בבית המשפט העליון **בג"ץ 1308/17**
<u>בשבתו כבית משפט גבוה לצדק</u>

העותרים:

1. **עיריית סלואד**
2. **עיריית נעלין**
3. **מועצה כפרית בורקא**
4. **מועצה כפרית בלעין**
5. **מועצה כפרית ח'רבתא בני חארת'**
6. **מועצה כפרית דיר קדיס**
7. **מועצה כפרית אלנאקורה**
8. **מועצה כפרית עראק בורין**
9. **מועצה כפרית כפר קליל**
10. **מועצה כפרית דיר שרף**
11. **מועצה כפרית בורין**
12. **מועצה כפרית עסירה אלקבליה**
13. **מועצה כפרית דיר אלחטב**
14. **מועצה כפרית אלסאויה**
15. **מועצה כפרית עזמוט**
16. **מועצה כפרית אללבן אלשרקיה**
17. **מועצה כפרית כפר קדום**

18. **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל, ע"ר 58-031-224-7**
19. **מרכז ירושלים לזכויות אדם, ע"ר 58-030-759-3**
20. **אלמיזאן לזכויות האדם**

כולם ע"י ב"כ עו"ד סוהאד בשארה ו/או מאיסאנה מוראני ו/או חסן
ג'בארין ו/או סאוסן זהר ו/או נדים שחאדה ו/או מונא חדאד
ו/או מוחמד בסאם
מעדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל
רחוב יפו 94, ת.ד. 8921, חיפה 31090
טל: 04-9501610; פקס: 04-9503140
דוא"ל: suhad@adalah.org

וכן ע"י עו"ד סלימאן שאהין
ממרכז ירושלים לזכויות אדם
רח' אבן בטוטה 14 י-ם מז' 91200
ת.ד. 20166
טלפון: 02-6272982, פקס: 02-6264770

- נגד -

המשיבים: **1. הכנסת**
ע"י היועץ המשפטי לכנסת
משכן הכנסת

2. המפקד הצבאי באזור הגדה המערבית
ע"י פרקליטות המדינה (מחלקת בג"צים)
מרחוב צלאח א-דין 29, ירושלים, 9711052

עתירה למתן צו על תנאי וצו ביניים

מוגשת בזאת עתירה למתן צו על תנאי, המופנה למשיבים, והמורה להם לבוא וליתן טעם:

א. מדוע לא ייקבע כי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ו-2017 הינו חסר תוקף בכל שטחי הגדה המערבית ועל כן אסור למשיב מס' 2 לפעול על פיו;

ב. מדוע לא ייקבע כי החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ו-2017 הינו בטל בהיותו בלתי חוקתי.

בקשה למתן צו ביניים

בית המשפט הנכבד מתבקש בזאת להוציא צו ביניים המורה למשיבים להימנע מיישום החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון השתע"ו- 2017 ובין היתר:

א. להימנע מרישום קרקעות בגדה המערבית כרכוש ממשלתי בהתאם להוראות החוק;
ב. להימנע מליטול זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין בשטחי הגדה המערבית לפי הוראות החוק והעברתן ל"ממונה";
ג. להימנע מהקצאת זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין בגדה המערבית לצורכי התיישבות על פי החוק;
ד. להימנע מלהקים ועדת שומה לצורך יישום הוראות החוק;
ה. להימנע מלהקים ועדת השגות על פי החוק;

כל זאת עד להכרעה סופית בעתירה דנן.

יישום החוק באופן מלא או חלקי, ובייחוד לאור סד הזמנים המוגבל ליישומו – יישום מלא תוך 12 חודשים מיום כניסתו לתוקף – תגרום לנזק בלתי הפיך לעותרים 1-17.

יישומו של החוק בשלב זה ובטרם הכרעה סופית בחוקתיותו אינו מתיישב עם הפסיקה המורה על חשיבות חוות דעתו המקצועית של היועץ המשפטי לממשלה בהיותה קובעת את הדין המחייב את כל הרשויות ובכלל זה את המשיב מס' 2. היועץ המשפטי לממשלה נימק מדוע חל איסור על המשיב מס' 2 לקיים את הוראות החוק כדלקמן:

> "לפי הפסיקה, הפקעת קרקע פלסטינית פרטית באיו"ש תיעשה לפי הדין המקומי, לצורך ציבורי, ותוך עמידה בדרישת המידתיות, או כמובן תפיסה לצרכים צבאיים. בניגוד לכך, תכלית ההפקעה שבהצעת החוק היא הסדרה בדיעבד של בניה ישראלית בלתי חוקית על קרקע פרטית פלסטינית.
> לפי המשפט הבינלאומי, ישנה מגבלה על מדינה מלהחיל את חוקיה ביחס למקרקעין המצויים מחוץ לשטחה. בעל הסמכות לחוקק ביהודה ושומרון הוא מפקד כוחות צה"ל באזור. לכן קידום הסדר הנוגע למקרקעין ביהודה ושומרון ולהפקעת זכויות השימוש בהם צריך להיעשות בתחיקת הביטחון, ובכפוף להוראות הדין הבינלאומי שהן המקור לסמכות של הריבון בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית .ספק אם לחקיקה שאתם דנים בה היום תהיה נפקות ככל שהיא תוסדר רק בחקיקה הישראלית, וכפי שציינתי קודם, אנו סבורים שהמפקד הצבאי לא יוכל לחוקק הסדר דומה בתחיקת הבטחון לאור הסתירה לדין הבינ"ל." (עמדת היועץ המשפטי לממשלה, להלן ע/3)

לכן כל יישום לחוק בשלב זה ובטרם הכרעה סופית עלול לגרום לנזקים אדירים שלא כדין וכן אי הוצאת צו ביניים מיידי עלולה לייתר כל דיון בעתירה דנן במידה והזכויות בקרקע על החוק יופקעו ויוקצו למתנחלים ולו לגבי חלק מהעותרים.

נימוקי העתירה על כל חלקיה מהווים חלק בלתי נפרד מבקשה זו.

<u>ואלה נימוקי העתירה:</u>

<u>מבוא</u>

1. ביום 6.2.2017 נתקבל בכנסת החוק להסדרת ההתיישבות ביהודה ושומרון, התשע"ו-2017 (להלן: "**החוק**"), שנועד להפקיע קרקע מידי הפלסטינים בעלי הזכויות בה והקצאתה לישראלים מתנחלים ובכך ל"הסדיר" – מבחינת המשפט הישראלי הפנימי - התנחלויות בגדה המערבית שנבנו על קרקעות פלסטיניות בבעלות פרטית.

== **מצ"ב העתק מנוסח החוק כפי שהוגש לקריאה שנייה ושלישית והמסומן כנספח ע/1.**

2. לשם מימושו, קובע החוק מסגרת זמן קצרה מאוד של פעולות רישום זכויות במקרקעין, נטילת זכויות השימוש והחזקה בהם והקצאת הזכויות למתנחלים. כך קובע סעיף 4 לחוק מסגרת זמן של 12 חודשים, 6 חודשים ו- 60 ימים לביצוע הפעולות הנ"ל בהתאמה.

3. החוק הנדון משעה את שתי מערכות הדין היחידות הלגטימיות ומוכרות במשפט הבינלאומי: המשפט המינהלי ואשר נשען על שוויון בפני החוק וכן המשפט הבינלאומי ההומניטארי החל על שטחים כבושים. החוק הזה הופך את זכויותיהם הבסיסיות של הנתינים הפלסטינים בגדה המערבית להפקר ולחסרות כל הגנה משפטית בכך שהוא מאפשר את נישולם מקניינם הפרטי למען מתנחלים ישראלים בגדה המערבית ועל בסיס השקפה אתנית-אידאולוגית.

4. לכן השעיית הדינים הנ"ל מכניסה את החוק לתחום האיסורים המוחלטים ביותר במשפט הבינלאומי לרבות האיסורים המנויים באמנה הבינלאומית בדבר חיסול ועניש של פשע האפרטהייד ואשר מגדירים פרקטיקות של אפרטהייד כפשע נגד האנושות. סעיף 2 לאמנה זו מציין כי האיסור חל על מעשים אשר מכוננים ומקיימים יחסי דומינציה - domination של קבוצה אחת על קבוצה אחרת על בסיס אתני ואשר מובילים לדיכוי זכויות. כפי שנסביר בעתירה זו, תחולתו והשפעות המקיפה והרחבה של החוק המובילה לפגיעה במספר גדול של פלסטינים בגדה המערבית. כמו כן, תכליתו המוצהרת והברורה של החוק, אשר מבקשת להעדיף אינטרסים של קבוצה אחת על בסיס אתני ומובילה לנישולם של הפלסטינים, לא מותירה ספק שחוק זה נופל בגדר האיסורים המוגדרים כפשעים. לא במקרה שהקהילה הבינלאומית הביעה התנגדות נחרצת כפי שנפרט בהמשך.

5. אכן דברי ההסבר של החוק מבהירים באופן הברור ביותר כי נישול הפלסטינים מזכויותיהם הקנייניות אינו נעשה למען קידום האינטרסים של האוכלוסייה המקומית הפלסטינית ולא למען אינטרס ביטחוני לגיטימי מובהק המגן על כלל הציבור בגדה המערבית, אלא למען קידום ופיתוח

האינטרסים של היהודים הישראלים המתנחלים בגדה המערבית. סעיף 1 לחוק קובע כי מטרת החקיקה היא "להסדיר את ההתיישבות ביהודה והשומרון ולאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה." ההעדפות האתניות האסורות האלו מופיעות באופן ברור בדברי ההסבר להצעת החוק:

> "מטרת הצעת החוק היא להסדיר את מעמדם של יישובים ישראליים ביהודה והשומרון (להלן – האזור), כדי לאפשר את המשך ביסוסה ופיתוחה של ההתיישבות הישראלית באזור."

= **מצ"ב העתק מהצעת החוק ודברי ההסבר והמסומן כנספח ע/2.**

6. לא במקרה, הן היועץ המשפטי לממשלה והן מחלקת היעוץ המשפטי לוועדת החוקה, חוק ומשפט הביעו התנגדות נחרצת לחוק. בחוות דעתו הבהיר היועץ המשפטי לממשלה כדלהלן:

> "ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון להגן על קניינה של האוכלוסיה הפלסטינית באזור, בהיותו הסדר של הפקעה אסורה של זכויות קניין ושלילת מקרקעין מבעליהם החוקיים. מדובר בחובה מוגברת הקבועה בהוראות הדין הבינלאומי הנוהג בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהוכרה ועוגנה בפסיקת בית המשפט העליון."
> מסמך שכותרתו "עמדת היועץ המשפטי לממשלה – הצעת חוק ההסדרה"
> והנמצא באתר הכנסת
> http://fs.knesset.gov.il/20/Committees/20_cs_bg_362461.pdf

== **מצ"ב העתק מחוות דעת היועץ המשפטי לממשלה והמסומן כנספח ע/3.**

7. גם לשכת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט עמדה על הקשיים בדבר ישומו של החוק על ידי המשיב מס' 2:

> "ההסדר שבהצעת החוק חורג באופן ניכר מהמתווה שמאפשר למפקד הצבאי כיום להפקיע מקרקעין ביהודה ושומרון לצורך ציבורי, ומעורר קשיים שונים: מדובר בהוראה של המחוקק לגורם מינהלי להפקיע מקרקעין, ללא קיומו של הליך הפקעה מסודר שעולה בקנה אחד עם הדין המקומי או עם כללי המשפט המינהלי בישראל; ההפקעה נעשית באופן לא שוויוני; ההפקעה היא לצורך הכשרה של פעולות שנעשו מלכתחילה באופן לא חוקי [...]". (עמ' 2 לחוות הדעת)

== **מצ"ב העתק מחוות דעת מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט והמסומן כנספח ע/4.**

8. העתירה מעלה שני טיעונים מרכזיים המתבטאים בסעדים שצוינו בראשיתה. ראשית, חל איסור מוחלט על החלתו ויישומו של החוק בשטחי הגדה המערבית מאחר והוא מפר באופן בוטה את מערך הדינים - הוראות המשפט הבינלואמי ההומינטארי ומשפט זכויות האדם – החל על שטחי הגדה המערבית כשטחים כבושים בכלל ועל האוכלוסיה הפלסטינית בגדה המערבית כאוכלוסייה מוגנת בפרט. לכן המשיב מס, 2 הינו מנוע מלקיים את הוראות החוק. שנית, החוק בטל בהיותו בלתי חוקתי מאחר והוא פוגע בזכויות החוקתיות לקניין ולכבוד של האוכלוסייה הפלסטינית בגדה המערבית ובניגוד לעקרונות פיסקת ההגבלה שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר לתחולת חוקי היסוד על חוק מסוג זה נסביר בעיקר כי ההגנות החוקתיות שבחוקי היסוד אשר חלות על האדם באשר הוא (כמו הזכות לקנין והזכות לכבוד) להבדיל מזכויות החלות על האזרח כאזרח (כמו הזכות לבחור ולהיבחר שבחוק-יסוד: הכנסת) יחולו על כל אדם ללא קשר למקום מושבו או מעמדו במיוחד כאשר

הוא כפוף לרשויות הישראליות ו/או נמצא תחת שליטה אפקטיבית ישראלית. אכן החוק אינו מוביל רק לפגיעה בקניינם הפרטי של הפלסטינים אלא הוא מבקש לפגוע בזכותם לכבוד על ידי כך שהוא מסביר ללא היסוס כי האינטרסים של ההתנחלויות והמתנחלים היהודים הישראלים בגדה המערבית גוברים ועליוניים על זכויותיהם של הפלסטינים ועל כן מותר לנשלם. נטען כי הפגיעה בזכויות אינה לתכלית ראויה ובעיקר משום שהיא נופלת בגדר האיסורים המוחלטים של המשפט הבינלאומי. בגלל תכליתו הפסולה של החוק לא נצטרך לדון במבחן המידתיות שכן איסורים מסוג זה, מטבעם, אינם כפופים לבחינה מסוג זה וגם לא יכולים להיבחן על בסיס זה. לא במקרה למשל, בג"ץ לא בחן את חוקיות השימוש בפלסטינים כמגן אנושי על ידי הצבא (פרשת נוהל שכן) על בסיס מבחן המידתיות משום שהוא קבע ששימוש זה נופל בגדר ההפרות בוטות למשפט הבינלאומי ההומניטארי (בג"ץ 3799/02 **עדאלה – המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי בישראל נ' אלוף פיקוד מרכז בצה"ל**, פ"ד ס(3), 67 (2005)). כך הוא דינו של חוק זה.

<u>העותרים</u>

9. העותרים מס' 1-17 הנן רשויות מקומיות פלסטיניות בגדה המערבית שהתנחלויות המנויות בתוספת לחוק נמצאות בשטח שיפוטן והן ותושביהן ויושפעו מהחוק לרעה.

10. העותר מס' 18 הינו עמותה אשר נוסדה בנובמבר 1996 כמרכז משפטי עצמאי הפועל לקידום זכויות האדם בכלל וזכויות האזרחים הערבים בישראל בפרט.

11. העותר מס' 19 עמותה אשר נוסדה בשנת 1997 **ופועלת** כמרכז לסיוע משפטי עבור הפלסטינים בשטחים הכבושים כחלק מהמרכז לסיוע משפטי של הקוויקרים.

12. העותרת מס' 20 הינה עמותה, הפועלת למען קידום זכויותיהם של הפלסטינים תושבי השטחים הכבושים.

<u>החלק העובדתי</u>

13. החוק מורה למפקד הצבאי באזור הגדה המערבית הכבוש להפקיע קרקעות פרטיות של פלסטינים ואשר מתנחלים ישראלים פלשו אליהן, בתקופה שקדמה לחוק (סעיף 3), ובנו עליהן ללא היתר, ולהקצות את הקרקע בחזרה למתנחל שפלש אליה ובנה בה.

14. החוק מגדיר כל מקרקעין באיזור אשר "זכויות השימוש וההחזקה בהם או בחלקם אינן נתונות לרשויות האזור או לממונה" על הרכוש הממשלתי, כ"מקרקעין הטעונים הסדרה" ומנחה את רשויות האיזור להפקיע את הבעלות על קרקעות או את זכויות השימוש והחזקה בהם, באם קיימת עליהם "התיישבות" שנעשתה "בתום לב" או "ניתנה הסכמת המדינה לבנייתה" (סעיף 3).

15. ס' 3 מבחין בין שני סוגים של מקרקעין הטעונים הסדרה:

(1) <u>מקרקעין שאין בהן בעל זכויות רשום או זכאי להירשם</u>: הבעלות על מקרקעין אלה תופקע והקרקע תירשם, תוך 12 חודשים מיום פרסום החוק (סעיף 4(א)), כרכוש ממשלתי. באספקט זה, החוק משנה מהותית את דיני המקרקעין בשטחי הגדה המערבית, כפי שהבהיר זאת גם היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו לעניין דנן:

"החוק קובע הסדר לפיו קרקע שאדם לא הוכיח את זכויותיו בה תירשם על שם הממונה. הסדר זה משנה באופן מהותי מדיני המקרקעין הנוהגים באזור יהודה ושומרון ומהמדיניות הנוגעת לאדמות מדינה. לפי מדיניות זו, הממונה מכריז על אדמות מדינה (ולא רושם בבעלותו) רק מקום בו כלל הרישומים והממצאים מלמדים כי לא מדובר בקרקע פרטית. מדיניות זו נובעת מאותה חובת ההגנה מוגברת על קניין הפרט, ובשים לב לכך שהמפקד הצבאי התלה את הליכי ההסדר באזור בשנת1967" (עמדת היועמ"ש, ע/3, פס' 3)

(2) <u>מקרקעין שיש בהם בעל זכויות רשום או זכאי להירשם</u>: לגבי קרקעות אלה רשויות האיזור, תוך 6 חודשים מיום פרסום החוק (סעיף 4(ב)), יטלו את זכויות השימוש וההחזקה במקרקעין ויעבירו אותם לממונה על הרכוש הממשלתי עד ל"הכרעה מדינית בדבר מעמדו של האזור וההתיישבות בו" (סעיף 3(2)(ב)). נטילת זכויות זו תיעשה, כביכול, ככל הניתן בהתאם לדין המקומי החל באיזור (סעיף 3(2)(ב)) אולם כפיפות זו הינה פיקטיבית שכן, החוק קובע כי נטילת הזכויות "תיעשה, ככל הניתן בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני, ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה [...]" (סעיף 3(2)(ב)).

16. למרות שלכאורה החוק יוצר שני סוגים של מקרקעין אשר חלים עליהם הוראות שונות, בשני המקרים, הפגיעה בזכות לקניין הנה חמורה וגורפת ביותר. שכן "נטילת זכויות השימוש וההחזקה בקרקע לתקופה שאינה ידועה (עד ל"הכרעה מדינית") והקצאתה לצד ג', מרוקנת את הזכות לקניין מכל תוכן שהוא. על כך עמד היועץ המשפטי לממשלה בחוות דעתו כלהלן:

"העובדה שההצעה מפקיעה מהבעלים החוקיים כביכול רק את זכויות השימוש במקרקעין, להבדיל מנוסחים קודמים שדיברו על הפקעת הבעלות כולה, אין בה כלל וכלל כדי לאיין את חומרת הפגיעה ואת אי חוקיות. זכות השימוש והחזקה במקרקעין הן זכויות מרכזיות ומשמעותיות בתוך אגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות. בנוסף, ההפקעה איננה מוגבלת בזמן, כך שמדובר בשלילת זכויות קבועה." (עמדת היועמ"ש לממשלה, ע/3, פס' 1)

17. בלשכה המשפטית של הוועדה המשותפת לוועדת החוקה חוק ומשפט ולוועדת החוץ והביטחון (להלן: "**הוועדה**"), אשר דנה בהצעת החוק דנן לקראת קריאה שנייה ושלישית, הבהירו אף הם בהקשר זה כי "מדובר בעצם בהפקעה":

"אלעזר שטרן – הלשכה המשפטית:
זה עניין של סמנטיקה. כל הדברים הם אותו דבר, פשוט זה המציעים ביקשו לכתוב כך. מדובר בעצם בהפקעה." (פרוטוקול מס' 7 מישיבת הוועדה מיום 13.12.2016, בעמ' 3)

== **מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול הוועדה מיום 13.12.2016 כנספח ע/5.**

18. דברים דומים העלתה מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדת חוקה, חוק ומשפט גם עלי כתב בחוות הדעת שהגישה לוועדה:

"[**חרף**] **השימוש במינוח של "זכות השימוש", תכני ההסדר שבהצעת החוק מלמדים על כך שמהותה של הזכות הנפגעת היא זכות הבעלות על הקרקע ולא זכות השימוש בה.**" (חוות דעת מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדה, נספח ע/4, בעמ' 10. ההדגשה במקור)

19. אמנם החוק מעניק פיצוי מסוים לבעלי הקרקע הפלסטינים שזכויות השימוש וההחזקה בקרקעותיהם ניטלו (סעיף 8(א)), אך אין בכך בכדי לרפא את הפגיעה בזכותם לקניין ואת הפגם שבחוק, כפי שיפורט להלן.

20. לאחר ההפקעה, הממונה על הרכוש הממשלתי יקצה את זכויות השימוש וההחזקה בקרקעות שהופקעו לצורכי ההתיישבות שכבר נבנתה על אותם מקרקעין וזאת באמצעות החטיבה להתיישבות או גופים מיישבים אחרים (סעיף 6). כמו כן, המדינה תפעל להשלמת הליכי התכנון בקרקעות אלה מהר ככל הניתן (סעיף 6(א)) ומתוך כוונה להסדיר את הבנייה הקיימת (סעיף 6(ב)).

21. יתרה מכך, סעיף 7(א) לחוק קובע כי בהתקיים התנאים הרשומים בסעיף 3 בהתיישבות מסוימת, יבוטלו כל הליכי האכיפה והצווים המינהליים התלויים ועומדים (סעיפים 7(א)-(ב)). לשם כך, קובע החוק רשימה של 16 התנחלויות לגביהן המחוקק איננו ממתין להחלטה של הממונה, שאמורה להתקבל תוך שנה, אם מתקיימים התנאים של ס' 3 והבנייה תוכשר והצווים יבוטלו, אלא כבר כעת מתלה את הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניינם לשנה (סעיף 11).

<u>ההתנחלויות עליהן חל החוק</u>

22. על מנת להיכנס למתווה החוק, על "ההתיישבות" לעמוד בשני תנאים חילופיים: תום לב של המתיישבים או הסכמת המדינה. ארבעה הם המושגים הרלוונטיים לעניין סעיף זה (התיישבות, תום לב, הסכמת המדינה, מדינה) כאשר אחד מהם – תום הלב – אינו מוגדר בחוק ומעורר בעיות פרשניות שונות, ואילו השלושה האחרים (התיישבות, הסכמת המדינה, מדינה) מוגדרים בצורה רחבה ועמומה ביותר כפי שיפורט להלן.

23. תחילה נציין, "**התיישבות**" הוגדרה בצורה רחבה ביותר הכוללת את "כלל בתי המגורים שבה, המתקינים, השטחים החקלאיים המשמשים לצורכה, מבני ציבור המשמשים את המתגוררים בה, אמצעי ייצור, וכן דרכי גישה ותשתיות מים, תקשורת, חשמל וביוב" ו"לרבות שכונה או הרחבה של אותה התיישבות" (סעיף 3 לחוק).

24. דהיינו, בהתקיים התנאים המוגדרים בסעיף 3 לחוק, חובה על המפקד הצבאי להפקיע את כל השטחים המשמשים את המתנחלים באותה התנחלות (מגורים, מבני ציבור, תעשייה, חקלאות, דרכי גישה ותשתיות).

25. נציין בהקשר הזה כי התנאים שנקבעו להכללת "התיישבות" בגדרי החוק, הנם תנאים רחבים ביותר ומשמעותם איננה ברורה כלל. שכן, המושג של "**תום הלב**" אינו מוגדר כלל בחוק, וכידוע משאר תחומי המשפט בהם נעשה שימוש במושג זה, הרי ברור שמדובר במושג שסתום שיש ליישמו בכל מקרה ומקרה ושאין אפשרות ליצוק לתוכו משמעות כללית, וזאת על אף קיומם של כללי אצבע מנחים להפעלתו.

26. התנאי השני של הסכמת המדינה בעייתי אף הוא. שכן "**הסכמת המדינה**" מוגדרת בצורה רחבה ביותר:

"**הסכמת המדינה**" – במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה, לרבות סיוע בהנחת תשתיות, הענקת תמריצים, תכנון תכניות, פרסום פרסומים שנועדו לעודד בנייה או פיתוח או השתתפות בכסף או בעין.

27. הסכמה כאמור - שיכולה להיות במפורש או במשתמע, מראש או לאחר מעשה – יכולה לתפוס שורה רחבה ביותר של פעולות שאין אפשרות להבין את הדרך בה היא תופעל. על בעייתיות זו עמדה מחלקת הייעוץ המשפטי של ועדת החוקה, חוק ומשפט בהבהירה כי" ההגדרה של "הסכמה" שבהצעת החוק כוללת מנעד רחב מאוד של ביטויי הסכמה אפשריים מצד "המדינה" (חוות דעת מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדה, נספח ע/4, בעמ' 10). בעייתיות זו מחריפה עוד יותר לאור ההגדרה הרחבה של "מדינה":

"'**המדינה**' – ממשלת ישראל או משרד ממשרדי הממשלה, רשויות האיזור,רשות מקומית או מועצה אזורית בישראל או באזור ומוסד מיישב."

28. הגדרה זו של המדינה רחבה ביותר שכן היא כוללת רשויות מקומיות שאינן נמנות על רשויות המדינה כלל ואף כוללת גופים פרטיים – אותם מוסדות מיישבים כגון החטיבה להתיישבות. כך גם הבהירה המחלקה המשפטית של ועדת החוקה, חוק ומשפט: "ההגדרה של 'מדינה' היא רחבה ביותר והיא כוללת כמעט כל גורם בעל סממן שלטוני או ציבורי שעשויה להיות לו נגיעה ליישוב" (חוות דעת מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדה, נספח ע/4, בעמ' 11) ואלה יכולים לכלול את "הממשלה, משרד ממשלתי, המינהל האזרחי, צה"ל, רשויות מקומיות, מועצות איזוריות, ההסתדרות הציונית העולמית, החטיבה להתיישבות ומוסדות מיישבים אחרים ששר החקלאות הכיר בהם" (חוות דעת מחלקת הייעוץ המשפטי לוועדה, נספח ע/4, ה"ש 39).

29. לצד ההגדרות הנ"ל, מונה התוספת לחוק רשימה של 16 התנחלויות (ראו טבלה להלן), שכאמור, לגביהן המחוקק מתלה, באופן מיידי, את הליכי האכיפה והצווים המינהליים הקיימים בעניינם לשנה שלמה (סעיף 11).

טבלת ההתנחלויות שבתוספת לחוק והיישובים הפלסטינים הנפגעים מהם

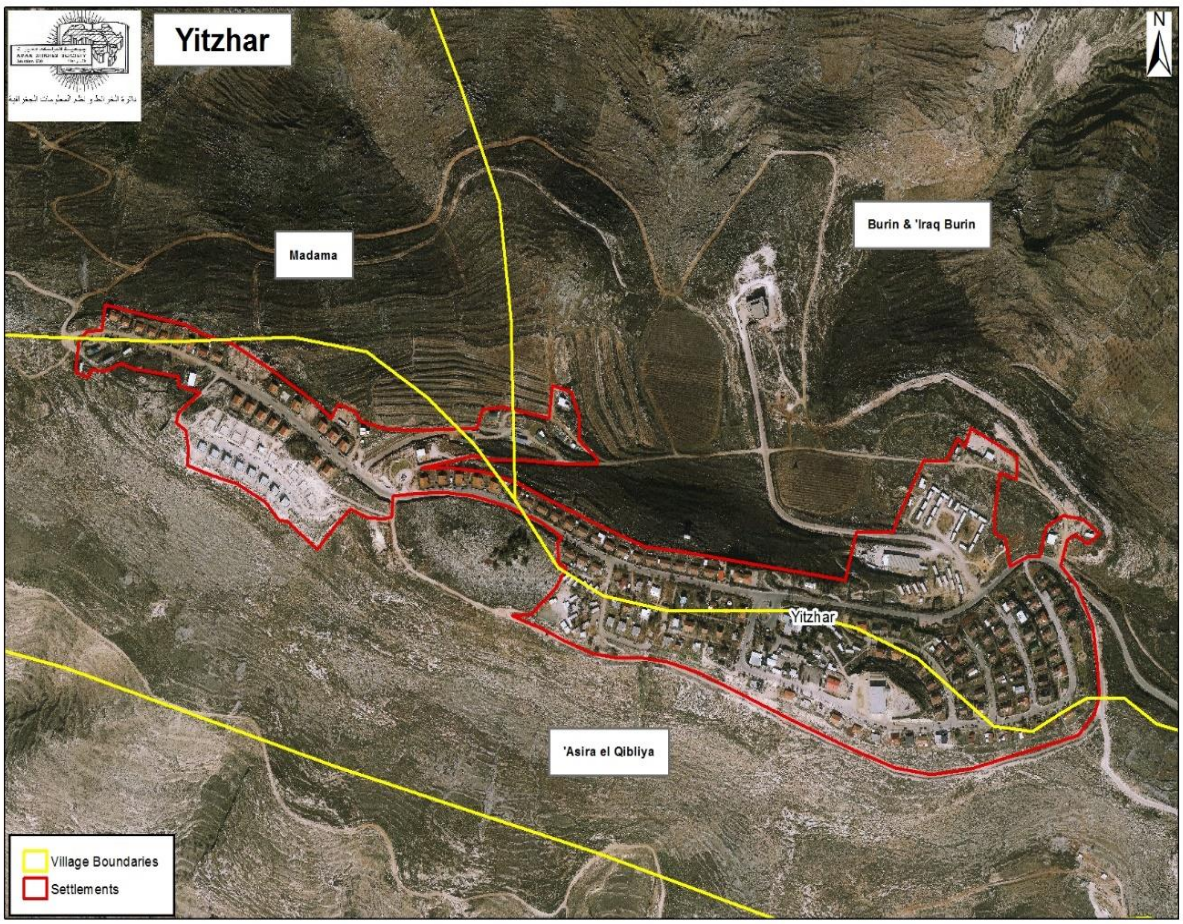
התנחלות	**ישובים פלסטינים על אדמותיהם בנויה ההתנחלות**
עפרה	עין יברוד, סלואד
נתיב האבות	אלח'דר
עלי	לובן אלשרקיה, אלסאויה
כוכב השחר	דיר ג'ריר, כפר מאלק
מצפה כרמים	דיר ג'ריר, כפר מאלק
אלון מורה	עזמוט, דיר אלחטב
מעלה מכמש	דיר דבואן
שבי שמרון	אלנאקורה, דיר שרף
קדומים	כפר קדום
פסגות	אלבירה
בית איל	דורא אלקרע, אלבירה

יצהר	עסירה אלקבליה, בורין, עראק בורין
הר ברכה	כפר קליל, בורין, עראק בורין
מודיעין עילית	דיר קדיס, ח'רבת בני חארת', בעלין, נעלין
נוקדים	ערב אלתעאמרה (ליד זעתרה)
כוכב יעקב	כפר עקב, ברקא

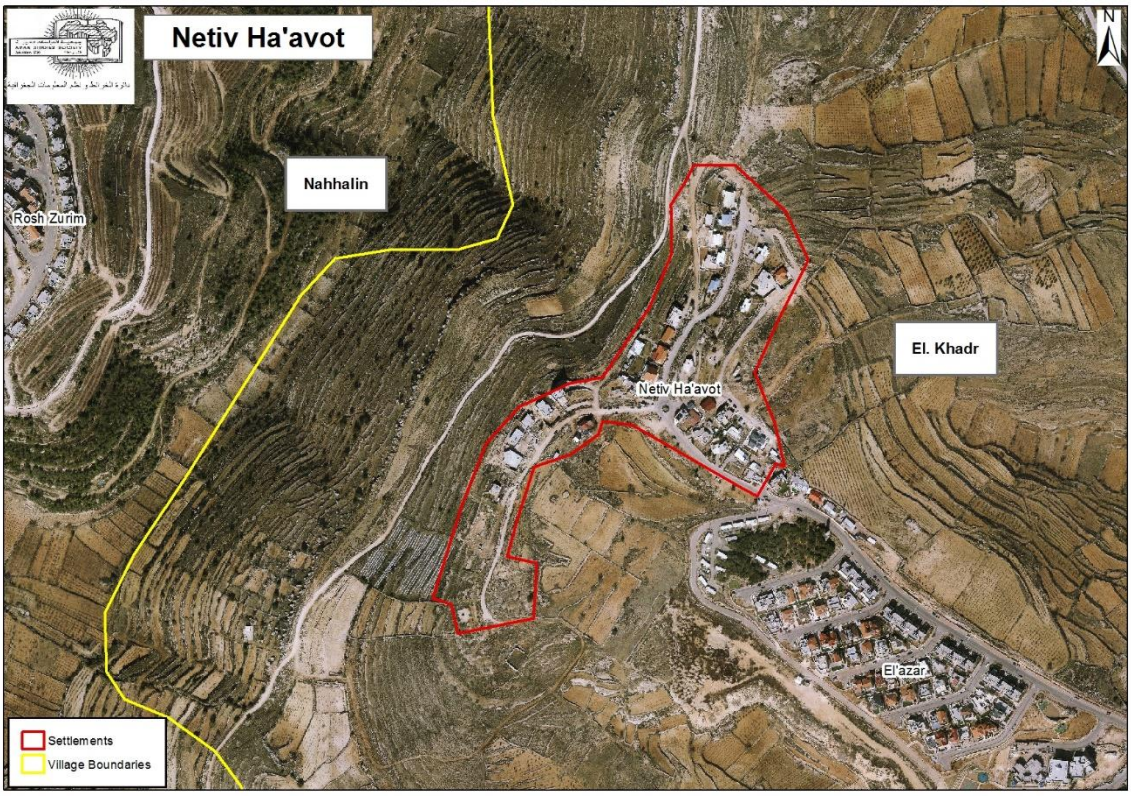
30. להלן צילומי אוויר של שתי התנחלויות על רקע שטחי השיפוט המנדטוריים של הרשויות המקומיות שעל שטחן הן נבנו. מפות דומות של שאר ההתנחלויות מצורפות בנספחים.

== מצ"ב העתק מצילומי אוויר של ההתנחלויות על רקע שטחי השיפוט המנדטוריים של הרשויות המקומיות שעל שטחן הן נבנו והמסומנים כנספח ע/6.

יצהר



נתיב האבות



31. כאשר התעוררה שאלה בוועדה לגבי הדרך בה נבחרו יישובים אלה ולמה הם דווקא, הבהיר ח"כ בצלאל סמוטריץ, מיוזמי החוק, כי אלה הן התנחלויות אשר מתקיימים לגביהם הליכים בשלבים שונים:

> "היישובים הללו, אלו היישובים שלמיטב ידיעתנו, מתוך ההיכרות עם המצב בשטח, יש כל מיני הליכים בשלבים שונים שמתנהלים היום בעניינם, בעיקר מצד ארגוני שמאל קיצוניים שמנהלים תכתובות ואחר-כך מגיעים עם הדבר הזה לבג"צ. מאחר וייקח זמן לרשויות האזור לעבור על כל אותם 4,000, אני יודע כמה, מבנים לא חוקיים שיושבים על אדמות לא מוסדרות ולבחון את ההתקיימות של התנאים של סעיף 3 ביחס לכל אחד מהם, אנחנו בסך-הכול מבקשים להתלות את הצווים, כדי שאם יתפתחו הליכים משפטיים בעניינם של המבנים ביישובים הללו, אז האמירה תהיה שאנחנו ב"הולד" עד שנבחן האם הם באים בשעריו של החוק הזה."
> (ישיבה מס' 7 מישיבת הוועדה מיום 13.12.2016, בעמ' 59)

== **מצ"ב העתק מהעמודים הרלוונטיים מפרוטוקול ישיבה מס' 7 של הוועדה מיום 13.12.2016 והמסומנים כנספח ע/7.**

32. דהיינו, מדובר ברשימה ראשונית של יישובים אשר ליוזמי החוק ידוע כבר כיום כי הבנייה בהם הינה על קרקע פרטית וכי ישנם אנשים אשר דורשים לקבל חזרה את זכויותיה בקרקע.

33. יצוין גם כי הוראות החוק אינן קובעות כל הליך של השגה או ערעור לנפגעים מהוראותיו וזכויותיהם מופקעות. המנגנון היחיד שהחוק קובע הנו מנגנון של השגה על הקביעה של ועדת השומה לעניין גובה דמי השימוש המגיעים לבעל הקרקע (סעיף 10). לאור ההגדרות הרחבות הנ"ל וכן היעדרו של מנגנון ערעור על החלטות רשויות האזור בעניין זה, הרי דה פקטו משמעותו של החוק היא בפועל הפקעת

כל הקרקע הפסלטינית עליה בנויה התנחלות כלשהי או משתמשים בה מתנחלים לצרכי מגורים, חקלאות, מבנה ציבור, תעשייה, דרכי גישה ותשתיות.

הביקורת הבינלאומית:

34. עם אישורו, החוק גרר ביקורת בינלאומית חריפה כנגדו וזאת בשל היותו נוגד את המשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן בשל השלכותיו על תהליך השלום. כך, למחרת אישורו, גונה החוק על ידי המזכיר הכללי לאומות המאוחדות אשר הבהיר, כי לחוק, אשר מפר את המשפט הבינלאומי, יהיו השלכות משפטיות מרחיקות לכת על המדינה.

> "United Nations Secretary-General António Guterres today deeply regretted the adoption by Israel's legislative body, the Knesset, of the so called "Regularisation bill," saying the measure contravenes international law and will have "far-reaching legal consequences" for the country."
>
> http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=56123#.WJpINvl97b0

35. גם פרסמה שרת החוץ של האיחוד האירופי פדריקה מוגריני, הוציאה ביום 7.2.2017 הודעת גינוי חריפה לחוק ואמרה כי "חוצה סף חדש ומסוכן", וכדבריה:

> "The European Union condemns the recent adoption of the "Regularisation Law" by the Israeli Knesset on 6 February. This law crosses a new and dangerous threshold by legalising under Israeli law the seizure of Palestinian property rights and effectively authorising the confiscation of privately owned Palestinian land in occupied territory. The law may provide for "legalising" numerous settlements and outposts previously considered as illegal even under Israeli law, which would be contrary to previous commitments by Israeli governments and illegal under international law.
>
> In passing this new law, the Israeli parliament has legislated on the legal status of land within occupied territory, which is an issue that remains beyond its jurisdiction."
>
> https://eeas.europa.eu/headquarters/headquarters-homepage/20104/statement-high-representativevice-president-federica-mogherini-regularisation-law-adopted_en

36. האיחוד האירופי אף גינה את החוק בשלבי ההצעה, בהודעתו מדצמבר 2016
https://eeas.europa.eu/topics/water-diplomacy/16735/statement-by-the-spokesperson-on-the-regularisation-bill-in-israel_en

37. החוק גונה גם על ידי ארגוני זכויות אדם בינלאומיים, ובין היתר, על ידי ארגון Human Rights Wach אשר עוד בערב אישורו של החוק הוציא הודעת גינוי כנגדו בזו הלשון:

> "The Knesset's passage of the 'Regularization' bill undoes years of established Israeli law and, coming just weeks after the Security Council's unanimous passage of Resolution 2234 on the illegality of settlements, reflects Israel's manifest disregard of international law. The bill further entrenches the current reality in the West Bank of de facto permanent occupation where Israeli settlers and Palestinians living in the same territory are subject to 'separate and unequal' systems of laws, rules and services. Israeli officials driving settlement policy should know that the Trump administration cannot shield them from the scrutiny of the International Criminal Court, where the prosecutor continues to examine unlawful Israeli settlement activity."

38. הממשל האמריקאי הקודם אף הוא התנגד להצעת החוק דנן. סגן דובר מחלקת המדינה מארק טונר הודיע ביום 6.12.2017:

> "This legislation, if it is enacted, would be a dramatic advancement of the settlement enterprise, which is already greatly endangering the prospects for a two-state solution." He added, "We have also been troubled by comments from some political figures in Israel that this would be a first step toward annexation" of the West Bank to Israel."

https://2009-2017.state.gov/r/pa/prs/dpb/2016/12/264912.htm

מיצוי הליכים:

39. ביום 19.7.2016 פנה העותר מס' 18 ליועץ המשפט לממשלה וביקשוהו להתנגד להצעת חוק ההסדרה, וביום 13.12.2016 פנה הנ"ל אל הוועדה המשותפת לוועדת חוקה חוק ומשפט ולוועדת חוץ ובטחון, לקראת דיוניה בהצעת החוק להכנתה לקריאה שניה ושלישית. תשובה בעניין לא נתקבלה וכאמור, החוק עבר במליאת הכנסת ביום 06.02.2017.

== **מצ"ב העתק מהמכתבים מיום 19.7.2016 ו- 13.12.2016 והמסומנים כנספח ע/8.**

החלק המשפטי

נבקש לחלק את טיעוננו המשפטיים כאן לשני חלקים: בחלק הראשון נבקש להסביר מדוע צריך להכריז כי החוק הנדון הינו חסר תוקף בשטחי הגדה המערבית ועל כן אסור למפקד הצבאי שם לפעול על פי הוראותיו. בחלק השני נבקש לטעון כי החוק הינו בלתי חוקתי כי הוא פוגע בזכויות אדם החלים על כל אדם הכפוף לרשויות ישראליות בניגוד לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. בהקשר זה החוק הנדון פוגע בזכויות החוקתיות לקנין וכבוד של תושבי הגדה המערבית הפלסטינים, וזאת בניגוד לתנאי פיסקת ההגבלה.

<u>הפרק הראשון: החוק אינו תקף בגדה המערבית כי הוא משעה את נורמות המשפט הבינלאומי</u>

40. בפרק זה נבקש לטעון כי החוק לא יכול להיות בר – תוקף בגדה המערבית כי הוא משעה את תחולת המשפט הבינלאומי ההומניטרי וכן את הוראות המשפט הבינלאומי בדבר זכויות האדם אשר חלים בשטחים הכבושים, וקובע נורמות אשר כבר נפסק על ידי בית משפט נכבד זה, כי, "כוחו של המפקד הצבאי בא לו מהמשפט הבין־לאומי הפומבי הנוגע לתפיסה לוחמתית. משמעותה המשפטית של תפיסה זו היא כפולה: ראשית, המשפט, השיפוט והמינהל של מדינת ישראל אינם חלים באזורים אלה. הם לא "סופחו" לישראל; שנית, המשטר המשפטי החל באזורים אלה נשלט על ידי המשפט הבין־לאומי הפומבי העוסק בתפיסה לוחמתית." (בג"ץ 7957/04 **מראעבה נ' ראש ממשלת ישראל**, פ"ד ס(2) 477, 492 (2005)).

ראו גם: בג"ץ 1661/05 **המועצה האזורית חוף עזה נ' כנסת ישראל**, פס' 77 לפסק הדין (פורסם במאגרים, 2005) (להלן: עניין **חוף עזה**); בג"ץ 4764/04 **רופאים לזכויות אדם נ' מפקד כוחות צה"ל בעזה**, פ"ד נח(5) 385 (2004); בג"ץ 2056/04 **מועצת הכפר בית סוריק נ' ממשלת ישראל**, נח(5) 807 פס' 23 (2004); בג"ץ 3239/02 **מרעב נ' מפקד כוחות צה"ל באיזור יהודה והשומרון**, פ"ד נז(2) 349 (2003); בג"ץ 7015/02 **עג'ורי נ' מפקד כוחות צה"ל**, פ"ד נו(6) 352, פס' 13 (2002); בג"ץ 3451/02 **אלמדני נ' שר הביטחון**, פ"ד נו(3) 30, 34-35 (2002); בג"ץ 3114/02 **ח"כ ברכה נ' שר הביטחון**, נו(3) 11 (2002); בג"ץ 102/82 **צמל נ' שר הביטחון**, פ"ד לז(3) 365, 374-375 (1983).

41. עוד נפסק, כי מקור נוסף של "דינים החלים בתפיסתה הלוחמתית של מדינת ישראל. אלה הם עקרונות היסוד של המשפט המינהלי הישראלי, שעניינם שימוש בסמכות שלטונית של עובד ציבור. אלה כוללים, בין השאר, כללים של הגינות מהותית ודיונית, החובה לנהוג בסבירות וכללי המידתיות." (עניין **מראעבה**, עמ' 492). (ראו גם: בג"ץ 393/82 **ג'מעית אסכאן אלמעלמון אלתעאוניה אלמחדודה אלמסאוליה נ' מפקד כוחות צה"ל באזור יהודה והשומרון**, פ"ד לז(4) 785, 810 (1983)) (להלן: "**ג'מעית אסכאן**")).

42. על תחולת המשפט ההומניטרי בשטחים הכבושים עמד בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית. (ראו פס' 89 ו-101 להחלטה בקישור הבא: www.icj-cij.org/icjwww/idocket/imwp/imwpframe.htm).

43. אי לכך, על פעולות ישראל בגדה המערבית חלים כללי המשפט הבינלאומי ההומניטארי כולל אמנת האג בדבר דיני המלחמה משנת 1907 והתקנות הנלוות לה (להלן: "**תקנות האג**"), אמנת ג'נבה הרביעית בדבר הגנה על אזרחים בעת מלחמה משנת 1949, כמו כן חל על הגדה המערבית משפט זכויות האדם הבינלאומי.

44. פעולה כגון זו שבחוק הנדון לא תשנה את מעמדם המשפטי של השטחים עליהם הוא יופעל לפי המשפט הבינלאומי והם יוותרו, כפי שהיו ערב החלת החוק, שטחים כבושים ובעליהם, כמו כלל תושבי האזור הפלסטינים, הינם תושבים מוגנים על פי המשפט הבינלאומי ההומניטרי. בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת (Advisory Opinion) מיום 9.7.2004 בעניין חומת ההפרדה שנבנית על ידי ממשלת ישראל בגדה המערבית, הדגיש שוב את מעמדם של כלל השטחים

שנכבשו על ידי ישראל בשנת 1967, כשטחים כבושים (פס' 98-99 לחוות הדעת המייעצת בענין הגדר). בקונטקסט דומה, בית הדין קבע באופן חד משמעי, כי צעדים בהם נקטה ישראל לאחר הכיבוש, על מנת לשנות את מעמד מזרח ירושלים, לא יכולים לשנות ממעמדו של השטח כשטח כבוש ומעמדה של ישראל כמעצמה כובשת (פס' 75 ו- 78 לחוות הדעת המייעצת בעניין הגדר). דבריו הנ"ל של בית הדין יפים הם גם לענייננו. בעניין **מראעבה** לא שלל בית המשפט הנכבד את העקרונות של חוות דעת מייעצת זו.

45. ואכן, סעיף 43 לאמנת האג, המתווה את השיקול המרכזי להפעלת סמכויותיו של הכוח הכובש, קובע כי צבא כובש צריך לשמר את החוק שהיה קיים באזור לפני הכיבוש ולפעול על פיו, וכי השיקול המרכזי להפעלת סמכויותיו של הכוח הכובש הנו טובתה של האוכלוסייה המקומית בשטח הכבוש. הנה כי כן, טובת הנכבשים ובטחון הכובש, הם שמניעים את דיני הכיבוש ויוצרים את מארג השיקולים שיכולה המעצמה הכובשת לשקול בעת שהיא עושה שימוש בכוחות שלטוניים ומנהלת את השטח הכבוש (ראו גם עניין **ג'מעית אסכאן**). לכן, כל שינוי שישראל עושה במצב המשפטי בשטחים הכבושים אמור לעמוד במבחן זה, אחרת כל שינוי כזה יהיה חסר כל אפקט מבחינת החוק הבינלאומי.

46. כאמור, אמנם סעיף 3(2)(ב) לחוק הנדון קובע כי נטילת זכויות השימוש וההחזקה לפי החוק "תיעשה, ככל הניתן, בהתאם להוראות חוק הקרקעות הירדני" – בבחינת הדין המקומי החל. אך הוראות אלה יחולו "ככל שהן אינן סותרות את הוראות חוק זה". על כן, אין בכך בכדי לרפא את הפגם שבהחלת חוק ישראלי הקובע נורמות משפטיות בשטחים הכבושים ועוד בניגוד למשפט הבינלאומי ההומניטרי, כפי שיפורט להלן. שכן, כלשון הסעיף, אף החוק הירדני מוכפף ברמה הקונספטואלית, העקרונית והמעשית להוראות החוק דנן ומניעיו הפוליטיים.

47. הלכה למעשה, החוק הנדון שולל באופן מוחלט את ההגנות שבמשפט הבינלאומי ההומניטרי על הזכות לקניין, דרך נורמה חקיקתית ישראלית הפוגעת בזכויות של תושבים מוגנים בשטחים הכבושים.

48. המשפט הבינלאומי ההומניטארי מטיל איסור על מדינת ישראל, כמעצמה כובשת, לנצל שטחים כבושים לצרכיה הפוליטיים ולצרכי אזרחיה, כולל בניית התנחלויות. בנושא זה נקבע בעניין **ג'מעית אסכאן**, כי "אין המפקד הצבאי רשאי לשקול את האינטרסים הלאומיים, הכלכליים, הסוציאליים של מדינתו שלו, עד כמה שאין בהם השלכה על האינטרס הביטחוני שלו באזור או על האינטרס של האוכלוסייה המקומית. אפילו צורכי הצבא הם צרכיו הצבאיים ולא צורכי הביטחון הלאומי במובנו הרחב. אזור המוחזק בתפיסה לוחמתית אינו שדה פתוח לניצול כלכלי או אחר." (עניין **ג'מעיית אסכאן**, בעמ' 794-795 ; ראו לעניין זה גם : עניין **מראעבה** ; בג"ץ 2150/07 **אבו צפייה נ' שר הבטחון**, פ"ד סג (3) 331 (2009) ; בג"ץ 69/81 **אבו עיטה נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד לז(2), 197 (1983) ; בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח(3), 443, 455 (2004)).

49. כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, תכליתו של החוק הינה אתנית- פוליטית מובהקת של "הכשרה" בדיעבד - לפי המשפט הישראלי הפנימי - של התנחלויות אשר נבנו תוך כדי הפרת המשפט הבינלאומי ההומניטרי. מאחר והחוק מבקש לשנות את אופיים של השטחים הפלסטינים בבעלות פרטית עליהם בנויות התנחלויות, הן של מי שמתגוררים בשטחים הכבושים והן אלה שנהפכו לפליטים מחוץ

לשטחים אלה, ונוכח העובדה שהיא אינה עונה לאף אחד משני החריגים הקבועים בתקנה 43 לתקנות האג, לכן הכשרת ההתנחלויות נשוא החוק תוך כדי הפקעת זכויות השימוש באדמות הפלסטיניות עליהן הן בנויות, כמו גם עצם הקמתן מלכתחילה, הינן הפרה בוטה של סעיף 55 לאמנת האג. וכמובן בית הדין הבינלאומי לצדק (ICJ), בחוות דעתו המייעצת הנ"ל הדגיש שוב את מעמדן הבלתי חוקי והמנוגד למשפט הבינלאומי ההונמיטרי של ההתנחלויות בשטחים הכבושים משנת 1967.

50. עקרון זה מתבטא גם בתקנות ספיציפיות העוסקות בסמכויות הכובש ביחס לנכסי ציבור, כגון תקנה 55 לתקנות האג הקובעת כי הכוח הכובש אינו אלא נאמן של השטח המצוי בידיו כפקדון בלבד, באופן זמני בלבד, ולו הנאת שימוש (usufruct) בלבד בנכס. גם תקנה 23 לתקנות האג אוסרת על הריסת או החרמת נכסי האויב, אלא אם הדבר דרוש למטרות צבאיות באופן הכרחי. סעיף 53 לתקנות האג וסעיף 53 לאמנת ג'נבה הרביעית קובעים גם הם כלל דומה .

51. גם סעיף 46 לתקנות הנספחות לאמנת האג קובעת את הצורך בכיבוד זכות הקניין והיא אוסרת באופן מפורש על הפקעת רכוש פרטי.

> "Family honour and rights, the lives of persons, and private property, as well as religious convictions and practice, must be respected. **Private property cannot be confiscated.**"

52. סעיף 46 הנ"ל מגן על זכות הקניין לא רק מפני הפקעה טוטאלית של הזכות אלא גם מפני הגבלות שיש בהם בכדי לפגוע באותה זכות. דמות תפיסת חזקה ומניעת שימוש בקרקע. כך הובהר בעניין Krupp, בתגובה לטענת ההגנה כי דיני התפיסה הלוחמתית אינם אוסרים תפיסה ושימוש בקניין בשטחים כבושים, קבע בית המשפט כי היות וסעיף 46 הנ"ל מחייב כיבוד הזכות לקניין, אזי הזכות לקניין מופרת גם בעת תפיסת חזקה בקניין ומניעת שימוש בו על ידי בעליו ומימוש זכותם החוקית בו. וכלשון ההחלטה:

> "Article 46 stipulates that private property . . . must be respected.' - However, if, for example, a factory is being taken over in a manner which prevents the rightful owner from using it and deprives him from lawfully exercising his prerogative as owner, it cannot be said that his property 'is .respected ' under Article 46 as it must be."
>
> Case no. 58. **Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and 11 others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November, 1947, 30th June, 1948. Published in LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 69, 137.
>
> https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf

53. אף תשלום פיצויים בהקשר הזה, כפי שמציע החוק, איננו מרפא את ההפרה הנ"ל של הזכות לקניין. כך נקבע בעניין I.G. Farben כי תשלום כספי אינו מרפא את המעשה בהיותו בלתי חוקי. אמנם הדברים נאמרו בהקשר של הפקעה טוטאלית של קניין, אך העיקרון תקף בכל קונטקסט של פגיעה בקניין דרך תפיסת חזקה ומניעת שימוש בו על ידי בעליו החוקיים.

"The payment of a price or other adequate consideration does not, under such circumstances, relieve the act of its unlawful character. Similarly where a private individual or a juristic person becomes a party to unlawful confiscation of public or private property by planning and executing a well-defined design to acquire such property permanently, acquisition under such circumstances subsequent to the confiscation constitutes conduct in violation of the Hague Regulations."

Case No. 57. **Trial of Carl Krauch and Twenty-Two Others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 14th August, 1947, 29th July, 1948.Published in LAW REPORTS OF TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 1, 44.

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf

54. על כך עמד גם היועץ המשפט לממשלה בחוות דעתו לעניין החוק (נספח ע/3):

"ההסדר המוצע עומד בסתירה לחובת המפקד הצבאי באזור יהודה ושומרון להגן על קניינה של האוכלוסיה הפלסטינית באזור, בהיותו הסדר של הפקעה אסורה של זכויות קניין ושלילת מקרקעין מבעליהם החוקיים. מדובר בחובה מוגברת הקבועה בהוראות הדין הבינלאומי הנוהג בשטח הנתון לתפיסה לוחמתית, שהוכרה ועוגנה בפסיקת בית המשפט העליון."

"העובדה שההצעה מפקיעה מהבעלים החוקיים כביכול רק את זכויות השימוש במקרקעין, להבדיל מנוסחים קודמים שדיברו על הפקעת הבעלות כולה, אין בה כלל וכלל כדי לאיין את חומרת הפגיעה ואת אי חוקיותה. זכות השימוש והחזקה במקרקעין הן זכויות מרכזיות ומשמעותיות בתוך אגד הזכויות המרכיב את זכות הבעלות. בנוסף, ההפקעה איננה מוגבלת בזמן, כך שמדובר בשלילת זכויות קבועה."

55. המסקנה כי הפקעת זכויות שימוש וחזקה בלבד ומתן פיצוי לבעלי הקרקעות (דמי שימוש שנתיים), אינה מעלה ואינה מורידה לענייננו מתבקשת גם מחמת כך כי עצם התפיסה מלכתחילה לצורכי התנחלויות הנה מנוגדת למשפט הבינלאומי ואין אופי החזקה ופיצוי כאמור יכולים לחפות על הפרה בוטה זו. מה גם, שאין בהפקעת זכויות השימוש והחזקה בכדי לשנות את מעמדם של השטחים המופקעים כשטחים כבושים.

56. הכלל האמור בסעיף 46 הנ"ל מקבל ביטוי פרטני יותר גם בסעיף 52 לתקנות האג האוסר על הפקעת דברים שבעין וכפיית מתן שירותים, אלא לצרכי צבא הכיבוש בלבד. צרכים אלה הוגדרו כגון שיכון זמני של חיילים, מוסכים לרכבי צבא הכיבוש, ציוד דרוש בדחיפות ואספקה לתפקוד התקין של שלטון הכיבוש, מזון עבור צבא הכיבוש, וכיוצא באלה.

"All authorities are again in agreement that the requisitions in kind and services referred to in Article 52, concern such matters as billets for the occupying troops and the occupation authorities, garages for their vehicles, stables for their horses, urgently needed equipment and supplies for the proper functioning of the occupation authorities, food for the Army of Occupation, and the like."

Case no. 58. **Trial of Alfried Felix Alwyn Krupp Von Bohlen Und Halbach and 11 others**, United States Military Tribunal, Nuremberg, 17th November, 1947, 30th June, 1948. Published in LAW REPORTS OF

TRIALS OF WAR CRIMINALS, Selected and prepared by The United Nations War Crimes Commission Volume X (1949) p. 69, 137.

https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/Law-Reports_Vol-10.pdf

57. מכוח האיסור על הפגיעה בקניין בהקשר זה מוטלת גם "החובה לפעול באופן אקטיבי על מנת להגן על זכויות הקניין הפרטי של התושבים המוגנים, ובכלל זאת להגן עליהם מפני בנייה שלא כדין על אדמתם והשתלטות עליה" (בג"ץ 9949/08 **חמאד נ' שר הבטחון**, פס' 15 לפסק הדין (פורסם במאגרים, 25.12.2004)), וזאת נוכח הפגיעה המשמעותית בזכויות הקניין של התושבים המוגנים בשטחים הכבושים (ראו לעניין זה גם: בג"ץ 5665/11 **כפר אדומים כפר שיתופי להתיישבות קהילתית בע"מ נ' שר הבטחון**, פס' 12-14 (פורסם במאגרים, 10.10.2012); בג"ץ 851/06 **עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות נ' שר הבטחון** (פורסם במאגרים, 29.01.2006); בג"ץ 8887/06 **עבד א-ראזק נ' שר הבטחון** (פורסם במאגרים, 02.08.2011); בג"ץ 9060/08 **יאסין נ' שר הבטחון**, פ"ד סה(2) 669 (2012).

58. נציין בהקשר זה עוד, כי לקיחה נרחבת של הנכסים של האוכלוסייה המוגנת (Extensive Appropriation) מהווה גם הפרה בוטה לאמנת ג'נבה הרביעית משנת 1949 על פי סעיף 147 לאמנה.

59. החוק הנדון מנוגד גם לסעיף 49 לאמנת ג'נבה הרביעית, האוסר על העברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש לשטח הכבוש. החוק מכשיר השתלטות על שטח כבוש, שינוי ייעודו ויצירת עובדות חדשות בשטח שמונעות מהתושבים הפלסטינים ליהנות באופן חופשי מעושרם וממשאביהם הטבעיים. יצויין בהקשר זה עוד, כי העברת אוכלוסייה אזרחית של הכוח הכובש לשטח הכבוש נכללה כפשע מלחמה בחוקת רומא (Rome Statute) המקימה את בית הדין הפלילי הבינלאומי (סעיף VIII (b) (2) 8 לחוקה).

60. מהאמור לעיל יוצא כי הן לפי הפסיקה של בית המשפט העליון והן לפי הוראות המשפט הבינלאומי החל, אסור למפקד הצבאי בגדה המערבית לפעול על פי הוראות החוק הנדון ולכן בית המשפט הנכבד מתבקש לקבוע כי חוק זה הינו חסר תוקף ואינו בר- תחולה בשטחי הגדה המערבית שנכבשו בשנת 1967.

<u>הפרק השני: החוק אינו חוקתי ועל כן הוא בטל</u>

<u>תחולת חוקי היסוד על התושבים המוגנים בשטחים הכבושים:</u>

61. אמנם שאלת תחולת המשפט החוקתי הישראלי על התושבים המוגנים בשטחים הכבושים הושארה בצריך עיון במספר פסקי דין (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון**, פ"ד סב(1) 1 (2006); בג"ץ 281/11 **ראש מועצת בית איכסא נ' שר הבטחון** (06.09.2011); בעניין **חוף עזה**, בעמ' 560), אך הלכה למעשה זכויות חוקתיות אשר בטבען אינן חלות אך ורק על אזרחים (כגון הזכות לבחור ולהיבחר הקבועה בחוק-יסוד: הכנסת), אלא חלות על כל אדם באשר הוא כגון הזכות לקניין והזכות לכבוד הוחלו על תושבי הגדה המערבית הפלסטינים.

62. בהקשר זה נקבע מפורשות, כי הזכות לכבוד והזכות לקנין שבחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו חלות על כל אדם באשר הוא – להבדיל מזכות היציאה והכניסה לישראל למשל, אשר חלה על אזרחים. כך סעיף 2 לחוק היסוד קובע "אין פוגעים בחייו, בגופו, או בכבודו של אדם באשר הוא אדם" כאשר ברור שהכוונה הינה כי אין רשויות השלטון רשאיות לפגוע בחייו, בגופו או בכבודו של אדם. הוראה דומה מופיעה בסעיף 3 לחוק יסוד הקובע כי "אין פוגעים בקניינו של אדם".

63. לא במקרה על כן הפסיקה העליונה החילה זכויות אלה על תושבי הגדה המערבית. כך למשל נקבע בעניין **מוראד** שעסק בשטחים חקלאיים הנמצאים בהחזקתם של התושבים הפלסטינים ואשר נסגרים בהוראת המפקד הצבאי. בעניין מוראד שאב בית המשפט הנכבד את הזכות לקניין של בעלי הקרקעות הפלסטינים הן מהמשפט הבינלאומי ההומניטרי והן מחוק יסוד כבוד האדם וחירותו. בית המשפט הבהיר, כי "זכות בסיסית נוספת אשר יש להתחשב בה בענייננו היא, כמובן, זכות הקנין של החקלאים הפלסטינים באדמותיהם. בשיטתנו המשפטית מוגנת זכות הקנין כזכות יסוד חוקתית (סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו)." (בג"ץ 9593/04 **מוראד נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844, פס' 14 לפסק הדין (2006).

64. כך גם היה בעניין **אבו דאהר**, עת נידון נושא הפגיעה במטעי פלסטינים בטענה של שמירה על בטחונו של שר הבטחון אשר התגורר בקרבת מקום. שם שוב שאב בית המשפט את זכות הקניין של בעלי הקרקעות הפלסטינים בשטחים הכבושים מחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו: "בצד זכות זו [לחיים ושלמות הגוף] עומדת זכות הקניין של תושבי האזור, המוכרת אף היא כזכות יסוד חוקתית מוגנת. היא מוכרת ככזו מכוח המשפט החוקתי בישראל על־פי סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו." (בג"ץ 7862/04 **אבו דאהר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד נט(5) 386, 372 (2005)). בעניין **סאמט** שוב ציין בית המשפט הנכבד בין המקורות הנורמטיביים של חופש התנועה של הפלסטינים בגדה המערבית וביניהם כלל את המשפט החוקתי הישראלי (3969/06 **ראש מועצת הכפר דיר סאמט נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פס' 17 לפסק הדין (פורסם במאגרים, 22.10.2009)).

65. בעניין **הס** (בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח (3) 443, (2004)) נידון תוקפו של צו תפיסה והריסה אשר הוציא מפקד הצבא בגדה המערבית, בטענה כי הדבר דרוש להבטחת ציר המתפללים באלחרם אלאבראהימי (מערת המכפלה) בחברון. בקבעו כי קיים שיקול בטחוני להוצאת הצו, בית המשפט בחן "אם עומד הוא במבחן החוקתי בדרך האיזון שננקטה בו בין חופש הדת והזכות לפולחן של המתפללים, מחד, לבין זכות הקניין הפרטי של העותרים מאידך" (עניין **הס**, עמ' 460). בית המשפט שאב את המקור הנורמטיבי לזכות הדת, הפולחן והקניין של האוכלוסייה הפלסטינית באזור הן מכוח המשפט הבינלאומי החל והן מכוח המשפט החוקתי בישראל וקבע, כי "חופש הדת והפולחן נתון כזכות חוקתית לאוכלוסיה המתגוררת באזור [...] זכות הקניין הפרטי בקרקעות ובמבנים נושא צו התפיסה הינה זכות חוקתית מוגנת. היא מוכרת במשפט הבינלאומי, ובכלל זה באמנת האג ובאמנת ג'נבה. היא זכתה למעמד חוקתי בישראל בסעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו [...]" (עניין **הס**, עמ' 463-464).

66. ועוד, החלה של הוראות חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו גם על מי שאינם אזרחים, מתחייבת לאור העבודה כי הפגיעה בזכויות אלה נעשית על ידי רשויות המדינה שמחויבות למשטר החוקתי הישראלי ולכיבוד זכויות האדם. סעיף 11 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו הקובע את תחולתו של חוק היסוד

מורה, כי "כל רשות מרשויות השלטון חייבת לכבד את הזכויות שלפי חוק-יסוד זה". לפיכך, התחולה של המשטר החוקתי הישראלי הינה תוצר של פעולות הרשויות הישראליות, במנותק משאלת המושא של אותן זכויות. הרי לא ייתכן כי המדינה תהא רשאית לבצע בשטח שבשליטתה מעשים אשר אינה רשאית לבצע בשטחה. פרשנות תכליתית זו של חוקי היסוד, מחייבת, כי "כל בעל סמכות ישראלי נושא בכליו את חוק-היסוד. בכל אשר ינוע בעל הסמכות, ינוע עמו חוק-היסוד. אין לו לבעל הסמכות אלא הכוחות אשר החוק העניקו לו. חוק-היסוד שולל ממנו כוחות מסוימים ומטים עליו חובות מסוימות. שני אלה קובעים את גדר סמכותו של בעל הסמכות. סמכות זו אינה משתנה שעה שאיש השלטון חוצה את גבולות המדינה [...] על כל פנים, מחבינתו של המשפט הישראלי הפנימי, חובתו של בעל הסמכות ("רשות מרשויות השלטון") "לכבד את הזכויות שלפי חוק-יוסד זה" בכל פעולה שהוא מבצע, בין בתוך גבולות המדינה ובין מחוצה לה." (אהרן ברק **כבוד האדם – הזכות החוקתית ובנותיה** 404 (2014)).

67. משמעות האמור לעיל הינה שבדומה לעקרון היסוד של שלטון החוק לפיו רשויות המינהל הן תוצר של החוק ואין להם אלא את ד' אימותיו של החוק. הרי, הרשות המחוקקת, הינה תוצר של החוקה וכפופה לד' אמותיה של החוקה. ומשכך אין פעולות חקיקה של הכנסת שאין למשטר החוקתי הישראלי תחולה עליה. לענייננו, אין חקיקה של הכנסת המפרה את החובה של רשויות השלטון לכבד את זכויות האדם החוקתיות המנויות בחוק היסוד מבלי שחקיקה זו תצטרך לעמוד בתנאי פסקת ההגבלה.

68. נוסיף בהקשר זה, כי לא רק המחוקק מחויב בתחולת חוק היסוד אלא גם הרשות השופטת ובכלל זה בית המשפט העליון בשבתו כבית משפט גבוהה לצדק המוסמך לדון בעתירות פלסטנים תושבי הגדה המתבקשות מיישום החוק הנדון. אכן וכצפוי, החוק הנדון יחייב מטבעם של הדברים דיונים במסגרת עתירות לבית משפט נכבד זה, ובית המשפט, כמו כל רשות מרשויות המדינה, מחויב לפעול על פי עקרונות היסוד ובמיוחד כאשר מדובר בזכויות שמחמת אופיין חלות על כל אדם באשר הוא.

69. כאן המקום להתייחס לעניין **עדאלה** (בג"ץ 8276/05 **עדאלה נ' שר הבטחון**), שם נידונה שאלת שכלולה של זכותם החוקתית של העותרים, תושבים מוגנים של השטחים הכבושים, בכדי לאפשר תקיפה חוקתית של תיקון מס' 7 לחוק הנזיקין האזרחיים (אחריות המדינה), התש"י – 1952. בית המשפט הנכבד קבע שם, כי היות והזכויות שתיקון 7 הנ"ל פוגע בהן הן זכויות אשר השתכללו לפי המשפט הבינלאומי הפרטי הישראלי, לפיו בהתקיים הנסיבות המתאימות ניתן לתבוע בישראל ועל פי דיני הנזיקין הישראליים, גם בגין עוולה אשר בוצעה מחוץ לישראל, אזי חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו חל על מקרה זה גם כאשר המוגנים הם תושבי הגדה המערבית ורצועת עזה.

70. בדומה לעניין **עדאלה**, גם כאן ניתן להחיל את אותה קונסטילציה, היות וזכות התושבים המוגנים בגדה המערבית משתכללת לפי המשפט הבינלאומי ההומניטרי המנהגי, המחייב בישראל וכן משפט זכויות האדם הבינלאומי אשר אושרר בישראל, ששניהם נידונים כמערכת דינים מחייבת בפני בג"ץ, אזי תחולת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בנסיבות העניין מתבקשת. למעשה פסק דין **עדאלה** מתבסס על הרציונל לפיו הערכאות השיפוטיות בישראל חייבות לכבד ולקיים את חוק היסוד ולכן מתווסף נדבך חשוב ביותר המשותף לחוק כאן ולעניין **עדאלה**, והוא הצורך בפנייה למערכת המשפט הישראלית לקבלת כל סעד כנגד הפגיעה שבחוק. ובמקרה זה הסמכות תהיה לבג"ץ בתור הערכאה השיפוטית הישראלית העליונה, הדנה ביחסים בין הפלסטינים והמשיב מס' 2 במיוחד בכל הקשור

לפגיעה בזכויות. מערכת המשפט הנ"ל איננה יכולה לפתור את עצמה מתחולת עקרונות זכויות האדם והעקרונות החוקתיים בדיוניה בכל נושא המובא בפניה.

71. פרשנות מעין זו, המחילה את החובה לכבד זכויות אדם על רשויות המדינה, מתחייבת היא בשם ההרמוניה. שכן חוקי יסוד אחרים נוקטים בגישה דומה שאינה מוגבלת לשטחה ישראל שכן ס' 15(ד)(2) לחוק-יסוד: השפיטה מעניק לבג"ץ סמכות לתת צווים לרשויות המדינה ולכל אדם הממלא תפקיד ציבורי על פי דין וזאת ללא קשר למיקומו של גוף זה או למיקום הפעלת הסמכות על ידו (ראו: ליאב אורגד "חוקה של מי ובעבור מי? על היקף תחולתם של חוקי־היסוד" **משפט וממשל** יב 145, 175 (2009)).

72. יפים לענייניו דבריו של פורפ' ברק לעניין המודלים השונים להחלת נורמות מהמשפט החוקתי במשפט הפרטי. בהקשר זה, מציג פרופ' ברק את המודל המחיל דרך הרשות השופטת ומציין כי:

> "הוראת החוקה בדבר זכות האדם מכוונת גם כלפי הרשות השופטת, והיא מחייבת אותה לפתח הלכות במשפט המקובל, לפרש דברי חקיקה או ליתן סעדים ספציפיים, אשר יתנו ביטוי לזכות האדם החוקתית ולא יעמדו בסתירה אליה [...] חשיבותו של מודל זה הינה במקרים בהם ניסוחה של ההוראה החוקתית מצביע על כך שזכות האדם מכוונת כלפי השלטון וכלפיו בלבד.[...] כאשר בית-המשפט נותן צו האוכף חוזה מפלה, הוא מעמיד את כוחה של המדינה – הפועלת באמצעות מגוון של אמצעים, לרבות הכללים בדבר ביזיון בית-המשפט – לרשותו של פרט אחד הפוגע בזכות הפרט האחר לשוויון. בכך הוא מפר את חובתו של השלטון שלא להפלות. תוצאה זו יש למנוע, שכן העיקרון של שלטון החוק – או, נכון יותר, שלטון החוקה – חל גם כלפי הרשות השופטת"
>
> (אהרן ברק **פרשות במשפט – פרשנות חוקתית** 663 (1994))

דברים אלה אשר נאמרו לעניין מחויבותה של הרשות השופטת לכבד את החוקה עת היא פוסקת בין שני אנשים פרטים, יפים שבעתיים לענייננו כאשר הרשות השופטת מתבקשת לתת סעד לתובעים כנגד הפרת זכויותיה על ידי המדינה שאם לא כן היא תפר את החובה שלה לכבד את שלטון החוקה ואת זכויות האדם המנויות בה.

73. פרשנות זו המחילה את המשטר החוקתי הישראלי על שטח כבוש דרך החובה של רשויות השלטון לכבד זכויות אדם, עולה בקנה אחד לא רק עם לשונו ותכליתו של חוק היסוד אלא אף עם המשפט הבין-לאומי אשר קובע אף הוא הגנות על זכויות אדם רבות, וביניהן כמובן הזכות לקניין ולכבוד (לעניין זה ראו: יעל רונן "תחולתו של חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו" **שערי משפט** ז 149, 174 (2014)).

74. הנה כי כן, חוק יסוד כבוד האדם וחירותו חל על פגיעות בזכויות אדם המוגנות בחוק היסוד גם כאשר התחולה של החוק הנדון היא בבחינת תחולה אקסטרא-טריטוריאלית. בהמשך נבקש להסביר מדוע החוק פוגע בזכויות מסוג זה (כבוד וקנין) ונסביר כי הפגיעה הינה בניגוד לפיסקת ההגבלה.

<u>תחולת פיסקת ההגבלה:</u>

75. החוק פוגע בצורה הגורפת ביותר בזכותם של בעלי הקרקע הפלסטינים – תושבים הגדה המערבית ופליטים - לקניין. ההצעה מבקשת להפקיע זכויות חזקה ושימוש ורישום בעלות "כרכוש ממשלתי"

של שטחים נרחבים מידי האוכלוסייה הפלסטינית ופעולה זו נעשית תוך העדפה מוחלטת של האינטרסים הפוליטיים של הכוח הכובש. הכשרת התנחלויות אשר נבנו על קרקעות פלסטיניות פרטיות, תוך כדי הכשרת השגות גבול אשר נעשו על ידי מתנחלים ישראלים ועל רקע אי החוקיות של התנחלויות אלה מלכתחילה, מהווה ללא ספק הפרה של הזכות לקניין, ובנסיבות העניין גם של הזכות לכבוד.

76. בית המשפט העליון נתן משקל מיוחד לזכות הקניין של הפלסטינים בגדה המערבית ואף התייחס אליה כזכות חוקתית שאין לפגוע בה אלא לתכלית ראויה ובאופן מידתי ובדרך המתיישבת עם עקרונות המשפט הבינלאומי ההומניטרי והמשפט הישראלי (ראו: בג"ץ 9593/04 **מוראר נ' מפקד כוחות צה"ל ביהודה ושומרון**, פ"ד סא(1) 844, פס' 14 (2006); בג"ץ 10356/02 **הס נ' מפקד כוחות צה"ל בגדה המערבית**, פ"ד נח (3) 443, 461, 462, 464 (2004); בג"ץ 1890/03 **עיריית בית לחם נ' מדינת ישראל**, פ"ד נט (4) 736, 765-766 (2005); בג"ץ 5627/02 **סייף נ' לשכת העיתונות הממשלתית**, פ"ד נח (5) 70, 75 (2004). יצויין בהקשר זה עוד, כי גזילת משאביהם של הפלסטינים בשטחים הכבושים תוך כדי התעלמות טוטאלית מקיומם ומצרכיהם, ללא ספק פוגעת בזכותם של הנ"ל לכבוד. זכויות אלה מוכרות כמובן גם במשפט זכויות האדם הבינלאומי. לא למותר לציין, כי במספר פסקי דין, אישר בית המשפט העליון את תחולתו של משפט זכויות האדם הבינלאומי על השטחים הכבושים (ראו לעניין זה: בג"ץ 2150/07 **אבו צפייה נ' שר הביטחון**, סג (3) 331 (2009); עניין **הס**).

77. בנוסף, נטילת רכושם הפרטי של הפלסטינים בגדה המערבית, תוך כדי העדפת האינטרסים של המתנחלים היהודיים אשר גזלו את הקרקע בניגוד למשפט הבינלאומי כאמור, אך ורק בשל שייכותם מהווה ללא ספק פגיעה בכבודם. החוק שם אינטרסים אתניים-פוליטיים לא לגיטימיים על פני זכויותיהם של בעלי הקרקעות הפלסטינים, תוך כדי העמדתם במעמד נחות אל מול המתנחלים אליהם ינסה החוק להקצות את אותן קרקעות ותוך כדי פגיעה "באוטונומיה של הרצון הפרטי" (בג"ץ 6427/02 **התנועה לאיכות השלטון נ' הכנסת**, פ"ד סא(1) 619, סע' 38 (2006)).

78. פגיעה מסוג זה, אשר מעמידה אדם במצב נחות בשל שיוכו האתני ומפלה אותו לרעה על רקע זה הינה בבחינת פגיעה בכבודו משום שהיא מגיעה לדרגה של השפלה. למעשה, כל פגיעה המובילה להשפלה הינה בבחינת פגיעה בגרעינים המכוננים את הזכות לכבוד. כך נקבע בעניין **מילר**) כי "לא יכול להיות ספק כי תכלית חוק היסוד היא להגן על האדם מפני השפלה. השפלתו של אדם פוגעת בכבודו (בג"ץ 4541/94 **מילר נ' שר הבטחון**, פ"ד מט(4) 94, 131 (1995)" (עמ' 132 לפסק הדין). הדברים האמורים נכונים על אחת כמה וכמה בנסיבות עניינו (ראו גם: בג"ץ 6824/07 **מנאע נ' רשות המסים**, פ"ד סד(2) 479, פס' 30-31(2010).

<u>תכלית בלתי ראויה:</u>

79. החוק דנן איננו משרת תכלית ראויה. תכלית אשר לא נותנת משקל ראוי לזכויות האדם ומתעלמת מזכויות חוקתיות אינה תכלית ראויה (בג"ץ **חוף עזה**, בעמ' 570; ראו גם: רע"פ 5086/97 **בן חור נ' עיריית תל-אביב יפו**, פ"ד נא(4) 625 (1997); ע"א 524/88 **"פרי העמק" – אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' שדה יעקב – מושב עובדים של הפועל המזרחי להתיישבות**, פ"ד מה (4) 529 (1991)).

80. כפי שפורט בחלק העובדתי לעיל, השיקול העיקרי העומד מאחורי החוק, הנו הכשרה רטרואקטיבית, לפי המשפט הישראלי הפנימי, של התנחלויות בלתי חוקיות בגדה המערבית לפי המשפט הבינלאומי. תכלית פוליטית זו בהחלט איננה יכולה להיות ראויה. שכן היא מנוגדת למשפט הבינלאומי כפי שפורט לעיל, כמו גם למספר החלטות של מועצת הבטחון של האומות המאוחדות אשר התייחסו באופן מפורש למדיניות בניית ההתנחלויות על ידי ישראל בשטחים הכבושים משנת 1967 והדגישו שוב את אי חוקיות ההתנחלויות הישראליות בשטחים אלה. האחרונה מבין החלטות אתה היתה החלטה מס' 2336 מיום 23.12.2016 (www.un.org/webcast/pdfs/SRES2334-2016.pdf).
ראו גם החלטות: (UNSC Res 446 (22 March 1979; (UNSC Res 465 (1 March 1980).

81. התכלית הבלתי ראויה באה גם על רקע הפרת משפט זכויות האדם הבינלאומי. הזכות לקניין והאיסור לשלילתה השרירותית עוגנו כבר בהכרזה הבינלאומית בדבר זכויות האדם אשר קבעה בסעיף 17, כי:

> "Everyone has the right to own property alone as well as in association with others. No one shall be arbitrarily deprived of his property."

82. נוסיף, כי הצעת החוק באה על רקע מספר החלטות אשר ניתנו על ידי בית המשפט העליון המורות על הריסה ופינוי מספר התנחלויות אשר נבנו על קרקע פרטית באזורים שונים בגדה המערבית (בג"ץ 851/06 **עמונה אגודה שיתופית חקלאית להתיישבות נ' שר הבטחון**, בעניין התנחלות עמונה; בג"ץ 8887/06 **א-ראזק נ' שר הבטחון**, בעניין התנחלות מגרון; ובג"ץ 9060/08 **יאסין נ' שר הבטחון** בעניין התנחלות גבעת האולפנה). אי לכך, נכללו בהצעה הוראות המפקיעות את תוקפם של צווי הריסה מנהליים התלויים ועומדים כנגב מבנים לפחות בהתנחלויות המנויות בתוספת לחוק (16 במספר), עד מנת שלא לסכן התנחלויות אלה בהליכים משפטיים כגון אלה נשוא ההליכים המשפטיים הנ"ל. הנה כי כן, החוק נועד גם למנוע יישום בפועל של החלטות מנהליות בעניין. מצב דברים זה פוגע בשלטון החוק ובעקרון הפרדת הרשויות במדינה.

83. לבסוף לא מן הנמנע לציין, כי בית משפט נכבד זה, כבר הביע דעתו לעניין אי חוקיות חוקים דומים במהותם ודרקוניים כגון החוק נשוא עתירתנו דנן בישראל. כך קבע בית משפט נכבד זה, לגבי חוק רכישת מקרקעין (אישור פעולות ופיצויים), התשי"ג-1953 (להלן: "**חוק הרכישה**"), אשר בא להכשיר תפיסה רטרואקטיבית של חזקה במקרקעין על ידי המדינה, אשר נעשתה ללא הסמכה כדין. בית המשפט הנכבד הבהיר, שאם חוק הרכישה היה נחקק היום, ודאי היה נפסל על ידו מאחר והוא נוגד את חוקי היסוד. כך נקבע בעניין **דינר**, כי:

> "חוק הרכישה הביא לפגיעה משמעותית ביותר בזכות הקניין של בעלי המקרקעין שקרקעותיהם הוקנו לרשות הפיתוח מכוח החוק הנ"ל. פגיעתו של החוק היתה ללא ספק קשה עוד יותר מהפגיעה ממנה נפגע, בדרך כלל, בעל מקרקעין שמקרקעיו מופקעים על-פי פקודת הקרקעות. זאת, משום שחוק הרכישה אִפשר את הכשרתה הרטרואקטיבית של תפיסת חזקה במקרקעין על ידי המדינה, שככל הנראה נעשתה (לפחות בחלקה) בהעדר הסמכה בדין [...] תפיסה זו אף לא היתה כפופה להוראות הקבועות בפקודת הקרקעות, בכל הנוגע ליידוע בעל המקרקעין אודות הפקעתם ולהליך תפיסת החזקה במקרקעין (ראו, סעיפים 5 ו-8 לפקודת הקרקעות) [...] **ואין ספק כי כיום חקיקה מעין זו לא היתה עומדת במבחן החוקתיות;** חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו בשנת 1992 מבטאת את שינוי סדרי העדיפויות החברתיים, ובהם מתן משקל רב יותר לזכויות היסוד של הפרט אל מול האינטרסים של המדינה. אחד מענפי המשפט שהושפעו

במיוחד ממעמדה החוקתי של זכות הקניין לאחר חקיקת חוק יסוד: כבוד האדם וחירותו הינו דיני ההפקעות. בפסיקתו של בית משפט זה נקבע כי ההפקעה כפופה למבחן המידתיות ואין להפקיע מקרקעין אם ניתן להגשים את מטרת ההפקעה באמצעי הפוגע פחות בזכות הקניין [...] כך גם נקבע כי דין ההפקעה להתבטל, משתם הצורך הציבורי במקרקעין המופקעים [...]" (ההדגשה לא במקור)

ע"א 3535/04 **דינר נ' מדינת ישראל**, פס' 7 לפסק דינה של השופטת ביניש (פורסם במאגרים, 27.4.2006).

84. ואם כך הם פני הדברים בקונטקסט של חוק הרכישה, ומבלי להמעיט בדרקוניות והשרירותיות שלו ומהקונספציה הכובשת שלו, אזי על אחת כמה וכמה דברים אלה חלים לענייננו היות וההפקעה נעשית לצורך הקצאה הקרקע המופקעת למתנחלים אשר פלשו אליה ובנו עליה שלא כדין.

לאור כל האמור לעיל, מתבקש בזאת בית המשפט הנכבד ליתן צו על תנאי כמפורט בתחילת עתירה זו ולאחר קבלת תשובת המשיבים להפכו למוחלט.

_____	_____	_____
סוהאד בשארה, עו"ד	מאיסאנה מוראני, עו"ד	סלימאן שאהין, עו"ד

חיפה, 08.02.2016