבים של השבת נכסים אגב חילופי שלטון ראו RONEN, לעיל ה"ש 29, בעמ' 254–264.

146 ס' 3 ו-9 לפקודת המסחר עם האויב.

147 דנ"א 5698/11 מדינת ישראל נ' דיראני, פס' 102 לחוות-דעת הרוב מפי הנשיא גרוניס, המאמצת את הכלל גם למשפט הישראלי (פורסם בנבו, 15.1.2015).

אויב, אלא אם נטענה הטענה על ידי היועץ המשפטי לממשלה או בהסכמתו בכתב".¹⁴⁸ ההחלטה נועדה לאפשר את קיומם של חיי מסחר במזרח העיר. החוק אינו שולל את מעמדם של התושבים כאזרחי אויב, אלא רק מונע את ההסתמכות על כך בהליכים בין גורמים פרטיים. מבנה זה משקף את ההבחנה בין מעמדם לבין זכויותיהם כפרטים: לצד שימור מעמדם כזרים, הובטח להם חופש פעולה לא פחות מזה שיש לזרים "רגילים". כאמור לעיל, במהלך השנים צמצמה ירדן את מתן האזרחות לתושבי מזרח ירושלים, עד להתנתקותה המנהלית המלאה בשנת 1988. נוסף על כך, למן כריתת הסכם השלום בין ישראל לבין ירדן, בשנת 1994, אזרחים ירדנים אינם נחשבים אזרחי אויב. בעקבות זאת התייתרה במידה רבה ההוראה האמורה של חוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב].

3. תושבות לצורך קבלת קצבות ביטוח לאומי

חוק הביטוח הלאומי נועד, בין היתר, להבטיח רמת קיום מינימלית לתושבי ישראל שאין להם אמצעים עצמאיים לכך, באופן זמני או קבוע. החוק קובע את סוגי הקצבאות שיינתנו מכוחו, ביניהן קצבות זקנה ושאיירים, הבטחת הכנסה וילדים, נפגעי עבודה, נכות, אימהות ואבטלה. הזכות לקבלת קצבות ביטוח לאומי מותנית, בין היתר, בתושבות בישראל.¹⁴⁹ תושבי מזרח ירושלים המתגוררים בה זכאים אם כן לקצבות הביטוח הלאומי. אך תושבות לצורך חוק הביטוח הלאומי מותנית לא רק ברישום פורמלי במרשם האוכלוסין, אלא גם בשהייה בפועל בגבולות המדינה ובזיקה אליה.¹⁵⁰ משמעות הדבר היא שמי שעוזב את גבולות המדינה לזמן ממושך מאבד את זכאותו, גם אם רישומו במרשם האוכלוסין לא השתנה. הסדר זה נכון לגבי כל תושבי ישראל – אזרחיה ומי שאינם אזרחיה כאחד. אך במזרח ירושלים יש לעניין זה משמעות מיוחדת לנוכח התופעה של מגורים בפרוורי ירושלים שמעבר לגבול העירוני (והמדיני) אך תוך קיום זיקה הדוקה לעיר. במצב זה התושבים מאבדים את זכאותם לקצבאות אף שהעיר נותרת מרכז חייהם. ההגירה אל מחוץ לגבולות העיר (והמדינה) אינה ספונטנית, אלא

148 ס' 4 לחוק הסדרי משפט ומינהל [נוסח משולב]. ככל הנראה לא נעשה עד היום שימוש בסמכות זו של היועץ המשפטי לממשלה.

149 ס' 150, 158, 195 ו-223 לחוק הביטוח הלאומי [נוסח משולב], התשנ"ה-1995.

150 דב"ע (ארצי) מה/73-04 סנוקה – המוסד לביטוח לאומי, פד"ע יז 79, פס' 11 (1987): "כתוצאה מצו סדרי השלטון והמשפט (מס' 1), התשכ"ז-1967, נוצר מצב, שבית מסוים הוא בתחום ישראל, ובית אחר, הנמצא במרחק קטן ממנו, הוא מחוץ לישראל. המעבר משטח אחד לשני אינו מעבר ממדינה למדינה. הבא מהשטח השני לשטח הראשון אינו זקוק לאשרת כניסה לא כתייר ולא כתושב ארעי. יש והמגורים הם בשטח האחד, ומקור הפרנסה – עבודה או עסק – הם בשטח השני. יש ומטעמים משפחתיים עוברים חדשות לבקרים מבית לבית. במצבים כאלה לא ייתכן להגיע לתוצאה, שתושבות מתחלפת מיום ליום. התשובה היחידה למצבים אלה היא בראיה כוללת ובחיפוש מענה לשאלה, לאיזה שטח קיימת הזיקה העיקרית ולאיזה שטח – הזיקה היא זמנית, משנית או חולפת".

קשורה באופן הדוק למדיניותה של ממשלת ישראל. לנוכח זאת יש חשיבות לאופן שבו המדינה קושרת בין ההגירה לבין אובדן פוטנציאלי של הזכות לקבלת קצבאות. בתחילת שנות השבעים החלה ממשלת ישראל בפרויקט שיקום הרובע היהודי בעיר העתיקה. במסגרת הפרויקט פינו הרשויות את הרובע מתושביו הפלסטינים על-מנת לאכלסו ביהודים. כפתרון לבעיית המגורים של התושבים הפלסטינים יזמה ישראל פרויקט בנייה באלעזרייה, שנמצאת מחוץ לשטח העירוני של העיר. על-מנת להפיג את חששם של התושבים מפני אובדן הזכאות בביטוח לאומי עקב המעבר, החליטה הממשלה להקל בתנאי הזכאות לקצבאות.¹⁵¹ בשנת 1973 החליטה ועדת השרים לענייני ירושלים כי "מי שבידו תעודת זהות ישראלית בזכות היותו תושב ירושלים והמשיך בקביעות את תשלומיו לביטוח הלאומי – ימשיך ליהנות מזכויות הביטוח הלאומי גם אם העתיק את מקום מגוריו" לגדה המערבית.¹⁵² ההסדר לא הוגבל למפוני הרובע, והוא חל גם על תושבים אחרים של מזרח ירושלים שעברו לגדה המערבית. ההגמשה נדרשה רק עבור תושביה הפלסטינים של העיר, מכיוון שיהודים העוברים להתגורר בגדה המערבית אינם מאבדים את זכאותם לקצבות ביטוח לאומי, הודות להסדר חקיקתי מיוחד שעל-פיו הם ממשיכים להיחשב תושבי ישראל גם במגוריהם בגדה המערבית.

פרויקט אלעזרייה היה חריג: הממשלה עודדה באופן מוצהר את המעבר אל מחוץ לעיר, ואף הציעה ומימנה מקום מגורים חלופי. ברבות השנים נקטה הממשלה, על זרועותיה השונות, גישה אחרת, של דחיקת התושבים אל מחוץ לגבולות השטח העירוני (המגדיר גם את שטח המדינה), בעיקר באמצעות מגבלות בתחום התכנון והבנייה.¹⁵³ הפרשנות שנתן המוסד לביטוח לאומי להסדר האמור הייתה צרה מאוד. על-פיה הזכות לקבל קצבה עמדה רק למי שכבר החל לקבלה לפני היציאה מגבולות העיר, ולא היה די בצבירת זכויות לפני המעבר. לפרשנות זו הייתה חשיבות בעיקר בנוגע לקצבות ילדים, אשר שולמו רק בגין ילדים שנולדו לפני המעבר אל מחוץ לירושלים, ולא בגין אלה שנולדו לאחר-מכן.¹⁵⁴ על-מנת להבהיר את מצב הדברים, עוגן ההסדר (באופן מרחיב, כך שהזכות עמדה גם למי שצבר זכויות לפני המעבר) בתקנות הביטוח הלאומי

151 SEPARATE AND UNEQUAL, לעיל ה"ש 8, בעמ' 149.

152 החלטת ועדת השרים לענייני ירושלים מס' ים/15 (13.2.1973). ראו גם Yehezkel Lein, *The Holy City in Human Dimensions: The Partition of Jerusalem and the Right to Social Security*, 26 NETH. Q. HUM. RTS. 199, 212 (2008).

153 נדב שרגאי תכנון, דמוגרפיה וגאופוליטיקה בירושלים – בעקבות הדיונים על תכנית המתאר לירושלים (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, מסמך מדיניות, 2010); משה עמירב סינדרום ירושלים – כך קרסה המדיניות לאיחוד ירושלים פרק ד (2007); אפרת כהן-בר בנייה במלכודת התכנון – מדיניות, תכנון ופיתוח בשכונות הפלסטיניות בירושלים המזרחית (במקום, 2014) din-online.info/pdf/bm1.pdf.

154 דב"ע (ארצי) מז/0-38 שוויקי – המוסד לביטוח לאומי, פר"ע יט 111, פס' 17 (1987).

(זכויות וחובות לפי חוק הביטוח הלאומי לשאינם תושבי ישראל), התשמ"ז-1987.¹⁵⁵ התקנות עמדו בתוקפן עד לחתימת ההסכמים בין ישראל לבין הרשות הפלסטינית, שאז החל ביטולן ההדרגתי, מתוך ציפייה שהרשות הפלסטינית תטפל בזכויות הסוציאליות של הפלסטינים המתגוררים בשטח שבניהולה.¹⁵⁶ כך, בשנת 1994 בוטלה תחולת התקנות לגבי המתגוררים בשטחי עזה ויריחו, לאחר שההסכם עם אש"ף העביר את השליטה באזורים אלה לרשות הפלסטינית;¹⁵⁷ ובשנת 1998 בוטלה תחולת התקנות לגבי תושבי מזרח ירושלים שעוברים לכלל שטחי הגדה המערבית, לאחר שבמסגרת הסכם הביניים משנת 1995 הועברה הסמכות בנוגע לרווחה הסוציאלית בכל השטח האמור מהמנהל האזרחי לרשות הפלסטינית.¹⁵⁸

למן ביטול התקנות, מעמדם של תושבי מזרח ירושלים זהה באופן פורמלי למעמדם של תושבים אחרים (לרבות אזרחים) בישראל: עם העתקת מגוריהם לתקופה ממושכת אל מחוץ לישראל, הם מאבדים את זכויותיהם בביטוח הלאומי. אלא שהזהות היא למראית-עין בלבד, שכן היא מתעלמת מהשוני בהקשר העובדתי: בניגוד לתושבים המעתיקים את מגוריהם לחו"ל – זרים שעוזבים את ישראל ואף אזרחים ישראלים שיוצאים לחו"ל – פלסטינים ממזרח ירושלים אינם מעתיקים את מרכז חייהם, אלא רק את מקום מגוריהם.¹⁵⁹ מרכז חייהם ממשיך להיות בישראל, והם אף משלמים דמי ביטוח לאומי בה, על-אף מגוריהם מחוץ לה. מאותה סיבה, הקביעה שרשת ההגנה הסוציאלית נותרת שלמה מכיוון שהם זכאים לשירותים סוציאליים במקום מגוריהם היא שגויה. להנחה שהרשות הפלסטינית נותנת להם שירותים אין יסוד, ולו מכיוון שהם רשומים עדיין במרשם האוכלוסין הישראלי כתושבי ישראל, ואינם רשומים כתושבי הגדה. על כל אלה ניתן להוסיף שעל-פי דיני הביטוח הלאומי, מאות אלפי תושבי ההתנחלויות, שהם רובם ככולם יהודים, אזרחים ושאינם אזרחים, זכאים לקצבאות מכוח

155 בשנת 1993 הותקנו תקנות הביטוח הלאומי (תשלומים לתושבי ירושלים שהעתיקו את מקום מגוריהם ליהודה, שומרון וחבל עזה), התשנ"ג-1993, שהסדירו את חידושם של תשלומי קצבאות שהופסקו.

156 רות לפידות "זכויות סוציאליות" עיר בסבך – לקסיקון ירושלים בת זמננו 267 (אמנון רמון עורך, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2003); רות לפידות "מעמד הערבים תושבי מזרח ירושלים" 40 שנה בירושלים – 1967–2007, 399 (אורה אחימאיר ויעקב בר-סימן טוב עורכים, מכון ירושלים לחקר ישראל, 2008).

157 ס' 37(4) לחוק יישום ההסכם בדבר רצועת עזה ואזור יריחו (הסדרים כלכליים והוראות שונות) (תיקוני חקיקה), התשנ"ה-1994. סעיף זה הוא גם תיקון מס' 95 לחוק הביטוח הלאומי.

158 ראו תיקון מס' 20 לחוק הביטוח הלאומי, שנעשה במסגרת ס' 9 לחוק להגברת הצמיחה והתעסוקה ולהשגת יעדי התקציב לשנת הכספים 1998 (תיקוני חקיקה), התשנ"ח-1998, ואשר במסגרתו תוקנה הוראת ס' 378(ג) לחוק הביטוח הלאומי, בעקבות הסכם הביניים, נספח III, ס' 33 (רווחה סוציאלית).

159 עב"ל (ארצי) 39020-11-13 עטאללה – המוסד לביטוח לאומי (פורסם בנבו, 25.6.2018).

חוק הביטוח הלאומי על-אף העובדה שהם מתגוררים מחוץ לישראל.¹⁶⁰ כלומר, בפועל המשפט הישראלי מקנה זכויות-יתר ליהודים המתגוררים בגדה המערבית לעומת תושבים ישראלים אחרים – פלסטינים תושבי מזרח ירושלים ופלסטינים אזרחי ישראל. המצב המשפטי כיום הוא אם כן תחולה כללית של הנורמות בנוגע לזכויות לקצבות הביטוח הלאומי, מבלי להתייחס לנתוני-רקע עובדתיים המובילים למגורים מחוץ לשטח המדינה. אין מדובר בטעות שבהיסח הדעת, שהרי היה הסדר מחריג שבוטל, וקיים עדיין הסדר מחריג שחל על אזרחים ישראלים (רובם ככולם יהודים) ותושבים זרים יהודים. כתוצאה מכך נפגעים אינטרסים של תושבי מזרח ירושלים, כמו-גם השוויון בינם לבין תושבי ישראל היהודים.

ו. העברת סמכויות

1. האיסור שהוטל על העברת סמכויות וביטולו החלקי

כאמור לעיל, בשנות התשעים עורר המשא-ומתן עם הפלסטינים חשש בקרב נבחרי ציבור מפני העברת סמכויות שלטוניות במזרח ירושלים לרשות הפלסטינית. חשש זה ניזון, בין היתר, מפעילות שלטונית רבה שניהלו הפלסטינים במזרח העיר באותה עת.¹⁶¹ על-מנת להקשות פעילות זו, תוקן בשנת 1996 חוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה–1994 (להלן: חוק יישום הסכם-הביניים), ונקבע בו כי המועצה הפלסטינית "לא תפתח ולא תפעיל נציגות, ולא תקיים

160 ס' 6ב לחוק להארכת תקפן של תקנות-שעת-חירום (יהודה והשומרון – שיפוט בעבירות ועזרה משפטית), התשכ"ז–1967, וס' 378 לחוק הביטוח הלאומי כפי שתוקן בתיקון מס' 20 לחוק. להרחבה ראו יעל רונן "בכל הנוגע לזכויות – גבולות המדינה גמישים ביותר" 15.7.2018

אזורית לחשיבה הפורום

www.regthink.org/articles/%D7%91%D7%9B%D7%9C-%D7%94%D7%A0%D7%95%D7%92%D7%A2-%D7%9C%D7%96%D7%9B%D7%95%D7%99%D7%95%D7%AA-%D7%92%D7%91%D7%95%D7%9C%D7%95%D7%AA-%D7%94%D7%9E%D7%93%D7%99%D7%A0%D7%94-%D7%92%D7%9E%D7%99%D7%A9%D7%99%D7%9D-%D7%91%D7%99%D7%95%D7%AA%D7%A8

להרחבה בדבר מדיניות הביטוח הלאומי בשנות השמונים של המאה העשרים ראו יעל שטיין **הטרנספר השקט נמשך – שלילת מעמד התושבות וזכויות סוציאליות מתושבי מזרח ירושלים** (בצלם והמוקד להגנת הפרט, 1998) www.hamoked.org.il/Document.aspx?dID=Documents1538

161 הלל כהן **כיכר השוק ריקה – עלייתה ונפילתה של ירושלים הערבית 1967–2007** 55 (מכון ירושלים לחקר ישראל, 2007) (להלן: כהן כיכר השוק ריקה).

אסיפה או פעילות בתחומי מדינת ישראל, אלא אם כן ניתן היתר בכתב לכך מאת הממשלה או מי שהיא הסמיכה לכך".¹⁶²

עם חידוש המשא-ומתן בשנת 1999, אשר כלל דיון בחלוקת סמכויות שלטוניות בירושלים,¹⁶³ נייער מחדש החשש מפני פעילות פלסטינית בירושלים, ובתיקון משנת 2000 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל נקבעה ההוראה הכללית הבאה בעניין העברת סמכויות: "לא תועבר לגורם זר, מדיני או שלטוני, או לגורם זר אחר בדומה לכך, בין דרך קבע ובין לתקופה קצובה, כל סמכות המתייחסת לתחום ירושלים והנתונה על פי דין למדינת ישראל או לעיריית ירושלים".¹⁶⁴ כאמור לעיל, איסור זה שורייך כך שלא יהיה אפשר לשנותו אלא בחוק-יסוד שהתקבל ברוב של חברי הכנסת.¹⁶⁵ ההסדר שבחוק-היסוד ייחודי כמוכן לירושלים. עם זאת, משמעותו הצהרתית בעיקרה, שכן העברת סמכויות הקבועות בדין (ובגדר זה נכללות סמכויותיהן של הרשויות המקומיות ורוב סמכויות הממשלה, על זרועותיה) ממילא טעונה חקיקה, אם כי לאו דווקא קבלת חוק-יסוד ברוב של חברי הכנסת.¹⁶⁶

עוד לפני שנקבע האיסור בשנת 1996, נקטה ישראל צעדים למניעת פעילותם של מנגנוני הביטחון הפלסטיניים במזרח ירושלים וסגרה מוסדות מדיניים פלסטיניים שפעלו בה,¹⁶⁷ אך גם כיום הרשות הפלסטינית מנהלת פעילות מוסדית במזרח ירושלים, אשר ממשלת ישראל פועלת מדי פעם להפסקתה.¹⁶⁸ פעילות נוספת של הרשות היא במערכת החינוך במזרח העיר – הרשות מנהלת את תוכנית הלימודים ואת הבחינות במזרח ירושלים, גם במוסדות הממלכתיים. פעילות זו נעשית ללא היתר אך בהסכמה שבשתיקה מצד ישראל. אין ספק שיש בכך הפרה של חוק יישום הסכם הביניים, מכיוון שמדובר בפעילות של הרשות הפלסטינית שלא הותרה בכתב. אך אין זו בהכרח הפרה של חוק-היסוד, מכיוון שהסמכות בעניין לא "הועברה" לרשות באופן פעיל.

162 ס' 1 ו-3 (א) לחוק יישום הסכם הביניים בדבר הגדה המערבית ורצועת עזה (הגבלת פעילות), התשנ"ה-1994.

163 לסקירת המהלכים באותה עת ראו להרס **משא ומתן על ירושלים**, לעיל ה"ש 2, בעמ' 18-38.

164 ס' 2 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל (תיקון), ס"ח התשס"א 28 (הוספת ס' 6 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל).

165 שם (הוספת ס' 7 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל).

166 אך ראו קליין "כובד סוגיית משאל-העם", לעיל ה"ש 85.

167 כהן **כיכר השוק ריקה**, לעיל ה"ש 161, בעמ' 54-65.

168 עם המוסדות הללו נמנים לשכת המסחר המזרח-ירושלמית, המועצה העליונה לתעשיית התיירות הערבית, המרכז למחקרים פלסטיניים (מאד"א), מועדון האסיר הפלסטיני והמשרד למחקרים חברתיים וסטטיסטיים. דוד קורן "פעילות גורמים זרים במזרח ירושלים: אתגר לריבונות ישראל בבירה" **מכון ירושלים לאסטרטגיה ולביטחון** 23.1.2019; אילת כהנא "ארדן חתם על צו המאריך סגירת מוסדות פלסטינים במזרח ירושלים" **חדשות 20** 31.1.2019 www.20il.co.il/ארדן-חתם-על-צו-המאריך-סגירת-מוסדות-פלסטי-20il.co.il/

למרבח האירוניה, ברבות השנים השתנו סדרי העדיפויות באופן חלקי, והאפשרות של הסרת הנטל החברתי-הכלכלי הכרוך בניהולן של שכונות מסוימות במזרח ירושלים – למצער אלה שמעבר למכשול ההפרדה – על-ידי העברת סמכויות נהפכה לאטרקטיבית. בעת כתיבת שורות אלה טרם התממשה הצעה כלשהי מבין אלה שהועלו – החל בהקמת רשות עירונית נפרדת, דרך העברת סמכויות בטחוניות מהמטרה לצבא, ועד העברת האחריות המוניציפלית לרשות הפלסטינית.¹⁶⁹ עתידם של התושבים בשכונות אלה לוט בערפל,¹⁷⁰ אך בחקיקה כבר נעשה שינוי שנועד לאפשר העברת סמכויות מוניציפליות.¹⁷¹ השינוי נעשה בתיקון מס' 2 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל, שנדון לעיל.¹⁷² לא כמו ויתור על ריבונות, אשר טעון לכאורה חוק-יסוד שהתקבל ברוב של שמונים חברי כנסת (ולמעשה די בחוק-יסוד שהתקבל בקולותיהם של רוב חברי הכנסת), העברת סמכויות מוניציפליות יכולה להיעשות בחוק רגיל שהתקבל ברוב רגיל.¹⁷³ אם בעבר היו מי שהתלוצצו על כך שהאיסור הרחב בחוק-היסוד מנע את עריית ירושלים מלהסמיך את הרשות הפלסטינית אפילו לאסוף אשפה במזרח העיר, כעת צומצם האיסור בדיוק על-מנת שהעירייה תוכל גם תוכל להעביר סמכות כזו ודומות לה.¹⁷⁴

בפועל, כבר כיום הספקת תשתיות-יסוד – חשמל ומים – נעשית במזרח ירושלים באופן חלקי תחת מסגרת משפטית שונה מזו שחלה בכלל רחבי מדינת-ישראל. כפי שיתואר להלן, אין מדובר במדיניות משפטית מכוונת, אלא בהשלמה – תחילה כעניין של פרקטיקה בניגוד לדין ובהמשך על-פיו – עם אנומליה שהיא תוצאה של השתלשלות עניינים היסטורית.

169 יהודית אופנהיימר "יוזמות חקיקה ותכניות ממשלה לשינויים חד-צדדיים בגבולות ירושלים" (עיר עמים, נייר מדיניות, מרץ 2018); אריאל כהנא "התפוצצות אוכלוסין ב'שכונות הלכודות' בירושלים" **מקור ראשון** 4.2.2018 www.makorishon.co.il/news/17305/

170 ברק רביד וניר חסון "נתניהו שוקל לשלול תושבות מפלסטינים המתגוררים מעבר לגדר במזרח ירושלים" **הארץ** 25.10.2015 www.haaretz.co.il/news/politics/1.2760426

171 דבריו של חבר הכנסת עודד פורר (ישראל ביתנו) בפרוטוקול 494, לעיל ה"ש 88: "מאחר שיש יוזמות כאלה ואחרות להקים בחלק מהשכונות מועצה מוניציפלית נפרדת, החוק הזה בעצם אומר: בסדר, יקימו מועצה מוניציפלית נפרדת, אבל לעניין העברת שטח מירושלים לגורם זר, היא תישאר תחת החוק".

172 ראו לעיל ליד ה"ש 87.

173 נדב שרגאי **מתווה פעולה לבעיית השכונות הערביות הירושלמיות הצפוניות שמעבר לגדר** 38–40 (המרכז הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 2018); אופנהיימר, לעיל ה"ש 169, בעמ' 10.

174 כוונה זו צוינה במפורש בפרוטוקול 494, לעיל ה"ש 88, בהסברו של העוזר ליועץ המשפטי של הכנסת, ד"ר גור בליי, במענה לשאלה של חבר הכנסת עודד פורר (ישראל ביתנו): "סעיף 6 מקפא את המצב בעניין העברת הריבונות ואומר שגם אם אתה מוציא משהו מירושלים מבחינה מוניציפלית, הוא עדיין ימשיך ליהנות מאותה הגנה".

2. חשמל

בימי המנדט הבריטי סופק החשמל באזור ירושלים על-ידי "חברת ירושלים לחשמל ולשירות הציבור בע"מ", שפעלה מכוח זיכיון משנת 1928, אשר עוגן בפקודת זכיון החשמל (ירושלים) משנת 1930. לאחר קום המדינה חולק שטח הזיכיון בין ישראל לבין ירדן. חברת החשמל לישראל רכשה בשנת 1954 את החברה הירושלמית ואת החלק של הזיכיון שלה החל בישראל, ושתי החברות אוחדו בשנת 1964.¹⁷⁵ ואילו ממשלת ירדן רכשה את הזיכיון של החברה הירושלמית בחלק הירדני והעבירה אותו בשנת 1957 לחברה ירדנית חדשה – "חברת החשמל המזרח-ירושלמית". מייסדי החברה ובעליה העיקריים של חברת החשמל המזרח-ירושלמית הם עריות במחוז ירושלים ובנפות רמאללה, בית-לחם ויריחו.

בעקבות החלת המשפט הישראלי במזרח ירושלים נוצר מצב שבו חברת החשמל המזרח-ירושלמית (הירדנית במקורה) פועלת בשטח שברביבונות ישראל (מזרח ירושלים), וכן בשטח ישראל שולטת בו תחת דיני הכיבוש (שטחי הגדה המערבית הצמודים לירושלים). החברה נרשמה במרשם החברות הישראלי, ויחסיה עם ממשלת ישראל נוהלו בהתאם לפקודת זכיון החשמל משנת 1930.¹⁷⁶ במשך קרוב לעשרים שנים היא סיפקה חשמל לשכונות היהודיות שנבנו בצפון העיר, ואפילו לבסיסים הצבאיים באזור. החברה ייצרה חשמל בעצמה, אך לנוכח הגידול באוכלוסייה באזור לא היה בכוחה לעמוד בביקוש, ולפיכך היא גם רכשה חשמל מחברת החשמל הישראלית.¹⁷⁷ לקיומן בישראל זו לצד זו של שתי חברות החשמל (חברת החשמל לישראל וחברת החשמל המזרח-ירושלמית) לא הייתה הצדקה כלכלית, אך איחוד שירותיהן היה בעיית. מבחינת האוכלוסייה הפלסטינית הייתה חשיבות פוליטית רבה לקיומה העצמאי של החברה המזרח-ירושלמית – הן מכיוון שהחברה שימשה זירת התגוששות פוליטית פנימית בתקופה שבה נאסרה פעילות פוליטית פורמלית, והן מכיוון שהמשך קיומה של החברה סימל את זיקתה של ירושלים לגדה המערבית, ולא לישראל.¹⁷⁸ יחסה של ישראל להמשך קיומה של החברה הוא דו-ערכי. לישראל היה עניין בפירוקה של החברה מאותן סיבות שבעטיין היה לפלסטינים עניין בשימורה, כלומר, כוחה הפוליטי והיותה סמל וביטוי למעורבות הפלסטינית בירושלים. אך ישראל לא רצתה להיקלע לעימות פוליטי ישיר. נוסף על כך, חברת החשמל לישראל לא הייתה מעוניינת לשאת באחריות להספקת שירות ללקוחות שהגבייה מהם כרוכה בקשיים, במיוחד אלה שבמחנות הפליטים באזור

175 "האיחוד עם חברת החשמל הירושלמית" חברת החשמל www.iec.co.il/about/pages/jerusalemiecreunion.aspx

176 בג"ץ 351/80 חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית, פ"ד לה (2) 673, פס' 3 ו-9 לפסק-דינו של השופט י' כהן (1981) (להלן: בג"ץ חברת החשמל).

177 Michael T. Dumper, *Jerusalem's Infrastructure: Is Annexation Irreversible?*, 22 J. PALESTINE STUD. 78, 78 (1993).

178 שטנדל "תמורות באוכלוסייה הערבית", לעיל ה"ש 11, בעמ' 105–106.

ירושלים.¹⁷⁹ בסופו של דבר לא התנגדה ממשלת ישראל להמשך קיומה של החברה המזרח-ירושלמית, אך היא צמצמה את כוחה הפוליטי של החברה על-ידי מינוי נציגים של עיריית ירושלים למועצת המנהלים, והעברה של מניות מבעלים שלא התגוררו בירושלים אל האפוטרופוס לנכסי נפקדים. לדרישת ישראל הושוו מחירי החשמל שהחברה המזרח-ירושלמית גובה לאלה של חברת החשמל הישראלית, והחשבונות שהיא שולחת ללקוחותיה מודפסים בעברית, נוסף על ערבית ואנגלית.¹⁸⁰ ההסדר הזה – שבו מצד אחד החברה קונה את החשמל מחברת החשמל לישראל במחיר גבוה, משלמת מיסים בישראל ותלויה בהיתרים מישראל לשרווג הציור, אך מצד אחר נדרשת לגבות מלקוחותיה תשלום בתעריף נמוך – החליש מאוד את החברה.¹⁸¹

בשנת 1979 ביקשה חברת החשמל הישראלית לקנות את הזיכיון של חברת החשמל המזרח-ירושלמית, אך זו האחרונה סירבה. בעקבות זאת הודיעו שר האנרגיה והמפקד הצבאי של כוחות צה"ל בגדה המערבית על כוונתם לבטל את הזיכיון ולרכוש את מפעליה של החברה. החברה עתרה לבג"ץ. בדיון טענה המדינה כי המניע להודעת הרכישה הוא חוסר היעילות הכלכלית של חברת החשמל המזרח-ירושלמית. החברה טענה כי חוסר היעילות נובע ממכשולים שהציבה המדינה עצמה במשך שנים על-מנת לאלץ את החברה להצטרף לחברת החשמל לישראל,¹⁸² וכי הטעם לרכישה הוא מדיני, ולא כלכלי. הכרעתו הקונקרטית של בית-המשפט התבססה בסופו של דבר על הקשר שבין פעילות החברה במזרח ירושלים לבין פעילותה בגדה המערבית. בית-המשפט קיבל את הטענה כי המניע האמיתי להודעת הרכישה הוא מדיני, אך קבע כי שר האנרגיה רשאי להורות על רכישת הזיכיון מטעם זה בישראל. לעומת זאת, המפקד הצבאי אינו רשאי להודיע על רכישה דומה בגדה המערבית, מכיוון שיהיה בכך שינוי מרחיק-לכת בתנאי השטח, אשר אינו נחוץ דיו ולכן אסור על-פי דיני הכיבוש. בית-המשפט הורה לשר האנרגיה לשקול שנית אם יש טעם ברכישת החברה המזרח-ירושלמית בישראל, לנוכח העובדה שהחברה לא תחדל מלהתקיים בגדה המערבית.¹⁸³ בסופו של דבר חזר בו השר מהודעתו.

זכינה של חברת החשמל המזרח-ירושלמית פקע על-פי תנאיו המקוריים ב-31 בדצמבר 1987. שבועות ספורים קודם לכן נותקו השכונות היהודיות בצפון העיר,

Bill Hutman & Amir Cheshin, *Living Together and Apart in Jerusalem: Lessons Learned*, in JERUSALEM: A CITY AND ITS FUTURE 401, 418 (Marshall J. Breger & Ora Ahimeir eds., 2002).

Dumper, לעיל ה"ש 177, בעמ' 91.

MICHAEL DUMPER, *THE POLITICS OF JERUSALEM SINCE 1967*, 157 (2013). בשנת 1993 העלתה חברת החשמל המזרח-ירושלמית את תעריפיה, וכעת לקוחותיה משלמים סכומים גבוהים יותר, אך הם נמנעים מלמחות על כך מחשש להחלשת החברה בזירה הפוליטית. Hutman & Cheshin, לעיל ה"ש 179, בעמ' 419.

המ' 481/80 *חברת החשמל מחוז ירושלים בע"מ נ' שר האנרגיה והתשתית*, פ"ד לד(4) 465, 464 (1980).

183 בג"ץ *חברת החשמל*, לעיל ה"ש 176, פס' 11, 14 ו-15 לפסק-דינו של השופט י' כהן.

ההתנחלויות בגדה המערבית ובסיסי צה"ל מרשת החשמל של חברת החשמל המזרח-ירושלמית, וחברו לחברת החשמל לישראל.¹⁸⁴ עם זאת, חברת החשמל המזרח-ירושלמית לא פורקה. שר האנרגיה הכריז כי על-אף חוסר היעילות הכלכלית שלה, ראוי לסייע לה להתייעל – הן בגלל אחריותה של ישראל למצב שאליו נקלעה, והן מתוך עניין פוליטי בהמשך קיומו של התאגיד הפלסטיני.¹⁸⁵ לחברה ניתן רישיון להמשיך לספק חשמל בשכונות הפלסטיניות במזרח ירושלים, ופעילותה הוסדרה במפורש בחוק.¹⁸⁶ עם הרפורמה במשק החשמל עוגנה פעילותה בחוק משק החשמל, התשנ"ו–1996. היא אינה נזכרת בשמה, אך חלות עליה הוראות החוק שעניינן "חברה שאינה ממשלתית", ובו-בזמן חלים עליה הסדרים מקבילים לאלה שחלים על חברת החשמל. רשיונה של חברת החשמל המזרח-ירושלמית, כמו זה של חברת החשמל לישראל, מוארך בכל שנה.¹⁸⁷ הספקת החשמל במזרח העיר באמצעות החברה נותרה בבחינת חריג – המעוגן בחוק – למונופולין של חברת החשמל לישראל על החלוקה וההספקה של חשמל בכל רחבי הארץ.¹⁸⁸

- 184 7 בדצמבר 1987 חוברו רוב השכונות החדשות בירושלים לחברת החשמל לישראל, וב-11 בינואר 1988 חוברו גם הרובע היהודי ומעלה-אדומים.
- 185 לסקירה של שר האנרגיה והתשתית על פעולות משרדו ראו פרוטוקול ישיבה מס' 420 של הכנסת ה-11, 2442–2467 (21.3.1988). ראו גם את הדיון לפני פקיעת הזיכיון בפרוטוקול ישיבה מס' 311 של הכנסת ה-11 (24.3.1987).
- 186 חוק הספקת החשמל (הוראות מיוחדות), התשמ"ח–1987, הסמיך את שר האנרגיה לארגן מחדש את הספקת החשמל באזורים שהיו בשטח הזיכיון של חברת החשמל המזרח-ירושלמית.
- 187 המשכיות תפקודה של חברת החשמל המזרח-ירושלמית הוסדרה בס' 60 לחוק משק החשמל. יש לציין כי ההסדרים המקבילים עוגנו בצורה שלומיאלית פעם אחר פעם. ראשית, כאשר נקבעו הסדרים המחייבים רשיונות נפרדים לחלוקה ולהספקה, נעשתה החרגה עבור חברת החשמל לישראל, אך החריג נוסח כחל על חברה ממשלתית בלבד ולכן הוא לא כלל את חברת החשמל המזרח-ירושלמית. ההשמטה תוקנה בחוק משק החשמל (תיקון מס' 7), התשס"ח–2008, ס"ח 250. הדבר אירע פעם שנייה כאשר חוק החשמל (תיקון מס' 12), התשע"ד–2013, ס"ח 251 – בדבר הנהלים למתן צווים להארכת רשיונות – נוסח באופן שאינו חל על חברה שאינה ממשלתית. בעוד שרשיונה של חברת החשמל לישראל הוארך בצו, חברת החשמל המזרח-ירושלמית נאלצה לעתור לבג"ץ, אשר האריך את רשיונה בצו ארעי. בג"ץ 8935/14 חברת החשמל מחוז ירושלים נ' ממשלת ישראל (פורסם בנבו, 28.12.2014).
- 188 בדיון שהתקיים בשנת 2008 בוועדת הכלכלה, לקראת תיקון מס' 7 לחוק משק החשמל, נזכרה העובדה שגם בכפרים הדרוזיים בגולן נעשית חלוקת חשמל לא על-ידי חברת החשמל, אך היועצת המשפטית של "הרשות לשירותים ציבוריים – חשמל" נמנעה מלפרט בעניין. פרוטוקול ישיבה מס' 502 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-17, 5 (19.2.2008). אזכור נוסף של גורמים "אחרים" נמצא בפרוטוקול ישיבה מס' 48 של ועדת הכלכלה, הכנסת ה-19 (2.7.2013).

3. מים

גם בתחום הספקת המים קיים הסדר מיוחד במזרח ירושלים, אם כי בהיקף קטן. הספקת המים והביוב באזור ירושלים מצויה באחריותו הבלעדית של תאגיד הגיחון, למעט בבית חנינא ובמחנה הפליטים קלנדיה, שם הספקת המים (אך לא שירותי הביוב) נעשית על-ידי מפעל המים רמאללה. מפעל המים הוא חברה פרטית שהוקמה בתקופת השלטון הירדני, ואשר שירתה את השכונות הצפוניות של ירושלים ואת אזור רמאללה. ימים ספורים לאחר כניסת כוחות צה"ל לירושלים חיברה מחלקת המים של עיריית ירושלים (הישראלית) את מערכות המים של מערב העיר ומזרחה, ובכך נפסקה פעולתן של החברות הפרטיות שפעלו באותו שטח. אך בניגוד לחברות אחרות, מפעל המים רמאללה ולקוחותיו עמדו על כך שהחוזים שלהם ייוותרו בתוקפם. גם בעניין זה היה האינטרס הישראלי כפול: מצד אחד, הרשויות העירוניות התנגדו לשבירת המונופולין שלהן על הספקת המים, במיוחד על-ידי חברה פלסטינית; מצד אחר, הממשל הצבאי בגדה המערבית חשש שאובדן הלקוחות הגדולים במזרח ירושלים המסופחת יחליש את תפקודו של המפעל בגדה המערבית, שם היה הממשל הצבאי מעוניין בהמשך פעולתו. העירייה נאלצה לסגת מדרישתה, ומפעל המים ממשיך לספק מים ללקוחות פלסטינים קיימים גם באזור השיפוט העירוני.¹⁸⁹ למן הקמת הרשות הפלסטינית, המפעל פועל על-פי הנחיותיה. הוא קונה את רוב המים שהוא מספק ללקוחותיו מחברת הגיחון.¹⁹⁰ את התעריפים שתאגיד הגיחון רשאי לגבות ממפעל המים רמאללה קובעת רשות המים והביוב.

חוסר היעילות הכלכלית של מפעל המים רמאללה הוביל לכמה נסיונות (שכשלו) להפסיק את פעילותו. בתחילת שנות התשעים ביקשה עיריית ירושלים להפסיק את פעולתו של מפעל המים עקב רמת שירותים נמוכה ובעיות תפקוד. גם מצד לקוחות של מפעל המים היה עניין בכך, שכן באותה עת היה תעריף החברה גבוה מזה שגבתה העירייה. המהלך נמנע עקב חוות-דעת משפטיות של העירייה שקבעו כי תהיה זו הפרה של הזכות החוקית של מפעל המים רמאללה.¹⁹¹ ניסיון נוסף להפסקת פעילותו של המפעל נעשה לאחר שהוקם תאגיד הגיחון, אשר לבקשת חלק מהתושבים בבית חנינא החל לספק להם מים ולהקים תשתית פיזית ברחובות השכונה. הפעם נתקל המהלך בהתנגדות מצד תושבים (אחרים), אשר ראו בו ניסיון להשתלט על החברה הפלסטינית

189 Dumper, לעיל ה"ש 177, בעמ' 80-82.

190 על-פי הבנק העולמי, מפעל המים שואב בעצמו כ-20% מהמים שהוא מספק. THE WORLD BANK, WEST BANK AND GAZA: ASSESSMENT OF RESTRICTIONS ON PALESTINIAN WATER SECTOR DEVELOPMENT (Report No. 47652-GZ, 2009), <http://siteresources.worldbank.org/INTWESTBANKGAZA/Resources/WaterRestrictionsReport18Apr2009.pdf>

191 Hutman & Cheshin, לעיל ה"ש 179, בעמ' 419. לדברי עו"ד אביב ברנט, היועץ המשפטי של הגיחון, למיטב זכרונו ההחלטה בעניין ניתנה בבג"ץ, ועניינה היה שמירה על הסטטוס-קו. שיחה של המחברת עם עו"ד ברנט (5.3.2017).

וגם מחו על האגרות הגבוהות שתבעה הגיחון בעבור החיבור לצינור. הצנרת של מפעל המים רמאללה נותרה על כנה, אך כיום תושבים שמתחילים בבנייה חדשה מחויבים על-פי הוראות העירייה להתחבר לרשת המים של הגיחון. לנוכח זאת פועלים בשכונה שני קווי מים – האחד של מפעל המים רמאללה והאחר של הגיחון.¹⁹² מפעל המים מסרב לאפשר ללקוחותיו לעבור לקבל את שירותי הגיחון, אך מכיוון שהוא אינו מסוגל לספק מים באופן רציף, בפועל רבים מהתושבים שמחברים אליו מתחברים גם לתשתית של הגיחון.

עד 2001 הייתה הספקת מים עניין שבסמכותן של העיריות, לרבות בירושלים. ניתן לטעון כי פעולתו של מפעל המים רמאללה הייתה אז בבחינת הפרה של חוק יישום הסכם הביניים, שכן בעקיפין הייתה זו "פעילות בעלת אופי מדיני או שלטוני" של הרשות הפלסטינית. עם זאת, פעילות זו לא "הועברה" לרשות, ולכן לא בהכרח נפלה בגדרו של החוק. למן העברת הסמכויות לתאגידי המים השאלה אם מדובר בפעולה שלטונית (ולכן אסורה בהעברה) מורכבת יותר. אך כאמור, לישראל עצמה היה עניין בהמשך פעולתו של המפעל, ומשום כך לא ננקטו צעדים נגדו. כאמור, תיקון חוק-היסוד בשנת 2018 שינה שוב את התמונה המשפטית.

במזרח ירושלים יש בעיה חמורה של מחסור במים. היא אינה קשורה במישורין למפעל המים רמאללה, אך שמו נקשר אליה. המחסור במים נובע מגידול עצום בצפיפות בעיר למן בניית הגדר, במיוחד בשכונות שמעבר לגדר. מספר תושביהן גדל בשנים האחרונות פי עשרה, אך הבנייה המספקת את המגורים נעשית באופן בלתי-חוקי, וכתוצאה מכך לא קיים מנגנון גבייה בעבור הספקת המים. בהעדר הכנסות מספקות, תאגיד הגיחון אינו יכול להקים את התשתיות הנחוצות להספקה סדירה של מים.¹⁹³ בשנת 2014 הוגשה לבג"ץ עתירה בנושא, ומאז בית-המשפט עוקב אחר שדרוג מערכת המים בצפון העיר, הטיפול בחיבורים בלתי-חוקיים ונסיונות הגבייה. בתחילת 2017 ביקש בית-המשפט העליון מהרשויות הישראליות, הממשלתיות והעירוניות, לחשוב על "פתרונות יצירתיים" לעניין מנגנון התשלום – למשל, "לחשוב על דגם" של הספקת המים לשכונות על-ידי מפעל המים רמאללה.¹⁹⁴ מדברי בית-המשפט אי-אפשר לדעת אם ה"דגם" מתאפיין בהכרח במעורבות פלסטינית פורמלית. כך או כך, פעילותו של מפעל המים רמאללה אינה מוסדרת בדין הישראלי (ולכן ייתכן שיכולת הגבייה שלו אינה מוגבלת כמו זו של הגיחון). הצעתו המתמיהה של בית-המשפט לראות בגוף זה מקור להשראה כמודל פעילות מעידה אולי על מידה של השלמה עם כשלונן של הרשויות הישראליות בביסוס שליטה בחלקים ממזרח ירושלים, עד כדי כך שיש צורך בקביעת הסדר פורמלי ייחודי לפחות לחלקים משטח זה.

192 יצחק רייטר ואח' השכונות הערביות במזרח-ירושלים – מחקר תשתית והערכה: בית חנינא 27 (מכון ירושלים לחקר ישראל, מחקר מס' 441, 2014).

193 בג"ץ 2235/14 סנדוקה נ' הרשות הממשלתית למים ולביוב, פס' א לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 18.2.2016).

194 שם, פס' ח לפסק-דינו של המשנה לנשיאה רובינשטיין (פורסם בנבו, 9.1.2017).

ז. דיון

להחלת הריבונות הישראלית במזרח ירושלים יש פנים שונים במשפט הישראלי. ראשית, יש פער בין החלת הריבונות על שטחה של מזרח ירושלים לבין החלתה על האוכלוסייה המתגוררת בו. תחולת המשפט הישראלי מעוגנת בכמה דברי חקיקה, וזאת על תחולה זו, שכמוהו כוויתור על הריבונות, כרוך בשינויים חוקתיים אשר במישור ההצהרתי אין דוגמתם בשום הקשר אחר כמעט: משאל-עם וחקיקה ברוב של שמונים חברי כנסת. מבחינת המדרג הנורמטיבי, איחוד העיר במובן הטריטוריאלי הוא אם כן הסדר המקובע ברמה גבוהה במיוחד במשפט הישראלי.

לעומת האחיזה ההדוקה בשטח, מחויבות המדינה למעמדם של תושבי השטח היא מועטה. תושבי השטח הם זרים. הם לא קיבלו זכות לרכוש אזרחות מעצם תושבותם בשטח שסופח, וכאשר יד המקרה הביאה לידי כך שהוראות החוק המקנות זכות לאזרחות על בסיס לידה וישיבה נהפכו לרלוונטיות להם, נמנעה המדינה מלהפעיל את הוראות החוק. אזרחות הייתה מאז ומעולם האמצעי לבניין לאומי. היא קובעת מי משתייך לקהילה ומי זר לה. לנוכח זאת אין פלא שהמשפט הישראלי אינו מזמין רכישת אזרחות על-ידי תושבי מזרח ירושלים (ולא רק על-ידיהם), ואף מערים עליה קשיים, שהרי היא עומדת בניגוד לאתוס של מדינת-ישראל כמדינה יהודית (תהא משמעותו של מונח זה אשר תהא). מדינת-ישראל מעוניינת לאחד את שטחה של מזרח ירושלים עם שטחה של מדינת-ישראל, אך אינה מעוניינת בשיתוף האוכלוסייה. אך כאן טמון המכשול: הפרדה זו אינה עולה בקנה אחד עם המשפט הבין-לאומי החל במצבים של חילופי ריבונות, שעל-פיו יש לאפשר לאוכלוסייה לרכוש אזרחות בתנאים מקילים.

לעומת ההסדרים הנוגעים במעמדם של התושבים בשטח, ההסדרים הנוגעים בזכויות הפרט מעמידים להלכה את תושבי מזרח העיר הפלסטינים במצב דומה לזה של יתר תושבי ישראל. הדבר בולט במיוחד בהקשר של זכויות קניין וזכויות נלוות להן, שלגביהן יש החרגה מיוחדת של תושבי מזרח ירושלים מהסדרים ספציפיים הפוגעים בזכויות הקניין. על-פי החרגה החלקית מתחולתו של חוק נכסי נפקדים, תושבי מזרח ירושלים אינם נחשבים נפקדים ביחס לנכסיהם במזרח העיר, אך הם נפקדים לגבי יתר נכסיהם במדינה, בדומה לתושבי ישראל (ואזרחיה) הפלסטינים הנוכחים-הנפקדים.

גם ההסדרה של הספקת שירותים משקפת דו-ערפיות לגבי המחויבות לתושבי מזרח העיר. הספקת שירותים בחלקים ממזרח העיר נעשית על-ידי גופים המצויים מחוץ לשליטתה של ישראל. אומנם, אין זו תולדה של מדיניות מכוונת, ולא למותר אף לציין כי ההסדרים הכלליים החלים בישראל – מונופולין של חברת החשמל לישראל על ייצור והספקה של חשמל או הטלת האחזיות על תאגידי מים עירוניים בכל הנוגע בהספקת מים – אינם מיטביים בהכרח. אולם יש מקום להניח שהסדר חריג נופל באיכותו מהסדר כללי, מכיוון שמנגנוני הפיקוח והאכיפה הסטנדרטיים אינם חלים על מנגנונים חריגים. בהעדר פיקוח ואכיפה, לספקי השירותים יש יד חופשית לנצל את תלותם של התושבים, כך שההסדר החריג פוגע בנגישות השירותים ובאיכותם.

כך או כך, חשיבותם של ההסדרים החריגים למזרח ירושלים הוא בעצם קיומם. הגורמים המעורבים כיום במתן שירותים הם פרטיים לכאורה, ומשום כך עשוי להיווצר הרושם שהוויתור לדרישותיהם הוא עניין של כדאיות כלכלית בלבד. אך להשתלשלות העניינים יש גם היבט פוליטי. בשני ההקשרים שיקולים משפטיים ומעשיים הנוגעים בשליטה בגדה המערבית משליכים ישירות על הכדאיות של החלת הדין הישראלי ככתבו במזרח ירושלים. בשני ההקשרים המדינה נסמכת בפועל על הזיקה בין מזרח ירושלים לבין הגדה המערבית. תיקון מס' 2 לחוק-יסוד: ירושלים בירת ישראל מגבה את הפרקטיקה הקיימת, בכך שהוא פותח אפשרות להעברה נרחבת יותר של סמכויות מוניציפליות. זוהי תמונת-המראה של רעיונות מעמדם של התושבים. כשם שהמדינה אינה מחויבת לבטחון מעמדם, כך היא מוכנה להתנער גם מהאחריות להספקת צורכיהם. אם ייעשו צעדים קונקרטיים בכיוון זה, עשויה להתעורר השאלה אם מיקור-חוץ כזה עולה בקנה אחד עם אחריותה של ישראל על-פי דיני זכויות האדם הבין-לאומיים, שהיא אינה יכולה להתכחש לתחולתם כל עוד היא טוענת לריבונות בשטח. חשוב לציין כי הגופים הפלסטיניים מספקים שירותים לתושבים, אך אינם שולטים בייצור ובהפקה של המשאבים עצמם. כלומר, בעוד ישראל שולטת במשאבים, היא אינה נושאת במלוא האחריות לטיפול בתושבים. מצב זה משקף את ההבחנה בין האחיזה הבלתי-מסויגת בקרקע (ובמשתמע – במשאביה) לבין האחיזה הרופפת באוכלוסייה, תוך נכונות ואף ניסיון לצמצם אותה.

פן נוסף במשפט הישראלי הוא הפער בין הרטוריקה לבין המצב המשפטי לאשורו. דברי החקיקה המעגנים את הריבונות בשטח מתאפיינים כאמור בנוקשות חריגה בנוף המשפטי הישראלי. אך נוקשות זו היא למראית-עין. בפועל ניתן לוותר על הריבונות בתנאים שאינם נוקשים במיוחד – בהחלטה או בחקיקת חוק-יסוד בתמיכת רוב חברי הכנסת. מובן שבכך אין כדי לגרוע מתוקפה של טענת הריבונות או מהאפקטיביות שלה, אך ייתכן שיש בכך כדי להעיד כי להכרזות על "איחוד" העיר יש ערך פרפורמטיבי יותר מאשר מעשי.

היבט נוסף הוא הדמיון המהותי בין המשפט במזרח ירושלים לבין זה שבגדה המערבית, על-אף מקורות המשפט השונים. אייל גרוס מצביע על הפרקטיקה המשפטית של ישראל לגבי הגדה המערבית, שבמסגרתה היא נוקטת עמדה לא-עקבית לגבי מעמד השטח. מצד אחד, באופן רשמי ישראל מחילה את דיני הכיבוש, סיפוח רשמי הוא בגדר הצעה בלבד, וישראל נוהגת בתושבים הפלסטינים כבתושבי שטח כבוש. מן הצד האחר, ישראל כבר נוהגת בשטח מנהג ריבון ככל הנוגע באזרחיה.¹⁹⁵ במזרח ירושלים הצהרת הריבונות ביחס לשטח היא מפורשת, אך היא אינה משתרעת על התושבים. גם בכל הנוגע במשאבים כלכליים וחברתיים יש דמיון בין ההסדרים החלקיים במזרח ירושלים לבין המצב בגדה המערבית. בשני האזורים יש נכונות של ישראל, ברמות שונות של התקדמות, להעביר לרשות הפלסטינית את האחריות להספקת שירותים לתושבים

AEYAL GROSS, THE WRITING ON THE WALL 176 (2017) 195

הפלסטינים, מבלי לתת לה שליטה טריטוריאלית. דמיון נוסף בין מזרח ירושלים לבין הגדה המערבית הוא ההגנה על זכויות הקניין של הפרט מפני נטילה על-ידי השלטון – בכל אזור בהקשרו ועל-פי דיניו. לצד ההגנה הזו, בשני האזורים יש הסדרים, שנויים במחלוקת משפטית ופוליטית קשה, ליישוב תביעות נוגדות בין מחזיקים פרטיים לבעלים פרטיים אשר מתעוררות אגב מאבק בעל מרכיב לאומי מובהק. ההסדרים הללו הפוכים בתכלית מבחינה משפטית, אך תוצאתם המעשית דומה: במזרח ירושלים יש עדיפות מוחלטת לבעלים (ישראלים) על מחזיקים (פלסטינים); ואילו על-פי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה והשומרון, התשע"ז–2017, יש עדיפות למחזיקים (ישראלים) על בעלים (פלסטינים). התוצאה כאמור דומה: העברה של נכסי מקרקעין מידיים פלסטיניות לידיים ישראליות. לסיכום, יש דמיון מהותי (אף אם ההסדרים המשפטיים הספציפיים שונים) בין המצב המשפטי במזרח ירושלים לבין זה שבגדה המערבית: שליטה טריטוריאלית תוך תפיסת האוכלוסייה כזרה וכאיום על אינטרסים של המדינה. תפיסה זו של ניגוד אינטרסים בין האוכלוסייה הכבושה לבין המדינה הכובשת היא היא הרציונל שבבסיסם של דיני הכיבוש. אך בעוד דיני הכיבוש מכירים בניגוד האינטרסים ומטרתם היא להגן על האוכלוסייה מפני פגיעה מצד המדינה הכובשת, המשפט הפנימי הישראלי מגן על האינטרסים של המדינה.

השימוש בדיני האזרחות והתושבות ככלי לניהול דמוגרפי, בעיקר אתני, אינו חדש או חריג.¹⁹⁶ על-פי-רוב מדובר בשלילת אזרחות או בהתניית על בסיס מפלה (אתני). כאשר אין מחלוקת לגבי ריבונותה של המדינה, סוגיית האזרחות נבחנת על-פי דיני זכויות האדם בלבד. אך במקרה הנדיר יותר שבו הריבונות נתונה במחלוקת, וכתוצאה מכך גם החובות והזכויות בתחום הענקת האזרחות, דיני הכיבוש נכנסים אף הם לתמונה. דוגמה לכך היא מדיניותה של רוסיה בחצי-האי קרים בעקבות סיפוח השטח בשנת 2014. הקהילה הבין-לאומית מסרבת להכיר בתוקפה של ריבונות זו, ותובעת מרוסיה לפעול בהתאם לדיני הכיבוש (ולסגת מהשטח).¹⁹⁷ לא למותר לציין כי אין היתכנות להיענות מצידה של רוסיה. משום כך, כמו לגבי מזרח ירושלים, יש מתח בין הדרישה להחלת דיני הכיבוש (ולנסיגה מהשטח) לבין הדרישה לפעול על-פי דיני זכויות האדם כמתחייב מטענת הריבונות של המדינה. מתח זה בא לידי ביטוי בביקורת על מדיניותה של רוסיה בנוגע לאזרחות. רוסיה העניקה את אזרחותה באופן גורף לתושבי השטח,

196 דוגמאות מן העת האחרונה הן התיקון לחוק האזרחות ההודי המאפשר למי שהיגרו להודו לא כדין ממדינות מסוימות לרכוש אזרחות הודית, ובלבד שהם אינם מוסלמים – Citizenship (Amendment) Bill, 2019; ופסיקת בית-המשפט החוקתי של הרפובליקה הדומיניקנית משנת 2013 ששללה אזרחות ממאות אלפי דומיניקנים שמוצאם מהאיטי – Ricardo Rojas, *Dominican Court Ruling Renders Hundreds of Thousands Stateless*, REUTERS (Oct. 12, 2013), <https://www.reuters.com/article/us-dominicanrepublic-citizenship/dominican-court-ruling-renders-hundreds-of-thousands-stateless-idUSBRE99B01Z20131012>.

197 .G.A. Res. 73/263 (Jan. 21, 2019)

בתנאים דרקוניים שמקשים סירוב לאזרחות.¹⁹⁸ נוסף על כך, על-פי המשפט בשטח, אזרחות רוסית היא תנאי לזכויות בסיסיות, כביטוח רפואי, ובהעדרה יש קשיים מעשיים, למשל, בהשגת מקום תעסוקה (ומכאן גם פגיעה בזכות לתנאי מחיה הולמים ועוד).¹⁹⁹ הביקורת על רוסיה היא כפולה: הן על כך שהיא כופה את אזרחותה והן על הפגיעה במי שבחרו לא להיות אזרחים רוסים, בהינתן שמדובר באוכלוסייה שהיא באופן מובהק לא רוסית (אלא אוקראינית או טטרית). ביקורת זו תקפה גם על-פי דיני הכיבוש וגם על-פי דיני זכויות האדם הבינ-לאומיים. בין הנעשה בחצי-האי קרים לבין המצב במזרח ירושלים יש דמיון מבחינה זו שהעדר האזרחות משפיע במישרין ובעקיפין על זכויות-יסוד של קבוצות אתניות בלתי-רצויות מבחינת המדינה. אך השוני רב. הברדל אחד הוא בכלי המשפטי – רוסיה כופה את אזרחותה בפועל, בעוד ישראל מסרבת בפועל להעניק אותה. הברדל אחר הוא ההקשר הפוליטי. המאפיינים שנדונו לעיל הופכים את עניינה של מזרח ירושלים לחסר תקדים בזירה הבינ-לאומית.

דמיון חלקי לסוגיית מזרח ירושלים ניתן למצוא בשאלות העקרוניות לגבי רמת-הגולן. עד 1981 שלטה ישראל ברמת-הגולן על-פי דיני הכיבוש. אז נחקק חוק רמת-הגולן, התשמ"ב–1981, הקובע את תחולת המשפט, השיפוט והמנהל של ישראל ברמת-הגולן.²⁰⁰ כתוצאה מכך התעוררה מחלוקת, כמו לגבי מזרח ירושלים, בשאלה אם רמת-הגולן אכן סופחה. מעניין שבניגוד למזרח ירושלים, כאשר התעוררה שאלת מעמדה של רמת-הגולן, לא מיהר בית-המשפט לנקוט עמדה בדבר ריבונותה של ישראל, והסתפק בפרשנות מילולית פורמליסטית בדבר תחולתה של החקיקה הנוגעת ב"ישראל" (או ב"מדינה") גם ברמת-הגולן.²⁰¹ עם זאת, בפסיקה מאוחרת התייחס בית-המשפט ל"ריבונות" של ישראל ברמת-הגולן כנתונה.²⁰² הימנעותו של בית-המשפט מלקבוע מסמרות לגבי מעמדה של ישראל ברמת-הגולן אינה מפתיעה, שכן לגבי רמת-הגולן לא הייתה מחלוקת בדבר הריבונות הסורית, ולכן לישראל אין טענה חזקה במישור הבינ-

198 Laura Bingham & Natasha Arnpriester, *Russia's Mass Naturalization of Crimeans Has Had Very Unnatural Effects*, OPEN SOCIETY FOUNDATIONS (June 14, 2018),

<https://www.opensocietyfoundations.org/voices/russia-s-mass-naturalization-crimeans-has-had-very-unnatural-effects>. הצעד הרוסי עורר ביקורת חריפה, אך בעיקר בגלל התנאים הדרקוניים שהוצבו בפני מי שמבקש לא לקבל את האזרחות.

199 Tanya Cooper & Yulia Gorbunova, *Crimea: 'Not Our Home Anymore'*, HUMAN RIGHTS WATCH (May 3, 2017), <https://www.hrw.org/news/2017/05/03/crimea-not-our-home-anymore>.

200 ס' 1 לחוק רמת הגולן, התשמ"ב–1981.

201 בג"ץ 205/82 אבו צאלח נ' שר הפנים, פ"ד לז(2) 718, פס' 3 לפסק-דינו של השופט ברק (1983). בית-המשפט אף חזר על אמרת-האגב של השופט ח' כהן בפרשת רוידי, לעיל ה"ש 67, על כך שהחלת המשפט, השיפוט והמנהל אינה מהווה בהכרח החלת ריבונות.

202 למשל, בג"ץ 2838/95 גרינברג נ' המועצה המקומית קצרין, פ"ד נג(1) 1, פס' 9 לפסק-דינו של המשנה לנשיא ש' לוי (1997): "שאלת ריבונות ישראל ברמת הגולן, הגם שהיא כרוכה במדיניות ארצית או לאומית – המצויה בתחומי פעולתו של השלטון המרכזי – טומנת בחובה גם אינטרס מקומי מובהק..."

לאומי. אכן, בשיח הדיפלומטי ישראלי נמנעת מלטעון לריבונות, ומסתמכת על זכותה להחזיק בשטח לצורכי בטחונה.²⁰³ מבחינת הקהילה הבינ-לאומית, עניינה של רמת-הגולן דומה לזה של ירושלים, אך בזירה הפנים-מדינית שיח הריבונות (אך לא "איחוד") לגבי רמת-הגולן שונה מזה של ירושלים. לרמת-הגולן אין ערך היסטורי, דתי ולאומי רב כמו לירושלים; האוכלוסייה הסורית שם מועטה ביותר, ומאפייניה ודפוסי החיים שלה שונים מאלה של האוכלוסייה במזרח ירושלים; וברמת-הגולן אין מעורבות של ישות מדינית זרה (הרשות הפלסטינית) אשר ישראל מסתמכת מבחינה משפטית על פעילותה בשטח המדינה ועל זיקת התושבים אליה. לנוכח הבדלים אלה, המתחים המשפטיים והמעשיים נושאים אופי שונה, והפרקטיקה המשפטית והפוליטית לגבי רמת-הגולן אינה מציעה מבט משווה על המצב לגבי מזרח ירושלים, אלא משכפלת את השאלות בשינויים המחויבים. עניינה של מזרח ירושלים נותר אם כן חסר תקדים.

ח. במקום סיכום: לאן מכאן?

נשיאתה של ישראל באחריותה על-פי המשפט הבינ-לאומי – כפי שהיא טוענת לתחולתו – מחייבת מתן אפשרות אפקטיבית לתושבי מזרח העיר לרכוש את אזרחותה (כפי שחוק האזרחות כבר מאפשר), ולבטל הוראות המפלות בינם לבין יתר תושבי המדינה מבחינת זכויות הפרט. במצב הדברים הנוכחי אין לצפות לשינוי כזה מבית, ולנוכח העמדה הבינ-לאומית גם אין מקום לצפות ללחץ מן החוץ לכיוון זה. העדרו של לחץ כזה מאפשר את הימשכות המצב הקיים.

טענתה של ישראל כי האוכלוסייה אינה מעוניינת באזרחות ישראלית אינה יכולה להצדיק הימנעות ממתן האפשרות לרוכשה. במישור הנורמטיבי מדינה אינה יכולה לפטור את עצמה מחובתה כלפי הפרט בטענה שהפרט אינו תובע את זכותו. היא בוודאי אינה רשאית לאמץ הסדרים על בסיס עמדותיהם הפוליטיות של הכפופים להסדרים אלה. המדינה גם אינה רשאית לנקוט צעדים המדירים אוכלוסייה שלמה משותפות במשאבי המדינה הפוליטיים והחומריים. הדברים חמורים במיוחד כאשר האוכלוסייה המדוברת לא בחרה להיות כפופה למדינה. במישור העובדתי, בשנים האחרונות חל מפנה בעמדות התושבים, גם אם קשה עדיין להעריך את עוצמתו. סקרי דעת-קהל שנערכו בשנים האחרונות מעידים על עלייה עקבית בשיעורם של אלה המעדיפים אזרחות מלאה במדינת-ישראל על אזרחות מלאה במדינת פלסטין עצמאית.²⁰⁴ תשובות

203 רובין, לעיל ה"ש 74, בעמ' 234.

204 Palestinian Center for Policy and Survey Research, *Special Public Opinion Poll Among Palestinians of East Jerusalem* 11–14 (2010), David Pollock, ראו גם <http://www.pcpsr.org/sites/default/files/ejerusalem2010.pdf> *The Palestinians of East Jerusalem: What Do They Really Want?* 18–30 (Pechter Middle East Polls and Council on Foreign Relations, 2011), [http://www.mideastfreedomforum.org/fileadmin/editors_de/Artikel/PMEP_Pollock_Pollock_The](http://www.mideastfreedomforum.org/fileadmin/editors_de/Artikel/PMEP_Pollock_Pollock_The_East_Jerusalem_Presentation_Schreibgeschuetzt.pdf) (להלן: *The East Jerusalem Presentation Schreibgeschuetzt.pdf*)

אלה משמשות את הטוענים כי השיח על חלוקת ירושלים מנותק מהמציאות, וכי הפלסטינים עצמם מעדיפים את השליטה הישראלית על כל העיר.²⁰⁵ אך הסקרים מציירים תמונה מורכבת יותר. ראשית, הטעמים העיקריים להעדפה זו הם חופש התנועה בישראל, רמת ההכנסה ואפשרויות התעסוקה, וכן ביטוח רפואי. לצד זאת תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים שומרים על התנגדותם האידיאולוגית הנחרצת לריבונותה של ישראל על ירושלים,²⁰⁶ והלאומנות הפלסטינית דווקא מתחזקת.²⁰⁷ נוסף על כך, העדפת התושבים להישארות תחת ריבונות ישראלית מתייחסת לאפשרות שבה הם יהיו אזרחים מלאים. אי-אפשר להשתמש בממצאים על-מנת להצדיק את איחוד העיר תחת ריבונות ישראלית אך בה-בעת להתכחש למתחייב מאיחוד כזה.

בעשור השני של המאה העשרים ואחת חל לכאורה מפנה במדיניות, כאשר ממשלת ישראל אימצה כמה תוכניות להשקעה מסיבית של תקציבים ממשלתיים במזרח העיר, במטרה לחזק את איחוד העיר. תוכנית חומש ראשונה אומצה בשנת 2014, תחת הכותרת "התוכנית להגברת הביטחון האישי ולפיתוח כלכלי-חברתי בירושלים לטובת כלל תושביה". כותרתה של התוכנית העידה על תפיסתה כי רווחתם של התושבים הפלסטינים היא אמצעי להבטחת בטחונם של התושבים היהודים.²⁰⁸ תוכנית חומש זו מומשה באופן חלקי בלבד.²⁰⁹ בשנת 2018 הכריזה הממשלה על תוכנית חומש חדשה, שמטרתה "לשפר את איכות החיים והסביבה של תושבי השכונות הערביות בעיר ירושלים ולחזק את יכולת ההשתלבות של תושבי מזרח ירושלים בחברה ובכלכלה

David Pollock, *Half of Jerusalem's Palestinians*; (*Palestinians of East Jerusalem Would Prefer Israeli to Palestinian Citizenship*, WASH. INST. (Aug. 21, 2015), <http://www.washingtoninstitute.org/policy-analysis/view/half-of-jerusalem-palestinians-would-prefer-israeli-to-palestinian-citizen>

205 ראו, למשל, נדב שרגאי ירושלים – אשליית החלוקה 153–160 (המכון הירושלמי לענייני ציבור ומדינה, 2015). לביקורת על כך ראו מבוא למשא ומתן על עתיד ירושלים, לעיל ה"ש 97, בעמ' 99–100.

206 Pollock, *The Palestinians of East Jerusalem* 204, לעיל ה"ש 204, בעמ' 23 ו-26.

207 ניר חסון "האנומליה המסוכנת של מזרח ירושלים" הארץ 31.10.2014 www.haaretz.co.il/news/politics/premium-1.2472748

208 החלטה 1775 של הממשלה ה-33 "התוכנית להגברת הביטחון האישי ולפיתוח כלכלי-חברתי בירושלים לטובת כלל תושביה" (29.6.2014) www.gov.il/he/departments/policies/2014_dec1775, הפותחת ברציונל של התוכנית: "מתוך הכרה בחשיבותו של פתרון מערכתי לסוגיית הביטחון האישי במזרח ירושלים, הכולל מניעת אלימות ופשיעה בצד קידום צמיחה כלכלית". ראו גם שם, נספח א, ס' 8; יעל רונן "משילות חלולה: מערכת החינוך במזרח ירושלים" משפט וממשל יט 35 (2018); ניר חסון "תוכנית החומש במזרח ירושלים: השקעה בחינוך, או חינוך מחדש" הארץ www.haaretz.co.il/news/education/premium-1.6429395 29.8.2018.

209 אפרים לביא, ששון חדד ומאיר אלרן "התוכנית הישראלית לצמצום פערים חברתיים וכלכליים במזרח ירושלים: משמעויות והמלצות" עדכן אסטרטגי 21 (3) 4 (2018).

הישראלית ובכך לחזק את חוסנה הכלכלי והחברתי של הבירה כולה.²¹⁰ גם מתוכנית זו עולות משמעויות פוליטיות ומדיניות, כגון ביסוס הריבונות הישראלית וקידום ה"ישראליות" שהחלה עם הקמת ממשלת ישראל. העת טרם בשלה להערכת הצלחתו של מהלך זה מבחינת מצבם הכלכלי והחברתי של התושבים ומבחינת השלכותיו על היחסים הפוליטיים השונים.²¹¹ שאלה מרכזית בהקשר זה היא אם ההתנגדות המסורתית מצד האוכלוסייה לאיחוד העיר צפויה להיחלש. כאמור, ככל שהציפייה היא להשלמת האוכלוסייה עם האיחוד מבלי שיתלוו לו הזכויות המתבקשות מכך, יש בה טעם לפגם. לנוכח חוסר ההיתכנות של השוואת מעמדם של תושבי העיר הפלסטינים לזה של אזרחי ישראל, כיוון פעולה נוסף, שהוצע כפתרון ביניים, הוא הקניית ביטחון בתושבות הקבע מעבר להוראות הדין הקיים.²¹² בפסיקת בית-המשפט העליון בעת האחרונה יש ניצנים לרעיון שאי-אפשר להתייחס לתושבי מזרח ירושלים כאל זרים רגילים, אם כי בית-המשפט טרם נקט עמדה עקרונית ברורה בעניין.²¹³ פתרון ביניים זה הוא אטרקטיבי. מעלתו היא שהוא אינו דורש מהמדינה להסכיף עם השתתפות של תושבי מזרח ירושלים בקבלת החלטות מדיניות.²¹⁴ אלא שגם פתרון זה מחייב נכונות פוליטית מרחיקת-לכת, וסביר להניח שאותה התנגדות שיש למתן אזרחות תושמע גם ביחס למתן הגנה מיוחדת לתושבות.

בסופו של דבר מדובר בעסקת חבילה: על-פי המשפט הבין-לאומי, אין להפריד בין השטח לבין תושביו או בין תפקידים שונים של הריבון. על-מנת שטענת הריבונות שלה תהיה כנה, על מדינת-ישראל לתת לתושבי מזרח ירושלים הזדמנות אפקטיבית לרכישת אזרחות, ולהבטיח את זכויותיהם על בסיס שוויוני. כמו-כן, מכיוון שטענת הריבונות שוללת את זכותה של הרשות הפלסטינית להפעיל סמכויות בעיר, מדינת-ישראל גם אינה רשאית לפטור את עצמה מאחריות להבטחת זכויות-יסוד בהסתמך על הטענה שלתושבים יש זיקה פוליטית ומשפטית לרשות הפלסטינית. הריבון אינו יכול לברור את מרכיבי הריבונות הנוחים לו, לממש את זכויותיו ולהתנער מחובותיו.

210 החלטה 2684 של הממשלה ה-34 "צמצום פערים חברתיים כלכליים במזרח ירושלים ופיתוח כלכלי" (28.5.2017). ראו גם החלטה 3790 של הממשלה ה-34 "צמצום פערים חברתיים כלכליים ופיתוח כלכלי במזרח ירושלים" (13.5.2018).

211 לפרטיה של תוכנית החומש לשנים 2018–2023 ולהערכתה בהשוואה לקודמתה ראו לביא, חדר ואלרן, לעיל ה"ש 209.

212 אמנון רמון ערביי מזרח ירושלים לאן? סוגיית התושבות והאזרחות – תמונת מצב והמלצות למדיניות (מכון ירושלים למחקרי מדיניות, מחקר מס' 486, 2018).

213 יעל רונן פני הלכת עווד – לאן? מעמדם של תושבי מזרח ירושלים הפלסטינים (מכון הארי סאקר למחקרי חקיקה, צפוי להתפרסם ב-2020).

214 אם כי ייתכן שהדרת תושבי-קבע מהשתתפות בבחירות אף היא אינה חסינה מפני שינוי. Daniel Munro, *Integration Through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization*, 9 J. INT'L MIGRATION & INTEGRATION 63, 65 (2008).